

N. R.G. 2019/574



Tribunale Ordinario di Pistoia

SEZIONE LAVORO

Il Giudice dott. [REDACTED], a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 23.10.2019, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

La ricorrente ha adito con ricorso ex art.700 c.p.c. il Tribunale di Pistoia per sentir riconoscere il diritto soggettivo della Ricorrente, in qualità di vincitrice del concorso D.D.G. 1259 del 23.11.2017 ad essere assegnata al posto di lavoro più vicino al luogo di residenza di genitore certificato ex art 33, co. 5 L. 104/1992, del quale è referente unica, ordinare a parte datoriale di ripetere le operazioni di assegnazione della dipendente alla sede di servizio dovuta, cioè quella più vicina al luogo di residenza della madre [REDACTED] e comunque ad assegnarla ad una sede all'interno della Regione Toscana e della Provincia di Pistoia, in quanto disponibile. Parte convenuta costituendosi in giudizio ha chiesto il rigetto del ricorso perché infondato in fatto ed in diritto.

Parte ricorrente, vincitrice del concorso per dirigente scolastica, sostiene, in estrema sintesi, che è illegittima la condotta del datore di lavoro pubblico il quale non ha dato rilievo alle precedenze di cui alla L. 104 in un contesto nazionale, ma solo a livello regionale, vale a dire che chi, come la Prof.ssa [REDACTED] ha un genitore invalido ai sensi della L. 104/92, per il M.I.U.R. non avrebbe diritto a fruire della L. 104 per ottenere la sede di servizio più vicina al familiare con valutazione delle sedi su tutto il territorio della Repubblica, bensì solo all'interno della Regione di assegnazione. Il Ministero convenuto sostiene che il proprio comportamento è immune da censure e contempera le esigenze personali e di assistenza sancite con la legge 104/92 con quelle relative all'organizzazione del servizio scolastico. Il Ministero, in definitiva, afferma che l'utilizzo indiscriminato delle preferenze ex art.33 della legge 104/92 provocherebbe, a livello nazionale, uno sconvolgimento delle graduatorie non prevedibile a priori.

Occorre, preliminarmente, disattendere l'eccezione di difetto di integrazione del contraddittorio sollevata da parte convenuta. Osserva lo scrivente che il litisconsorzio necessario è ipotizzabile, al di là dei casi di espressa previsione in tal senso, laddove si disputi della costituzione o modificazione di un rapporto plurisoggettivo unico o dell'adempimento di una prestazione

inscindibile comune a più soggetti o si chieda l'accertamento di una situazione sostanziale comune a più soggetti sicché non è possibile adottare una decisione se non nel contraddittorio di tutti i soggetti coinvolti sui quali la suddetta è destinata a produrre effetti diretti. Di contro, non sembra che il caso in esame sia ascrivibile ad alcuno di quelli ipotizzati in quanto la ricorrente chiede l'assegnazione in una sede di servizio vacante senza richiedere, quindi, lo stravolgimento della graduatoria nazionale.

Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto per le ragioni che si preciseranno in seguito.

Alla luce del dettato normativo in tema di tutela cautelare atipica, il provvedimento d'urgenza richiesto dal lavoratore ex art. 700 c.p.c. presuppone che ricorrano congiuntamente i requisiti del c.d. *fumus boni iuris*, ossia l'evidente fondatezza della pretesa, e del *periculum in mora* costituito dal fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinaria questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, e dunque non ristorabile per equivalente e che, per giurisprudenza consolidata, il provvedimento deve essere rifiutato allorquando manchi anche uno solo dei requisiti sopra ricordati (si veda, *ex plurimis*, Tribunale Milano, 28 febbraio 1996). Quanto al *fumus boni iuris*, va premesso che deve essere inteso quale verosimile esistenza del diritto che il ricorrente intende far valere. Tale elemento deve essere valutato, in questa sede, con particolare rigore, al fine di fissare precisi limiti ad un procedimento, quello cautelare, nel quale le garanzie del contraddittorio, l'acquisizione della prova e la dialettica processuale sono, per la natura sommaria della cognizione, attenuati (si veda Trib. Milano 30.3.1995 secondo cui "la nozione di *fumus boni iuris* non può non essere influenzata in modo decisivo dalla considerazione delle caratteristiche del procedimento cautelare, singolare per i tempi di attuazione, ridotte possibilità di contraddittorio, sommarietà degli accertamenti in fatto e della dialettica in diritto, pur nella pienezza ed efficacia del comando giudiziale anticipatore della sentenza di merito. Questo sistema non può essere correlato se non con una pretesa difficilmente discutibile. L'evidente fondatezza di essa giustifica appunto la sommarietà di tutte le fasi del procedimento che conduce all'emissione del provvedimento d'urgenza. In tutti i casi in cui non esiste tale evidenza (il *fumus boni iuris*) la pretesa non può essere esaminata se non secondo i modelli istituzionalmente ordinari"). Quanto al "*periculum in mora*", lo stesso deve essere accertato oggettivamente, dovendo corrispondere ad una situazione di pericolo attuale, reale ed obiettiva, determinata dalle effettive condizioni in cui si è venuto a trovare il richiedente. Per costante giurisprudenza al fine di valutare l'immanenza ed irreparabilità del pregiudizio è necessario distinguere i vari momenti in cui può intervenire il giudice dell'urgenza. Infatti nell'ipotesi in cui questi intervenga prima del verificarsi del danno, occorre che sussistano elementi tali da cui risulti l'esistenza di atti preparatori che, sia pure in termini di probabilità, conducano ad un evento

