

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

2825/17



TRIBUNALE DI BENEVENTO

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART.409 E SEGG. C.P.C.

CON ISTANZA CAUTELARE EX ART. 669 E 700 C.P.C.

E richiesta autorizzazione notifica ai controinteressati mediante pubblicazione sul sito MIUR ex art.151 cpc

PER

TISO ANNUNZIATA nata ad Ariano Irpino (AV) il 25 marzo 1974 Residente ad Ariano Irpino (AV) alla Via Diomede Carafa n.42/3 Codice Fiscale : TSI NNZ 74C65 A399 J ,elettivamente domiciliata in Taurasi AV 83030 alla Via Calore, presso e nello studio dell' Avv. Carmine Monaco, c.f. MNCCMN50M31A9750, e dell' Avv. Cesare Monaco c.f. MNCCSR85L27A509S dai quali è rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, giusta mandato in calce al presente atto, la quale chiede che le comunicazioni vengano fatte ex art. 176 co.2 c.p.c. ai seguenti indirizzi fax 0827/74133; PEC avvcarmine Monaco@pec.it

ricorrente

CONTRO

- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (CF: 80185250588), in persona del Ministro pro tempore, con sede in Viale Trastevere, 76/a 00153 ROMA
- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (CF: 80185250588), in persona del suo legale rapp.te p.t., domiciliato ex lege presso l'Avvocatura dello Stato con sede in Via dei Portoghesi, 12, 00186 Roma
- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (CF: 80185250588), in persona del suo legale rapp.te p.t., domiciliato ex lege presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli in Napoli alla Via A. Diaz n. 11

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA – UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA**
(C.F.: 80039860632), in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliato ex lege presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli in Napoli alla Via A. Diaz n. 11;
- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA – UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA**
(C.F.: 80039860632), in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliato per la carica presso la sede dell'Ufficio Scolastico in Napoli alla Via Ponte Maddalena n. 55;
- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA – UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA –UFFICIO XII - AMBITO TERRITORIALE AVELLINO** (C.F.: 80039860632), in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliato ex lege presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli in Napoli alla Via A. Diaz n. 11;
- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA – UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA –UFFICIO XII - AMBITO TERRITORIALE AVELLINO** (C.F.: 80039860632), in persona del legale rappresentante pro tempore, via Giuseppe Marotta, n.14 Avellino;
- ISTITUTO COMPRENSIVO STATALE “DON LORENZO MILANI” Calvario- Covotta IN PERSONA DEL DIRIGENTE PRO-TEMPORE (c.f. 90013070645)** domiciliato ex lege presso l'avvocatura distrettuale dello stato in Napoli alla Via Diaz n.11;
- ISTITUTO COMPRENSIVO STATALE “DON LORENZO MILANI” Calvario-Covotta IN PERSONA DEL DIRIGENTE PRO-TEMPORE (c.f. 90013070645)** via Marconi 25, Ariano Irpino (AV)

resistenti

E NEI CONFRONTI DI

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

TUTTI I DOCENTI INSERITI nella graduatoria interna del personale docente-scuola primaria-tip.comune dell'Istituto Comprensivo Statale "don Lorenzo Milani" dell'8 aprile 2017 prot.n. 971/07/01

resistenti potenziali

PER

-l'esatta collocazione della ricorrente in relazione alla graduatoria interna del personale docente-scuola primaria tip. comune dell'Istituto Comprensivo Statale "don Lorenzo Milani" dell'8 aprile 2017 prot.n. 971/07/01 ed in particolare per la esclusione della stessa dalla graduatoria per l'individuazione dei perdenti posto, avendone titolo in qualità di familiare che esercita la tutela legale di soggetto disabile con patologia in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 legge 5 Febbraio 1992 n. 104

-in ogni caso, per l'affermazione che la ricorrente ha diritto di non essere trasferita in altra sede ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/92.

- la disapplicazione e/o dichiarazione di nullità degli atti in contrasto con la richiamata legge e previa disapplicazione e/o nullità,in parte qua, quale atto presupposto del CCNI per la mobilità del personale docente per l'anno solare 2017/2018

FATTO

- la sig.ra Tiso Annunziata veniva assunta a tempo indeterminato dal 01/09/2006 presso la scuola primaria DECIO RAGGI in Rimini e dopo alcuni trasferimenti provinciali ed interprovinciali veniva assegnata alla scuola primaria di Grottaminarda;

- a seguito di domanda di trasferimento dalla scuola primaria di Grottaminarda (AV), riceveva un'assegnazione provinciale provvisoria dal 01/09/2015 presso I.C. GIULIO LUSI scuola primaria nuovo Rione Martiri Ariano Irpino, in virtù di precedenza in quanto esercitava la tutela legale-amministrazione di sostegno ed assistenza disabile ex art. 3 comma 3, con connotazione di gravità ai sensi della legge 05/02/1992 n.104;

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

- successivamente, a seguito di domanda di trasferimento provinciale 2016/2017 riceveva trasferimento definitivo dal 01/09/2016 presso I.C. DON MILANI scuola primaria Calvario – Covotta Ariano Irpino sempre per riconoscimento precedenza per l'esercizio della tutela legale- amministratore di sostegno assistenza disabile art. 3 comma 3 con connotazione di gravità legge 05/02/1992 n.104;
- si precisa che successivamente 03/07/2015, il Sig. Antonio Mastrandrea, suocero della Sig.ra Tiso, veniva riconosciuto portatore di handicap in situazione di gravità art. 3 comma 3 legge 05/02/1992 n.104 nonché ritenuto invalido civile al 100% dalla Commissione Medica competente (centro medico legale INPS di Avellino) in data 21/09/2015;
- in data 20/03/2017, ai fini della compilazione della graduatoria d'istituto, prevista dall'art. 21 del Contratto Collettivo Nazionale I, la Sig.ra Tiso presentava al dirigente scolastico la scheda per la valutazione dei titoli, ai fini della compilazione della graduatoria d'istituto per la individuazione dei docenti soprannumerari per l'anno scolastico 2017/2018;
- come negli anni precedenti la Sig.ra Tiso, nella predetta istanza, dichiarava di prestare assistenza nei confronti di persona disabile (Antonio Mastrandrea, suocero della Sig. Tiso) art. 3 comma 3 con connotazione di gravità legge 05/02/1992 n.104, giusto provvedimento del Giudice Tutelare n. 760/2015 Reg. Amm. di sostegno del 03/07/2015;
- successivamente alla istanza presentata dalla Sig.ra Tiso, ai fini della compilazione della graduatoria d'istituto per l'anno 2017/2018, veniva pubblicata la graduatoria interna del personale docente (protocollo n. 971/07-01);
- in tale graduatoria la Sig.ra Tiso veniva collocata alla trentunesima posizione con punti 100 in quanto "neotitolare" e veniva preceduta da Cefali Maria Rita con punti 67;
- con atto di cui al prot. m. 1064/07-01 indirizzata al Dirigente Scolastico dell'Istituto Comprensivo "Don L. Milani" CALVARIO- COVOTTA) la Sig.ra Tiso formulava reclamo avverso la predetta graduatoria lamentando il fatto che la stessa fosse stata inserita nella graduatoria e non fosse stata, invece, considerata fuori graduatoria sul presupposto del suo titolo di precedenza in quanto, come

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giuris.dizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

dichiarato nella istanza presentata, la stessa possiede il requisito dell' "ASSISTENZA DA PARTE DI CHI SERCITA LA TUTELA LEGALE";

-sempre nel predetto reclamo si precisava che la prof.ssa Tiso è amministratore di sostegno di persona disabile con grado di invalidità riconosciuto del 100% e tale qualifica è da ritenersi rientrante tra le tutele legali previste per legge; eventuali limitazioni sono da considerarsi illegittime e contra legge;

