

TRASFERIMENTI DEL PERSONALE SCOLASTICO. IL DIRITTO ALLA PRECEDENZA PER ASSISTERE IL FAMILIARE DISABILE

Nota a cura di Carmelo Rollini – Agrigento 19 settembre 2007

Premessa

Il caso posto recentemente all'attenzione del Tribunale di Agrigento(*) offre lo spunto per una disamina delle varie problematiche connesse all'applicazione dell'art. 33, V comma, legge n.104/1992 nei confronti del personale della scuola.

Si tratta di un diritto di precedenza alla scelta della sede di lavoro che è spesso causa di contenzioso, promosso dai soggetti che vantano maggiore punteggio ma sono pretermessi nell'assegnazione delle sedi, ovvero da coloro ai quali tale diritto non viene riconosciuto per difetto dei requisiti previsti dalla legge e dalle relative norme dei contratti collettivi.

I ricorsi al giudice del lavoro e/o le richieste di tentativo di conciliazione (art.130 C.C.N.L. 24.7.2003) sono dovuti anche al fatto che non sempre è agevole, per la molteplicità delle situazioni concrete, ricondurre le varie fattispecie nell'astratta formulazione della norma.

Per far luce sulle varie opzioni interpretative, può allora essere utile la ricerca dei precedenti giurisprudenziali, rinvenibili soprattutto in numerose pronunce dei giudici amministrativi, cui sono tuttora devolute le controversie relative ai rapporti di lavoro di alcune categorie di dipendenti delle amministrazioni pubbliche (artt. 3 e 63, 4° comma, d.lgs. n. 165/2001).

Per quanto riguarda il Tribunale di Agrigento e le controversie che hanno chiamato in causa come convenuto l'Ufficio scolastico provinciale, la rassegna delle pronunce più significative è consultabile sul sito www.provveditoratoag.it; nella presente nota si citeranno alcune di tali pronunce.

Nota (*)

Ricorso ex art. 700 c.p.c – Periculum in mora – Presupposti – Attribuzione beneficio art. 33, 5° comma, legge 104/92 - Diniego della precedenza al trasferimento in sede vicina – Pregiudizio grave ed irreparabile per l'assistenza al familiare disabile – Non sussiste.

(Tribunale di Agrigento, ordinanza del 3 agosto 2007)

Presupposto indefettibile del procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., oltre al requisito del *fumus boni iuris*, è il cosiddetto *periculum in mora*, ossia la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile nei confronti del ricorrente, cioè di un danno che si verrebbe a creare nelle more della definizione del giudizio di merito e che non potrebbe in alcun modo essere ristorato con la sentenza.

Tale pregiudizio non è prospettabile nel caso di vicinanza tra la sede di lavoro ed il comune di domicilio del familiare disabile. Detta situazione, se può comportare qualche disagio, non è certamente tale da assurgere a pregiudizio irreparabile, considerato che si risolve nella necessità di percorrere qualche chilometro in più per raggiungere la sede lavorativa, ma non tale da precludere la dovuta e necessaria assistenza.

La normativa di riferimento

Il quadro normativo è rappresentato dalle seguenti disposizioni di legge e contrattuali.

1) Le norme di legge

Articolo 33, V comma, legge 5.2.1992, n.104

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 ad altra sede.

Articolo 19 legge 8 marzo 2000, n.53

All'art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) (omissis);
- b) al comma 5, le parole: ", con lui convivente," sono soppresse;
- c) (omissis).

Articolo 20 legge 8 marzo 2000, n.53

Le disposizioni dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 19 della presente legge, si applicano anche qualora l'altro genitore non ne abbia diritto nonché 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.

Art. 601 decreto legislativo 16 aprile 1994, n.297

Gli articoli ... e 33 della legge quadro 5 febbraio 1992, n.104.....si applicano al personale di cui al presente testo unico.....

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

2) Le norme dei contratti collettivi:

Personale docente ed educativo - personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA)

- Contratto collettivo nazionale integrativo sulla mobilità del personale docente, educativo ed ATA sottoscritto il 15 dicembre 2006

Art. 7 – Sistema delle precedenze comuni

(omissis)

V) Assistenza al coniuge ed al figlio in situazioni di handicap, ovvero assistenza del figlio unico al genitore in situazione di handicap

Nel contesto della procedura dei trasferimenti viene riconosciuta, in base all'art. 33 commi 5 e 7 della legge 104/92, richiamato dall'art. 601 del D.Lgs. n.297/94, la precedenza ai genitori anche adottivi o a coloro che esercitano legale tutela di portatori di handicap in situazioni di gravità, al coniuge e al solo figlio in grado di prestare assistenza alla persona handicappata in situazione di gravità. Qualora entrambi i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio in situazione di handicap grave perché totalmente inabili, viene riconosciuta la precedenza, alla stregua della scomparsa di entrambi i genitori, anche ad uno dei fratelli o delle sorelle, in grado di

prestare assistenza, conviventi di soggetto con handicap in situazione di gravità. In questi ultimi casi, la situazione di unicità di funzione nell'assistenza deriva dalla circostanza, documentata con autodichiarazione da parte di ciascun figlio, di non essere in grado di effettuare l'assistenza al genitore handicappato in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva e continuativa assistenza (a mero titolo esemplificativo, si indicano i casi di sorelle e/o fratelli minori, handicappati, residenti all'estero o comunque a distanze che non consentono l'effettiva e continuativa assistenza.

.....
E' riconosciuta la precedenza, nei trasferimenti interprovinciali, anche ai predetti soggetti che, obbligati all'assistenza, abbiano interrotto una preesistente situazione di assistenza continuativa a seguito di instaurazione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

- Contratto collettivo nazionale integrativo concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed ATA sottoscritto il 6 giugno 2007.

