

Ord. n.  
RG n. 1478/2011  
Cron. n. 540



TRIBUNALE DI MATERA  
Sezione Civile - Giudice del Lavoro

**Ordinanza**

nel ricorso promosso ex art. 700 c.p.c.  
- art. 669 *sexies* c.p.c. -

Il Tribunale, in funzione di Giudice del Lavoro, in composizione monocratica nella persona del dott. [redacted], nel ricorso promosso ex art. 700 c.p.c. da:  
[redacted]

rapp. e dif. dagli avv. E. L. FAGGELLA

- ricorrente -

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA,  
UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA BASILICATA, ISTITUTO  
STATALE di [redacted] di [redacted]

[redacted] in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*,  
rapp. e dif. dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Potenza

- convenuti -

sciogliendo la riserva espressa all'udienza del 23/1/2012;  
letti gli atti ed i documenti di causa;  
viste le deduzioni e le controdeduzioni delle parti;

**O S S E R V A**

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. la ricorrente esponeva di essere docente di ruolo presso l'istituto [redacted] di [redacted] e di assistere in via continuativa esclusiva alla propria madre [redacted], portatrice di handicap grave, essendo l'unico familiare con lei convivente; di aver messo l'istituto scolastico a conoscenza di tale situazione con apposita istanza del 5 settembre 2011 corredata dalla certificazione sanitaria e dichiarazioni degli altri fratelli attestanti l'impossibilità di occuparsi della madre; che, nonostante ciò, veniva trasferita d'ufficio dalla sede di [redacted] alla sede distaccata di [redacted]. Allegando violazione dell'art. 33,

*Qui*  
*AC*

quinto comma, della legge n.104/1992 chiedeva di essere reintegrata nella precedente sede di servizio.

L'Amministrazione convenuta, costituitasi, senza contestare l'esistenza in capo alla ricorrente dei requisiti previsti dalla legge invocata, deduceva che non si trattasse di trasferimento ma di assegnazione presso uno degli edifici della stessa sede di lavoro.

All'udienza del 23 gennaio 2012, verificata l'integrità del contraddittorio dandosi atto della costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta, questo Giudice riservava la decisione.

\*\*\*\*\*

Preliminarmente, occorre ricordare che, ai fini della concessione dei provvedimenti che, ai fini della concessione dei provvedimenti di urgenza più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito, occorre verificare la ricorrenza dei due noti requisiti concorrenti e non alternativi: il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*.

Tale necessaria concorrenza deriva direttamente dalla disposizione dell'art. 700 c.p.c., in base alla quale la tutela strumentale e provvisoria residuale può essere concessa se chi la aziona è titolare di un diritto e se quest'ultimo è minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile durante il tempo occorrente per farlo valere. Del resto, la stessa funzione cautelare dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. è connotata dalla necessità di assicurare, sia pur in via provvisoria e strumentale, che la futura pronuncia del giudice non resti pregiudicata dal tempo necessario ad attuarla: ne consegue che requisito indispensabile è l'esistenza di un diritto da far valere in via ordinaria unitamente al pregiudizio, connotato dall'imminenza e dalla irreparabilità.

La concorrenza dei due requisiti deve, dunque, essere rigorosamente allegata e provata da colui il quale domanda la tutela cautelare.

Alla luce di tali principi la domanda cautelare avanzata in questa sede deve essere accolta.

Deve rammentarsi che la disciplina dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 è stata innovata dagli artt. 19 e 20 della legge n. 53 del 2000. Le modifiche introdotte hanno determinato - come già osservato dalla ricorrente - il venir meno del requisito della convivenza; nel contempo, hanno, però, comportato la necessità dell'esclusività nell'assistenza.

Invero l'art. 33, comma 5, legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'art. 19 legge 8 marzo 2000, n. 53 e poi dall'art. 24 della legge 4 novembre 2010, n.183 - consente al lavoratore che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio ovvero di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. Il richiamato art. 19 prevede, per quanto qui occupa, l'abolizione del requisito della convivenza fra la persona che presta o ha necessità di prestare assistenza all'handicappato e quest'ultimo. Il successivo art. 20 testualmente dispone: "Estensione delle agevolazioni per l'assistenza a portatori di handicap I. Le disposizioni dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'articolo 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"; ribadendo, pertanto, la necessità dell'assistenza continua in via esclusiva ancorché da parte di un soggetto non convivente.