- nel reclamo era dato leggere *"La sottoscritta non è stata esclusa dalla graduatoria interna di Istituto giusto art.^KÌ CCNI mobilità 2017/2018 punto IV " Assistenza al Genitore Disabile ; Assistenza da parte di chi esercita ia Tutela Legale ",nonostante abbia presentato, in data 20 marzo 2017, dichiarazione di esclusione nella qualità di Amministratore di Sostegno del suocero riconosciuto Soggetto Disabile art. 3 comma 3 L. 05/02/1992 n.104 con connotazione di gravità come da provvedimento emesso dal Giudice Tutelare di Benevento n.cronol. 1376/2015 del 03/07/2015 RG n.760/2015"*;

- inoltre, sempre nel predetto reclamo si esponeva che *"in qualità di unico familiare convivente che presta assistenza esclusiva e continuativa a Persona con Handicap con connotazione di gravità, codesto spettabile Istituto ha riconosciuto la fruizione dei permessi giornalieri previsti dal l'art. 3 3 comma 3 della legge 05/02/1992 n.104 così come attestato con vs nota prot.n.1044/07-10 del 13 aprile 2017" e,quindi,in ossequio al comma 5 del richiamato art.non poteva essere trasferita;*

- In data 22.04.2017 il Dirigente Scolastico dell' Istituto Comprensivo "Don L. Milani" CALVARIO- COVOTTA con Prot.1118/07-10 inoltrava la seguente risposta: *"La S.V., in data 14 aprile 2017, ha presentato reclamo avverso la graduatoria interna di istituto chiedendo l'esclusione dalla stessa.*

A tal fine ha prodotto documentazione del tribunale di Benevento da cui si evince che la S.V. è "amministratore di sostegno" del suocero.

Ai fini dell'esclusione dalla graduatoria interna è valida solo ed esclusivamente la figura del tutore legale e non quella dell'amministratore di sostegno, come specificato espressamente dall'art.13, c.IV (nota 7: "La figura dell'amministratore di sostegno, non è in alcun modo equiparabile all'istituto della tutela legale") del CCNI mobilità scuola 2017/18 sottoscritto in data 11 aprile 2017. La S.V.,

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

inoltre, adduce la diversa questione della fruizione dei tre giorni di permesso di cui all'art.33 c.3 della L. 104/92.

Detta fruizione Le è stata concessa non in quanto amministratore di sostegno ma poiché "affine entro il secondo grado di parentela", come di seguito specificato:

Il tutore o l'amministratore di sostegno che assista con sistematicità ed adeguatezza la persona con handicap grave può - ad oggi - ottenere i permessi lavorativi solo se è anche il coniuge o un parente o un affine fino al terzo grado della persona con handicap grave. Lo ha chiarito, con la Risoluzione 41 del 15 maggio 2009, il Ministero del lavoro. A parere della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro quei benefici lavorativi non possono essere concessi nemmeno nel caso in cui l'amministratore di sostegno o il tutore assicurino l'assistenza con continuità ed esclusività o con sistematicità ed adeguatezza. Ricorda il Ministero che la platea dei beneficiari è rigidamente disciplinata dal Legislatore e che le uniche variazioni sono state previste dalla Corte costituzionale (peraltro per i beneficiari dei congedi retribuiti biennali). Alla luce delle considerazioni di cui sopra, si ritiene che il reclamo della S.V. non possa essere accolto”;

- in ultimo, il Dirigente dell'Istituto comprensivo Statale Don Lorenzo Milani Calvario-Covotta, Prof. Marco De Prospe, con nota Prot. n. 1429/07-01, comunicava alla Tiso di essere stata individuata quale docente soprannumeraria su posto comune nell'organico di scuola primaria per l'a.s. 2017/2018, con collocazione nella graduatoria di istituto al posto n. 31 con punti 100.

Nella predetta comunicazione, datata 19 maggio, si invitava la Tiso a produrre inderogabilmente entro il 19 maggio (nello stesso giorno, ad horas) domanda di trasferimento per l'anno scolastico 2017/2018.

Di conseguenza, la Sig.ra Tiso lamenta il fatto che sia stata inserita nella graduatoria e non sia stata, invece, considerata fuori graduatoria sul presupposto del suo titolo di precedenza quale esercente tutela legale nei confronti di persona disabile ed inoltre lamenta il fatto che in ogni caso di avere diritto di non essere trasferita in altra sede ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/92 .

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

Tale illegittima inclusione in graduatoria ha comportato che la stessa è stata individuata, a seguito di riduzione dell'organico, quale soprannumeraria ed invitata a presentare domanda di mobilità in quanto pur non avendo il punteggio più basso segue le altre in graduatoria perché di nuova assegnazione (anno scolastico 2016/2017)

DIRITTO

- I -

L'amministratore di sostegno deve rientrare tra i soggetti che hanno diritto alle precedenza ed alla esclusione dalla graduatoria ai sensi dell'art. 13 comma IV del contratto collettivo nazionale integrativo concernente la mobilità del personale docente per l'anno scolastico 2017/2018 soprattutto quando, come nella fattispecie, il soggetto disabile è affetto da patologia in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 legge 5 Febbraio 1992 n. 104 .

Disapplicazione e/o nullità del contratto collettivo innanzi richiamato per le parti in contrasto con la legge 104/92.

A sostegno si deduce:

- A -

SULLA ILLEGITTIMITÀ DELL'ESCLUSIONE DELLA FIGURA DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO DALLE TUTELE LEGALI PREVISTE DALLA LEGGE

In primis preme rilevare che nella valutazione della domanda presentata dalla Sig.ra Tiso non è stata attribuita alla stessa la precedenza mediante l'esclusione dalla graduatoria. In particolare, così come risulta dalla risposta avverso il reclamo formulato, non è stata presa in alcun modo in considerazione la circostanza che la prof.ssa Tiso risulta essere amministratore di sostegno del suocero Antonio Mastandrea e quindi risulta essere soggetto esercente la tutela legale.

Infatti, fino all'approvazione della *Legge n. 6/2004*, che ha istituito l'Amministratore di Sostegno, erano previste dal Codice Civile, solo due forme di tutela legale delle persone: l'*interdizione* e l'*inabilitazione*. Sia l'interdizione che

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

l'inabilitazione, sono decise da un giudice tutelare che nomina rispettivamente un *Tutore* o un *Curatore*.

Con l'entrata in vigore della *Legge n. 6/2004*, a questi due istituti di tutela legale, si è aggiunto anche quello dell'*Amministratore di Sostegno*, con "la finalità di *TUTELARE ...le persone prive in parte o in tutto di autonomia*". (Art 1 l. 6/2004) e la cui nomina è decisa sempre da un giudice tutelare (cfr. art 404 c.c.).

Del resto l'**art. 2 della legge n. 6/2004, modifica anche la RUBRICA DEL TITOLO XII DEL LIBRO PRIMO DEL CODICE CIVILE, e inserisce all'art. 404 c.c. l'Amministratore di Sostegno, nelle "misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia"**

Ebbene nella medesima rubrica e nello stesso titolo sono ricomprese anche l'interdizione e l'inabilitazione le quali, parimenti alla figura dell'amministratore di sostegno a partire dalla sua introduzione nel 2004, sono da considerarsi forme di tutela legale; difatti sia l'interdizione che l'inabilitazione che l'amministratore di sostegno rientrano per voluntas legis tra le fattispecie delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia (TUTELA LEGALE).

Non vi è alcun dubbio quindi che anche l'*Amministratore di Sostegno debba* rientrare a pieno titolo negli istituti di tutela legale di cui all'art. 13, comma 1, punto IV del contratto collettivo nazionale integrativo concernente la mobilità del personale docente educativo ed A.T.A. per l'anno solare 2017/2018.

