

R.G. n. 7840/2020

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MILANO

Sezione lavoro

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Milano, Luigi Pazienza, nel corso della udienza del 1.12.2020

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia individuale di lavoro

tra

, rappresentata e difesa dall'Avv. B. Ronchi;

e

MINISTERO della ISTRUZIONE, della UNIVERSITA' e della RICERCA, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso ex art. 417 bis c.p.c. dalla dott.ssa

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato in data 26.09.2020 la _____ conveniva dinanzi al Giudice del Lavoro del Tribunale di Milano il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca chiedendo “ in via cautelare ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze

della P.A. ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d. lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., disporre la disapplicazione del provvedimento M.I.U.R. del 14/08/2020 di assegnazione della ricorrente ai ruoli dell'USR per la Lombardia, con contestuale individuazione della sede della ricorrente per l'assunzione a tempo indeterminato nel ruolo dell'amministrazione scolastica periferica della Regione Lombardia a decorrere dal 1.09.2020, presso l'I.I.S. "Bertarelli -Ferraris" con sede in Milano al Corso di Porta Romana 110, nonché infine di ogni altro atto o determinazione conseguenti e/o correlati, posti in essere in attuazione degli artt. 15 e ss. del bando D.D.G. M.I.U.R. n. 1259 del 23/11/2017 (GU n. 90 del 24.11.2017) e/o delle altre disposizioni di settore, con contestuale fissazione dell'udienza di comparizione e indicazione dei termini per la notificazione del ricorso e del decreto; disporre per la immediata assegnazione presso un Istituto libero o dato in reggenza a Ruvo di Puglia e/o nella stessa Provincia di Bari o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nelle province vicine alla provincia di Bari, tra quelle dichiarate disponibili dal M.I.U.R. per l'immissione in ruolo dei dirigenti vincitori di concorso a decorrere dal 11 settembre 2020, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita a Ruvo di Puglia o nella provincia di Bari, risultante priva di dirigente scolastico titolare ovvero infine presso una qualsivoglia sede scolastica tra quelle disponibili per il reclutamento dirigenti scolastici nell' a.s. 2020/2021 nella regione Puglia; nel merito accertare e dichiarare che la è referente unica che assiste la madre Di Capua Lucia non ricoverata in istituti di cura e portatore di handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 33 comma 3 della legge 104/92, ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d. lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della Famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., accertare e dichiarare illegittimo il provvedimento del 14/08/2020 di assegnazione della ricorrente ai ruoli dell'USR per la Lombardia, con contestuale individuazione della sede della ricorrente per l'assunzione a tempo indeterminato nel ruolo dell'amministrazione scolastica periferica della Regione Lombardia a decorrere dal 1.09.2020, del conseguente provvedimento di

conferimento primo incarico presso l'I.I.S. "Bertarelli -Ferraris" con sede in Milano al Corso di Porta Romana 110, nonché, infine, ogni altro atto o determinazione conseguenti e/o correlati, posti in essere in attuazione degli artt. 15 e ss. del bando D.D.G. MIUR n. 1259 del 23/11/2017 (GU n. 90 del 24.11.2017) e/o delle altre disposizioni di settore; per l'effetto di accertare e dichiarare nulli/illegittimi/annullare/disapplicare i provvedimenti di assegnazioni al ruolo dell'amministrazione scolastica periferica regionale della Puglia nonché i conseguenti incarichi a tempo determinato conferiti per le sedi dirigenziali disponibili nella provincia di Bari nella Regione Puglia, o ai candidati vincitori del concorso dirigenti scolastici bandito con DDG MIUR n. 1259 del 23/11/2017 (GU n. 90 del 24.11.2017) a decorrere dal 1 settembre 2020, che risulteranno confliggenti con l'accertamento del diritto di scelta di sede della ricorrente ex art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ogni caso nella parte in cui non includono il nominativo della Pellegrini tra i candidati vincitori di concorso assegnati al ruolo dell'amministrazione scolastica periferica regionale della Puglia; condannare l'Amministrazione scolastica convenuta alla immediata e definitiva assegnazione della ricorrente nel ruolo dirigenziale dell'amministrazione scolastica periferica nella Provincia di Bari o, subordine, presso altra sede scolastica sita in Puglia, o in una sede più vicina alla residenza della ricorrente; condannare l'Amministrazione scolastica convenuta al conferimento di incarico dirigenziale alla ricorrente presso un Istituto libero o dato in reggenza a Ruvo di Puglia e/o nella stessa Provincia di Bari o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione Puglia, in una sede più vicina alla residenza della ricorrente, anche con decorrenza da questo anno scolastico 2020/2021 o in subordine dal prossimo anno scolastico 2021/2022; in via subordinata di ordinare all'Amministrazione scolastica convenuta, ove non sia possibile l'immediata assegnazione della ricorrente, presso un Istituto libero o dato in reggenza a Ruvo di Puglia e/o nella stessa Provincia di Bario, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione Puglia, accantonare, per l'anno scolastico 2021/2022, con inizio dal 1.9.2021, un posto tra quelli che si renderanno liberi dal 1.9.2021, come da elenco (Cfr. doc. nn.13 e 14 –Elenco Reggenze); di accantonare, per l'anno scolastico 2021/2022, con inizio dal 1.9.2021, un posto tra quelli che si renderanno liberi dal