Per le operazioni di durata annuale, gli artt. 8 e 19 del C.C.N.I 6.6.2007 prevedono, con disposizioni analoghe a quelle sopra riportate, il diritto di precedenza in favore del coniuge o genitore (anche adottante o che eserciti legale tutela) di portatore di handicap, nonché dell'unico figlio/a in grado di prestare assistenza al genitore.

Inoltre, nella sola condizione di assenza di parenti di grado inferiore, la precedenza è attribuita al *personale destinatario dell'art. 33, commi 5 e 7 della legge 104/92 che sia unico parente o affine entro il terzo grado o affidatario di persona handicappata in situazione di gravità; tale unicità deriva dalla circostanza – documentata con autodichiarazione – che eventuali altri parenti non sono in grado di effettuare l'assistenza al parente handicappato in situazione di gravità, per ragioni esclusivamente oggettive (a mero titolo esemplificativo si indicano i casi di parenti minori, handicappati, residenti all'estero o comunque a distanze che non consentono l'effettiva e continuativa assistenza).*

Dirigenti scolastici

Le norme dei contratti collettivi, nel disciplinare il conferimento ed il mutamento degli incarichi, nonché la mobilità professionale ed interregionale, non fanno alcun riferimento alla valutazione delle eventuali esigenze familiari di cui all'art. 33, V comma, legge 104/92, ma piuttosto richiamano i principi generali stabiliti dal D.Lgs. n.165/2001 in materia di attribuzione degli incarichi dirigenziali (in particolare, v. art. 19)

Per quel che ci occupa, si riportano le seguenti disposizioni.

- Contratto collettivo nazionale di lavoro sottoscritto in data 11.4.2006 (art. 17):

comma 4 Il mutamento di incarico su posti liberi (cioè l'incarico in una istituzione scolastica diversa da quella assegnata con il contratto di lavoro non ancora scaduto n.d.r.) è ammesso eccezionalmente nei seguenti casi di particolare urgenza e di esigenze familiari:

- a) insorgenza di malattie che necessitano di cure in strutture sanitarie esistenti solo nelle sedi richieste;*
- b) trasferimento del coniuge successivamente alla stipula del contratto individuale;*
- c) altri casi previsti da norme speciali.*

comma 5 Per motivate esigenze, 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 15% complessivo dei posti vacanti annualmente.

Contratto collettivo integrativo nazionale sottoscritto in data 27 aprile 2007 (art.3):

L'attribuzione e il mutamento dell'incarico, tenuto conto di quanto previsto dal D.Lgs. n.165/2001....., seguono i seguenti criteri, la cui applicazione deve conformarsi a principi di legalità, imparzialità e trasparenza e deve essere adeguatamente motivata:

- a) vanno valutate le esperienze e le competenze maturate.....;*
- 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 nella sede richiesta.....*

A norma degli artt. 5 e 6 dello stesso contratto collettivo integrativo, la mobilità professionale e quella interregionale si effettuano nel rispetto dei medesimi criteri fissati dalle precedenti lettere a) e b).

Compatibilità delle diverse fonti normative

I contratti collettivi sopra menzionati recano disposizioni più dettagliate rispetto al testo di legge, per quanto riguarda il personale docente, educativo ed ATA; per i dirigenti scolastici, le norme pattizie non contemplano il diritto di precedenza in questione. Si pone, quindi, il problema della compatibilità delle diverse fonti normative e, in caso di contrasto, dell'individuazione della norma prevalente.

In proposito va detto che non trova applicazione l'art.2, terzo comma, del D.Lgs. 165/2001 - sulla derogabilità delle norme di legge in forza di successivi contratti o accordi collettivi - poiché la norma di fonte primaria (art. 33 legge 104/92) non riguarda soltanto i dipendenti delle pubbliche amministrazioni il cui rapporto di lavoro è regolato contrattualmente, ma si riferisce anche ai lavoratori del settore privato. Alla luce dei principi generali (art.1418 cod. civ.) si deve quindi affermare che le norme pattizie non possono derogare all'art 33 ma possono invece introdurre ulteriori regole attuative e non contrastanti con la *ratio* della norma, ravvisabile nell'esigenza di assicurare "*ove possibile*" la continua e concreta assistenza al parente o affine in situazione di handicap.

Il principio per cui la contrattazione collettiva può disciplinare gli aspetti non disciplinati espressamente dalla normativa primaria è stato anche affermato dal Consiglio di Stato in sede consultiva. La Sezione prima - parere n. 589/2001 - in ordine a varie questioni poste dal Ministero dell'Interno sull'applicazione della norma in esame, ha affermato che la materia oggetto del quesito rientrava nella più vasta materia della mobilità, che la riforma del pubblico impiego introdotta col d.lgs. n.29/1993 (oggi d.lgs.n165/2001) ha affidato alla contrattazione collettiva. In quella sede l'Amministrazione avrebbe potuto *far valere utilmente le argomentazioni rappresentate per giungere ad una regolamentazione concordata dell'applicazione dell'articolo 33 per gli aspetti non espressamente disciplinati dalla normativa primaria.*

Per quanto riguarda il personale non contrattualizzato l'Amministrazione avrebbe potuto *seguire la via del regolamento di attuazione, adottando, a norma dell'articolo 17 della legge n. 400/1988, specifiche disposizioni in merito.*

Sia in sede contrattuale che in sede regolamentare sarebbe quindi "*possibile tutelare altre situazioni rilevanti per l'ordinamento (ad esempio maggior grado di parentela) e stabilire quale rilievo debba avere il venire meno delle condizioni che hanno consentito l'avvicinamento di sede. Esiste infatti una tale molteplicità di situazioni che non è possibile pensare di affrontarle volta per volta, utilizzando una discrezionalità amministrativa che la norma primaria non concede. Una regola uniforme, dettata in via generale, che tenga conto per quanto possibile delle molteplici ipotesi, potrà soddisfare le esigenze dell'amministrazione meglio e più stabilmente.*"

Diritto alla scelta della sede e potestà discrezionale dell'amministrazione.

