Mobilità dei DS e L.104/92: procedure e storture

di Pasquale Annese

La circolare MIUR del 2015

Come ogni anno, verso la fine del mese di giugno, il MIUR emana una circolare, indirizzata ai competenti Uffici scolastici regionali, con la quale dà indicazioni in merito ai criteri da seguire per le operazioni di attribuzione degli incarichi dirigenziali: conferme, mutamenti e mobilità regionale ed interregionale. La nota MIUR di quest'anno, la n.15510 del 21.05.2015, a firma del direttore generale Maria Maddalena Novelli, presenta poche novità rispetto a quelle degli anni precedenti. O, meglio, ne presentava una inerente al mutamento d'incarico a seguito di sottodimensionamento delle istituzioni scolastiche (lett.d), che seguiva nell'ordine di priorità l'ipotesi (lett.c) di mutamento d'incarico per scadenza di contratto, ma subito rettificata da successiva nota n.16515 del 04.06.2015, che ha ripristinato l'originario ordine di conferimento e mutamento d'incarico:

a) Conferma degli incarichi dirigenziali ricoperti alla scadenza del contratto

Riguarda i dirigenti scolastici che decidono di restare nelle attuali sedi di servizio ed i cui contratti scadranno il 31 agosto 2015.

b) Mutamento dell'incarico a seguito di ristrutturazione o riorganizzazione dell'ufficio dirigenziale

Riguarda le ipotesi di modifica o soppressione dell'ufficio dirigenziale a seguito di dimensionamento scolastico, cioè di fusione o accorpamento di due o più istituzioni scolastiche, in conseguenza del quale il dirigente scolastico soprannumerario va individuato sulla base dei seguenti criteri:

- anni di servizio continuativo nelle sedi sottoposte a dimensionamento;
- esperienza dirigenziale complessivamente maturata;
- numero di alunni, docenti e personale A.T.A. amministrati nella scuola di provenienza.

Con possibilità, per ogni USR, di individuare ulteriori o diversi criteri in funzione delle specifiche esigenze locali.

c) Mutamento dell'incarico a seguito di sottodimensionamento delle istituzioni scolastiche

Riguarda quei dirigenti scolastici in servizio presso istituzioni scolastiche che, nell'a.s. 2015/2016, risultino sottodimensionate ai sensi dell'art.19, comma 5, della Legge 15 luglio 2011, n. 111, come modificata dalla Legge 12 novembre 2011, n. 183, sia in scadenza di contratto che non.

d) Conferimento di nuovo incarico (alla scadenza del contratto) e assegnazione degli incarichi ai dirigenti scolastici che rientrano dal collocamento fuori ruolo, comando o utilizzazione, incarichi sindacali e all'estero

Riguarda i dirigenti scolastici in scadenza di contratto o quelli che rientrano dal collocamento fuori ruolo, comando, utilizzazione, incarichi sindacali e all'estero, per i quali la precedenza nel rientro in sede va data al dirigente che precede cronologicamente nella titolarità della stessa e, a parità cronologica, al dirigente che effettivamente svolge la funzione (art. 13 del C.C.N.L. 11 aprile 2006).

e) Mutamento d'incarico in pendenza di contratto individuale

f) Mutamento d'incarico in casi eccezionali

- Insorgenza di malattie che necessitano di cure in strutture sanitarie esistenti solo nelle sedi

richieste;

- trasferimento del coniuge successivamente alla data di stipula del contratto individuale;
- altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali.

g) Mobilità interregionale (art. 9, comma 4, C.C.N.L. 15/07/2010)

Riguarda i dirigenti scolastici che chiedono il cambio di regione e per i quali si confermano le indicazioni contenute nel C.C.N.L. - Area V - del 15 luglio 2010. In particolare, l'art. 9, comma 4, che così recita: *"Su richiesta del dirigente scolastico alla scadenza del suo incarico, previo assenso del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale di provenienza e con il consenso del dirigente dell'Ufficio scolastico della regione richiesta, è possibile procedere ad una mobilità interregionale fino al limite del 30% dei posti annualmente vacanti"*.

