

L.104/92, perdenti posto e attribuzione di cattedra orario esterna

di Pasquale Annese

Una delle questioni più annose e dibattute nell'ambito delle operazioni di mobilità annuale di docenti ed ATA e in quelle di predisposizione delle graduatorie interne d'istituto per l'individuazione dei soprannumerari è quella del riconoscimento dei benefici della Legge 104/92 inerenti a due ipotesi ben precise:

- a) il diritto di precedenza del docente che, presentando domanda di mobilità, chieda di avvicinarsi alla sede dell'assistito (intendendosi per sede il comune, e non una determinata scuola);
- b) il diritto di precedenza del docente che chieda di non allontanarsi dalla propria sede di servizio, garantendosi l'esclusione dalla graduatoria interna d'istituto e quindi evitando la possibilità di essere individuato come perdente posto.

L'art.7 del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo, concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2015/2016, sottoscritto il 26 novembre 2014 (Sistema delle precedenze comuni ed esclusione dalla graduatoria interna d'istituto), disciplina entrambe le ipotesi. Nello specifico:

COMMA 1, SISTEMA DELLE PRECEDENZE COMUNI

punto I: disabilità e gravi motivi di salute;
punto III: personale con disabilità personale che ha bisogno di particolari cure continuative;
punto V: assistenza al coniuge ed al figlio con disabilità; assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale.

COMMA 2, ESCLUSIONE DALLA GRADUATORIA D'ISTITUTO PER L'INDIVIDUAZIONE DEI PERDENTI POSTO.

Un'altra questione aperta è:

- c) il diritto di precedenza del docente che, fruitore dei benefici della Legge 104/92 e già titolare di una COI (cattedra orario interna) nell'a.s.

2014/2015, chieda di non risultare assegnatario di una COE (cattedra orario esterna) nell'a.s. successivo.

In questo contributo affronteremo i casi di cui alle lett. b) e c), casi di particolare attualità in quanto afferenti ad operazioni di organico e conseguenti assegnazioni di cattedra che le istituzioni scolastiche proprio in questi giorni si apprestano ad effettuare sulla scorta delle graduatorie interne d'istituto già redatte nei mesi di marzo/aprile 2015 e di quelle da aggiornare alla data del 31 agosto 2015.

A quali condizioni il beneficiario della Legge 104/92 può risultare non perdente posto nella graduatoria interna d'istituto?

Alla luce della disposizione pattizia citata, il personale di cui alla lettera b) deve essere escluso dalla graduatoria interna d'istituto per l'identificazione dei perdenti posto da trasferire d'ufficio, a meno che la contrazione di organico non sia tale da rendere strettamente necessario il suo coinvolgimento (es., soppressione della scuola). L'esclusione dalla graduatoria interna per i beneficiari della precedenza di cui al punto V si applica solo se si è titolari in scuola ubicata nella stessa provincia del domicilio dell'assistito. Qualora la scuola di titolarità sia in comune o distretto sub comunale diverso da quello dell'assistito, l'esclusione dalla graduatoria interna per l'individuazione del perdente posto si applica solo a condizione che sia stata presentata, per l'anno scolastico 2015/2016, domanda volontaria di trasferimento per l'intero comune o distretto sub comunale del domicilio dell'assistito o, in assenza di posti richiedibili, per il comune o il distretto sub comunale vicinore a quello del domicilio dell'assistito con posti richiedibili. Quanto sopra non si applica qualora la scuola di titolarità comprenda sedi (plessi, sezioni associate) ubicate nel comune o distretto sub comunale del domicilio

dell'assistito con posti richiedibili.

Nel caso di figlio che assista un genitore disabile in situazione di gravità in qualità di referente unico, la precedenza viene riconosciuta in presenza di tutte le sotto elencate condizioni:

- documentata impossibilità del coniuge di provvedere all'assistenza per motivi oggettivi;
- impossibilità, da parte di ciascun altro figlio, di effettuare l'assistenza al genitore disabile in situazione di gravità per ragioni esclusivamente oggettive, documentate con autodichiarazione e tali da non consentire l'effettiva assistenza nel corso dell'anno scolastico. L'autodichiarazione rilasciata dagli altri figli non è necessaria nel caso in cui il figlio richiedente la precedenza in qualità di referente unico sia anche l'unico figlio *convivente* con il genitore disabile. Tale situazione di convivenza deve essere documentata dall'interessato con dichiarazione personale sotto la propria responsabilità, redatta ai sensi delle disposizioni contenute nel D.P.R. 28.12.2000, n. 445, così come modificato ed integrato dall'art. 15 della Legge 16 gennaio 2003, n. 3 e dall'art. 15, comma 1, della L. 183/2011;
- essere l'unico figlio che ha chiesto di fruire, per l'intero anno scolastico in cui si presenta la domanda di mobilità, dei 3 giorni di permesso retribuito mensile per l'assistenza, ovvero del congedo straordinario ai sensi dell'art. 42, comma 5, del D.L.vo 151/2001;
- qualora la scuola di titolarità sia ubicata in comune o distretto sub comunale diverso da quello dell'assistito, presentare da parte del dipendente, per l'anno scolastico 2015/2016, domanda volontaria di trasferimento per l'intero comune o distretto sub comunale del domicilio dell'assistito o, in assenza di posti richiedibili, per il comune o il distretto sub comunale vicinore a quello del domicilio dell'assistito con posti richiedibili. In assenza di posti richiedibili nel comune ove risulti domiciliato il soggetto disabile, è obbligatorio indicare il comune vicinore a quello del domicilio dell'assistito con posti richiedibili.