La facoltà di chiedere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è espressione di un diritto soggettivo illimitato, poiché l'art.33, 5° comma, consente l'attribuzione del beneficio "ove possibile"; ciò implica, secondo l'univoco orientamento giurisprudenziale, che devono sussistere le seguenti condizioni:

- a) vacanza del posto;
- b) disponibilità del posto, cioè determinazione del datore di lavoro (nel caso specifico "pubblica amministrazione") di provvedere alla copertura del posto vacante;
- c) bilanciamento degli interessi contrapposti, cioè : l'interesse del lavoratore al trasferimento nella sede richiesta, in funzione di tutela del soggetto disabile, e le esigenze del datore di lavoro-pubblica amministrazione, per il principio di buon andamento del servizio che ha rilevanza costituzionale (art. 97 Cost.)

Sull'applicazione della norma in esame si sono più volte pronunciati i massimi organi giurisdizionali, enunciando i seguenti principi.

L'istituto di cui all' art. 33, comma 5, non è l'unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno della persona handicappata, né la stessa posizione giuridica di vantaggio prevista dalla disposizione in parola è 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" (Corte cost. n. 406 del 1992, n. 325 del 1996, n. 246 del 1997 e n. 396 del 1997).

Alla stregua del processo di riforma denominato di "privatizzazione" (con il quale, com'è noto, al fine di un recupero di efficienza, si tende, nei limiti di compatibilità, ad applicare un diritto comune ai privati datori di lavoro), si deve negare che il diritto al trasferimento possa assumere a suo esclusivo presupposto la vacanza del posto cui si aspira. Il presupposto della "vacanza" (del resto peculiare delle organizzazioni pubbliche, in quanto riflesso delle cosiddette "piante organiche") esprime una mera potenzialità, che assurge ad attualità soltanto con la decisione organizzativa di coprire talune vacanze. (Cassazione civ., sez. lavoro, 829/2001, 12692/2002, 8436/2003 e 1396/2006).

Il beneficio di cui all'art. 33, commi 5,6, e 7, è destinato a divenire operante soltanto "ove possibile", ossia se ne sussistano i presupposti anche in relazione alle esigenze organizzative dell'amministrazione, di volta in volta considerati, con riguardo alla singola situazione; pertanto, non devono essere sacrificate le esigenze organizzative dell'amministrazione – che restano in ogni caso affidate alla valutazione dell'amministrazione medesima – né la necessaria correlazione fra posizione funzionale e professionale del dipendente, le sue attitudini e capacità ed il posto che si intende ricoprire.(Consiglio di Stato, Commissione speciale, pareri n.369 del 20.1.1997 e n.394 del 19.1.1998). Per tali considerazioni, i giudici amministrativi qualificano la posizione giuridica del dipendente che chiede l'attribuzione del beneficio non in termini di "diritto soggettivo", ma come "interesse legittimo"; si tratterebbe di una posizione di diritto soggettivo "affievolito" dall'esercizio di potestà discrezionale dell'amministrazione (fra le tante, cfr.Cons. Stato, Comm.spec.394/1998, IV 565 del 21.2.2005, IV 3526 del 30.6.2005; IV, 793 del 22.2.2006; TAR Puglia, Bari, n.2344 del 21.5.2003 TAR Campania - Salerno - Sez. I del 4.5.2006, TAR Campania, VI, n.1034 del 10.1.2007, TAR Lazio, Roma, I bis, del 17.1.2007 e TAR Puglia, Lecce, III, n1209 del 23.3.2007).

Anche per la Corte di cassazione il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio non è assoluto e privo di condizioni. L'inciso "ove possibile", richiede un adeguato bilanciamento degli interessi in conflitto, e il 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" (Cass. 829/2001, 12692/2002).

Specularmente a quanto appena accennato riguardo alla posizione soggettiva di interesse legittimo, trattandosi invece di rapporto di lavoro "privatizzato" dei dipendenti delle pubbliche

amministrazioni, la posizione soggettiva del lavoratore è qualificabile come “interesse legittimo di diritto privato”(*)

I suddetti principi sono applicabili anche alla mobilità del personale della scuola, ma occorre distinguere la categoria dei dirigenti scolastici dalle altre tipologie di personale (docenti, ATA e personale educativo).

Per queste ultime, il beneficio della precedenza è subordinato alle condizioni indicate *sub a* e *b*), oltre che alla sussistenza dei requisiti dell’assistenza continuativa, dell’esclusività ecc....., da documentare secondo le dettagliate disposizioni del contratto collettivo.

Quindi, diversamente da quanto avviene in altri settori della pubblica amministrazione e per altre categorie di dipendenti, non si frappongono valutazioni discrezionali del datore di lavoro in ragione di particolari esigenze organizzative. La peculiarità del settore “scuola” impone, invece, che tutti i posti vacanti e disponibili vengano coperti con provvista di personale di ruolo o, altrimenti, con personale precario.

Per l’affidamento ed il mutamento degli incarichi ai dirigenti scolastici, valgano invece i criteri di cui ai menzionati contratti collettivi, che richiamano anche il D.Lgs. 165/2001 (v.art.19); prevale, quindi, la regola del bilanciamento degli interessi contrapposti (condizione *sub c*), a tutela delle esigenze organizzative e di servizio dell’amministrazione.

