

**Modifiche alla circolare n. 15098 del 30 novembre 1993 in tema di tramutamenti ed assegnazione di sede per conferimento di funzioni.**

*(Circolare n. P-11562/2004 del 15 giugno 2004 – Deliberazione del 9 giugno 2004 con le correzioni apportate nella seduta del 10 giugno 2004)*

Il Consiglio superiore della magistratura, nella seduta del 9 giugno 2004, con le correzioni apportate nella seduta del 10 giugno 2004, ha adottato la seguente delibera:

« **1. La vigente circolare n. 15098 del 30 novembre 1993 e successive modificazioni, in materia di tramutamenti ed assegnazione di funzioni, disciplina come segue la rilevanza dei motivi di salute del magistrato e dei familiari dello stesso:**

*a) **riconoscimento di punteggi aggiuntivi:** in sede di concorso ordinario, possono farsi valere i motivi di salute ai fini dell'attribuzione di un apposito punteggio; viene riconosciuto (ai sensi del par. XVIII bis, punto 2 in relazione al par. VIII p. 1) **1 punto in presenza di un' "alterazione dello stato di salute del magistrato"**, consistente "in una grave infermità, oggettivamente riscontrabile e rigorosamente documentata attraverso idonea certificazione ... che renda particolarmente controindicata la permanenza nella sede occupata o che possa regredire o essere meglio contenuta nella sede richiesta"; ed (ai sensi del par. 3 in relazione al par. IX, punti 1 e 2) **1 punto per infermità dei familiari** conviventi e/o comprovate esigenze di assistenza a coniuge, figli e ascendenti, questi ultimi se stabilmente conviventi da almeno un anno o se portatori di gravi alterazioni dello stato di salute che ne rendano indispensabile un'assistenza continuativa che non può essere prestata da altri familiari;*

*b) **tramutamento con concorso virtuale per necessità di cure mediche:** "nelle ipotesi, previste dai paragrafi VIII e IX, di handicap grave o di infermità del magistrato o del familiare implicanti l'urgente necessità di cure mediche in una sede diversa da quella ove sono svolte le attuali funzioni, qualora non sia in via di espletamento un concorso al quale l'interessato abbia potuto partecipare, il Consiglio prende in considerazione la domanda di trasferimento anche a prescindere dalla pubblicazione del posto richiesto e del decorso del termine di legittimazione. A tal fine procede con concorso virtuale." (par. V, punto 26);*

*c) **riconoscimento di un diritto di precedenza:** domanda di tramutamento è valutata con precedenza su tutte le altre: c1) in caso di magistrato portatore di handicap ai sensi della l. n. 104/1992 che abbia la necessità di trasferirsi "per godere di strutture, mezzi (propri o pubblici), servizi o assistenza (anche dei soli familiari) necessari per la cura, la correzione, la eliminazione o la riduzione degli effetti della menomazione" (par. VIII p 2); c2) in caso di parente o affine entro il terzo grado, portatore di handicap ai sensi della l. n. 104/1992, stabilmente convivente col magistrato che ne assicura l'assistenza, "se sia documentata l'esigenza del familiare minorato di trasferirsi nella sede richiesta per godere di strutture, mezzi (propri o pubblici), servizi o assistenza necessari per la cura, la correzione, la eliminazione o la riduzione degli effetti della menomazione" (par. IX, p.3).*

**Il diritto di precedenza è riconosciuto, altresì, agli uditori in sede di assegnazione della prima sede.** La delibera 15 ottobre 2003 sui criteri per la formazione della graduatoria per l'assegnazione delle sedi agli uditori, prevede che "indipendentemente dalla collocazione in graduatoria, all'uditore portatore di grave handicap fisico, ai sensi degli artt. 3, comma 3, 21 e 33, comma 6, della legge n. 104/92, verrà riconosciuta precedenza assoluta nell'attribuzione del posto. Analogamente, quando il portatore di handicap, qualificato ai sensi degli artt. 3, comma 3, e 21 della legge 104/92, sia un parente o un affine entro il terzo grado, la precedenza assoluta verrà riconosciuta solo se il portatore di handicap sia effettivamente assistito con continuità e in assenza di altro