D'altronde l'articolo richiamato, prevede la *legale tutela*, fra i titoli di precedenza nella mobilità, *in modo generico*, senza specificare quale tipo di tutela. Tuttavia, in aggiunta a quanto stabilito dal contratto collettivo di mobilità per l'anno precedente, il contratto in vigore per l'anno 2017/2018, (pur rimanendo invariato il punto inerente alle tutele legali ed in particolare, per quello che qui interessa, all'assistenza da parte di chi esercita la tutela legale) prevede un rinvio ad una nota presente nello stesso contratto, contraddistinta con il numero 7. Tale nota ritiene di interpretare il significato di tutela legale escludendo dalle ipotesi in esse contemplate la figura dell'amministratore di sostegno.

Ed infatti senza alcuna giustificazione e senza ragionamento alcuno la nota de quo si limita ad escludere la figura dell'amministratore di sostegno dalle tutele legali.

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

In qualunque modo tale esclusione voglia essere intesa (sia quale operazione interpretativa sia quale deroga volontaria) l'espunzione della figura dell'amministratore di sostegno dalle ipotesi di tutela legale si risolve in un illegittimo contrasto con le norme in tema di tutela legale in quanto il legislatore ha inteso parificare tutte le figure di tutela legale tra le "*misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia*"; tra le quali non potrebbe in modo alcuno, non rientrare, dopo la sua introduzione nel 2004, la figura dell'amministratore di sostegno.

Del resto, come dedotto nel motivo di seguito evidenziato, una norma contrattuale non potrebbe derogare una norma di legge.

-B-

SULLA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO DEI SOGGETTI DISABILI A SECONDA DEL TIPO DI TUTELA ACCORDATA AL SOGGETTO PREPOSTO ALLA LORO TUTELA

Nel caso in questione il Sig. Antonio Mastandrea è stata riconosciuto disabile in stato di gravità ed a seguito di ricorso al GIUDICE TUTELARE competente è stata nominata quale amministratore di sostegno proprio la prof.ssa Tiso Annunziata.

Inoltre come risulta dal verbale della Commissione Medica per L'Accertamento dell'handicap il sig. Antonio Mastandrea risulta fin dall'anno 2015 "portatore di Handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art.3, comma 3, L. n.104/92"

Orbene merita di essere sottolineato come escludere l'amministrazione di sostegno dalle ipotesi di TUTELA LEGALE comporterebbe ***una discriminazione gravissima in danno della docente Tiso Annunziata***, alla quale verrebbe del tutto arbitrariamente precluso il diritto alla precedenza pur avendone il diritto sulla base sia della certificazione sanitaria della Competente Commissione Medica del disabile da assistere e sia in virtù del provvedimento del Giudice Tutelare di nomina di amministratore di sostegno.

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

Senza contare poi *l'irreparabile danno che verrebbe creato allo stesso disabile* che si trova in stato di gravità; proprio muovendo dalla ratio delle norme che legittimano un diritto di precedenza per i soggetti deputati a prestare assistenza nei confronti di persone disabili si fa presente che sarebbe da considerarsi *contra legem* qualsiasi disposizione contrattuale che escludesse un soggetto dal diritto di precedenza, impedendogli di prestare la propria attività assistenziale nei confronti dei soggetti ritenuti giuridicamente nell'impossibilità di provvedere a se stessi, sul mero presupposto della qualifica formale rivestita. Occorre, infatti, considerare che il fondamento di un diritto di precedenza accordato dal contratto collettivo nazionale integrativo concernente la mobilità del personale docente, è da ricercarsi nell'esigenza di tutela riconosciuta ad una persona incapace e non autonoma, e in quanto tale bisognosa di assistenza, alla quale, a causa del suo stato di disabilità, la legge conferisce una tutela (legale, appunto) consistente nella possibilità della persona preposta alla sua assistenza di continuare a svolgere l'attività assistenziale.

Orbene verrebbe meno alla stessa ratio giustificatrice insita nella predisposizione di una norma accordante tale diritto di precedenza (così come nel caso de quo quella di cui all'art. 13, comma 1, punto IV del contratto collettivo nazionale integrativo concernente la mobilità del personale docente educativo ed A.T.A. per l'anno solare 2017/2018) qualsiasi disposizione o nota (così come quella di cui al numero 7 del medesimo contratto di cui sopra) che contraddittoriamente e paradossalmente escludesse da tale diritto di precedenza un soggetto in virtù della mera figura di tutela rivestita senza prendere primariamente in considerazione il grado di bisogno di tutela e di assistenza del disabile.

Si vuole fare riferimento alla circostanza di primario rilievo che l'accertamento circa un diritto di precedenza della prof.ssa Tiso deve avere come angolo visuale non la qualifica di tutela rivestita (nella specie di amministratore di sostegno) bensì il grado di impossibilità del Sig. Antonio Mastandrea di provvedere alle sue esigenze basilari di vita.

Orbene, accertato che la Sig.ra Tiso è l'unica persona che può provvedere all'assistenza del Sig. Antonio Mastandrea, sarebbe fortemente pregiudizievole impedire alla stessa di fornire assistenza mediante l'esclusione di un diritto di

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

precedenza la cui ratio è insita nella tutela dei soggetti disabili a prescindere dalla denominazione della tutela legale.

A tale considerazione, per avallare maggiormente le ragioni di un pregiudizio che subirebbe il soggetto incapace, si adduce la circostanza, di non poco rilievo, che il Sig. Antonio Mastandrea è stato ritenuto persona con handicap in situazione di gravità.

Del resto l'amministrazione di sostegno alla prof.ssa Tiso è stata riconosciuta proprio in virtù dell' art. 3 comma 3 con connotazione di gravità legge 05/02/1992 n.104, giusto provvedimento del Giudice Tutelare n. 760/2015 Reg. Amm. di sostegno del 03/07/2015.

Pertanto, da quanto sopra esposto, si evince che, qualora alla prof.ssa Tiso non venisse riconosciuto un diritto di precedenza, le esigenze di protezione e cura del Sig. Antonio Mastandrea verrebbero totalmente ignorate e svilite, precludendo, all'unico soggetto ritenuto idoneo dal Giudice Tutelare, di prestargli la tutela legale disposta dall'autorità giudiziaria in considerazione delle condizioni di menomazione psicofisica permanenti del beneficiario.

Palese ed incontrovertibile la illegittimità e arbitrarietà della valutazione operata da Codesto Ufficio Scolastico Provinciale di Ariano Irpino, che se confermata comporterebbe una ingiusta e grave compromissione del diritto alla precedenza nei trasferimenti in danno della Prof.ssa Tiso Annunziata e inoltre priverebbe il disabile della possibilità di beneficiare della misura di protezione e tutela disposta dal Giudice Tutelare.

-C-

SULLA NECESSARIA INCLUSIONE EX LEGE DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO TRA LE FIGURE DELLA TUTELA LEGALE

Quanto ai contorni giuridici dell'istituto dell'amministrazione di sostegno si rileva che dopo il 19 marzo 2004, a seguito dell'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2004 n. 6, nessun infermo di mente incapace di provvedere ai propri interessi deve essere interdetto, atteso che la nuova formulazione dell'art. 414 c.c. prevede

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

l'interdizione soltanto quando ciò sia necessario per assicurare la sua adeguata protezione, e quindi allorché gli altri strumenti di protezione approntati dal codice civile - in primis l'amministrazione di sostegno - si rivelino inadeguati.

Grazie alla legge 6/2004, infatti, l'infermo abituale di mente, così come chiunque sia affetto da infermità o da menomazione fisica o psichica comportante l'impossibilità, anche parziale e temporanea, di provvedere ai propri interessi (art. 404 c.c. introdotto dalla legge 6) può accedere ad una nuova forma di protezione - l'amministrazione di sostegno - che consente un mirato intervento di tutela (lato sensu), anche soltanto temporaneo, con la minore limitazione possibile della capacità di agire (art. 1 della legge 6/2004).