Pertanto, nell’ipotesi di richieste di trasferimento avanzate da dirigenti destinatari delle disposizioni del citato quinto comma dell’art. 33 della legge n.104 del 1992, l’Amministrazione deve esaminare, nel caso concreto, la sussistenza del posto di funzione dirigenziale vacante nella sede prescelta dal proprio dipendente e deve valutare anche l’attitudine ed il grado di professionalità del richiedente, che, nel superiore interesse pubblico non può essere sottratto alla comparazione con qualsiasi altro dipendente da destinare allo svolgimento delle delicate funzioni. L’inciso “ove possibile” contenuto nella norma in esame va, quindi, inteso nel senso che l’accoglimento della istanza di trasferimento del dirigente non può essere disposto automaticamente, solo in presenza della vacanza del posto cui il dipendente aspira, ma va subordinato anche alla legittima e positiva valutazione delle funzioni da svolgere, delle attitudini e della capacità professionali del singolo dirigente, valutazione che deve necessariamente concorrere con il diritto spettante al destinatario del beneficio di cui trattasi. (in tal senso, cfr. Consiglio di Stato, Comm. Spec., n. 369/1997 e n. 394/1998 già citate) .

Occorre infine precisare che le norme dei contratti collettivi sulla dirigenza scolastica, nella parte in cui non considerano ai fini della “mobilità” il diritto alla scelta della sede *ex art. 33*, non configurano violazione di legge; ciò in forza dell’inciso “ove possibile” contenuto nella stessa legge, ma soprattutto perchè il contratto dei dirigenti scolastici, per tale aspetto, attua i criteri fissati da altra fonte normativa, di rango pari alla legge (art. 19 D.Lgs. 165/2001).

Tuttavia, nel caso particolare del dirigente scolastico vincitore di concorso, mancando un pregresso servizio per la valutazione delle attitudini e capacità professionali del neodirigente, sembrerebbe illegittimo negare il diritto di precedenza di cui all’art. 33. Pertanto, se il posto risulta disponibile per i dirigenti di nuova nomina, l’amministrazione dovrebbe tener conto di tale diritto.

(*) La posizione soggettiva dell’“interesse legittimo di diritto privato” è discussa in dottrina, anche se ha avuto l’autorevole avallo della Cassazione (sentenza n.41/2000) e della Corte costituzionale (sentenza n. 275 del 23.7.2001). Si ravvisa tale figura quando la pubblica amministrazione, operando nelle vesti di privato datore di lavoro (come nel caso del personale scolastico *ex artt. 2 e 5 D.Lgs. n.165/ 2001*) con atti connotati da discrezionalità e pur sempre finalizzati alla cura del pubblico interesse, interagisce con posizioni che non sono né interessi legittimi puri né veri diritti soggettivi, ma sono, appunto, ascrivibili alla suddetta categoria.

Continuità ed esclusività dell’assistenza

Il beneficio di priorità nella scelta della sede presuppone, oltre alla sussistenza delle suddette condizioni oggettive, cioè non dipendenti dalla volontà del lavoratore, i requisiti soggettivi della continuità ed esclusività dell'assistenza al parente o affine entro il terzo grado in situazione di handicap grave. Si tratta dei requisiti più controversi e dibattuti nella materia in esame e che, come sopra detto, è opportuno analizzare alla luce dei precedenti giurisprudenziali.

In passato era anche dubbio se il beneficio della precedenza fosse previsto anche per l'assistenza a soggetti in situazione di handicap non grave, ma si è ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui deve trattarsi esclusivamente di handicap grave.

Infatti, dalla premessa che l'art. 33, comma 5, collega il beneficio alla necessità che il familiare convivente presti assistenza continua, si deve trarre il corollario della indefettibile ricorrenza di una patologia con profili di gravità. Detta interpretazione comporta la valutazione in termini di omogeneità del concetto di assistenza continua sinteticamente enucleato al citato quinto comma dell'articolo 33 e di quello di intervento assistenziale permanente, che il terzo comma dell'art. 3 della medesima legge collega alla ricorrenza di una situazione connotata dalla gravità. Inoltre, si deve mettere l'accento sulle disparità illogiche di trattamento che una diversa interpretazione innescherebbe tra l'ipotesi del trasferimento del soggetto portatore di handicap, necessitante, ai sensi del sesto comma, del requisito della gravità della patologia, e quella del trasferimento del soggetto destinato ad assistere il portatore di handicap, a prescindere da detto profilo di gravità (quinto comma). In tal senso v., fra le tante, T.A.R. Lazio, I, nn. 462 del 2/2/1998, 700 del 9/2/1998 e 1313 del 20/2/2001; T.A.R. Campania, Napoli, IV, n. 53 del 12/1/2000; Cons. St., VI, n. 1314 del 20/11/1995; Cons. St., II, 5 aprile 1995, n.30387/1994 e VI del 4 dicembre 2001; Cassazione, Sez. lavoro, n.8436 del 27.5.2003. Per le considerazioni che precedono, si impone un'interpretazione che richiede anche per l'art.33, comma 5, e conseguentemente per i contratti collettivi sulla mobilità che detta normativa richiamano, la ricorrenza del presupposto della gravità della situazione di handicap.

La continuità

Come chiarito dalla giurisprudenza, sia con riferimento al testo originario che a quello modificato, l'art. 33 quinto comma si riferisce solo al lavoratore che già assista con continuità un familiare portatore di handicap, e non anche al dipendente che, non assistendo in atto con continuità un familiare, aspiri al trasferimento proprio al fine di poter instaurare il detto rapporto di assistenza continuativa (cfr. Cons. Stato, parere sez. III, n.1623/2000; IV, n.425 del 21.4.1997; n.898 del 7.2.2001 e n.565 del 21.2.2005; Cass.civ. n.829/ del 20.1.2001 e n.23526 del 2.11.2006; TAR Lombardia n.4465 del 25.6.2001; TAR Puglia, n. 1997 del 2003 e TAR Lazio, I *quater* del 16.11.2005).