1.9.2021, come da elenco (Cfr. doc. nn.13 e 14 –Elenco Reggenze); condannare l'Amministrazione scolastica convenuta al conferimento di incarico dirigenziale della ricorrente presso altra sede scolastica sita nella provincia di Bari o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione Puglia tra quelle dichiarate disponibili dal M.I.U.R., anche con decorrenza da questo anno scolastico 2020/2021 o in subordine dal prossimo anno scolastico 2021/2022; in via ulteriormente subordinata di condannare l'Amministrazione scolastica convenuta al conferimento di incarico dirigenziale alla ricorrente presso altra sede scolastica sita nella provincia di Bari o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione Puglia risultante priva di dirigente scolastico titolare, ancorché già affidata in reggenza, anche con decorrenza da questo anno scolastico 2020/2021 o in subordine dal prossimo anno scolastico 2021/2022.

Si costituiva in giudizio in relazione alla istanza cautelare il Ministero resistente chiedendo il rigetto delle domande.

A seguito della rinuncia della ricorrente, il Giudice ha dichiarato cessata la materia del contendere con riferimento alla istanza cautelare ed ha fissato la udienza di discussione del merito della controversia.

Il Ministero resistente si è costituito in giudizio anche in relazione alle domande di merito chiedendone il rigetto.

La domanda di merito è fondata e, pertanto, merita di essere accolta.

In via preliminare va disattesa la eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dal Ministero resistente.

Non sussistono dubbi sulla circostanza che il corso-concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, bandito sulla base del Regolamento approvato con D.M. 3.08.2017 n. 138, con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017, al quale la ricorrente ha partecipato, collocandosi nella graduatoria finale tra i vincitori con posizione n. 2219, integri una vera e propria “procedura concorsuale per

l'assunzione" riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165/2001. La procedura concorsuale inizia con la pubblicazione del bando e termina con l'approvazione della graduatoria finale. La Suprema Corte di Cassazione nella sentenza a sezioni unite n. 12221/2006, nel decidere una controversia relativa all'annullamento dell'esclusione dalla graduatoria per la nomina a posti di preside, ha ribadito che la procedura concorsuale "iniziata con la pubblicazione del bando, termina con l'approvazione della graduatoria finale sì da comprendere ogni questione afferente agli atti valutativi dei titoli ed alla conseguente formazione della graduatoria". Nel caso che ci occupa parte ricorrente non impugna la graduatoria di merito finale, ma si duole delle modalità di gestione poste in essere dal Ministero resistente con riferimento alla fase successiva dell'assunzione, lamentando, in particolare, il mancato riconoscimento della precedenza ex art. 33 L. 104/92 nella scelta della prima sede di servizio sin dall'assegnazione ai ruoli regionali.

