



TRIBUNALE DI LAGONEGRO

In persona dei sig. Magistrati:

- Dr. _____ Presidente;
- Dr. _____ Giudice rel.;
- Dr. A _____ Giudice;

riunito in Camera di Consiglio, sciogliendo la riserva formulata all'udienza del 9 maggio 2012, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Nel procedimento civile iscritto al n. _____ del Ruolo Generale degli affari contenziosi dell'anno 2012 avente ad oggetto: *reclamo avverso ordinanza resa dal Giudice del lavoro ex art. 700 c.p.c.*,

CONSIDERAZIONI IN FATTO ED IN DIRITTO

Con atto depositato in data 1.2.2012, _____ ha promosso reclamo avverso l'ordinanza resa dal Giudice del lavoro con cui era stato respinto il proprio ricorso volto all'annullamento della graduatoria interna di istituto dei docenti soprannumerari, del DDS n. 720/2011 e dell'atto adottato dall'Amministrazione convenuta con cui era stato disposto il suo trasferimento ed assegnazione in utilizzazione, per l'a.s. 2011/2012 presso l'Istituto _____ di Venosa. Il Miur e l'istituto di Istruzione Superiore _____ di Lauria si costituivano con comparsa depositata in data 16.3.2012, riportandosi alle considerazioni svolte dinanzi al giudice di prime cure e reiterando le eccezioni di incompetenza territoriale del Tribunale adito e di non integrità del contraddittorio.

 

Atteso il tenore della domanda, tendente a caducare gli effetti della graduatoria stilata dall'istituto di provenienza ed a ritrasferire la ricorrente presso lo stesso, il Tribunale ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei docenti inseriti nella menzionata graduatoria e dettagliatamente identificati all'all. n. 4 della produzione della i. Notificati agli stessi l'atto di reclamo e l'ordinanza che disponeva in tal senso, nessuno dei docenti contro interessati si costituiva in giudizio. All'udienza del 9.5.2012 il collegio si riservava la decisione.

Preliminarmente, in punto di competenza, respingendo l'eccezione proposta dai resistenti (cfr. T. Ravenna 24.11.05-ordinanza) deve ricordarsi che nelle controversie relative ad impugnazioni di trasferimenti in sedi di lavoro, il criterio di collegamento del luogo in cui il dipendente è addetto ex art. 413 comma 5 deve intendersi come quello del luogo in cui il dipendente è addetto al momento del trasferimento e non dopo di esso. Anche nell'ipotesi in cui il trasferimento abbia già avuto materiale esecuzione.

Quanto al merito, ritiene il Tribunale che la domanda cautelare sia fondata e come tale vada accolta. In punto di diritto deve infatti sottolinearsi la ratio della modifica apportata al comma 5 dell'art. 33 l. 104/92 ad opera della l. n. 183/2010. La disposizione menzionata, nella precedente formulazione, così recitava: "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, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede." Oggi, lo stesso comma, così dispone: "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". Atteso che il comma 5 (trasferimenti) rimanda al comma 3 (permessi), per individuare i beneficiari dei trasferimenti, è necessario solo che il lavoratore assista un parente o affine con handicap grave, anche, quindi, saltuariamente e non in via esclusiva. Oltremodo significativa è pertanto tale modifica, risultando pacifico che la volontà del

 

legislatore del 2010 sia stata quella di escludere ogni riferimento alla continuità ed esclusività della prestazione assistenziale. Invero, per comprendere la portata della novità, si ricordi che il principale (se non esclusivo) motivo di mancato accoglimento delle istanze da parte dell'Amministrazione, avallati dalla costante giurisprudenza, soprattutto amministrativa, formatasi in materia, è stato la carenza di continuità ed esclusività della prestazione assistenziale al disabile.

E' pur vero che il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti è regolato contrattualmente ai sensi dell'art. 2 co. 3° d. lgs. n. 165/01, come statuito dall'art. 2 co. 2° d. lgs. n. 165/01, ma la disciplina del rapporto deve comunque avvenire nel rispetto delle disposizioni stabilite dal capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto stesso.

Non sembra potersi dubitare che l'art. 33. co. 5° legge n. 104/92 rientri nelle norme di legge richiamate dall'art. 2 co. 2° d. lgs. n. 165/01, trattandosi di disposizione, come appena detto, ispirata a principi di solidarietà sociale di rango costituzionale in materia di salute, famiglia, istruzione e lavoro. Come ritenuto anche dal Consiglio di Stato (Adun. Sez. III, 17 ottobre 2000, n. 1623) la legge n. 104/92 *"trova diretto fondamento in principi di rango costituzionale ed ha carattere derogatorio rispetto all'ordinaria procedura delle assegnazioni di sede e dei trasferimenti..."*

La disciplina in esame trova diretto fondamento in principi di solidarietà sociale di rango costituzionale in materia di salute, famiglia, istruzione e lavoro, e non può che avere carattere derogatorio rispetto alla ordinaria regolamentazione delle assegnazioni di sedi di servizio ai dipendenti, sia in via di prima assegnazione che di successivo trasferimento.