La dichiarazione degli altri figli non è necessaria nel caso in cui il figlio richiedente l'esclusione dalla graduatoria d'istituto riesca a dimostrare, in qualità di referente unico, di essere l'unico figlio *convivente* con il genitore disabile. Tale condizione di convivenza può essere documentata anche sotto la propria responsabilità con dichiarazione sostitutiva di autocertificazione di cui al DPR 445/2000, così come modificato dall'art.15 della Legge n.3 del 16.01.2003 e dall'art. 15, comma 1, della Legge n.183/2011, attestando la coincidenza della residenza di entrambi i soggetti, del dipendente fruitore della precedenza e dell'assistito: *'Si riconduce il concetto di convivenza a tutte*

le situazioni in cui sia il disabile che il soggetto che lo assiste abbiano la residenza nello stesso comune, riferita allo stesso indirizzo: stesso numero civico anche se interni diversi'(Circolare Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 18 febbraio 2010, prot. 3884, ripresa dalla Nota n.8 dell'art.7 del CCNI sulla mobilità 2013/2014): *'Ai fini della necessità di una assistenza continuativa, per convivenza s'intende in via esclusiva, la residenza, luogo in cui la persona ai sensi dell'art. 43 del c.c. ha la dimora abituale, non potendosi ritenere conciliabile con la predetta necessità la condizione di domicilio, né la mera elezione di domicilio speciale previsto per determinati atti o affari dall'art.47 del c.c.'* (INPS messaggio n.19583 del 02.09.2009).

A supporto di tale interpretazione ermeneutica sovrine il novellato art.33 della Legge 104/92 che, al comma 3bis, fa riferimento proprio al concetto di residenza anagrafica quando afferma che *'il lavoratore che usufruisce dei permessi di cui al comma 3 per assistere persona in situazione di handicap grave, residente in comune situato a distanza stradale superiore a 150 chilometri rispetto a quello di residenza del lavoratore, attesta con titolo di viaggio, o altra documentazione idonea, il raggiungimento del luogo di residenza dell'assistito'*. Si accoglie in questa maniera la tesi che vuole la *ratio* della norma tesa a dare rilievo ai primari vincoli parentali, quali quelli coniugali e/o tra genitori e figli, esistenti all'interno della famiglia convivente e riferiti ad una situazione di comunanza di vincoli materiali ed affettivi che si esplicano in attività quotidiane con condivisione di spazi, di tempi e di scopi che solo la coabitazione in un'unica dimora, o dimore insistenti nello stesso numero civico toponomastico, anche se di interni diversi, può garantire. Oppure, al limite, di *'dimora temporanea'*, se sussiste l'iscrizione nello schedario della popolazione temporanea di cui all'art.32 del DPR n.223/1989, ove quest'ultima dovesse essere diversa dalla dimora abituale del dipendente o del disabile. Requisito non necessario, invece, nella diversa ipotesi di genitori che richiedano il congedo per assistere il figlio disabile, stante il primario vincolo parentale che implicitamente sottende la convivenza stessa. Diversamente, però, da quanto previsto dal comma 5 dello stesso art.33, nella parte in cui fa riferimento al domicilio e non alla residenza del soggetto disabile, statuendo 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'* (comma modificato dall'articolo 24, comma 1, della Legge 4 novembre 2010, n. 183). In questa maniera riconducendo il concetto di convivenza non alla dimora abituale dell'assistito, bensì a quella del luogo dove lo stesso ha il centro dei propri affari e interessi, cioè il domicilio.