Che l'amministrazione di sostegno sia lo strumento di protezione da privilegiarsi rispetto all'interdizione e all'inabilitazione si evince innanzitutto dalla collocazione codicistica della nuova disciplina in apertura al titolo XII del libro I del codice civile, dedicato, come previsto dalla nuova formulazione della rubrica, alle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia cioè amministrazione di sostegno (capo I), interdizione e inabilitazione (capo II): la disciplina sull'amministrazione di sostegno è andata infatti ad occupare quegli articoli del codice civile - numerati da 404 a 413 - immediatamente precedenti alle norme sull'interdizione - art. 414 e ss. - ed un tempo contenenti norme sull'affidamento e sull'affiliazione e successivamente svuotati di contenuto da una "provvidenziale" abrogazione nel 1983. La residualità dell'interdizione e dell'inabilitazione si evince anche dal testo dell'art. 413, comma 4, c.c. introdotto dalla legge 6, secondo cui *"il giudice provvede alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno quando questa si sia rivelata inadeguata a realizzare la piena tutela del beneficiario. In tali ipotesi, se ritiene che si debba promuovere giudizio di interdizione o di inabilitazione, ne informa il Pubblico Ministero, affinché vi provveda"*.

A differenza dell'interdizione, l'amministrazione di sostegno non prevede l'amputazione indiscriminata delle facoltà e delle libertà della persona, ma un intervento mirato, che potremmo definire ortopedico, calibrato sulle effettive esigenze del soggetto debole.

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

A differenza dell'inabilitazione, l'amministrazione di sostegno non comporta una protezione dal solo punto di vista patrimoniale, ma anche dal punto di vista personale.

E' noto, infatti, che il curatore dell'inabilitato, a dispetto del nome, non ha compiti di cura personale, ma soltanto funzioni di assistenza nel compimento degli atti patrimoniali di straordinaria amministrazione.

Da quanto esposto risulta non solo che un soggetto possa essere nominato amministratore di sostegno di un soggetto incapace solo esclusivamente per evitare una limitazione eccessiva delle facoltà della persona disabile (come avverrebbe nelle ipotesi dell'interdizione legale) ma anche che la nomina stessa dell'amministratore di sostegno avviene in ipotesi in cui la mera inabilitazione non sarebbe sufficiente in quanto occorrerebbe, per il soggetto disabile, anche una assistenza del punto di vista personale.

Orbene, a questo punto l'incongruenza dell'esclusione della figura dell'amministratore di sostegno dalle figure delle tutele legali, (così come avvenuto ad opera della nota 7 del contratto collettivo di mobilità in vigore per l'anno 2017/2018) si mostra in tutta la sua evidenza.

Come sarebbe possibile includere tra le ipotesi del diritto di precedenza una persona preposta alla sola assistenza nel compimento degli atti patrimoniali di straordinaria amministrazione (come avviene nelle ipotesi di inabilitazione) ed escludere tale diritto di precedenza – ed evitare una tutela effettiva nei confronti del soggetto disabile- nelle ipotesi in cui vi è la nomina di amministratore di sostegno che prevede, tra l'altro, una assistenza non solo patrimoniale ma anche e soprattutto personale?

Difatti l'amministratore di sostegno, al pari del tutore, ha la cura della persona (e quindi, in senso tecnico il potere-dovere di: 1) proporre e scegliere la collocazione abitativa del beneficiario; 2) elaborare per il beneficiario un progetto di vita; 3) esprimere il consenso informato ai trattamenti diagnostici o terapeutici). Sebbene, infatti, l'art. 411, comma 1, introdotto dalla legge 6 non richiami l'art. 357 c.c. (che indica, tra i compiti del tutore, oltre a quelli di rappresentanza e di amministrazione anche quello di cura), il potere-dovere di cura dell'amministratore nei confronti del beneficiario si evince, testualmente, dall'art.

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

405, comma 4, che prevede, tra i provvedimenti urgenti da assumersi nell'interesse della persona debole, quelli relativi alla cura della stessa, dall'art. 408 c.c., a mente del quale la scelta dell'amministratore avviene "con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario", dall'art. 405 comma 5 n. 6, che prevede che l'amministratore debba periodicamente riferire al giudice tutelare circa "le condizioni di vita personale e sociale" del beneficiario.

Per quanto sopra illustrato può quindi affermarsi che l'amministrazione di sostegno è una forma di tutela ampia (non meramente patrimoniale ma comprendente anche la cura della persona), propositiva e non interdittiva, espansiva e frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli della popolazione veramente conforme ai fini costituzionali di promozione del pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.).

Ancora una volta, a testimonianza dell'illegittimità di qualsivoglia clausola o nota che escludesse la figura dell'amministratore di sostegno tra quelle comprendenti la tutela legale, si precisa che i beneficiari dell'amministrazione di sostegno sono innanzitutto i soggetti deboli che, con l'entrata in vigore della legge 6/2004, vedono subire una limitazione della legale capacità di agire in vista della necessità di soddisfare le esigenze di vita del beneficiario.

Si potrebbe anche ipotizzare l'applicabilità dell'amministrazione di sostegno ai soggetti affetti da abituale e grave infermità mentale, per i quali, per espressa disposizione di legge, è applicabile (anche) l'istituto dell'interdizione.

Inoltre, sembra opportuno rilevare che la figura dell'amministratore di sostegno non presuppone affatto un grado minore di assistenza nei confronti del beneficiario, rispetto a quello riconosciuto al tutore ed al curatore, tale da legittimare una sua esclusione dalle figure deputate all'assistenza del soggetto incapace ex legge 104/92.

Infatti è unanimamente condiviso dalla giurisprudenza che il mantenimento degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione non significa che gli stessi abbiano presupposti di applicabilità del tutto diversi da quelli dell'amministrazione di sostegno, ma significa semplicemente che gli stessi hanno effetti diversi, del resto la capacità di agire che l'amministrato mantiene è quella legale, non necessariamente quella naturale; qualora la capacità naturale è limitata

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO



o fortemente limitata (come nel caso del Sig. Antonio Mastandrea) la figura dell'amministratore di sostegno non potrebbe in nessun modo avere una tutela inferiore rispetto a quella riservata al tutore: figuriamoci se rapportata alla figura del curatore. La nuova disciplina tende alla minor limitazione possibile della capacità di agire: trattasi, evidentemente, della capacità legale, atteso che la capacità naturale non viene limitata da un decreto.

Difatti la limitazione giurisdizionale della capacità (legale) di agire può avere portata più ristretta rispetto alla naturale limitazione della capacità per effetto di infermità psichica. L'art. 404 c.c. individua il beneficiario dell'amministrazione di sostegno in ogni persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi: letta *a contrario*, la norma implica che l'amministrazione di sostegno sia applicabile anche a persone che, per effetto di una infermità, sono nell'impossibilità totale e permanente di provvedere ai propri interessi; come nel caso di specie è da ritenersi il Si. Antonio Mastandrea.

Poiché al centro dell'istituto dell'amministrazione di sostegno vi sono i bisogni e le aspirazioni della persona (art. 407 - colloquio preliminare del Giudice - art. 410 - doveri dell'amministratore) nonché le esigenze di protezione della medesima (artt. 407,410,413), può affermarsi che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ove abbia perso la naturale capacità di provvedere a se stesso deve avere le stesse tutele accordate all'interdetto e quindi, a fortiori, all'inabilitato.