oggettivamente idoneo a determinare entro un tempo ragionevolmente breve un pregiudizio di tipo irreparabile. Invece, nell'ipotesi in cui il pregiudizio si sia già realizzato, l'intervento del giudice sarà diretto, da un lato ad eliminare l'immediata situazione anti-giuridica determinatasi e dall'altro, a prevenire gli eventuali ulteriori e possibili effetti dannosi nel caso in cui la potenzialità lesiva non si sia ancora totalmente esaurita. L'imminenza del danno, più che a un criterio cronologico, deve essere parametrata alla possibilità di ravvisare elementi di fatto diretti già alla produzione del pregiudizio che deve essere iniziato o almeno direttamente ed univocamente preparato, così da poter ritenere in base ad una valutazione probabilistica che l'evento dannoso possa verificarsi in tempi brevi. E' onere del ricorrente fornire la prova, sia pure in termini di probabilità e non di certezza, circa l'imminenza del pregiudizio, da individuarsi non già in uno stato soggettivo di timore, ma in una situazione oggettiva, riscontrabile dalle circostanze dedotte.

In particolare, sempre con riferimento al "periculum in mora", si evidenzia che l'onere della prova circa l'attualità ed irreparabilità del pregiudizio in sede cautelare deve essere particolarmente rigoroso e ciò vale a maggior ragione nel rito del lavoro per il quale, la maggiore snellezza derivante dalla specialità del rito da un lato, e l'inevitabile compressione del diritto di difesa nell'ambito della procedura d'urgenza dall'altro, impongono un vaglio particolarmente attento e rigoroso della sussistenza dei requisiti posti congiuntamente della norma, e segnatamente del periculum in mora, in entrambe le sue articolazioni. Affermare o negare tale presupposto, non può prescindere, soprattutto in materia lavoristica - ove è più forte la tentazione di ritenerlo in re ipsa attesa l'inevitabile ripercussione che ogni visione della sfera del lavoratore ha direttamente o indirettamente sui suoi diritti fondamentali in quanto persona - dall'esame di dettagliate specifiche allegazioni, posto che - in caso contrario- l'eccezionalità della tutela d'urgenza corre il rischio di trasformarsi in una forma ordinaria di impugnativa e dunque in un'ulteriore ed alternativo grado di giudizio. Ne consegue che l'esistenza dei requisiti in esame deve essere accertata in concreto riguardo all'effettiva situazione prospettata dalla parte ricorrente, sulla quale incombe l'onere di allegazioni puntuali sulle circostanze di fatto dalle quali sia desumibile l'effettivo rischio che, nel tempo occorrente per l'espletamento del processo di merito, la situazione prospettata possa configurarsi quale fonte di pregiudizio irreparabile. In definitiva non è consentibile che un ricorso cautelare sia funzionale ad accelerare o ad anticipare un eventuale giudizio di merito ovvero a sostituirlo con quello ordinario a cognizione piena.

Nel caso di specie sussiste sia il *fumus boni iuris* che il *periculum in mora*.