Ciò detto, appare evidente che l'esclusività nell'assistenza rappresenta un requisito soggettivo espressamente prescritto da una norma giuridica di carattere primario e, dunque, necessario ai fini della concessione del beneficio qui invocato. La ratio della norma, in altre parole, è quella di tutela dei soggetti diversamente abili che non abbiano alcuna possibilità di assistenza all'infuori del lavoratore che richiede i benefici previsti dall'art. 33 della legge 104 del 1992, e che, dunque, 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. Dopo il venir meno del requisito della convivenza del familiare lavoratore con il disabile da assistere, è necessario, dunque, che l'Amministrazione di appartenenza valuti l'esistenza dell'altro requisito richiesto dal citato art. 33, comma 5, legge n. 104/1992, vale a dire che sia dimostrata l'assistenza continua ed esclusiva del lavoratore che propone la domanda, soprattutto laddove nella medesima zona risiedano altri familiari idonei ad accudire la persona disabile.

Quanto alla "continuità" si può richiamare quanto osservato in maniera assai condivisibile dal tribunale di Taranto, con ordinanza pronunciata nella camera di consiglio dell' 1/10/2010: "che occorra prendere le mosse da un riferimento normativo ineludibile: l'avente diritto al beneficio ex art. 33, co. 5, L. n° 104/92 è comunque un "lavoratore", cioè una persona che è necessariamente impegnato diverse ore di ogni giorno lavorativo nella propria attività fuori della sede in cui presta "assistenza" (essendo ancora statisticamente poco apprezzabile il c.d. "telelavoro"), dovendosi poi aggiungere all'orario di lavoro anche i tempi di spostamento casa-luogo di lavoro e viceversa (anch'essi, peraltro, diversamente quantificabili in ragione delle intuibili variabili spazio-temporali). Pertanto, anche avendo riguardo ad un tipo "normale" di situazione e pur volendo ammettere che il "lavoratore assistente" possa dedicare al congiunto tutto il tempo della giornata che gli rimane, dedotte le ore lavorative e quelle necessarie per coprire il tragitto casa-lavoro e viceversa, comunque dovrebbe escludersi che il soggetto possa fornire personalmente ed esclusivamente una "assistenza permanente, continuativa e globale" al soggetto portatore di handicap".

Occorre, dunque, muoversi in quest'ottica di assistenza comunque limitata alle ore non strettamente lavorative.

Nel caso specifico, la ricorrente ha allegato di essere l'unica figlia convivente con la madre, portatrice di handicap in situazione di gravità, e quindi l'unica in grado di poter continuare a prestare assistenza in via continuativa.

Tali allegazioni in fatto non sono state per nulla contestate dall'amministrazione resistente.

D'altra parte ben può essere richiamato in via analogica, come suggerisce la difesa di parte ricorrente, l'art. 7, paragrafo V, del contratto collettivo nazionale integrativo del 22 febbraio 2011, concernente la mobilità del personale della scuola, il quale sancisce che in caso di figlio che assiste un genitore per la situazione di unicità di funzione nell'assistenza non è necessario documentare l'esclusività mediante autodichiarazione da parte degli altri figli "laddove il figlio richiedente la precedenza sia l'unico a convivere con il soggetto disabile". Tale è la situazione peraltro pure documentata nel caso di specie.

Occorre dunque partire dalla circostanza incontestata che la ricorrente sia l'unica figlia in grado di prestare assistenza continuativa alla madre con la quale convive.

La difesa di parte convenuta è incentrata sull'argomentazione che nel caso in esame non si verta in ipotesi di trasferimento ad altra sede di lavoro ma di semplice assegnazione della lavoratrice presso uno degli edifici della stessa sede di lavoro.

Tale impostazione difensiva non può essere condivisa.

La ricorrente fino al precedente anno scolastico (2010/2011) prestava servizio presso la sede centrale dell'Istituto statale [redacted] a [redacted]

ove risiede insieme alla madre in via [redacted] n. [redacted] (v. doc. in atti). Con provvedimento del 7 settembre 2011 il dirigente scolastico ha assegnato la ricorrente presso la sede staccata di [redacted] per l'anno scolastico 2011/2012.

Si tratta di trasferimento.