Orbene l'art. 409 comma 2 c.c., in base al quale il beneficiario può "in ogni caso" compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana, non pone quale presupposto di applicabilità dell'istituto la naturale capacità del beneficiario per tale tipo di atti, atteso che, come sancito dall'art. 1 della legge, destinatarie dell'amministrazione di sostegno sono proprio le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, eventualmente anche a causa di una infermità psichica totalmente invalidante (ciò che, come si è sottolineato poc'anzi, si evince dall'art. 404).

Per ciò che concerne il diritto di assistenza in relazione alla legge le figure del tutore, del curatore e dell'amministratore di sostegno sono perfettamente interscambiabili; illegittima sarebbe qualsiasi atto di autonomia privata che

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

volesse espungere una di tali figure dalla ratio del diritto di precedenza vantato dai soggetti che prestano la loro assistenza nei confronti di tali soggetti incapaci.

La figura dell'amministratore di sostegno, lungi dal prevedere una tutela meno incisiva o di minore importanza rispetto alle tutele legali esistenti prima della sua entrata in vigore è stata introdotta per attuare il principio della "minor limitazione possibile della capacità di agire".

Ciò che comunque il Legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento è il principio secondo cui deve essere evitata l'inutile compressione della libertà e della capacità della persona, anche se effettuata in nome della sua protezione. Per tali ragioni è stata introdotta la figura dell'amministratore di sostegno. Orbene, ancora una volta vale ribadirlo, sarebbe paradossale che una norma, introdotta con il precipuo obiettivo di conferire una tutela più adeguata all'incapace sia, all'opposto, la causa di una mancata tutela in concreto; ciò è quanto accadrebbe se non venisse riconosciuto il diritto di precedenza della prof.ssa Tiso Annunziata la quale si troverebbe nell'impossibilità di prestare assistenza al Sig. Antonio Mastandrea, il quale, a sua volta, con un grado di invalidità del.....rimarrebbe privo della tutela accordata dallo stesso Giudice tutelare con la nomina dell'amministratore di sostegno.

- II -

VIOLAZIONE O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 33 COMMA 5 DELLA LEGGE 104/92 DA PARTE DEL CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE INTEGRATIVO CONCERNENTE LA MOBILITÀ DEL PERSONALE DOCENTE EDUCATIVO ED A.T.A. PER L'ANNO SOLARE 2017/2018

In relazione al presente motivo preme da subito mettere in evidenza che il comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92 prevede che *"il lavoratore di cui al comma 3 ha*

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

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”.

A sua volta il comma 3 richiamato dal comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92 statuisce che *“a condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente”.*

Orbene, in primis (prima di esporre il possesso dei presupposti del summenzionato comma 3 da parte della prof.ssa Tiso, che legittimerebbero un divieto di trasferimento della stessa) occorre precisare che tale diritto rinvenibile nella legge 104/92 non è stato contemplato da parte del contratto collettivo, o peggio, sembra essere stato addirittura derogato.

Infatti - in spregio al divieto di trasferimento contenuto nel comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92- l'art 14. del contratto collettivo nazionale integrativo (concernente la mobilità del personale docente educativo ed a.t.a. per l'anno solare 2017/2018) prevede che *“ il personale scolastico (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7 della legge n.104/92, in qualità di referente unico, non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità; al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale”.*

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO



Tale ultima disposizione, ad ogni buon conto, se è da ritenersi ictu oculi in contrasto con il diritto riconosciuto dal comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92, con la conseguente illegittimità della stessa attesa anche la suesposta inderogabilità di una legge 104/92 da parte di un contratto collettivo –circostanza già di per sé sufficiente a far ritenere immediatamente applicabile il comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92- a ben vedere esclude solo un diritto di precedenza rimettendolo, illegittimamente, al contratto collettivo.

In verità, tuttavia, il comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92 prevede sia un diritto “ a scegliere, ove possibile, la sede più vicina al domicilio della persona da assistere” (circostanza inerente ad un diritto di precedenza nell'ambito del trasferimento) e sia e soprattutto l'impossibilità di trasferimento ad altra sede senza il consenso del soggetto che deve prestare l'assistenza. Orbene il comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92 nella parte in cui statuisce che il lavoratore di cui al comma 3 non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede” è immediatamente applicabile alla situazione della prof.ssa Tiso e non è stato neppure derogato dal contratto collettivo risultando essere stato falsamente applicato.

Circa la violazione di legge si precisa che la prof.ssa Tiso, infatti, chiede un diritto di precedenza che in realtà si risolve in un mancato trasferimento dalla sede scolastica nella quale svolge la sua attività.

Qualsivoglia negazione di un diritto di precedenza, prevista dal contratto collettivo, nei confronti della prof.ssa Tiso sarebbe in contrasto con il comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92;

Come evidenziato l'art. 33 comma 5 della legge sopra citata, come modificato dalla legge n. 183.10 statuisce che **“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 ”**

Orbene sul punto si riporta, tra le tante, **la sentenza n. 377/2017 pubbl. il 23/03/2017, RG n. 5754/2016 del Tribunale di Benevento, sez.lavoro,** la quale ha statuito che: **“all'uopo si osserva che pur non essendo prevista un'espressa sanzione di nullità per violazione dell'art. 33, 5° co., l. 104/1992, la natura di norma imperativa di tale disposizione è comunque evincibile dalla ratio legis di**

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

essa e dalla sua collocazione all'interno di una legge contenente "i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale e assistenza della persona handicappata" (art. 2 l. 104/1992) ed avente come finalità la garanzia del pieno rispetto della dignità umana e dei diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata, la promozione della piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; la prevenzione e la rimozione delle condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; il perseguimento del recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali, l'assicurazione di servizi e di prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; la predisposizione di interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata (cfr. art. 1 l. 104/1992). Detta norma, unitamente all'art. 33 della medesima legge, si configurano infatti quali disposizioni di una lex specialis rispetto alle norme di carattere generale in materia di assegnazioni e trasferimenti.

Di conseguenza, le stesse non possono ritenersi implicitamente abrogate neppure dalle norme successivamente intervenute, sul piano generale, in ordine alla collocazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

Come evidenziato dalla Cass. Sez. Un. 27.3.2008 n. 7945, "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.

Il rilievo, anche costituzionale, come evidenziato dagli interventi della Corte Costituzionale in subiecta materia, dei diritti che l'art. 33, 5° co. l. 104/1992 è diretto a tutelare, rende evidente che la norma in questione costituisce una norma imperativa, la cui violazione da parte di disposizioni contrattuali comporta

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

la nullità di queste ultime ai sensi dell'art. 1418, 1° co., c.c. Le norme contrattuali non possono derogare le norme di legge, pena la nullità delle disposizioni in deroga.

Pertanto nel caso di specie il CCNI si pone in evidente contrasto con il disposto dell'art. 33 c.5 legge 104/92 e pertanto la relativa disposizione va dichiarata nulla”.

Nel caso di specie, tuttavia, non occorre “scomodare” neppure la illegittimità della contrarietà del contratto collettivo con la legge 104/92 in quanto lo stesso contratto collettivo all'art 14 esclude illegittimamente solo il diritto di trasferimento del familiare che ai sensi dell'art 33, commi 5 e 7 della legge n. 104/92 intende assistere il familiare; nello stesso articolo invece non è escluso un divieto di trasferimento che quindi viene riconosciuto anche dallo stesso contratto collettivo qualora ricorrano le condizioni di cui all'art 33, commi 5 e 7 della legge n. 104/92.

Del resto anche l'art. 41 del contratto collettivo nazionale integrativo (concernente la mobilità del personale docente educativo ed a.t.a. per l'anno solare 2017/2018) esclude illegittimamente solo un diritto di precedenza senza prevedere nessuna deroga al comma 5 della legge n. 104/92 per quanto concerne il divieto di trasferimento.