L'esclusione di questa seconda ipotesi è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale la quale, con sentenza 29 luglio 1996, n. 325, ha precisato che la norma si inserisce in un sistema che prevede anche altre forme di assistenza agli handicappati, al di fuori dell'ambito familiare, sicché con l'art. 33, quinto comma, il legislatore ha ragionevolmente previsto, quale misura aggiuntiva, la salvaguardia dell'assistenza in atto nell'ambito familiare, senza prevedere anche, nell'esercizio della sua discrezionalità, la possibilità di trasferimenti del lavoratore dipendente finalizzati a instaurare un rapporto di assistenza, nell'ambito familiare, al portatore di handicap.

Né è possibile, in base al dettato di legge, applicare il beneficio nel caso particolare in cui la convivenza sia stata interrotta per effetto dell'assegnazione, al momento dell'assunzione, della sede lavorativa e il familiare tenda successivamente a ripristinarla attraverso il trasferimento in una sede vicina al domicilio dell'handicappato.(Cassazione, Sez. lavoro, n.23526 del 2 novembre 2006, sopra citata).

Sotto questo profilo, la disposizione di fonte pattizia (v. art. 7 C.C.N.I. 1512.2006), che in tale situazione attribuisce il diritto di precedenza ai fini dei trasferimenti interprovinciali, risulta

estensiva della previsione di legge; per quanto detto in precedenza, si tratta di regolamentazione *praeter legem*, consentita in regime di contrattualizzazione del rapporto di lavoro.

Altra questione riguarda il caso dei lavoratori che abbiano instaurato il rapporto di assistenza per effetto di un provvedimento di assegnazione temporanea nella sede di dimora del disabile, o in sede vicina, quando invece la notevole distanza dalla normale sede di lavoro non avrebbe consentito di prestare assistenza. Si tratta di situazioni non infrequenti nel settore scolastico, per la particolare disciplina dei movimenti del personale docente ed ATA, anche di durata annuale e rinnovabili. Ci si chiede se, in occasione di successiva istanza di assegnazione provvisoria o di trasferimento definitivo debba considerarsi acquisito il presupposto dell'assistenza continuativa e, conseguentemente, il diritto alla precedenza nella scelta della sede.

L'interpretazione letterale della norma sembra escluderlo, per il fatto che la "provvisorietà" dell'assegnazione è concettualmente contrapposta alla "continuatività" dell'assistenza; a meno che non si voglia assimilare la situazione temporanea di lunga durata a quella continuativa, ma ciò porrebbe l'ulteriore problema, di difficile soluzione, del *discrimen* fra temporaneità e stabilità. A conforto di tale tesi interpretativa, si possono richiamare due recenti pronunce del Consiglio di Stato, pronunciatosi su casi analoghi, riguardanti personale dipendente dal Corpo della Guardia di Finanza cui era stata concessa l'assegnazione temporanea di sede, prorogata per più anni.

Secondo il Consiglio di Stato, in tali circostanze, non poteva essere invocato il beneficio di cui all'art. 33, quinto comma legge 104/1992, in quanto la situazione di assistenza era pacificamente venuta in essere in epoca successiva alla originaria destinazione del dipendente. Né il trasferimento temporaneo concesso aveva determinato una situazione di assistenza continuativa e preesistente: anzi, all'opposto, doveva ritenersi per molteplici ragioni che la *ratio* stessa del trasferimento temporaneo ne precludesse il consolidamento. Ed in effetti, sul piano logico e dell'equità, appariva evidente che il trasferimento temporaneo – inteso quale misura di emergenza volta ad attribuire all'appartenente al Corpo un beneficio altrimenti non spettante – non era tramutabile in una posizione di vantaggio, in base alla quale questi potesse pretendere di conseguire in via definitiva l'obiettivo originariamente precluso ai sensi di legge: in sostanza, il trasferimento temporaneo è un beneficio concesso per ragioni prevalentemente solidaristiche e non uno strumento per aggirare le regole che presiedono ai movimenti del personale del Corpo. Sicché, doveva concludersi che l'attività assistenziale in senso lato prestata dal militare temporaneamente trasferito restava irrilevante ai fini dell'attribuzione dei benefici previsti dall'art. 33 comma 5 in favore di quanti già prestavano specifica e continuativa assistenza al congiunto portatore di handicap. (cfr. Cons. St. IV, n.565 del 21.2.2005 e n.3526 del 30.6.2005; in senso conforme, anche Tribunale di Roma 27.3.1999)

L'esclusività

Il requisito dell'esclusività è stato introdotto dall'art. 20 della legge n.53 dell'8 marzo 2000, recante modifiche all'art. 33,V comma; con l'art. 19 della stessa legge è stato abrogato il requisito della convivenza.

In tal modo si è agevolata l'assistenza al disabile, rendendola possibile indipendentemente dalla situazione di convivenza; d'altra parte, prevedendosi esplicitamente "l'esclusività", è stato

introdotto un principio di maggior rigore, non essendo possibile concedere il beneficio nel caso in cui altri soggetti prestino assistenza ovvero siano idonei a prestarla.

Nella sua originaria formulazione e secondo l'interpretazione prevalente della giurisprudenza, la norma era soprattutto incentrata sul requisito dell'assistenza in atto e sull'unicità del soggetto che poteva beneficiare del diritto di precedenza; ciò indipendentemente dalla situazione di potenziale o effettiva assistenza da parte di altri familiari pure conviventi.

Tale principio si desume dalle seguenti pronunce del Consiglio di Stato e da altre, di analogo tenore, emesse anche dai giudici ordinari.