*soggetto che possa utilmente porre adeguata assistenza, dall'uditore, conformemente a quanto previsto dal comma 5 dell'art. 33 della Legge 104/92, così come modificato dagli artt. 19 e 20 della legge 8 marzo 2000 n. 53".*

In estrema sintesi, la vigente circolare prevede: a) un punteggio aggiuntivo per documentate ragioni di salute da far valere nei concorsi ordinari; b) la possibilità di accedere al concorso virtuale per ragioni di cura in altra sede; c) un diritto di precedenza per l'assegnazione della prima sede in caso di magistrato portatore di handicap o parente/affine portatore di handicap convivente e assistito dal magistrato e in caso di tramutamento determinato da ragioni di cura dei medesimi soggetti. Non è specificato se il diritto di precedenza in sede di trasferimento deve farsi valere o meno nell'ambito di un concorso ordinario e se trattasi di una sorta di prelazione assoluta o di un diritto che opera a parità di requisiti.

**2. La legge 5 febbraio 1992, n. 104** (*legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*), come modificata dalla legge n. 53/2000, disciplina la materia, per quanto rileva in questa sede, nei termini che seguono:

1) articolo 21: *“(Precedenza nell'assegnazione della sede) - 1. La persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitori di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili. - 2. I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda”.*

2) articolo 33: *“(Agevolazioni): ... 5. Il genitore o il familiare lavoratore, pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. ... 7. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4, 5 si applicano anche agli affidatari di persone handicappate in situazione di gravità.”.*

### **3.1. La giurisprudenza sulla l. n. 104/1992.**

Le principali questioni che hanno impegnato la giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, sono state essenzialmente due: se la tutela di cui all'art. 33 della l. n. 104/1992 si realizzi solo in sede di assunzione o anche di trasferimento a domanda e quale valore debba attribuirsi alla nozione di *“assistenza continuativa”* del congiunto handicappato.

Entrambe le questioni ruotano attorno al problema dell'attualità dell'assistenza, dovendo domandarsi se, in caso di scelta della sede di servizio e di trasferimento, il diritto sussista solo quando ricorra una preesistente ed effettiva assistenza all'handicappato, che gli eventi suddetti interromperebbero, ovvero quando la necessità dell'assistenza sorga successivamente all'assegnazione della sede ed il trasferimento sia domandato per instaurare l'assistenza.

La giurisprudenza **esclude**, in modo pressoché pacifico, **la sussistenza del diritto durante il rapporto di lavoro** e, cioè, per ottenere il trasferimento al fine di realizzare le condizioni per intraprendere un'assistenza prima non necessaria, ovvero precedentemente interrotta.

**3.2.** Tale orientamento ha avuto l'autorevole avallo della **Corte Costituzionale**, che, con sentenza del 18 luglio 1996, n. 325, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 5, della citata legge, sollevata dal Pretore di Livorno, che aveva denunciato una violazione dell'art. 3 Cost. in relazione all'irrazionale disparità di trattamento tra l'ipotesi in cui il portatore di handicap riceveva già assistenza e quella – altrettanto meritevole di tutela – in cui l'esigenza sorga quando il lavoratore non è convivente, e si renda quindi necessario il suo trasferimento per attendere alle cure del congiunto. Ha osservato il giudice delle leggi che *“seguendo l'impostazione del giudice a*

quo, si rischia di dare alla norma un rilievo eccessivo, perché non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, sì che il legislatore ha, con la legge n. 104 del 1992, ragionevolmente previsto – quale misura aggiuntiva – la salvaguardia dell'assistenza in atto, accettata dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche, e dannose, della convivenza. Tale misura è razionalmente inserita nel complesso normativo cui si è accennato e, senza escludere che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa in futuro rivedere ed eventualmente ampliare l'art. 33, comma 5, deve qui dichiararsi insussistente la lamentata disparità di trattamento, con conseguente infondatezza della questione”.