Per completezza espositiva si riporta il testo dell'art. 41 dal quale si può leggere una deroga solo per quanto riguarda il diritto di precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità per i soggetti che intendano assistere i familiari ai sensi dell'art. 33, comma 5 della legge 104/92 senza alcun riferimento ad un'esclusione del divieto di trasferimento;

art. 41 (assistenza ai familiari disabili) “ *il personale ATA (parente, affine o affidatario) che intende assistere il familiare ai sensi dell'art. 33, commi 5 e 7 della legge n.104/92, in qualità di referente unico, non è destinatario di una precedenza nell'ambito delle operazioni di mobilità; al fine di realizzare l'assistenza al familiare disabile, il personale interessato partecipa alle operazioni di assegnazione provvisoria, usufruendo della precedenza che sarà prevista dal CCNI sulla mobilità annuale”.*

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

Circa i presupposti di applicabilità del comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92 al caso de quo, si fa presente che agli atti è stata depositata documentazione dalla quale risulta che la prof.ssa Tiso è stata nominata amministratore di sostegno per assistenza disabile art. 3 comma 3 con connotazione di gravità legge 05/02/1992 n.104.

Orbene il diritto di precedenza, o meglio il diritto del divieto di trasferimento, è rinvenibile in capo alla prof.ssa Tiso per la stessa applicabilità del comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92 a prescindere dall'applicabilità del punto IV dell'art 13 del collettivo nazionale integrativo (concernente la mobilità del personale docente educativo ed a.t.a. per l'anno solare 2017/2018) il quale ha escluso con la nota n.7, peraltro del tutto illegittimamente, l'amministratore di sostegno dai soggetti beneficiari.

Sul punto si fa presente che i presupposti di operatività del comma 3 dell'art. 33 della legge 104/92 erano stati esplicitati nella domanda avanzata dalla prof.ssa Tiso. Difatti, allegata alla domanda, veniva prodotta una dichiarazione con la quale, tra l'altro, la prof.ssa Tiso dichiarava, sotto la propria responsabilità, (ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. n. 445 del 28/12/2000 così come modificato e integrato dall'art. 15 della Legge 16/01/2003 n.3 e da N'art.15 comma 1 della Legge 183/2011) : - di svolgere, in qualità di referente unico, nei confronti del Sig. **MASTANDREA ANTONIO Portatore di Handicap in Situazione di Gravità art. 3 comma 3 legge 05 febbraio 1992 n. 104** assistenza continuativa ed esclusiva

- che il Sig. **MASTANDREA ANTONIO** non è ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati ;
- che il Sig. **MASTANDREA ANTONIO** non usufruisce di assistenza domiciliare da parte della A.S.L. ; **di essere** residente nel comune di Ariano Irpino (AV) alla Via Diomede Carafa n. 42 nello stesso stabile in interni diversi con il Soggetto Disabile ; **di essere** convivente nel comune di Ariano Irpino (AV) alla Via Diomede Carafa n. 42 nello stesso stabile in interni diversi con il Soggetto Disabile ;
- di essere l'unico referente ad aver chiesto di fruire per l'intero anno scolastico 2016 / 2017 dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza e che

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

nessun altro parente o affine ne ha fruito nel corrente anno scolastico ovvero di essere l'unico referente ad aver chiesto di fruire del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42 comma 5 del Decreto Legislativo 151/2001 e successive modificazioni ed integrazioni. In effetti dichiarava di trovarsi nelle condizioni previste dalla legge 104/92 art.33 comma 3.

La presenza dei presupposti di applicabilità del comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92, del resto, erano ben noti al dirigente scolastico, il quale, pur avendoli precedentemente riconosciuti (concedendo i permessi) li ha successivamente trascurati (non applicando il divieto di trasferimento).

Come, infatti, confermato nella lettera di risposta al reclamo avanzata dalla prof.ssa Tiso, il Dirigente scolastico è incorso in una clamorosa svista.

Difatti il dirigente scolastico, dapprima, si è limitato a rispondere che *“ai fini dell'esclusione dalla graduatoria interna è valida solo ed esclusivamente la figura del tutore legale e non quella dell'amministratore di sostegno, come specificato espressamente dall'art.13, c.IV (nota 7: "La figura dell'amministratore di sostegno, non è in alcun modo equiparabile all'istituto della tutela legale") del CCNI mobilità scuola 2017/18 sottoscritto in data 11 aprile 2017.*

Tuttavia la prof.ssa Tiso, anche nel reclamo, faceva presente che *“ in qualità di unico familiare convivente che presta assistenza esclusiva e continuativa a Persona con Handicap con connotazione di gravità, codesto spettabile Istituto ha riconosciuto la fruizione dei permessi giornalieri previsti dal l'art. 33 comma 3 della legge 05/02/1992 n.104 così come attestato con vs nota prot.n.1044/07-10 del 13 aprile 2017”.*

A tale osservazione il Preside così rispondeva: *“la S.V., inoltre, adduce la diversa questione della fruizione dei tre giorni di permesso di cui all'art.33 c.3 della L. 104/92.*

Detta fruizione Le è stata concessa non in quanto amministratore di sostegno ma poiché "affine entro il secondo grado di parentela", come di seguito specificato:

Il tutore o l'amministratore di sostegno che assista con sistematicità ed adeguatezza la persona con handicap grave può - ad oggi - ottenere i permessi lavorativi solo se è anche il coniuge o un parente o un affine fino al terzo grado

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

della persona con handicap grave. Lo ha chiarito, con la Risoluzione 41 del 15 maggio 2009, il Ministero del lavoro. A parere della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro quei benefici lavorativi non possono essere concessi nemmeno nel caso in cui l'amministratore di sostegno o il tutore assicurino l'assistenza con continuità ed esclusività o con sistematicità ed adeguatezza."

Orbene dalla stessa risposta del Dirigente scolastico si evince che lo stesso era ben consapevole che la stessa fosse affine entro il secondo grado di parentela con una persona disabile ex art. 3 comma 3 con connotazione di gravità legge 05/02/1992 n.104 ed era ben consapevole di tutti i presupposti di applicabilità, in capo alla prof.ssa Tiso, del comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92; benefici che addirittura, come esplicitato dal dirigente scolastico, che richiamava nella risposta il parere della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro, non possono essere concessi nemmeno nel caso in cui l'amministratore di sostegno o il tutore assicurino l'assistenza con continuità ed esclusività o con sistematicità ed adeguatezza.

Tuttavia lo stesso Dirigente Scolastico prendeva in considerazione tali circostanze solo ai fini dei permessi lavorativi (i quali giustamente sono stati concessi alla prof.ssa Tiso) ma non ai fini del diritto di precedenza o del divieto di trasferimento così come risulta dal comma 5 dell'art. 33 della legge 104/92. Eppure i presupposti di cui all'art 5 dell'art. 33 della legge 104/92 sono gli stessi che hanno acconsentito la fruizione dei permessi da parte della prof.ssa Tiso: permessi puntualmente accordati nonostante, invece, il divieto di trasferimento è stato illegittimamente violato.

Sul punto, per tuziorismo difensivo e a chiosa di tutto il ragionamento sopra effettuato, si fa presente che tali osservazioni sono state condivise anche dal Tribunale di Vercelli n. cronol. 48/2017 del 12/01/2017, RG n. 857/2016-1.

Nella menzionata sentenza è dato leggere: "Il contratto integrativo nazionale della scuola non può subordinare alle esigenze organizzative dell'amministrazione il diritto al trasferimento di sede, stabilito dalla legge 104 del 1992, del dipendente che assiste un familiare disabile. Il contratto nazionale della scuola, così disponendo, viola la norma imperativa fissata dall'articolo 33

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

della legge 104 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili. Infatti, detta norma tutela interessi primari costituzionalmente garantiti i quali non possono essere disattesi nel nome di situazioni cui la legge non assicura la medesima tutela. Tra queste "situazioni" ci sono evidentemente le, pur importanti, esigenze organizzative del comparto scuola che tuttavia devono passare in secondo piano, effettuato il bilanciamento degli interessi tutelati, di fronte al diritto del disabile all'assistenza.