Nella sentenza n. 947 del 15.6.1998 si legge, infatti, che *la norma, per un verso, si riferisce al familiare lavoratore dipendente che già presti assistenza continuativa al disabile e, per altro verso, in ogni caso, non può essere interpretata nel senso che, nell'ipotesi che più siano i familiari conviventi eventualmente idonei ad assicurare l'assistenza, nessuno di essi possa avvalersi del beneficio di legge. Ne consegue che, allorché sussista il presupposto della effettiva assistenza continuativa da parte del dipendente che richiede l'agevolazione, questa non può essergli negata sulla considerazione che il rapporto di assistenza possa essere instaurato da altri familiari. E' appena il caso di sottolineare che, con riferimento al medesimo disabile, del beneficio in questione può avvalersi uno solo dei soggetti in astratto aventi titolo* (in senso conforme v. anche Cons. Stato, VI, n.481 del 31.1.2003 e n.2683/2003).

Ancor più esplicitamente il Consiglio di Stato, in sede consultiva (Comm. Spec. 19.1.1998, n.394) ha affermato che *La norma tuttavia deve essere comunque interpretata nel senso che del beneficio in questione possa avvalersi uno solo dei lavoratori aventi titolo; con la conseguenza che il beneficio deve essere negato se, con riferimento al medesimo handicappato, altro componente della famiglia fruisca dell'anzidetta agevolazione, restando indifferente, al contrario la situazione di altro familiare convivente e concorrente nell'assistenza continuativa il quale, per proprio titolo (diversa da quello di cui si tratta) abbia nel luogo del domicilio la sede di servizio.*

Come detto, le citate pronunce si riferiscono all'applicazione della legge nel testo vigente prima della modifica introdotta con il citato art. 20; tuttavia, i suddetti criteri interpretativi sono stati determinanti nell'orientare la giurisprudenza di merito e dei tribunali regionali amministrativi anche per fattispecie insorte dopo la novella legislativa.

In proposito, v. TAR Calabria, Reggio Calabria, n.341 del 9.4.2004; Tribunale di Milano 31.10.2002; Tribunale di Reggio Emilia, n.24 del 4.1.2002.

Nella sentenza da ultimo citata si legge infatti che "Sarebbe irragionevole ritenere che la mera esistenza di altri familiari, anche se completamente indifferenti al problema (o semplicemente incapaci di gestirlo), valga a privare della tutela speciale in parola chi, da solo, si faccia carico di un congiunto gravemente invalido. Che ricorrente sia il solo ad occuparsi della madre - sia pure nei modi visti poc'anzi - non è controverso in causa".

Sulla scorta di tali argomentazioni, il Tribunale di Reggio Emilia ha riconosciuto il diritto di precedenza, per l'assistenza alla madre residente in provincia di Agrigento, ad un dipendente dell'Amministrazione finanziaria in servizio a Reggio Emilia (!!!!).

Le più recenti pronunce pongono invece l'accento sugli obblighi di mutua assistenza derivanti dal vincolo familiare e non danno rilievo alla mera indisponibilità.

Per fruire del diritto alla precedenza "L'indisponibilità va provata con la produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, oppure concernenti stati psico-fisici connotati da particolare gravità, e quindi idonei ad attestare l'impossibilità assistenziale, e non la semplice indisponibilità degli altri familiari, sulla base di criteri di ragionevolezza tali da concretizzare un'effettiva esimente dal vincolo di assistenza familiare"(cfr., Cons. Stato, Sez. IV, n.1708 del 13.4.2005; n.3526 del 30.6.2005 e n.5795 del 14.10.2005).

Le argomentazioni della citata sentenza n.3526/2005 sono state poi recepite da numerose altre pronunce dei tribunali amministrativi regionali; fra le tante: TAR Emilia Romagna , Bologna Sez. II, n.115 del 1°2.2006; T.A.R. Trentino Alto Adige Bolzano, 14 marzo 2006, n. 109; TAR Lazio Roma, I, n 9237 del 25 settembre 2006; TAR Campania, Napoli, IV, n.6146 del 9.5.2007; TAR Lazio Roma, I bis, n. 5261 del 30 maggio 2007.

In sostanza, la *ratio* della norma è quella di tutelare i soggetti diversamente abili che non abbiano alcuna possibilità di assistenza all'infuori del lavoratore che richiede il beneficio. Ove vi siano più persone in grado di dividere gli oneri derivanti da questo dovere di solidarietà familiare, viene meno la necessità di derogare al normale svolgimento della prestazione lavorativa. Ciò comporta che il richiedente deve esser l'unico in assoluto (non esistendo altri familiari) o in senso relativo, per le particolari circostanze che oggettivamente impediscano l'assistenza da parte di altri familiari residenti nella medesima zona e astrattamente idonei ad accudire la persona disabile.

Come esplicitamente previsto dalla norma, assume il giusto rilievo l'esclusività del soggetto che presta assistenza e non l'unicità del soggetto beneficiario del diritto al trasferimento. Il requisito dell'esclusività non appare quindi compatibile con la prestazione dell'assistenza assieme ad altri familiari ed anche se in modo prevalente.

In linea con il concetto di esclusività come sopra inteso, le disposizioni dei contratti collettivi sui trasferimenti del personale scolastico richiedono, come causa di indisponibilità, *ragioni esclusivamente oggettive, tali da non consentire l'effettiva e continuativa assistenza e, a mero titolo esemplificativo, ...indicano i casi di sorelle e/o fratelli minori, handicappati, residenti all'estero o comunque a distanze che non consentono l'effettiva e continuativa assistenza.*(v. art. 7 del C.C.N.I. 15 dicembre 2006).

Le norme contrattuali non vanno oltre tale esemplificazione, raffigurante fattispecie di indisponibilità del tutto ovvie; ciò si comprende, considerata la molteplicità delle situazioni concrete, riassumibili soltanto in un' astratta previsione normativa.