Ne consegue che la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in questione profili di interesse legittimo nell'ambito della procedura concorsuale, ma situazioni giuridiche attinenti alla fase del rapporto di lavoro aventi consistenza di diritto soggettivo. Non ha pregio giuridico la tesi del Ministero resistente secondo cui la contestazione operata dalla ricorrente della interpretazione adottata da una previsione del bando comporti la necessità di una impugnazione dello stesso innanzi al giudice amministrativo. In disparte la considerazione che ai fini della giurisdizione non è sufficiente una richiesta di disapplicazione di uno specifico atto amministrativo, in quanto occorre sempre valutare la posizione giuridica soggettiva reclamata dal ricorrente (e nel caso che ci occupa non sussistono dubbi sulla consistenza di diritto soggettivo perfetto del beneficio richiesto), occorre altresì sottolineare che il bando di una procedura concorsuale contiene una serie di disposizioni normative riguardanti anche la fase successiva alla approvazione della graduatoria.

Il Ministero convenuto ritiene applicabile la tutela dell'art. 33, c.5, L 104/92 solo all'atto della stipula del contratto individuale di lavoro e contestuale assegnazione della sede di servizio, quest'ultima intesa come l'istituzione scolastica in cui si svolgerà l'incarico e considera la precedente assegnazione dei vincitori al ruolo regionale nel cui ambito viene successivamente individuata l'istituzione scolastica al di fuori della fase di assunzione, perché temporalmente antecedente la stipula del contratto individuale di lavoro. Orbene, con riferimento al corso-concorso in oggetto il Decreto Dipartimentale n. 1205 dell'1.08.2019 così dispone: "Art. 1. E' approvata la graduatoria generale nazionale per merito e titoli del concorso per dirigenti scolastici, formata sulla base del punteggio finale conseguito dai candidati ai sensi dell'articolo 10, comma 7 del Bando e, a parità di punteggio complessivo, delle preferenze di cui all'articolo 5, commi 4 e 5, del decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487. La predetta graduatoria è allegata al presente decreto e ne costituisce parte integrante. Ai sensi dell'articolo 19, comma 3, del D.M. n. 138/2017, la presente graduatoria ha validità sino all'approvazione della graduatoria successiva. Art. 2. Sono dichiarati vincitori, con esclusione degli ammessi con riserva per le motivazioni indicate in premessa, i candidati utilmente collocati entro il 2900° posto". La ricorrente si è utilmente collocata nella graduatoria ed in quanto tale è stata dichiarata vincitrice. E' anche rientrata nel contingente dei vincitori del concorso per il quali la Amministrazione ha disposto l'assunzione, in ragione dei posti vacanti e disponibili che ha deliberato di coprire, per cui si è così perfezionato il suo diritto all'assunzione. Ebbene la fase successiva rientra nella procedura di assunzione.

Ritiene il giudicante che le modalità concrete di articolazione della fase di assunzione adottate dall'Amministrazione, con la prevista scissione temporale tra l'assegnazione ad un ruolo regionale e la successiva individuazione dell'istituzione scolastica nel solo ambito territoriale della regione prima assegnata, debbano invece considerarsi unitariamente ai fini della tutela apprestata dalla legge 104/92. La sede di servizio è data dall'istituzione scolastica che si trova nell'ambito del territorio regionale cui corrisponde il relativo ruolo regionale, ai sensi dell'art. 25, comma 1, d. lgs.

165/2001. Né osta a siffatta interpretazione il citato art. 25, comma 1, d. lgs. 165/2001, a mente del quale “nell’ambito dell’amministrazione scolastica periferica è istituita la qualifica dirigenziale per i capi di istituto preposti alle istituzioni scolastiche ed educative alle quali è stata attribuita personalità giuridica ed autonoma a norma dell’articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni. I dirigenti scolastici sono inquadrati in ruoli di dimensioni regionale e rispondono, agli effetti dell’articolo 21, in ordine ai risultati, che sono valutati tenuto conto della specificità delle funzioni e sulla base delle verifiche effettuate da un nucleo di valutazione istituito presso l’amministrazione scolastica regionale, presieduto da un dirigente e composto da esperti anche non appartenenti all’amministrazione stessa”.

L’assegnazione e l’inquadramento in ruolo regionale dei vincitori del concorso rappresentano una fase successiva alla proclamazione dei vincitori stessi e, quindi, rientrano nella fase di assunzione e di scelta della sede di servizio, fase in cui va esercitato anche il diritto alla scelta della sede di cui all’art. 33, c. 5, L.104/92.