Infatti, è indiscutibile che il contratto risponda all'esigenza di dare un ordinato assetto dell'organizzazione amministrativa, ma questo non comporta, che qualsivoglia esigenza del datore di lavoro sia idonea a comprimere il diritto del disabile, perché altrimenti questo diritto verrebbe cancellato dalla mera affermazione dell'interesse organizzativo o economico del datore di lavoro.

Si riportano integralmente le argomentazioni, pienamente condivise da questo giudicante, espresse dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Benevento, in analogia | fattispecie: "...E non vi è dubbio, nel rispetto del principio di gerarchia delle fonti, che la norma contrattuale non può derogare ad una previsione normativa, di rango superiore, limitando i casi in cui coloro che prestano assistenza esclusiva e/o continuativa (...) non rivestano il grado di parentela ivi indicato, dovendo trovare applicazione, anche in sede di trasferimento tra province diverse, esclusivamente i limiti di cui all'art.33"... " Il CCNI mobilità, nel prevedere che le precedenze (...) possano essere fatte valere soltanto nell'ambito della fase delle operazioni di mobilità cui il docente partecipa, si pone in contrasto con l'art. 33 (...) dal momento che tale previsione comporta quale conseguenza la sostanziale vanificazione della tutela apprestata dalla L. 104/92 per i docenti (...) che partecipano alle fasi successive alla A. Infatti, pur in presenza di posti materialmente disponibili, tali posti - in virtù di una scelta effettuata a priori, non imposta da alcuna norma primaria, senza alcuna valutazione del caso concreto e senza che ciò si renda necessario per insopprimibili ragioni di carattere organizzativo o di buon funzionamento del servizio pubblico - vengono assegnati a docenti senza alcun titolo di precedenza, in ragione della sola modalità di assunzione in ruolo". Risulta dagli atti di causa che sono stati assegnati posti a docenti senza precedenza alcuna, sede richiesta

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

ed indicata dalla ricorrente. La conseguenza di quanto fin qui esposto comporta l'affermazione del diritto della ricorrente alla precedenza nel trasferimento interprovinciale presso uno degli ambiti della provincia di o altro ambito su sede compatibile con le necessità di assistenza al disabile come indicati dalla ricorrente nella domanda di mobilità".

Per i motivi innanzi esposti, parte ricorrente, come sopra rappresentata, domiciliata e difesa,

RICORRE

IN VIA CAUTELARE E D'URGENZA

affinché l'Illustrissimo Giudice adito voglia, ai sensi degli artt. 700 e 669 quater c.p.c., includita altera parte, ovvero, in subordine, convocate le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio:

Accertare la violazione di legge e/o gli errori commessi nella compilazione della graduatoria interna del personale docente-scuola primaria tip. comune dell'Istituto Comprensivo Statale "don Lorenzo Milani" dell'8 aprile 2017 prot.n. 971/07/01 ed in particolare accertare il diritto della ricorrente alla esclusione dalla graduatoria per l'individuazione dei perdenti posto, avendone titolo in qualità di familiare che esercita la tutela legale di soggetto disabile con patologia in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 legge 5 Febbraio 1992 n. 104

Accertare, in ogni caso, che la ricorrente ha diritto di non essere trasferita in altra sede ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/92.

Disapplicare e/o annullare gli atti in contrasto con la richiamata legge 104/92 ed in particolare, quale atto presupposto, il CCNI per la mobilità del personale docente per l'anno solare 2017/2018

Ordinare, conseguentemente alle amministrazioni resistenti per la parte di propria competenza la correzione della graduatoria interna del personale docente-scuola primaria tip. comune dell'Istituto Comprensivo Statale "don Lorenzo Milani" dell'8 aprile 2017 prot.n. 971/07/01 espungendo la ricorrente in quanto la stessa ha diritto ad essere esclusa dalla graduatoria stessa non potendo essere soggetta a provvedimento di mobilità:

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

Ordinare, in subordine, alle amministrazioni resistenti, ognuna per la propria competenza a non emettere nessun provvedimento di trasferimento senza il consenso della ricorrente la quale può beneficiare delle agevolazioni previste dall'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/92.

In relazione al fumus risulta evidente dalle considerazioni innanzi esposte.

In relazione al periculum in mora:

Sussiste, nel caso di specie, anche il periculum in mora, inteso come pregiudizio imminente ed irreparabile che possa comportare una lesione irreversibile del diritto azionato in via ordinaria.

Vero è che l'assegnazione della ricorrente ad una sede lontana dal luogo di residenza certamente cagionerebbe gravi disagi alla vita familiare della stessa e irreparabile nocumento alle esigenze di cura del minore, con inevitabili riflessi sulla vita affettiva e di relazione del nucleo familiare insuscettibili di risarcimento per equivalente.

In accoglimento del ricorso deve, pertanto, essere ordinato al M I UR di riconoscere alla ricorrente la precedenza ex L. 104/92 nell'ambito della procedura di mobilità ex L. 107/15.

Inoltre, il trasferimento ad altra sede comporta la conseguenza che anche nel successivo anno scolastico potrà essere costretta al trasferimento perché in caso di riduzione di posti la Tiso verrebbe comunque trasferita perché neo titolare (come è accaduto nel corrente anno scolastico); infatti se la ricorrente non viene esclusa dalla graduatoria sarà considerata perdente posto, in quanto ultima nominata, pur in presenza di punteggio superiore ad altri insegnanti.

RICORRE NEL MERITO

affinché l'Illustrissimo Tribunale adito, in funzione di Giudice del Lavoro, previa fissazione dell'udienza di discussione ai sensi dell'art 415 c.p.c.,

VOGLIA

in accoglimento del presente ricorso:

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

Accertare la violazione di legge e/o gli errori commessi nella compilazione della graduatoria interna del personale docente-scuola primaria tip. comune dell'Istituto Comprensivo Statale "don Lorenzo Milani" dell'8 aprile 2017 prot.n. 971/07/01 ed in particolare accertare il diritto della ricorrente alla esclusione dalla graduatoria per l'individuazione dei perdenti posto, avendone titolo in qualità di familiare che esercita la tutela legale di soggetto disabile con patologia in situazione di gravità ex art. 3 comma 3 legge 5 Febbraio 1992 n. 104

Accertare, in ogni caso, che la ricorrente ha diritto di non essere trasferita in altra sede ai sensi dell'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/92.

Disapplicare e/o annullare gli atti in contrasto con la richiamata legge 104/92 ed in particolare, quale atto presupposto, il CCNI per la mobilità del personale docente per l'anno solare 2017/2018

Ordinare, conseguentemente alle amministrazioni resistenti per la parte di propria competenza la correzione della graduatoria interna del personale docente-scuola primaria tip. comune dell'Istituto Comprensivo Statale "don Lorenzo Milani" dell'8 aprile 2017 prot.n. 971/07/01 espungendo la ricorrente in quanto la stessa ha diritto ad essere esclusa dalla graduatoria stessa non potendo essere soggetta a provvedimento di mobilità:

Ordinare, in subordine, alle amministrazioni resistenti, ognuna per la propria competenza a non emettere nessun provvedimento di trasferimento senza il consenso della ricorrente la quale può beneficiare delle agevolazioni previste dall'art. 33 comma 3 e 5 della legge 104/92.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari oltre rimborso forfetario al 15%, IVA e CPA ed attribuzione ex art. 93 c.p.c. in favore dei sottoscritti avvocati, che ne sono creditori e anticipatari.

ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ DELLANOTIFICAZIONE NEI CONFRONTI DEI LITISCONSORTI AI SENSI DELL'ART. 151 C.P.C. con pubblicazione sul sito del MIUR.