Per una più specifica disamina della casistica, si possono richiamare le fattispecie oggetto di giudizio dinanzi ai giudici ordinari ed amministrativi; relativamente alle pronunce dei giudici amministrativi, un'ampia rassegna giurisprudenziale è consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it

Definitività o revocabilità del beneficio

La norma in commento prevede sì il diritto alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, ma non chiarisce se il beneficio così ottenuto sia revocabile qualora venga a cessare il rapporto di assistenza, come nel caso di decesso del disabile. La questione assume una certa rilevanza nel settore scolastico, in cui i trasferimenti sono disposti con procedura di tipo concorsuale ed il beneficio di cui trattasi rappresenta una notevole deroga al principio della *par condicio* dei vari aspiranti al movimento. Peraltro, la norma non è intesa a favorire il lavoratore che presta assistenza ma, piuttosto, a tutelare il soggetto disabile; per cui, sembrerebbe più equo far coincidere la durata del trasferimento con il periodo di prestazione dell'assistenza.

In proposito, si deve richiamare una pronuncia del Giudice delle leggi (ordinanza Corte cost. (n.396 dell'11 dicembre 1997), riguardante la questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 33, V comma, sollevata proprio nel corso di una controversia su provvedimenti di mobilità di personale della scuola ed in riferimento al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) oltre che ai principi di cui agli artt. 35 e 97 Cost.

In sostanza, il giudice *a quo* aveva osservato che il trasferimento alla sede più vicina comportava:

a) la perpetuazione dei benefici anche quando fossero cessate le esigenze di assistenza del disabile;

b) la violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, perché la norma denunciata non contemperava, secondo il giudice rimettente, le esigenze del disabile (e del familiare lavoratore che lo assisteva) con quelle degli altri lavoratori.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione, affermando che la censure mosse dal giudice *a quo* riguardavano non tanto il meccanismo normativo introdotto dall'art. 33 V comma – sì che la disposizione sarebbe “neutrale” rispetto al problema della definitività degli effetti – ma le sue modalità di applicazione.

Dal principio affermato consegue che la questione della revocabilità o meno del trasferimento ottenuto va risolta dalle varie amministrazioni con norma regolamentare o, nel caso dei pubblici dipendenti in regime di rapporto di lavoro privatizzato, in base alla disciplina dei contratti collettivi (v. paragrafo relativo alla compatibilità delle diverse fonti normative).

Riferendo il suddetto principio alla specifica disciplina dei contratti collettivi del comparto “scuola”, va detto che la normativa attualmente in vigore non prevede la revocabilità del trasferimento mentre, per alcuni anni e fino alle operazioni di mobilità con effetto dal 1° settembre 1999, il trasferimento ottenuto beneficiando della precedenza era condizionato al permanere per un quinquennio dell'assistenza nei confronti del familiare disabile; la condizione risolutiva del trasferimento non riguardava il caso di decesso del coniuge o del figlio/a assistiti (contratto collettivo decentrato nazionale sulla mobilità sottoscritto il 2.1.1999).

La regola della irrevocabilità del trasferimento legittimamente disposto vale anche qualora i requisiti che hanno determinato il diritto alla precedenza vengano meno successivamente alla scadenza del termine di presentazione della domanda di trasferimento e prima dell'inizio dell'anno scolastico di decorrenza del trasferimento stesso.

Anche se può sembrare iniquo e lesivo dei diritti di altri aspiranti al movimento, ciò trova giustificazione nelle esigenze organizzative collegate alle operazioni di mobilità, prevalenti su quelle personali dei singoli interessati. Pertanto, è *ininfluente sul trasferimento - legittimamente disposto in applicazione della precedenza in questione - il decesso della persona portatrice di handicap in data successiva alla conclusione delle operazioni di mobilità e specificamente, dopo l'adozione del provvedimento di trasferimento del beneficiario..... ancorché avvenuto poco prima dell'inizio dell'anno scolastico..... Non è rilevante che l'evento sia sopravvenuto (e reso noto all'Amministrazione) prima dell'inizio dell'anno scolastico, in quanto è soltanto patologica l'evenienza che, a poco meno di un mese dall'inizio delle lezioni, l'apparato scolastico non abbia messo a punto le posizioni di titolarità delle singole classi in tempo utile e devono pertanto considerarsi legittime, in linea di principio, le disposizioni che, in via generale, non annettono rilevanza a circostanze sopravvenute* (in tal senso, Cons. Stato VI, n. 7678 del 3.5.2002).

Le pronunce del Tribunale di Agrigento

In alcuni casi, i giudizi dinanzi al Tribunale di Agrigento sono stati promossi ai sensi dell'art. 700 c.p.c, cioè con richiesta di un provvedimento d'urgenza e prospettando al giudice il c.d. *periculum in mora*, inteso come danno imminente ed irreparabile per il diniego del trasferimento o dell'assegnazione provvisoria. In mancanza di tale presupposto, i giudici hanno spesso rigettato la domanda, senza pronunciarsi anche sulla sussistenza del diritto alla priorità nella scelta della sede.

Altre volte si sono pronunciati anche nel merito o sono state emesse sentenze su ricorsi proposti in via ordinaria.

Si riassumono i principi interpretativi affermati in alcune controversie e si rinvia, per una rassegna più completa delle pronunce, alla consultazione del sito *www.provveditoratoag.it*

1)Le norme contrattuali sulla mobilità del personale della scuola, nella parte in cui distinguono la posizione del figlio unico e del figlio non unico ai fini della precedenza, appaiono illegittime in quanto in contrasto con l'art. 33, V comma, della legge n.104/92. La suddetta norma tutela un diritto della persona portatrice di handicap e non può subire restringimenti del suo ambito applicativo per effetto di una norma contrattuale. Non rileva la sostanziale delegificazione in materia di pubblico impiego, poiché il contrasto si pone con una norma di legge che non disciplina un diritto del lavoratore, bensì un diritto della persona portatrice di handicap (sentenza n.882 dell'8.3.2002).