Di rilievo è, altresì, la decisione della Corte Costituzionale del 22 luglio 2002, n. 372, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, comma 3, del d.P.R. n.752/1976, nella parte in cui, stabilendo che i magistrati reclutati mediante concorso speciale nella provincia di Bolzano possono proporre domanda di trasferimento solo dopo dieci anni dalla nomina, esclude l'applicabilità dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, ritenendo compatibili con la disciplina sull'handicap (che prevede una posizione giuridica di vantaggio non illimitata, “dal momento che ... la pretesa del parente della persona handicappata a scegliere la sede di lavoro più vicina è accompagnata dall'inciso «ove possibile»” e non irragionevoli gli istituti finalizzati ad assicurare una significativa stabilità di sede per i magistrati operanti presso gli uffici di Bolzano.

**3.3.** Per la **giurisprudenza amministrativa**, va segnalato che la sentenza del Consiglio di Stato, IV sezione del 21 aprile 1997, n. 425, secondo cui “l'art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 ... si riferisce solo al lavoratore che già assista con continuità un familiare portatore di handicap, e non anche al dipendente che, non assistendo in atto con continuità un familiare, aspiri al trasferimento proprio al fine di poter instaurare il detto rapporto di assistenza continuativa” (conf. Consiglio di Stato, IV sezione, 18 maggio 1998, n. 759); e che sempre il Consiglio di Stato, VI sezione (sentenza del 30 aprile 2002, n. 2319), secondo cui, dalla necessità che il familiare presti assistenza continuativa deve trarsi il “corollario della indefettibile ricorrenza di una patologia con profili di gravità, ossia ontologicamente necessitante di prestazioni assistenziali permanenti incompatibili in sede distante; tale valutazione comporta la valutazione in termini di omogeneità del concetto di assistenza continua sinteticamente enucleato al ... 5° comma dell'art. 33 e di quello di intervento assistenziale permanente che il 3° comma dell'art. 3 della stessa legge più dettagliatamente collega alla ricorrenza di una situazione connotata dalla gravità”.

Sempre il Consiglio di Stato (sezione VI, sentenza n. 195 del 12 gennaio 2000) ha stabilito che “l'art. 21 l. n. 104/1992, nel prevedere che la persona portatrice di handicap con grado di invalidità superiore a due terzi abbia la precedenza in sede di trasferimento a domanda, non sancisce un diritto assoluto di preferenza, destinato a prevalere sulle esigenze organizzative dell'amministrazione, ma, coniugandosi con la peculiarità dei settori interessati, stabilisce una priorità destinata ad affermarsi con riferimento a posizioni omogenee; pertanto, è legittimo il contratto decentrato per la mobilità del personale docente e direttivo della scuola, stipulato il 1° febbraio 1996, nella parte in cui ... pospone le operazioni di trasferimento degli handicappati provenienti da fuori provincia a quelle di mobilità a domanda riguardanti il personale già in servizio nella medesima provincia.”

**3.4.** La **Corte di Cassazione** ha più volte affermato il principio secondo cui “la norma di cui all'art. 33, quinto comma, della legge 5 febbraio 1992 n. 104, sul diritto del genitore o familiare 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, non è applicabile nel caso in cui la convivenza sia stata interrotta per

***effetto dell'assegnazione, al momento dell'assunzione, della sede lavorativa e il familiare tenda successivamente a ripristinarla attraverso il trasferimento in una sede vicina al domicilio dell'handicappato***" (così anche Cass., 29 marzo 1999, n. 3027).

Sempre riguardo alla giurisprudenza di legittimità va riportato, *in extenso*, quanto affermato dalla Cassazione, nella sentenza 6 aprile 1999, n. 3306: "l'art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992 n. 104, detta testualmente: «il genitore o familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o affine entro il terzo grado handicappato, con lui convivente, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede».

Tale disposizione fa parte di una normativa, quella della legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate, il cui complessivo disegno è fondato sull'esigenza di perseguire un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionalmente fondamentali dei soggetti portatori di handicaps (cfr., in tali sensi, Corte Cost. 29 ottobre 1992 n. 406).