Ciò premesso, va ricordato che l’art. 33, comma 5, della L. 5 febbraio 1992 n. 104 (Legge quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), nel testo originario, disponeva che “Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso in altra sede”. Tale disposizione normativa è stata modificata dall’art. 19 della L. 8 marzo 2000 n. 53, in particolare con la soppressione dell’inciso “con lui convivente”. L’art. 20 della stessa L. n. 53/2000 aveva, altresì, previsto che “le disposizioni dell’articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall’articolo 19 della presente legge, si applicano ... ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente”. Successivamente, però, l’art. 33 della L. n. 104/1992 è stato

modificato dall'art. 24 della L. 4 novembre 2010 n. 183, il quale ha sostituito, in particolare, il comma 3 (permessi mensili retribuiti) e il comma 5 (scelta della sede) dell'art. 33 L. 104/92 ed ha abrogato in parte qua l'art. 20 della L. n. 53/2000 dalla parola "nonché" alla parola "non convivente". Pertanto, nell'attuale formulazione, risultante anche dalle ulteriori modifiche introdotte dall'art. 6, comma 1, lett. a), D. Lgs. 18 luglio 2011, n. 119), l'art. 33 L. 104/1992 così recita al comma 3: "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. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. 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", mentre il comma 5 statuisce : "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..

In sostanza, 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.

Non sfugge al Giudicante che l'art. 33, comma quinto, della legge 104 del 1992 deve essere interpretato nel senso che il diritto del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso, non è assoluto o illimitato, ma presuppone, oltre gli altri requisiti esplicitamente previsti dalla legge, altresì la compatibilità con l'interesse dell'impresa, posto che secondo il legislatore, come è dimostrato anche dalla presenza dell'inciso "ove possibile", il diritto alla effettiva tutela della persona disabile non può essere fatto valere quando il relativo esercizio venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro (cfr., ex plurimis, Cass. n. 12692/2002). Ciò posto, va rimarcato che incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare in modo specifico e puntuale quali siano le concrete ragioni che rendano impossibile l'assegnazione ad una sede più vicina. Sul punto la Cassazione con la sentenza a sezioni unite n. 7945/2008 ha affermato che “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 ... in un danno per l'interesse della collettiva, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto”.

Nell'ambito del necessario bilanciamento dei contrapposti interessi il diritto di scegliere la sede di lavoro ovvero di essere trasferito alla sede più vicina al proprio domicilio postula che il posto sia

esistente e vacante (Cass. 16298/2015, 18030/2014). Nell'ambito del lavoro alle dipendenze della P.A. è necessario non solo che il posto al quale il pubblico dipendente aspira ad essere assegnato sia vacante ma che esso sia anche disponibile (Cass. 1396/2006), in quanto il presupposto della vacanza, peculiare nelle organizzazioni pubbliche, in quanto riflesso delle cd "piante organiche", esprime una mera potenzialità che assurge ad attualità soltanto con la decisione organizzativa della P.A. che assume a presupposto indubbiamente la vacanza di organico, ma che deve esprimere l'interesse concreto ed attuale dell'Amministrazione di procedere alla sua copertura, rendendo per tal via disponibili eventuale vacanze nell'organico, pena la compressione delle esigenze organizzative della P.A. (Cass. SSUU 14529/2003; Cass. 1396/2006, 3252/2003). Grava sulla parte datoriale l'onere di provare la sussistenza di ragioni organizzative, tecniche e produttive che impediscono l'accoglimento delle richieste del lavoratore (Cass. SSUU7945/2008; Cass. 23857/2017).

E proprio in questa ipotesi 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.

Sul punto appare opportuno richiamare anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., tra le altre, 25 giugno 2019, n. 82909) secondo cui il trasferimento ex art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici, in esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione partendo comunque dal presupposto che il trasferimento è disposto a vantaggio del disabile e non, invece, nell'interesse

esclusivo dell'Amministrazione ovvero del richiedente, avendo lo stesso natura strumentale ed essendo intimamente connesso con la persona dell'assistito (Cons. Stato. Sez. Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 274; 27 settembre 2018, n. 5550; 3 gennaio 2018, n. 29; 31 agosto 2016, n. 3526).