Nella fattispecie, il tribunale ha censurato la norma del contratto collettivo sulla mobilità del 27.1.2000 che, - stante l'interpretazione letterale fatta propria dal Ministero in sede di ricorso gerarchico - aveva previsto il diritto alla precedenza nei trasferimenti solo in favore del figlio "unico", mentre, in presenza di altri figli (cioè figlio "non unico") la precedenza era consentita solo per la mobilità annuale (assegnazioni provvisorie).

2)La modifica legislativa introdotta dall'art.19 legge n.53/2000 ha inteso eliminare una presunzione assoluta di assistenza determinata dalla convivenza, potendosi certamente verificare situazioni in cui il familiare, pur convivendo con l'invalido, non presta in concreto assistenza, ovvero pur non convivendo con l'invalido, lo assiste ugualmente; ciò, tuttavia, non può voler dire che se vi sono più familiari in grado di assistere l'invalido, alcuni non conviventi ed altri conviventi, questi ultimi non abbiano diritto a beneficiare della tutela, qualora in concreto prestino assistenza al congiunto, solo perché anche coloro che non convivono potenzialmente potrebbero prestarvi assistenza. (sentenza n.30 del 14.1.2003).

Il giudice ha dato rilievo alla situazione di effettiva prestazione dell'assistenza, trascurando l'ulteriore requisito dell'esclusività, previsto dall'art. 20 legge n.53/2000.

3)Il diritto di precedenza nelle operazioni di assegnazione provvisoria al personale docente destinatario dell'art.33, commi 5 e 7, legge n.104/92, richiamato dall'art.8 del C.C.N.D., non presuppone che il familiare lavoratore sia l'unica persona in grado di prestare l'assistenza (tale interpretazione renderebbe illegittima una disposizione contrattuale in tal senso, in quanto contrastante con legge ordinaria), ma richiede solamente che, anche in presenza di altri familiari eventualmente idonei ad assicurare l'assistenza, nessuno di questi si avvalga del beneficio di legge.

Ordinanza del 6.11.2003, in linea con l'originario orientamento del Consiglio di Stato - v. sez.VI n.947/98).

4) La tutela dell'assistenza alle persone invalide è posta direttamente dalla legge con una normativa non derogabile dalla contrattazione collettiva; questa, pertanto, nel disciplinare i trasferimenti del personale non può dettare una normativa maggiormente restrittiva per il lavoratore.

La situazione di assistenza non è immodificabile, ma le eventuali modifiche devono derivare da situazioni contingenti e necessitate - con l'onere di provare il mutamento della situazione in merito all'assistenza - e non dipendere dalla mera volontà del soggetto che assiste l'invalido che in base alle esigenze si fa "sostituire" nell'assistenza da altro congiunto. L'intermittenza dell'assistenza porta ad escludere che la stessa sia necessitata, nel senso che il soggetto che in concreto la presta sia l'unico in grado di fornire assistenza al congiunto invalido.

Con la sentenza n. 561 del 16 marzo 2004 viene ribadita – forse in termini troppo perentori - l'inderogabilità della norma di legge (art. 33 quinto comma) ; il giudice censura anche l'attribuzione della precedenza ad una docente che aveva immotivatamente sostituito un altro familiare nella prestazione dell'assistenza, dopo che questi aveva a sua volta beneficiato del diritto di precedenza.

5) La normativa contrattuale prevista nel C.C.N.I. del comparto in materia di trasferimenti del personale, nella parte in cui richiede non solo che il dipendente presti assistenza in via continuativa al familiare handicappato, ma altresì che sia l'unico parente in grado di farlo, non è illegittima, in quanto non è maggiormente restrittiva per il lavoratore rispetto alla previsione dell'art.33 della legge 104/1992. La legge 104/1992, infatti, non prevede un diritto assoluto del lavoratore a scegliere la sede di lavoro, come è dimostrato dalla presenza dell'inciso "ove possibile", dovendo tale diritto essere temperato con l'interesse pubblico all'organizzazione dei pubblici uffici e con gli interessi (privati) degli altri soggetti aspiranti al trasferimento presso la stessa sede. Contemperamento avvenuto, in tema di mobilità del personale del comparto scuola, attraverso la contrattazione collettiva, che ha previsto il requisito dell'unicità del soggetto in grado di prestare assistenza; requisito che non pare alterare la sostanza del diritto di cui all'art. 33 della legge 104/1992 e che è idoneo a temperare l'interesse di colui che presta assistenza con gli interessi dei controinteressati alle operazioni di mobilità e l'interesse organizzativo del datore di lavoro.

Ordinanza del Tribunale di Enna dell'11 ottobre 2006. Per motivi di competenza territoriale, il Tribunale di Enna si è pronunciato su un ricorso ex art. 700 c.p.c. proposto da un docente di quella provincia , cui era stata negata dall'Ufficio scolastico di Agrigento la precedenza nelle operazioni di assegnazione provvisoria interprovinciale. Il giudice ha posto l'accento sull'incidenza delle norme contrattuali e sul bilanciamento degli interessi nelle procedure di selezione del personale che aspira al trasferimento in altra sede di lavoro. In linea con il più recente orientamento dei giudici amministrativi, si potrebbe tuttavia affermare che l'unicità dell'assistenza contemplata dal contratto collettivo corrisponde all' esclusività prevista per legge, nei casi di inesistenza o impossibilità di altri soggetti obbligati ad assistere il disabile.