I sottoscritti procuratori che assistono, rappresentano e difendono parte ricorrente indicata nell'epigrafe del presente ricorso

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

PREMESSO CHE

il presente ricorso ha per oggetto l'accertamento del diritto di parte ricorrente a beneficiare del diritto a restare nella sede attuale;

i soggetti controinteressati potrebbero, quindi essere tutti coloro che si troverebbero a seguito di trasferimento della ricorrente ad essere perdente posto ed ai fini dell'integrale instaurazione del contraddittorio, dunque, il presente ricorso deve essere notificato ai docenti potenzialmente controinteressati, ossia a tutti i docenti attualmente inseriti negli elenchi sulla mobilità, come sopra specificati

RILEVATO CHE

la notifica del presente ricorso nei confronti degli eventuali controinteressati nei modi ordinari sarebbe impossibile in ragione del rilevante numero di detti controinteressati;

l'efficacia della tradizionale notificazione per pubblici proclami è stata più volte messa in dubbio e significative, al riguardo, sono le affermazioni contenute nella decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato 19 febbraio 1990, n. 106, "[...] Non pare possa ragionevolmente invocarsi un onere di diligenza media del cittadino - potenziale convenuto in un giudizio - di prendere visione costante del Foglio degli annunci legali della Provincia o della Gazzetta ufficiale, nei quali il sunto del ricorso viene pubblicato [...]";

la pubblicazione sulla G.U. appare, comunque, oltremodo onerosa per la parte ricorrente del presente giudizio;

ai sensi dell'art. 151 c.p.c. è prevista la facoltà, per il Giudice adito, di autorizzare, anche d'ufficio, l'esecuzione della notificazione in modo diverso da quello stabilito dalla legge, "quando lo consigliano circostanze particolari o esigenze di maggiore celerità, di riservatezza o di tutela della dignità";

sia la giurisprudenza amministrativa che quella ordinaria, sovente, quando sono investite da azioni giudiziarie collettive, dispongono, quale forma di notifica diversa e alternativa rispetto alla tradizionale notificazione per pubblici proclami prevista dall'art. 150 c.p.c., la pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet del ramo di amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte;

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

tale notificazione è stata disposta più volte da Giudici del Lavoro in controversie identiche a quella per cui è causa, come è riscontrabile dal sito del convenuto Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca all'indirizzo: <http://www.istruzione.it/web/ministero/proclami>;

FANNO ISTANZA

affinché l'Ecc.mo Giudice adito, valutata l'opportunità di autorizzare la notificazione ai sensi dell'art. 151 c.p.c., con modalità diverse da quelle stabilito dalla Legge, in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante l'inserimento in G.U.

VOGLIA AUTORIZZARE

LA NOTIFICAZIONE DEL PRESENTE RICORSO

nei confronti di tutti i docenti controinteressati attraverso la PUBBLICAZIONE SUL SITO WEB ISTITUZIONALE DEL MIUR dei seguenti dati:

- a) autorità giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;
- b) nome di parte ricorrente e indicazione delle Amministrazioni intimate;
- c) sunto dei motivi del ricorso;
- d) indicazione dei controinteressati, genericamente individuati.
testo integrale del ricorso e pedissequo decreto.

DOCUMENTI PRODOTTI

1. Graduatoria interna personale docente
2. Reclamo avverso graduatoria
3. Risposta reclamo
4. Individuazione soprannumerario
5. Verbale inps 63011435225-1 accertamenti invalidita ad Antonio Mastantrea
6. Verbale inps 630011435226-2 verbale accertamento Handicap
7. Scheda valutazione dei titoli anno 2017/2018
8. Nomina amministratore di sostegno
9. Decreto di apertura amm.sostegno
10. Verbale giuramento amm.di sostegno

11. *Contro la PA della PA - 2017 - 2018*
I fatti indicati nel ricorso non sono oggetto di contestazione da parte della PA e degli organi deputati alla formazione della graduatoria e, quindi, nella ipotesi di

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

contestazione in questa fase si chiede di provare contesti e documenti quanto contestato anche con ordine ai sensi dell'art. 210 di documento in possesso degli organi competenti.

Avv. Cesare Monaco

Avv. Carmine Monaco

STUDIO LEGALE MONACO

patrocino giurisdizioni superiori

AVV. CARMINE MONACO



AVV. CESARE MONACO

Procura speciale

TISO Annunziata nata ad Arian Irpino il 25 marzo 1974
delega

gli avv.ti Carmine Monaco e Cesare Monaco a rappresentarlo/a, assisterlo/a e difenderlo/a nel contenzioso per la lesione del proprio diritto a seguito della graduatoria interna del personale docente scuola primaria dell'Istituto Comprensivo Statale "don Lorenzo Milani" dell'8 aprile 2017 prot. 971/07/01 in ogni sua fase (stragiudiziale e giudiziale), stato e grado, di cognizione ordinaria o speciale, prosecuzione nel merito, di esecuzione o cautelare, eventuale opposizione/appello/impugnazione, successiva esecuzione ed opposizione alla stessa, conferendogli i più ampi poteri di legge, compresi quelli di proporre e depositare istanze, di accedere ad uffici, di ricercare documentazione, di transigere e conciliare, di farsi sostituire in udienza, di proporre domande riconvenzionali, di chiamare terzi in causa e di svolgere nei loro confronti domanda di risarcimento e di garanzia, di intervenire in causa, di riassumere la causa, di ricevere ed effettuare pagamenti e di riscuotere somme e rilasciare quietanze/ricevute, di rinunciare a domande ed atti ed accettare rinunce, di eleggere domicilio, di nominare consulenti di parte, di deferire o riferire giuramenti, di procedere esecutivamente, di proporre opposizioni ed impugnazioni e di resistere ad esse in ogni stato e grado, di proseguire nel merito procedimenti cautelari e possessori, di ritirare atti/documenti/titoli in nostro nome, di nominare sostituti processuali cui sono concesse fin d'ora le medesime facoltà, nonché nominare avvocati in aggiunta a Voi o in sostituzione con gli stessi poteri a Voi conferiti, ritenendo fin d'ora il suo operato rato e valido.

A tal fine eleggo domicilio presso lo Studio Legale Monaco in Taurasi alla via S. Barbato 2
Dichiaro di essere stata informata, ai sensi dell'art. 4, III^o comma, del D.Lgs. 28/2010, della facoltà di ricorrere al procedimento di mediazione e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto.

Ai sensi e per gli effetti del D. Lgl. n. 196/03 dichiaro di essere stato informata che il trattamento cui possono essere destinati i propri dati personali rileveranno ai soli fini dell'espletamento dell'incarico per comunicazioni obbligatorie ai competenti uffici e di prestarvi consenso.

Firma

Annunziata Tiso
È autentica
[Firma]

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Add. 20.5.17
[Firma]

C.sa Umberto I n.7 - 83036 Mirabella Eclano (AV)
Via San Barbato - 83030 Taurasi (AV)
E-mail : avvocatocarminemonaco@gmail.com

Fissazione udienza discussione n. cronol. 11281/2017 del 07/06/2017
RG n. 2825/2017

Tribunale Ordinario di Benevento
Il Giudice Designato

letto il ricorso,

fissa

l'udienza del 5.7.17 per la comparizione delle parti, onerando l'istante di provvedere alla notifica di ricorso e decreto alle controparti entro sette giorni prima dell'udienza; letta l'istanza ex art. 151 c.p.c. autorizza parte ricorrente alla chiamata in causa dei controinteressati mediante pubblicazione sul sito istituzionale di parte convenuta, stante la peculiarità del caso.

Benevento, li 07/06/2017

Il Giudice

Marina Campidoglio

È copia conforme all'originale

Benevento, il 9/6/2017