Il quadro normativo vigente

Attualmente la materia è assoggettata alla disciplina generale prevista dall'art. 19 del D.Lgs n. 165 del 2001, così come modificato dall'art. 3 della Legge n.145 del 2002, nonché dall'art. 25 del D.Lgs 165 del 2001 e successive modificazioni ed integrazioni e dalle disposizioni contenute negli articoli 11, 13 e 20 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 11 aprile 2006, nonché dagli articoli 7 e 9 del C.C.N.L. – Area V – sottoscritto in data 15 luglio 2010.

Nello specifico:

- l'art.11, comma 3, del CCNL - AREA V - dell'11 aprile 2006, come modificato dall'art. 28 del CCNL del 15 luglio 2010, secondo cui il conferimento dell'incarico deve esplicitare, *"(...) la natura, l'oggetto, i programmi da realizzare e gli obiettivi da conseguire in coerenza con il POF della specifica istituzione scolastica, sentito anche il dirigente scolastico, i tempi di loro attuazione, le risorse umane, finanziarie e strumentali a disposizione, la durata dell'incarico e il trattamento economico complessivo"*;
- i commi 1 e 1-bis dell'art. 19 del D.Lgs. n.165/2001, secondo cui *"(...) 1.Ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle* ***attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente****, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della* ***relativa valutazione****, delle* ***specifiche competenze organizzative possedute****, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'articolo 2103 del codice civile. 1-bis. L'amministrazione rende conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta; acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuta"*;
- l'art.9, comma 2, del CCNL - AREA V - del 15 luglio 2010 (articolo che sostituisce in toto l'art. 17 del CCNL-AREA V dell' 11 aprile 2006), secondo cui il mutamento d'incarico deve avvenire nel pieno rispetto dei seguenti criteri:

  a) ***esperienze professionali e competenze maturate****, desumibili <anche> dall'applicazione delle procedure di cui all'art. 20 del CCNL dell'11-4-2006 (VERIFICA DEI RISULTATI E VALUTAZIONE DEL DIRIGENTE); il dirigente che ha ottenuto il mutamento dell'incarico in applicazione del presente criterio non ha titolo a formulare ulteriori richieste per tutta la durata dell'incarico stesso;*

  b) va riconosciuta un'ulteriore priorità, a parità di condizioni, a chi abbia maturato nell'attuale sede di servizio un maggior numero di anni e/o si impegni a permanere per almeno due incarichi consecutivi nella sede richiesta, con espressa rinuncia ad avvalersi della facoltà di chiedere mutamento dell'incarico;

o, eccezionalmente, in deroga ai suddetti criteri, in casi di particolare urgenza ed esigenze familiari di cui alla lett.f):

a) insorgenza di malattie che necessitano di cure in strutture sanitarie esistenti nelle sedi richieste;

b) trasferimento del coniuge successivamente alla data di stipula del contratto individuale;

c) altri casi di particolare rilevanza previsti da norme speciali.

Questa premessa si è resa necessaria per inquadrare la cornice normativa di riferimento, all'interno della quale individuare i principi cardine da seguire nell'attribuzione, da parte dei direttori degli Uffici scolastici regionali, degli incarichi o mutamenti d'incarico. Non a caso, infatti, le disposizioni legislative e pattizie su evidenziate fanno costante ricorso alle locuzioni *<attitudini e capacità professionali del singolo dirigente>, <competenze organizzative possedute>, <esperienze professionali e competenze maturate>,* tutte inevitabilmente agganciate, però, ad un sistema nazionale di valutazione della dirigenza scolastica ancora *in fieri*.

L'applicabilità della Legge 104/92 alla mobilità dei dirigenti scolastici. Le disposizioni legislative e pattizie

La Circolare MIUR 15510 del 21.05.2015 raccomanda ai competenti USR di *tenere in debita considerazione*, *oltre ai criteri contrattuali, la disciplina prevista dalla legge n.104/92.* Affermazione che, per la sua genericità ed indeterminatezza, non dirime i numerosi dubbi interpretativi che la giurisprudenza di merito ha cercato, peraltro in maniera non univoca, di dipanare nel corso degli ultimi anni. La stessa Circolare n.6435 dell'allora direttore L.Chiappetta, già nel 2013, si esprimeva in maniera analoga, prescrivendo *di tenere in debita considerazione le priorità previste dalla Legge 104/92 anche ai fini dell'individuazione del dirigente soprannumerario nei casi di cui alla lett.b)* (leggasi: mutamento dell'incarico a seguito di ristrutturazione o riorganizzazione dell'ufficio dirigenziale), nel contempo raccomandando di *coniugare tali priorità con i criteri contrattuali di continuità di sede e anzianità di servizio*.