In tale contesto, l'inciso "ove possibile", contenuto nella predetta disposizione, comporta che, avuto riguardo alla qualifica rivestita dal pubblico dipendente, deve sussistere la disponibilità nella dotazione di organico della sede di destinazione del posto in ruolo per il proficuo utilizzo del dipendente che chiede il trasferimento (Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2018, n. 2819), nel senso, cioè, che presso la sede richiesta, vi sia una collocazione compatibile con lo status del dipendente richiedente e che l'assegnazione possa, dunque, avvenire nel limite delle posizioni organiche previste per il ruolo e il grado (Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 987). Secondo la giurisprudenza amministrativa l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione, ossia la verifica della compatibilità del trasferimento ex art. 33, comma 5, con le esigenze generali del servizio, deve consistere in una verifica e ponderazione accurate delle esigenze funzionali, la quale deve risultare da una congrua motivazione. Ciò comporta che, onde negare il trasferimento, le esigenze di servizio non possono essere né genericamente richiamate, né fondarsi su generiche valutazioni in ordine alle scoperture di organico ovvero alle necessità di servizio da fronteggiare, ma devono risultare da una indicazione concreta di elementi ostativi, riferiti alla sede di servizio in atto, anche rispetto alla sede di servizio richiesta, e dalla considerazione del grado e/o della posizione di ruolo e specialità propri del richiedente.

In sintesi questo Giudicante ritiene che la locuzione "posti vacanti e disponibili" vada intesa in senso squisitamente oggettivo: il posto deve essere necessariamente vacante e disponibile presso la Amministrazione di destinazione. Non è nemmeno necessario ai fini della ammissibilità della richiesta di trasferimento che vi sia una determinata procedura selettiva. Tale interpretazione non solo amplierebbe lo spettro semantico della locuzione "ove possibile" (in sostanza abbracciare tale tesi significa affermare che la norma statuisce un quid pluris rispetto a quello che effettivamente

dice), ma comporterebbe un effetto paradossale che vanificherebbe del tutto la ratio di tutela dell'art. 33 della Legge 104/1992. Infatti, optando per tale tesi, si giungerebbe alla conclusione che la richiesta di trasferimento sarebbe prospettabile esclusivamente nelle ipotesi in cui la Amministrazione decidesse di far rientrare quel determinato posto vacante in una determinata procedura selettiva. Pertanto, in assenza di procedura selettiva, un dipendente non potrebbe rivendicare il diritto al trasferimento pur provando di assistere un soggetto disabile che ha bisogno di cure e pur avendo la necessità impellente di assicurare la sua presenza accanto al congiunto disabile. Ed allora ci si chiede cosa accadrebbe se per anni la Amministrazione decidesse di non espletare concorsi: subordinare la ammissibilità della domanda di trasferimento alla sussistenza di una procedura selettiva significherebbe in sostanza porre nel nulla la esigenza di tutela cui è preordinato il beneficio in questione. Pertanto, anche al fine di armonizzare le opzioni ermeneutiche che riguardano il lavoro privato ed il lavoro pubblico nel rispetto comunque delle ineliminabili peculiarità del pubblico impiego, si può ben affermare che la locuzione "posto vacante e disponibile" va inteso come posto vacante la cui copertura non comporta per la Amministrazione uno squilibrio finanziario di notevole entità.. Sarà onere del datore di lavoro pubblico dimostrare la insussistenza dei presupposti tecnici ed organizzativi per la copertura del posto vacante reclamato dall'istante. Va ricordato, infatti, che in tema di pubblico impiego contrattualizzato, l'organizzazione, la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate in funzione dell'efficienza dell'amministrazione, della razionalizzazione del costo del lavoro pubblico e della migliore utilizzazione delle risorse umane, in conformità ai principi espressi dagli artt. 1, comma 1, e 6 del d.lgs. n. 165 del 2001, restando affidata alla discrezionalità della P.A. la determinazione e revisione della pianta organica (Cass. 18191/2016).

Dalla documentazione prodotta si evince che la _____ è referente unico per la assistenza della madre Di Capua Lucia, nata il 27.10.1938; che la stessa convive con la madre, portatrice di

handicap grave in Ruvo di Puglia alla via Fornaci n. 13/O e che è anche titolare dei permessi mensili.