La risoluzione della controversia dipende dall'interpretazione della L. n.104 del 1992, art. 33, comma 5, come modificato dalla L. n.53 del 2000, e, successivamente, dall'articolo 24, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n.183, secondo cui il lavoratore dipendente, pubblico o

privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado (...) "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". Tale norma trova applicazione, ai sensi dell'art. 601 D.Lgs. 16.4.1994 n.297 - testo unico in materia di istruzione, "al personale di cui al presente testo unico" (co. 1), comportandone "la precedenza all'atto della nomina in ruolo, dell'assunzione come non di ruolo e in sede di mobilità" (co. 2). La sua interpretazione, ovviamente, non può prescindere dagli interventi della Corte costituzionale, con i quali è stato chiarito che la L. n.104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, non essendo tuttavia l'istituto di cui all'articolo 33, comma 5, l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della "persona handicappata", né essendo la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola illimitata, dal momento che, anzi, la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso "ove possibile" (C. Cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997, n. 396 del 1997).

Nel più recente intervento sulla norma, è stato altresì specificamente precisato che la possibilità di applicazione può essere legittimamente preclusa da principi e disposizioni che, per la tutela di rilevanti interessi collettivi, non consentano l'espletamento dell'attività lavorativa con determinate dislocazioni territoriali (C. Cost. n. 372 del 2002). Le posizioni espresse dalla Consulta hanno ispirato l'orientamento della Suprema Corte, che ha ribadito, anche di recente, il principio secondo cui il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni, in quanto l'inciso "ove possibile" richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il recesso del diritto stesso ove risulti 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 (Cass. 829/2001, 12692/2002 e da ultimo, Cass. civ. Sez. Unite Sent., 27.03.2008, n. 7945). Trattasi, quindi, di un principio di carattere generale, quello della tutela delle persone disabili, statuito da una norma di legge (la Legge 104/92, appunto).

Va, altresì, rilevato che, con la recente sentenza n. 6150/2019 la Suprema Corte di Cassazione ha confermato l'orientamento della precedente giurisprudenza, secondo cui la disposizione normativa di cui all'art. 33, comma 5, della Legge 104/92 deve essere interpretata nel senso che il diritto del lavoratore che assiste un portatore di handicap in situazione di gravità sia esercitabile anche in costanza di rapporto di lavoro e non soltanto al momento dell'assunzione, evidenziando la funzione solidaristica della norma e le esigenze di tutela del soggetto portatore di handicap previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. L'interesse

contrapposto a quello dell'azienda, quindi, non è quello del lavoratore, ma quello del portatore di handicap, il che rafforza indubbiamente l'esigenza di tutela e protezione che deve guidare l'interprete nell'applicazione concreta della norma predetta. La stessa sentenza così continua: "ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'art. 33, comma 5 cit., non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost.; 30. tale bilanciamento, come già statuito da questa Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte.. ". In base a tali condivisibili argomentazioni, l'esercizio del diritto in esame non è soggetto ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro in base a generiche esigenze di organizzazione aziendale, ma può cedere il passo soltanto a fronte della prova della sussistenza di esigenze tecniche, organizzative e produttive che non possono essere diversamente soddisfatte; l'onere probatorio di tali circostanze incombe sul datore di lavoro.

Al riguardo va, altresì, chiarito, proprio in relazione gli arresti sopra citati della Corte Costituzionale e della Suprema Corte, come l'inciso "ove possibile", contenuto nella citata norma, indichi la natura sì non assoluta del diritto in questione, ma non si ponga in contrasto con quanto sinora argomentato, potendo ritenersi precluso il diritto al trasferimento solo in difetto della vacanza in organico e della materiale disponibilità del posto rivendicato (il cui onere di allegazione e di prova è invero a carico della parte resistente - v. Cass. 3896/2009), avendo l'amministrazione esclusivamente un interesse a coprire tutti i posti vacanti e non potendo certo ipotizzarsi oggettivi disservizi e/o danni per l'amministrazione scolastica o per la collettività per effetto del riconoscimento del diritto di precedenza in questione anche in costanza di rapporto e in tutte le fasi della mobilità. Questo Tribunale ritiene (così come sostenuto di recente dal Tribunale di Roma con la decisione del 4.9.2019 e di recente affermato dallo scrivente nella decisione n.454 del 01.10.2019) che debba escludersi che l'assegnazione del lavoratore che presta assistenza al familiare in condizione di handicap grave alla sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, sia vincolata, oltre che dalla vacanza del posto, anche dalla sua disponibilità, ovvero la volontà datoriale di coprire quel posto. Tale doppia condizione è infatti prevista dall'art. 42 bis D. Lgs. 151/2001 (si rileva che parte ricorrente ha chiesto, in ipotesi, l'assegnazione ex art.42 bis del Dlgs.151/01), che nel disciplinare l'assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti dalle amministrazioni pubbliche, che abbiano figli minori fino a tre anni, "ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella

quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa”, espressamente subordina detta assegnazione “alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributive”, nonché al “previo assenso dell'amministrazione di provenienza e di destinazione”. Tali condizioni non sono invece in alcun modo menzionate nel citato art. 33, comma 5, L. 104/1992, che, come detto, riconosce al lavoratore che presta assistenza a familiare in condizione di handicap grave il diritto a scegliere ... la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere”. L'inciso “ove possibile” non può essere quindi idoneo a far affievolire la posizione di diritto soggettivo pieno a mero interesse legittimo pretensivo di diritto privato, a fronte del quale sia riconoscibile un insindacabile margine di discrezionalità in capo al datore di lavoro. Se quindi, come è reso evidente dal chiaro tenore letterale della norma, in capo al lavoratore è riconosciuto un diritto soggettivo alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, tale diritto non può essere limitato dalla mera volontà datoriale di non coprire un posto vacante presso la suddetta sede. O quantomeno anche volendosi riconoscere al datore di lavoro tale possibilità, essa deve essere comunque motivata da ragioni altrettanto meritevoli di tutela, rispetto a quelle poste a base del diritto in questa sede azionato, stante la necessità di operare in ogni caso un equo contemperamento di interessi contrastanti e dovendosi comunque evitare che il rifiuto datoriale si possa tradurre in un'arbitraria, quanto ingiustificata elusione delle altrui prerogative. I doveri di buona fede e correttezza, in quanto implicanti per ciascun contraente, in sede di adempimento degli obblighi derivanti dalla legge e dal contratto, l'obbligo di attivarsi, nei limiti di un apprezzabile sacrificio, al fine di salvaguardare l'altrui utilità, impongono al datore di lavoro privato o pubblico, in sede di valutazione della richiesta del proprio dipendente, che presta assistenza al familiare in condizione di handicap grave, di essere trasferito ad una sede più prossima al proprio domicilio, di effettuare una verifica puntuale di tutte le vacanze in organico e di opporre il proprio rifiuto solo ove questo determini un onere (di carattere economico e/o organizzativo) sproporzionato od eccessivo.

Le uniche limitazioni al diritto in questione possono quindi essere costituite o dalla insussistenza di un posto vacante presso la sede di lavoro ove il dipendente chieda di essere assegnato o dalla volontà di non coprire determinati posti per determinate e specifiche esigenze organizzative dell'amministrazione.

Tanto premesso, venendo alla fattispecie che ci affatica, la richiesta avanzata dalla ricorrente, di riconoscimento del diritto di precedenza ex art. 33 L. n.104/92 e, quindi, di prestare servizio nel profilo di Dirigente scolastico in una sede più vicina al domicilio della persona da assistere appare fondata, risultando documentalmente provato che la madre della ricorrente è portatrice di uno status di handicap grave, ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. n.104/92 e che la ricorrente è referente unico del genitore in stato di disabilità in condizione di gravità (non contestato).

Accoglimento totale n. cronol. 3206/2019 del 24/10/2019
RG n. 574/2019

Nel caso di specie, non vi è alcuna prova della sussistenza di diverse esigenze tecniche, organizzative e produttive che determinerebbero l'impossibilità per l'istante di assegnazione ad una sede più vicina al domicilio della madre, avendo il MIUR contestato, tra l'altro, la disponibilità di sedi nella Regione Toscana.

È del tutto irragionevole ed illogica, in quanto lesiva della primaria esigenza di tutela della persona con handicap grave, la disposizione dell'art. 15 comma 3 del bando di concorso nella parte in cui prevede che l'applicazione dei benefici della Legge 104/1992 possa avvenire solo in un momento successivo di "assegnazione della sede di servizio", e cioè quando il competente USR della Regione di assegnazione individui l'istituzione scolastica. E', invero, illogico, così come già affermato dalla prevalente giurisprudenza di merito (vedasi, in particolare, l'ordinanza del Tribunale di Napoli Nord del 25.09.2019 che questo Tribunale integralmente condivide), non riconoscere le precedenze nella fase iniziale di assegnazione della Regione, limitando la tutela solo in questo più ristretto ambito regionale: risulta, difatti, del tutto indifferente per il lavoratore la scelta tra l'una o l'altra sede, in una Regione comunque distante dal domicilio del familiare da assistere. Ed, invero, in base all'art. 15 del bando cit. un familiare di disabile (ex art. 33, co 5) potrà godere dei benefici riconosciuti dalla norma primaria, in merito alla scelta della sede, solo se assegnato nella Regione dove risiede.