La normativa di cui occorre fare applicazione nella presente fattispecie, sopra illustrata, recita (art. 33 comma 5, Legge n. 104/1992): Il lavoratore di cui al comma 3 (cioè che assiste una persona con handicap in situazione di gravità - circostanza incontestata nel presente giudizio) 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.

La nozione legale di trasferimento è stata elaborata dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione come mutamento geografico definitivo del luogo della prestazione. Normalmente tale mutamento avviene tra due distinte unità produttive e non è configurabile quando lo spostamento venga attuato nell'ambito della medesima unità produttiva ma ciò non vale nei casi in cui l'unità produttiva comprenda uffici notevolmente distanti tra loro e siti in comuni diversi, sul punto si veda Cass. Sez. Lav., n. 12097 del 18/05/2010 in un caso in cui la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto configurabile il trasferimento di un dipendente dell'Ente Poste presso una sede situata in un comune diverso, situato a circa trenta chilometri dall'ufficio di provenienza.

Ed è quanto avviene nel caso in esame, non può infatti non ritenersi trasferimento l'assegnazione della ricorrente a prestare servizio in una sede dell'Istituto che si trova in un comune diverso da quello di residenza e distante 39 km (e anche queste allegazioni sono rimaste incontestate).

Conforta tale interpretazione la lettura della normativa contrattuale di riferimento ovvero del contratto collettivo nazionale integrativo del 22 febbraio 2011 che definisce trasferimenti anche i passaggi (tra diverse istituzioni scolastiche ma) nell'ambito dello stesso comune. Stabilisce, infatti, che nell'ambito delle operazioni di mobilità del personale, il movimento dei "trasferimenti" e dei passaggi si attui in tre distinte fasi (art. 46): nell'ambito del comune di titolarità (fase comunale), con assegnazione ai comuni diversi da quello di titolarità ed appartenenti alla propria provincia (fase provinciale) ovvero il movimento verso province diverse da quelle di novità e i passaggi di profilo (fase della mobilità territoriale interprovinciale e mobilità professionale).

Ai fini della qualificazione dell'atto datoriale come trasferimento non conta chi adotti l'atto di gestione del rapporto (se il dirigente scolastico oppure l'Ufficio Scolastico Regionale), conta il mutamento geografico del luogo di esecuzione della prestazione.

A seguire l'interpretazione fornita da parte resistente si lascerebbero sorniti di qualsivoglia tutela i significativi disagi connessi al mero trasferimento del luogo di

lavoro, conducendo a risultati di assoluta incertezza circa l'area delle "assegnazioni disposte dal dirigente scolastico" per l'assenza nel contratto di precisi parametri, idonei alla sua delimitazione.

Tanto più quando il predetto mutamento geografico incida sul valore della continuità dell'assistenza al disabile, valore costituzionalmente protetto e che la legge ha voluto preservare, escludendo che il cambio di sede possa avvenire senza il consenso del lavoratore.

E nel caso specifico il cambio di sede è indiscutibile trattandosi di eseguire la prestazione in altro comune.

Quanto alla ricorrenza del periculum le condizioni di salute della persona da assistere come da documentazione medica allegata (doc. 1 di parte ricorrente) sono tali da non consentire l'attesa della definizione di un giudizio ordinario anche in considerazione della necessità di continuare ad assicurare una presenza familiare presso l'assistita non quantitativamente e qualitativamente inferiore a quella garantita fino all'inizio dell'anno scolastico in corso.

In definitiva, alla stregua di tutte le sopra esposte considerazioni, va ritenuta (con valutazione sommaria e provvisoria e salvo ogni definitivo ed eventuale apprezzamento in sede di cognizione piena) sussistenza dei requisiti di legge per l'ottenimento della tutela cautelare d'urgenza.

La complessità della questione interpretativa e la particolarità della fattispecie, con precedenti giurisprudenziali oscillanti, costituiscono gravi ed eccezionali ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale, visti gli artt. 669bis ss. e 700 c.p.c., così provvede:

1. accoglie il ricorso per l'effetto ordina all'amministrazione convenuta in persona del dirigente scolastico dell'Istituto [redacted] di [redacted] di disporre l'immediato trasferimento della ricorrente presso la sede di [redacted]
2. dichiara compensate tra le parti le spese del giudizio.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni di rito.

Matera, 2/2/2012



Il Cancelliere

Depositata in Cancelleria

Oggi 6.2.12



IL GIUDICE

(dott. [redacted])