Orbene, il Ministero resistente nella memoria di costituzione non ha mosso alcuna contestazione specifica al dato, peraltro ampiamente documentato, della assistenza posta in essere dalla ricorrente nei confronti della madre invalida.

Occorre sempre ricordare che, secondo l'insegnamento della consolidata giurisprudenza costituzionale, con la n. 104/1992 il legislatore ha preso in particolare considerazione l'esigenza di favorire la socializzazione del soggetto disabile, in attuazione del principio (cfr. Corte Cost. n. 215/1987) secondo il quale la socializzazione in tutte le sue modalità esplicative è un fondamentale fattore di sviluppo della personalità ed un idoneo strumento di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (cfr. Corte Cost. n. 350/2003, n. 467/2002, n. 167/1999). In questo quadro è stato altresì posto l'accento sul ruolo fondamentale della famiglia "nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" (cfr. Corte Cost. n. 203/2013, n. 329/2011), sottolineandosi, così, che una tutela piena dei soggetti deboli e, in particolare dei portatori di handicap gravi, quale la madre dell'odierno ricorrente 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 (cfr. Corte Cost., sentenza n. 203 citata). A ciò va aggiunto che l'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 va interpretato alla luce non solo dei principi costituzionali, ma anche alla stregua dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata dall'Italia con la l. n. 18/2009 e dall'Unione Europea con decisione 2010/48/CE, ossia in funzione della tutela della persona disabile. Pertanto, il Ministero resistente non può ignorare la situazione familiare del lavoratore che assiste il proprio congiunto portatore di handicap grave e, quindi, anche da questo punto di vista, avrebbe dovuto accogliere la domanda di assegnazione alla sede più vicina, essendo comunque obbligata a rispettare la suindicata Convenzione, finalizzata ad assicurare e garantire alle

persone disabili un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti (cfr. Cass. n. 25379/2016). Del resto, la citata Convenzione ONU, pienamente efficace ed operativa nel nostro ordinamento (cfr. Cass. n. 7889/2011) stabilisce che (cfr. art. 2, quarto comma) si devono porre in essere gli "accomodamenti ragionevoli" per favorire le persone disabili, intendendosi per tali le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo da adottare, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone disabili, nelle diverse situazioni, il godimento e l'esercizio di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali su base di uguaglianza con gli altri. L'obbligo di porre in essere gli accomodamenti ragionevoli è stato ribadito anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in particolare, con la sentenza CGUE 4 luglio 2013, C-312/11, Commissione c. Italia, nella quale, in base ai suddetti principi, la Corte di Giustizia, richiamando proprio la suindicata Convenzione ONU ed in particolare l'art. 2, quarto comma, relativo agli "accomodamenti ragionevoli" ha stabilito che il nostro Paese, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5 della direttiva 2000/78/CE, in materia di pari dignità di trattamento in materia di condizioni di lavoro. La CGUE, in altri termini, ha confermato l'impianto accusatorio della Commissione europea che aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia sul principale rilievo secondo cui "le garanzie e le agevolazioni previste a favore dei disabili in materia di occupazione dalla normativa italiana non riguardano tutti i disabili, tutti i datori di lavoro e tutti i diversi aspetti del rapporto di lavoro". E proprio a tal fine il legislatore nazionale ha adottato il decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, che, all'art. 3 del D. lgs. n. 216/2003, ha aggiunto il comma 3 bis secondo cui "i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata dalla legge 9 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori". Viene, dunque, finalmente previsto da una fonte nazionale l'obbligo per il

datore di lavoro di adottare le soluzioni ragionevoli, così come enunciate dalla Convenzione ONU citata. In definitiva, applicando i menzionati principi alla presente fattispecie, deve ritenersi che l'efficacia della tutela della persona con disabilità si realizza anche mediante la regolamentazione del contratto di lavoro in cui è parte il familiare della persona tutelata, in quanto il riconoscimento di diritti in capo al lavoratore è in funzione del diritto del congiunto con disabilità alle immutate condizioni di assistenza.