Si è venuta così a realizzare una tutela del portatore di handicap destinata ad incidere in settori diversi, prevedendosi interventi di tipo sanitario ed assistenziale, forme concrete di integrazione scolastica e di inserimento nel campo della formazione professionale e nell'ambiente di lavoro e contemplandosi, altresì, l'eliminazione di tutti quegli ostacoli (quali, ad es. le barriere architettoniche) che limitano il regolare dispiegarsi della vita di relazione per ledere - attraverso una non completa possibilità di esercizio di diritti costituzionalmente garantiti - la sua "persona".

In tale contesto normativo non poteva non attribuirsi il dovuto rilievo anche all'istituto familiare perché non vi è forse settore in cui la dedizione alla famiglia risulti maggiormente utile di quanto lo sia per l'assistenza ed il sostegno degli handicappati.

Ed appunto in un'ottica di piena soddisfazione delle indicate esigenze va letto l'art. 33 della legge n. 104 del 1992, e - per quanto attiene alla presente decisione - il quinto comma di detto articolo, che tende al "mantenimento" della convivenza tra il genitore e il lavoratore familiare - con rapporto di lavoro pubblico e privato - ed un suo parente o affine entro il terzo grado handicappato, assistito con continuità. Il lavoratore infatti ha diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio ed inoltre non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

Tale diritto che trova la sua ratio nell'esigenza di evitare l'interruzione dell'effettiva ed attuale convivenza, che potrebbe avere negative ricadute sullo stato fisico e psichico dell'handicappato, non risulta però illimitato. Ed invero, come è dimostrato dall'inciso «ove possibile», di cui al citato quinto comma dell'art. 33, il diritto alla effettiva tutela dell'handicappato, al cui perseguimento devono partecipare anche lo Stato, gli Enti locali e le Regioni, nel quadro dei principi posti dalla legge - e secondo le modalità ed i limiti necessari ad assicurare l'effettiva soddisfazione dell'interesse comune - non può essere fatto valere, alla stregua del generale principio del bilanciamento degli interessi, allorquando l'esercizio del diritto stesso venga a ledere in misura consistente le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro, perché tutto ciò - segnatamente per quanto attiene ai rapporti di pubblico impiego - può tradursi in un danno per la collettività.

Sotto altro versante la chiara lettera del comma quinto dell'articolo 33 - messo anche in relazione con i restanti commi dello stesso articolo - dimostra chiaramente che il diritto del genitore e del familiare lavoratore dell'handicappato non può farsi valere nei casi in cui la convivenza viene interrotta con l'assegnazione della sede lavorativa, ed il genitore o il familiare tendono, successivamente, a ripristinarla attraverso il trasferimento in una sede vicina al domicilio dell'handicappato.

*A tale riguardo va ricordato che il giudice delle leggi con sentenza 29 luglio 1996 n. 325 ha statuito che non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, quinto comma, della legge 5 febbraio 1992 n. 104, che assicura il diritto di scelta della sede (lavorativa ed a non subire trasferimenti senza il suo consenso) al genitore e familiare lavoratore convivente con l'handicappato sotto il profilo dell'irragionevole disparità di trattamento rispetto all'ipotesi in cui il lavoratore non sia convivente con il disabile.*

*A tale riguardo la Corte Costituzionale, pur riconoscendo che la questione richiede attenzione, tanto sono importanti i valori costituzionali che concorrono alla protezione del portatore di handicap, aggiunge poi che con il riconoscere il diritto al trasferimento anche nel caso in cui il bisogno all'assistenza sorga quando il lavoratore non sia più di fatto convivente “si rischia di dare alla norma un rilievo eccessivo, perché non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, si che il legislatore ha, con la legge quadro n. 104, ragionevolmente previsto - quale misura aggiuntiva - la salvaguardia dell'assistenza in atto, accettata dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche, e dannose, della convivenza” (cfr. in motivazione Corte Cost. 29 luglio 1996 n. 325 cit.).*

*La disposizione in esame nella sua attuale formulazione è pertanto razionalmente inserita nel complesso normativo di cui fa parte, senza con ciò “escludere che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, possa in futuro rivedere ed eventualmente ampliare l'art. 33, quinto comma” ( così ancora in motivazione Corte Cost. 29 luglio 1996 n. 325 cit.).*