Se il dipendente dimostra, sulla base del requisito della convivenza e delle altre quattro condizioni sopra evidenziate, di essere il referente unico convivente con il genitore disabile, non dovrà produrre le dichiarazioni/autocertificazioni degli altri fratelli. Ove questo non dovesse accadere, tutti gli altri fratelli dovranno attestare, anche con autocertificazione, la condizione oggettiva di impossibilità a prestare assistenza al proprio genitore, ma non mediante semplici dichiarazioni attestanti impegni generici e non verificabili, bensì fornendo documentazione o elementi oggettivi che possano costituire esimente da vincoli di assistenza familiare. Vedasi in tal senso la Sentenza del Consiglio di Stato - Sez. Sesta -n. 8382 del 01.12.2010, che così recita: *'la giurisprudenza ha precisato che gli impedimenti dei familiari a prestare la necessaria assistenza, idonei a rendere oggettivamente esclusiva quella dell'istante, devono derivare da particolari situazioni di ostacolo desunte da elementi oggettivi ritenendo che non possano consistere in normali impegni di lavoro o motivi di salute genericamente indicati presenti in famiglia, poiché essi non assurgono al rango di particolari ed oggettivi impedimenti all'assistenza'* (Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2010, 4172), non essendo sufficienti, perciò, *'semplici dichiarazioni di carattere formale, magari attestanti impegni generici, ma attraverso la produzione di dati ed elementi di carattere oggettivo, concernenti eventualmente anche stati psico-fisici connotati da una certa gravità, idonei a giustificare l'indisponibilità sulla base di criteri di ragionevolezza e tali da concretizzare un'effettiva esimente da vincoli di assistenza familiare* (Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2010, n. 825). L'esclusività quindi non può sussistere in presenza di altri congiunti in grado di assistere l'infermo e tale regola può essere derogata solo se il dipendente produce elementi probatori atti veramente a dimostrare che i congiunti stessi siano nell'impossibilità di supportare il soggetto disabile. Perché altrimenti, prosegue il dispositivo, *'l'assistenza ai soggetti svantaggiati, invece di costituire espressione dei valori costituzionali primari della solidarietà familiare e umana, finirebbero per snaturarsi e configurarsi come strumento per atteggiamenti egoistici o opportunistici'*.

Al verificarsi delle condizioni su evidenziate, il beneficiario della Legge 104/92 verrà escluso dalla graduatoria interna d'istituto, non concorrendo così all'individuazione delle potenziali situazioni di sovrannumerarietà all'interno della propria scuola, a meno che la contrazione di organico non sia tale da rendere strettamente necessario il suo coinvolgimento (es., soppressione della scuola). Il perdente posto verrà individuato:

- prioritariamente tra i docenti che sono stati trasferiti nell'attuale sede di servizio dal 1° set-

tembre 2014 a seguito di domanda volontaria di mobilità (trasferimento, passaggio di cattedra o di ruolo);

- successivamente tra i docenti di ruolo entrati a far parte dell'organico dell'istituto o del centro territoriale che si riorganizzerà nei centri provinciali per l'istruzione degli adulti (ai sensi di quanto disposto dal D.P.R. n. 263/2012) dagli anni scolastici precedenti al 2014/2015, ovvero precedentemente al 1° settembre 2014, ma per mobilità d'ufficio o a domanda condizionata, ancorché soddisfatti in una delle preferenze espresse.

A parità di punteggio, prevale la maggiore età anagrafica.

Può il titolare che usufruisca dei benefici della Legge 104/92 essere destinatario di una COE (cattedra orario esterna) a seguito di contrazione dell'organico di diritto?

Al riguardo, l'art.18, comma 18, del Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente la mobilità del personale docente, educativo ed A.T.A. per l'a.s. 2015/2016, sottoscritto il 26 novembre 2014, così recita: *"Qualora, a seguito di contrazione di ore nell'organico di diritto, si costituisca ex novo una cattedra orario con completamento esterno da assegnare ad uno dei docenti già titolari nella scuola ed in servizio su cattedra interna nel corrente anno scolastico, tale assegnazione avrà carattere annuale e dovrà avvenire tenendo conto della graduatoria interna d'istituto formulata ai sensi del successivo comma 3 dell'art. 23, aggiornata con i titoli posseduti al successivo 31 agosto e ai sensi del comma 11 dell'art. 23, riferito ai titolari trasferiti dal successivo 1° settembre e con la precisazione di cui all'art. 7, comma 3, lett. c del presente contratto"*.

Ne consegue che bisognerà:

- a) aggiornare la graduatoria interna d'istituto al 31 agosto 2015;
- b) riferirla non ai docenti in servizio nell'a.s. 2014/2015, ma a quelli in servizio nell'a.s. 2015/2016 e, quindi, comprendendo anche quelli entrati in organico al 1° settembre 2015;
- c) verificare se la COE creata ex-novo rispetto all'organico d'istituto relativo all'a.s. 2014/2015 sia costituita tra comuni o distretti sub-comunali diversi. Solo in quest'ultimo caso, infatti, il titolare dei benefici della Legge 104/92 potrà continuare a far valere l'esclusione dalla graduatoria interna d'istituto e non potrà essere destinatario di cattedra orario esterna, la quale sarà assegnata al docente che avrà il punteggio più basso nella suddetta graduatoria interna d'istituto.