Siamo in ogni caso nell'alveo di un principio di carattere generale, quello della tutela delle persone disabili, statuito da una norma di legge (la Legge 104/92), ma mai recepito nei vari CCNL dell'area V della dirigenza scolastica e, in quanto tale, solo astrattamente riconducibile alle variegate situazioni concrete inerenti alla suddetta mobilità. I vari contratti collettivi nazionali succedutisi nel tempo, infatti, nel disciplinare il conferimento ed il mutamento degli incarichi dirigenziali, nonché la mobilità professionale ed interregionale, non fanno riferimento alcuno alla valutazione delle eventuali esigenze familiari di cui all'art. 33, comma 5, della Legge 104/92, ma piuttosto richiamano i principi generali statuiti dal D.Lgs. n.165/2001 in materia di attribuzione degli incarichi dirigenziali. Principi peraltro ribaditi della stessa nota MIUR del 2015 su citata, nella parte in cui prevede che, *secondo quanto previsto dal comma 1, dell'art. 19, del D.Lgs. 165/2001, si terrà conto delle attitudini e delle capacità professionali del singolo Dirigente, da valutare considerando le esperienze svolte nel ruolo dirigenziale e le competenze maturate*.

Per i dirigenti scolastici, dunque, diversamente da quanto previsto per docenti e ATA, le norme pattizie non contemplano un diritto *tout court* di precedenza nella scelta della sede o di non allontanamento dalla stessa, il che pone un problema di compatibilità delle diverse fonti normative e pattizie e, conseguentemente, di individuazione di quella prevalente. Circostanza che amplia i margini di discrezionalità dell'Amministrazione nell'affidamento degli incarichi dirigenziali e, conseguentemente, la possibilità di contenzioso nelle sedi giudiziarie. A tal riguardo riportiamo alcuni significativi pronunciamenti.

L'applicabilità della Legge 104/92 alla mobilità dei dirigenti scolastici. **La giurisprudenza di merito**

Il **Consiglio di Stato,** con **Sent.n.8382/2010,** ha affermato che gli impedimenti dei familiari a prestare la necessaria assistenza, idonei a rendere oggettivamente *esclusiva* l'assistenza dell'istante (leggasi dirigente scolastico), devono derivare da particolari situazioni di ostacolo desunte da *elementi oggettivi,* ritenendo che non possano considerarsi tali impegni di lavoro o motivi di salute genericamente indicati presenti in famiglia, poiché essi non assurgono al rango di particolari ed *oggettivi* impedimenti all'assistenza **(Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2010, 4172)**, E che dunque non sono sufficienti semplici dichiarazioni di carattere formale, magari attestanti impegni generici, ma è necessaria la produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, concernenti eventualmente anche stati psico-fisici connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità sulla base di criteri di ragionevolezza e tali da concretizzare un'effettiva esimente da vincoli di assistenza familiare.

Sempre il **Consiglio di Stato, Sez. IV, con Sent.n. 825/2010,** ha affermato che *l'esclusività* dell'assistenza non può sussistere in presenza di altri congiunti in grado di assistere l'infermo e tale regola può essere derogata solo se il dipendente produce elementi probatori atti veramente a dimostrare che i congiunti stessi sono nell'impossibilità di supportare la persona disabile. Diversamente ragionando, l'assistenza ai soggetti svantaggiati, invece di costituire espressione dei valori costituzionali primari della solidarietà familiare e umana, finirebbe per snaturarsi e configurarsi come strumento per soddisfare interessi egoistici o opportunistici.

Analogalmente si è pronunciato il **TA.R. Lazio - sezione prima - Sentenza n. 8826 del 29 aprile 2010,** il quale ha riconosciuto all'istante il diritto di non allontanamento dalla propria sede di lavoro sulla scorta di quanto ampiamente e documentalmente probato in merito all'impossibilità, da parte degli altri congiunti, di prestare assistenza continuativa alla persona disabile. Nel contempo confermando: a) che il riconoscimento del diritto alla salute mediante adeguata assistenza non è assoluto ed incontrovertibile, ma deve essere necessariamente considerato anche tenendo conto delle posizioni soggettive di coloro che da quel riconoscimento possono trarre danno o vantaggio, cioè di altri pretendenti al medesimo posto; b) il diritto alla scelta della sede non si configura come diritto soggettivo in senso proprio, con caratteri di pienezza e assolutezza, poiché il beneficio è