*Sulla nozione di “**continuità dell'assistenza**” è intervenuta la Cassazione (sentenza 20 gennaio 2001, n. 829), la quale, nel riconfermare il proprio orientamento in tema di insussistenza del diritto in corso di rapporto e nel ripercorrere l'iter argomentativo sopra già esposto, osserva: “questa Corte non ignora che di recente il legislatore – in attuazione di quel potere di regolamentazione che il giudice della legge ha previsto che potesse espletarsi – è intervenuto nella materia in oggetto con l'art. 19 della legge 8 marzo 2000, n. 53 che ha modificato il disposto del già citato art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, nel senso che detta disposizione non richiede più il requisito della convivenza con il parente o affine assistito, ai fini della scelta della sede di lavoro. Ma, al di là della considerazione dei problemi scaturenti dallo ius superveniens e dell'applicabilità alla fattispecie della normativa della legge n. 104 del 1992 ratione temporis, va evidenziato come, anche alla stregua della più recente regolamentazione, la domanda di X non può essere accolta, non avendo lo stesso fornito alcuna prova di avere sempre assistito con continuità la sorella Y, che invece – secondo le sue stesse dichiarazioni – è stata assistita sempre dai suoi genitori.”*

*Sulla **natura di diritto non assoluto e privo di condizioni**, è stato poi affermato e ribadito (Cass., 29 agosto 2002, n. 12692) che, “come è dimostrato dall'inciso «ove possibile», ... il diritto alla effettiva tutela dell'handicappato, al cui perseguimento devono partecipare anche lo Stato, gli Enti locali e le Regioni, nel quadro dei principi posti dalla legge – e secondo le modalità ed i limiti necessari ad assicurare l'effettiva soddisfazione dell'interesse comune – potrebbe non essere fatto valere, alla stregua del generale principio del bilanciamento degli interessi, allorquando l'esercizio del diritto stesso venga a ledere le esigenze economiche ed organizzative del datore di lavoro perché tutto ciò – segnatamente per i rapporti di pubblico impiego – può tradursi in un danno per la collettività”.*

*Riguardo alle **modalità di accertamento dell'handicap** la Cassazione (sentenza 27 maggio 2003, n. 8436) ha stabilito che “poiché le agevolazioni previste dalla succitata norma costituiscono forme di intervento assistenziale riconosciute ai portatori di handicap sub specie di agevolazioni concesse a favore di coloro che si occupano dei*

*predetti, la sussistenza dell'handicap deve essere accertata dalle unità sanitarie locali, mediante le commissioni mediche di cui all'art. 4, legge n. 104 del 1992, non essendo consentita la sua dimostrazione mediante documentazione medica di diversa provenienza, ferma restando l'ammissibilità della contestazione nelle sedi competenti delle conclusioni rese da dette commissioni.*

**3.5.** Per completezza va richiamata la **giurisprudenza di merito**, successiva alla menzionata legge n. 53 del 2000.

Il Tribunale di Milano (sentenza del 2 marzo 2001, Cardillo c. *Poste Italiane Spa*), dopo aver ricostruito la normativa secondo le indicazioni della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione ha osservato: *“rispetto alla normativa appena esaminata l'art. 19 della l. 8 marzo 2000 n. 53 ha eliminato le parole «con lui convivente». Tale soppressione è espressione della volontà del legislatore di eliminare ogni distinzione tra familiare convivente e non, lasciando sussistere il solo requisito dell'assistenza continuativa. Ma nel caso di specie l'assistenza continuativa della madre ad opera di X deve essere esclusa per il solo fatto che il lavoratore presta la sua attività di lavoro a oltre 1.300 km. di distanza da quella. E qui allora viene in rilievo la ratio della norma invocata, che è rimasta immutata pur dopo l'intervenuta novella: **al lavoratore era ed è riconosciuto il diritto a scegliere la sede di lavoro più vicina e a non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso; vale a dire a conservare il rapporto di assistenza col soggetto affetto da handicap, ma non anche a crearlo se non prima sussistente o comunque a ripristinarlo qualora fosse stato successivamente interrotto come avvenuto nel caso che ci occupa.**”* (conformi: Tribunale. Milano, 4 gennaio 2001 Guida c. Min. Finanze; Tribunale Torino, 17 luglio 2002; Tribunale di Varese, 23 maggio 2000; Corte d'Appello di Milano, 5 giugno 2001, Min. Giustizia c. Minasi);