Infatti, la disciplina della materia in questione risponde all'esigenza di un ordinato assetto dell'organizzazione amministrativa, che è esigenza di rango sottordinato rispetto alla necessità di ripristinare, per quanto possibile, condizioni di uguaglianza nei confronti dei soggetti portatori di handicap, tenuto conto della rilevanza costituzionale, come sopra accennato, di tale finalità.



Tale assetto di valori, nella gerarchia dettata dai principi della Carta costituzionale, trova d'altronde conferma nelle deroghe a favore degli invalidi previste in materia di assunzioni e di avviamento al lavoro, nonché relativamente alle provvidenze economiche e sociali dettate a favore dei predetti soggetti."

* Per quanto attiene ai trasferimenti, l'art. 9 del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2011/2012, sottoscritto il 22.2.2011, dispone: " per le persone disabili assistite (art. 33, comma 5 e 7): nelle certificazioni deve risultare la situazione di gravità della disabilità e la necessità di una assistenza continuativa, globale e permanente, così come previsto dall'art. 3, comma 3, della legge n. 104/92 ovvero tenendo conto di quanto disposto dall'art. 38, comma 5 della legge 23 dicembre 1998, n. 448. A tal fine il genitore, anche adottivo ed il coniuge e il figlio unico in grado di prestare assistenza e il fratello o sorella in sostituzione dei genitori (come previsto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2005) debbono comprovare che il disabile non è ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati con dichiarazione personale ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445, così come modificato ed integrato dall'art. 15, della legge 16 gennaio 2003 n. 3, o mediante certificato rilasciato dalle competenti A.S.L.;

- per le persone bisognose di cure continuative per grave patologia: nelle certificazioni deve necessariamente risultare l'assiduità della terapia e l'istituto nel quale viene effettuata la terapia stessa. Le certificazioni devono essere rilasciate dalle competenti A.S.L..

Sarà cura degli uffici scolastici territorialmente competenti verificare che sui certificati medici, redatti secondo le disposizioni suesposte e presentati dal personale interessato al fine del riconoscimento del beneficio, risultino le attestazioni sopra richieste.

b) Documentazione del rapporto di parentela e dell'assistenza continuativa

Il coniuge, il genitore, il figlio unico in grado di prestare assistenza, il fratello o sorella

conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità, nel caso in cui i genitori sono scomparsi o impossibilitati ad occuparsi del figlio disabile perché totalmente inabili, che assistano il soggetto disabile i quali intendano beneficiare della precedenza prevista dal precedente art. 7, dovranno documentare i seguenti "status e condizioni" secondo le modalità appresso indicate: 18

- il rapporto di parentela, di adozione, di affidamento e di coniugio con il soggetto, disabile deve essere documentato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445, così come modificato ed integrato dall'art. 15, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, ovvero mediante presentazione dello stato di famiglia o di copia della sentenza di affidamento o di adozione.

- l'attività di assistenza con carattere continuativo ed in via esclusiva (Legge 53/2000, artt. 19 e 20) a favore del soggetto disabile deve essere documentata con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n.445, così come modificato ed integrato dall'art. 15, della legge 16 gennaio 2003, n. 3. L'onere di tale certificazione è prevista esclusivamente nei casi di assistenza al genitore. L'assistenza continuativa esercitata in via esclusiva dai beneficiari della precedenza ex art. 33, commi 5 e 7, dovrà essere effettivamente svolta alla data di scadenza per la presentazione della domanda di mobilità e deve sussistere entro 10 giorni prima del termine ultimo di comunicazione al SIDI delle domande. E' fatto obbligo agli interessati di dichiarare entro tale termine l'eventuale cessazione dell'attività di assistenza al familiare disabile e la conseguente perdita del diritto alla precedenza.

Nel caso di assistenza domiciliare, la situazione di non ricovero a tempo pieno del soggetto disabile in istituto specializzato, deve essere documentata mediante certificato rilasciato dalla competente A.S.L. oppure mediante dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445, così come modificato ed integrato dall'art. 15, della legge 16 gennaio 2003, n. 3.



- il fratello o la sorella conviventi di soggetto disabile in situazione di gravità che assistano il medesimo, in quanto i genitori sono scomparsi o impossibilitati ad occuparsi del figlio disabile perché totalmente inabili (sentenza della Corte Costituzionale n. 233/2005) devono comprovare lo stato di totale inabilità dei genitori con idonea documentazione di invalidità.

- il domicilio del soggetto disabile assistito è documentato con le modalità definite nella apposita ordinanza ministeriale."

Il contratto collettivo decentrato si pone in chiaro contrasto con il disposto dell'art. 33 co. 5° legge n. 104/92 nel tenore vigente, che stabilisce, invece, a favore del familiare- lavoratore un vero e proprio diritto a mantenere la sede che gli consente di prestare l'assistenza, salvo proprio consenso al trasferimento altrove.