Ebbene, una disposizione di un bando non può violare la norma di rango primario della Legge 104/92 cit. che impone "ove possibile" il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi disponibili più vicine al domicilio della persona da assistere, ponendo come unico limite l'impossibilità derivante da esigenze economiche e organizzative, che dovranno essere rigorosamente provate, come detto, dalla parte datoriale. In definitiva limitare i benefici della 104/92 nella fase successiva alla assegnazione "ordinaria" significherebbe, sostanzialmente, svuotare la disposizione vanificando le esigenze di avvicinamento al luogo dove prestare assistenza al proprio congiunto e, nello stesso tempo, violarla. Secondo il Miur la ricorrente potrebbe avere una diversa sede in Veneto che sia più vicina al luogo di residenza del familiare da assistere. E' patente che qualsiasi assegnazione all'interno della regione Veneto non consentirebbe, comunque, alla ricorrente di assistere il proprio congiunto e, quindi, è evidente che il Miur vuole, surrettiziamente, non applicare la "precedenza" prevista dall'art.33 della legge 104/92. Il riferimento fatto dal Miur all'art.39, commi 3 e 3bis, della legge n.449 del 27.12.1997 e all'art.41 della Costituzione non coglie nel segno. Il regime autorizzatorio previsto per le assunzioni nelle amministrazioni dello Stato risponde ad esigenze di bilancio e alla necessità che le assunzioni avvengano in determinati comparti ma le disposizioni anzidette non sono affatto ostative all'applicazione della precedenza ex art.33 della legge 104/92 su base nazionale in quanto le precedenze anzidette non incidono sulle assunzioni e sul loro "quantum"(ossia sul contingente da assumere) bensì sui criteri di assegnazione delle sedi lavoro.

Del resto l'art.41 della Costituzione afferma che "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. ..". Posticipare il diritto di precedenza successivamente all'assegnazione della prima sede di servizio vuol dire, come detto, esautorare il diritto anzidetto e recare dei danni diretti ed indiretti alle personale in situazione di handicap grave a ai loro congiunti.

La tutela del diritto va, quindi, necessariamente "anticipata", così come affermato dalla prevalente giurisprudenza in casi sovrapponibili alla presente controversia, alla fase iniziale di assegnazione, e quindi la ricorrente va assegnate all'interno della Regione prescelta (ossia la Toscana, indicata nella domanda come prima preferenza). Né il Miur ha provato, nel caso di specie, l'impossibilità di collocare la ricorrente in una sede più vicina al domicilio del familiare da assistere, affermando che non vi sono sedi disponibili in Toscana. Nel caso di specie sussistono invece dei posti vacanti in Toscana, così come è emerso anche dalla produzione documentale depositata all'udienza del 23.10.2019.

Sussiste poi anche l'ulteriore requisito del periculum.

La ricorrente ha documentato che la sorella [REDACTED] si trova in una situazione di invalidità e, pertanto, soltanto la ricorrente appare essere l'unica persona che, per le sue condizioni fisio psichiche, può assistere il proprio congiunto.

Va, pertanto, dichiarato il diritto della ricorrente ad essere assegnata ad una sede vacante più vicina al domicilio del familiare da assistere e, quindi, nei ruoli della Dirigenza scolastica della Regione Toscana, indicata dall'istante come prima preferenza nella domanda.

Le spese di lite si compensano integralmente stante l'assoluta controvertibilità e complessità delle questioni giuridiche sottese alla presente controversia.

P.Q.M.

Dichiara il diritto della ricorrente ad essere assegnata in una sede lavorativa che sia, ove possibile, più vicina al luogo di residenza del genitore da assistere. Ordina a parte convenuta l'assegnazione della ricorrente in una sede di servizio che sia, ove possibile, più vicina al luogo di residenza del genitore da assistere. Compensa le spese di lite.

Pistoia, 24 ottobre 2019

Il Giudice
dott. [REDACTED]