assicurato dall'inciso *"ove possibile"* della stessa norma (5° comma dell'art.33 della Legge 104/92), che rinvia all'esigenza che l'opzione preferenziale nella scelta della sede di lavoro sia raffrontata con le specifiche esigenze organizzative, funzionali e gestionali del datore di lavoro, pubblico o privato, sicchè il riconoscimento del diritto del lavoratore familiare può dimostrarsi anche "...recessivo a fronte di rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa, e per quanto riguarda i rapporti di lavoro pubblico, ad interessi della collettività ostativi di fatto all'operatività della scelta" (cfr. in tal senso, tra le tante, **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 30 giugno 2009 , n. 6339**); nel senso che, a fronte delle esigenze organizzative della Pubblica Amministrazione, deve riconoscersi in capo a quest'ultima una potestà in senso proprio e che la posizione soggettiva del lavoratore pubblico assume consistenza d'interesse legittimo, con connessa preclusione di azione di accertamento del "diritto", (vedi **T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 28 maggio 2008 , n. 5124**).

Ne consegue che l'Amministrazione, prima di procedere al riconoscimento dei benefici della Legge 104/92, deve preliminarmente verificare:

a) la vacanza e disponibilità del posto;

b) il bilanciamento degli interessi contrapposti, da intendere nel senso che all'interesse del lavoratore al trasferimento nella sede richiesta, in funzione di tutela del soggetto disabile, devono contrapporsi, in virtù del principio di buon andamento costituzionale (art. 97 Cost.), le esigenze organizzative del datore di lavoro-Pubblica Amministrazione. E che quindi l'inciso "*ove possibile*" richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, con il conseguente recesso del diritto stesso ove risulti incompatibile con le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro, "poichè in tali casi - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di lavoro pubblico - potrebbe determinarsi un danno per la collettività" (in tal senso **Cass.829/2001, 12692/200**2 e **Consiglio di Stato, Comm.Spec., n. 369/1997** e **n. 394/1998**).

In pratica, l'Amministrazione deve coniugare tale diritto con quanto previsto dall'art.19 del D.Lgs. 165/2001 <*attitudini e capacità professionali*> e dall'art.9 del CCNL dell'AREA V <*esperienze professionali e competenze maturate*>. Ed in ogni caso controllando e verificando che ci esistano le condizioni *oggettive* previste dalle norme pattizie (ci si riferisce a quelle sulla mobilità dei docenti, le uniche a cui la stessa Amministrazione fa riferimento nei propri atti quando, nel conferire gli incarichi di direzione ai neoassunti, specifica che *verranno applicate le medesime disposizioni previste dall'art.7, comma 1, punto V, e dall'art. 9 del CCNI sulla mobilità del personale scolastico,* e dove si parla di *ragioni esclusivamente oggettive* e *puntualmente documentate*), che legittimano il diritto a tale precedenza.

Prassi non sempre seguita in maniera così pedissequa dai vari USR negli anni passati, in cui si sono concesse precedenze ex Legge 104 perfino per accudire affini di 2°grado, e senza aver acquisito la documentazione probatoria attestante l'impossibilità dei più stretti congiunti (coniuge e figli) a fornire assistenza *continuativa* ed *esclusiva*.

Resta in capo ai dirigenti scolastici pretermessi la possibilità, ove ne ricorrano le condizioni, e dopo aver formalizzato una richiesta di accesso agli atti, alla luce del novellato art.2, comma 1, della Legge 241/90, la possibilità di richiedere all'Amministrazione di esprimersi con provvedimento *espresso* e *motivato,* che consenta di valutare un'eventuale difesa in giudizio dei propri interessi. Vedasi a tal riguardo la **Sentenza della suprema Corte di Cassazione-Sez.Lavoro n.5369/2012** in merito all'obbligo della Pubblica Amministrazione di esplicitare le ragioni giustificatrici delle scelte, anche in ambito di impiego pubblico privatizzato. O, *extrema ratio*, di adire il giudice del lavoro con procedura cautelare d'urgenza ex art.700 c.p.c., cercando di dimostrare, cosa non semplice, l'esistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.