"La posizione di vantaggio ex art. 33 si presenta come un vero e proprio diritto soggettivo di scelta da parte del familiare-lavoratore che presta assistenza con continuità a persone che sono ad esse legate da uno stretto vincolo di parentela o di affinità. La ratio di una siffatta posizione soggettiva va individuata nella tutela della salute psico-fisica del portatore di handicap nonché in un riconoscimento del valore della convivenza familiare come luogo naturale di solidarietà tra i suoi componenti. A tale riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale ha rimarcato la rilevanza anche a livello della Carta fondante delle indicate finalità perseguite dalla disposizione in esame" (Cass., 27 marzo 2008, n. 7945; cfr.: Corte Cost. ord. n. 325 del 1996).

Nessun'altra condizione legittimante che sia in contrasto con la voluntas legis può essere a tale proposito prevista, altrimenti venendosi in pratica a vanificare la posizione soggettiva del soggetto interessato. Nella disposizione pattizia menzionata, invece, si legge ancora il riferimento all'assistenza continuativa ed alla convivenza, condizioni che non consistono in una mera specificazione della disciplina dettata con legge dello Stato, strutturalmente a maglie più ampie, ma si pongono in contrasto con la voluntas legis che, quelle condizioni, ha scelto di eliminare. L'illegittimità si intravede anche nel punto in cui le disposizioni pattizie accordano una mera preferenza nei trasferimenti.



Sulla medesima questione, si veda l'ordinanza 22.12.2008 Trib. Di Genova – dott.ssa Scotto – che ha disapplicato l'art. 6 del C.C.N.D. del 31 maggio 2002, concernente la mobilità del personale delle Accademie e dei Conservatori di musica, che prevede, per i lavoratori parenti di persone in situazione di grave handicap l'attribuzione di "agevolazioni", che si traducono nell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo di 3 punti. La violazione deve individuarsi laddove la legge prevede un diritto pieno al trasferimento o al mantenimento della sede, non già al punteggio aggiuntivo.

Nel caso di specie, l'art. 9 del menzionato CC concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA è dunque nullo per contrasto con una disposizione inderogabile di legge e non può pertanto trovare applicazione.

La Suprema Corte, in una pronuncia resa anteriormente alla novella del 2010, ma pur sempre significativa, ha altresì chiarito come debba intendersi la condizione posta dalla norma, laddove si legge "ove possibile". Infatti: "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 collettiva, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto." (Sez. U, Sentenza n. 7945 del 27/03/2008 (Rv. 602352). Orbene, nulla è stato dedotto dall'Amministrazione resistente sul punto. Invero si deducono



esigenze di continuità didattica, collegate quindi al mero dato che la pronuncia di accoglimento interverrebbe ad anno scolastico inoltrato.

Pacifici i fatti che, secondo il Tribunale, sono rilevanti: la situazione di grave handicap di [redacted] e la prestazione di assistenza da parte della ricorrente, attese le condizioni di salute delle altre familiari, certificate come in atti. Pacifico altresì che l'istituto abbia respinto il ricorso della [redacted] sul presupposto della assenza dei requisiti della convivenza e dell'esclusività dell'assistenza.

Sussistente il fumus boni iuris, il periculum è agevolmente ravvisabile nel dato che la distanza tra il domicilio dell'assistita e la sede di destinazione della ricorrente per l'a.s. 2011/12 inibisce completamente la prestazione di qualsivoglia forma di assistenza con pregiudizio irreparabile degli interessi tutelati dalla legge n. 104/92, pregiudizio che sarebbe ulteriormente aggravato dalla protrazione della situazione di omessa cura. I dati emergenti per tabulas consentono di ritenere sussistente un grave pregiudizio nel ritardo, non trattandosi di una situazione di mera maggiore difficoltà nell'apprestare l'assistenza bensì di vero e proprio impedimento.

La domanda va accolta e l'ordinanza reclamata va riformata. Le spese del doppio grado vanno poste a carico dell'amministrazione resistente, in base al principio della soccombenza.

PQM

- accoglie il reclamo e, per l'effetto, dichiara il diritto della ricorrente a non essere trasferita presso la sede dell'istituto [redacted] in Venosa ed a mantenere la sede di titolarità presso l'istituto [redacted] di Lauria;
- accerta e dichiara la illegittimità dell'art. 9 del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2011/2012, della graduatoria interna di istituto dei docenti soprannumerari e del D.D.S. n. 720/2011 laddove individuano la ricorrente quale

soprannumeraria e ne dispongono il trasferimento d'ufficio presso l'istituto
di Venosa e pertanto li disapplica, ordinando alla amministrazione
convenuta l'immediato trasferimento della ricorrente presso l'Istituto
di
Lauria;

- condanna parte reclamata al pagamento delle spese processuali in favore della
ricorrente, per entrambi i gradi del giudizio cautelare, che si liquidano in
complessivi euro 2.100,00 oltre IVA, CPA e spese generali nella misura di legge.

Lagonegro, 23.5.2012.

Il Presidente

Il Giudice est.

TRIBUNALE DI LAGONEGRO
Depositato in Cancelleria
24 MAG 2012
Lagonegro, il

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
AMMINISTRATIVO RICARDELLI

STUDIO LEGALE
AVV. LUIGI GIUSEPPE PAPALEO
Via Prov.le Melara, 9 - 85044 LAURIA (PZ)
Tel./Fax 0973.822544 - cell. 339.2477708