Il Ministero convenuto si è limitato ad affermare che ci sono divieti normativi al trasferimento della ricorrente senza allegare alcun elemento di carattere organizzativo e tecnico idoneo a rigettare la domanda della ricorrente, la quale, invece, ha fornito elementi convincenti a suffragare la sussistenza di posti vacanti e disponibili. Infatti la difesa della ha prodotto un elenco di sedi destinate in reggenza a dirigenti scolastici titolari in altri Istituti con riferimento alla Regione Puglia. Sul punto appare poco comprensibile non solo la linea difensiva del Ministero resistente che non muove alcuna contestazione specifica a tali dati e non chiarisce affatto quali sarebbero le sedi sottodimensionate ma anche la opzione organizzativa posta in essere dalla Amministrazione scolastica, la quale decide di sovraccaricare di lavoro dirigenti già titolari di altri istituti scolastici piuttosto che trovare una adeguata sistemazione a chi assiste un parente portatore di handicap grave.

Questo Tribunale ritiene che una lettura dell'art. 15 del bando quale quella sulla cui base il Ministero resistente ha proceduto all'assegnazione della sede alla ricorrente è irrimediabilmente in contrasto con la portata della norma primaria, da qualificarsi in termini di norma imperativa.

L'art. 15 del bando così recita al secondo comma: ""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."" Il terzo comma così statuisce: "I vincitori sono invitati, dal competente USR, a sottoscrivere il contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato previsto dal contratto

collettivo nazionale di lavoro relativo alla dirigenza scolastica fermo il regime autorizzatorio in materia di assunzioni di cui all'art. 39, commi 3 e 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n.449. 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."

Il Ministero resistente interpreta tale norma nel senso della concreta applicabilità del diritto di precedenza in esame previa differenziazione tra le due fasi, quella iniziale di assegnazione della regione di pertinenza e quella successiva della scelta del plesso scolastico, limitando la tutela solo in questo più ristretto ambito regionale.

È d'uopo ricordare ancora una volta che la natura di norma imperativa dell'art. 33, comma 5 legge 104/1992 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 legge 104/1992) ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 legge 104/1992)".

L'interpretazione adottata dal Ministero resistente del 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.

Non vi sono dubbi, pertanto, sulla fondatezza della domanda: la ricorrente ha diritto ad ottenere ai sensi dell'art. 33, comma quinto, della Legge n. 104 del 1992 il trasferimento reclamato e, per l'effetto, il Ministero resistente va condannato a trasferire la ricorrente attraverso il conferimento di un incarico dirigenziale presso l'Istituto scolastico vacante o dato in reggenza più vicino al Comune di Ruvo di Puglia o comunque nella sede più vicina alla residenza della ricorrente nell'ambito della Città metropolitana di Bari e/o della Regione Puglia.

Sussistono i presupposti normativi per la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti con riferimento alla fase cautelare, stante il comportamento di buon senso adottato dalla ricorrente che ha preferito ovviare alla fase cautelare.

Le spese di lite del giudizio di merito, liquidate come in dispositivo in applicazione del principio della soccombenza, sono poste a carico del Ministero resistente.

P.Q.M.

Il Giudice, Luigi Pazienza, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da
con ricorso depositato il 26.09.2020, nei confronti del “MINISTERO
DELL’ISTRUZIONE, DELL’UNIVERSITA’ E DELLA RICERCA”, così provvede:

1) in accoglimento delle domande, dichiara il diritto della ricorrente ad ottenere ai sensi dell'art. 33, comma quinto, della Legge n. 104 del 1992 il trasferimento reclamato e, per l'effetto, condanna il Ministero resistente a trasferire la ricorrente attraverso il conferimento di un incarico dirigenziale presso l'Istituto scolastico vacante o dato in reggenza più vicino al Comune di Ruvo di Puglia o comunque nella sede più vicina alla residenza della ricorrente nell'ambito della Città metropolitana di Bari e/o della Regione Puglia;

2) compensa integralmente tra le parti le spese di lite della fase cautelare e condanna il Ministero resistente al pagamento delle spese di lite del presente giudizio di merito che liquida in complessivi Euro 4.200,00, oltre IVA, CPA e rimborso delle spese generali nella misura del 15%;

3) fissa per il deposito della motivazione il termine di sessanta giorni a far tempo da oggi.

Milano, 1.12.2020

Il Giudice
(Luigi Pazienza)