Il Tribunale di Torino (sentenza del 19 aprile 2000, B c. Min. Finanze) ha affermato espressamente che *“anche dopo le modifiche introdotte dall'art. 19 l. n. 53 del 2000 deve ritenersi che l'art. 33, 5° comma, l. n. 104/92, tuteli il diritto di scelta “iniziale”, tipico del momento costitutivo del rapporto di lavoro, ma non fondi il diritto ad un trasferimento nel corso del rapporto al fine di avvicinarsi al coniuge invalido”*; il Tribunale di Catanzaro (sentenza del 3 luglio 2000, M c. Min. Giustizia), ha analogamente statuito che *“la correlazione tra assistenza continua e scelta della sede, rinvenibile nella formulazione dell'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992, lascia intendere che la situazione di handicap può essere considerata, nei limiti del possibile, solo al momento dell'assegnazione della prima sede, giacché soltanto in tale momento è possibile riconoscere il diritto di scelta della sede più vicina al proprio domicilio, al fine di non far venir meno, e quindi preservare, secondo la ratio della legge, quella continuità di assistenza che fino ad allora aveva caratterizzato il rapporto tra lavoratore e soggetto handicappato”*.

Isolato appare l'orientamento che tenta di allargare le maglie della legge puntando su una nozione psicologica e affettiva di assistenza; in tal senso il Tribunale di Modica (sentenza del 12 luglio 2000, X c. Min. Giustizia), secondo cui il diritto al trasferimento sussiste anche quando non si è in presenza di un handicap grave e quando, pur essendosi interrotta la convivenza a seguito dell'assegnazione della sede, si è mantenuto uno stretto legame di assistenza materiale e morale e che lo spirito della l. n. 53/2000 *“non poteva che essere quello, non solo di evitare l'interruzione della convivenza, ma anche di consentire, per quanto possibile, il riavvicinamento al nucleo familiare forzatamente interrotto a causa dell'assegnazione della sede”*.

**4.** Alla luce della sintetizzata giurisprudenza ordinaria e amministrativa, possono formularsi alcune osservazioni:

a) il diritto di precedenza del lavoratore congiunto dell'handicappato cui presta assistenza è lo strumento attraverso il quale il legislatore realizza il diritto dell'handicappato alla salvaguardia dell'assistenza in atto;

b) poiché la tutela del portatore di handicap non si realizza solo attraverso l'apporto dei familiari e poiché la legge (attraverso l'inciso "*ove possibile*") prende in considerazione il necessario bilanciamento con le esigenze dell'impresa o dell'amministrazione, il diritto di precedenza può essere assoggettato a limiti di carattere generale (v. la disciplina del concorso per uditore giudiziario per la provincia di Bolzano e la disciplina dei trasferimenti degli insegnanti universitari) o particolare in sede di autoregolamentazione;

c) il diritto di precedenza del congiunto sussiste solo nella fase di instaurazione del rapporto di lavoro e più precisamente in fase di assegnazione della sede di lavoro; ad esso si affianca il diritto a non essere trasferito senza consenso mentre non è previsto un diritto di precedenza in pendenza di rapporto per ottenere un trasferimento finalizzato alla costituzione per la prima volta di una relazione di assistenza o alla ricostituzione di una relazione interrottasi a seguito di assegnazione della sede di lavoro;

d) benché sia stato eliminato dalla l. n. 53/2000 il riferimento alla gravità dell'handicap, la relazione di "*assistenza continuativa*" da non interrompere presuppone che l'assistito versi nella situazione di cui all'art. 3, comma 3, della l. 104/1992 ("*qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella relazionale, la situazione assume connotazione di gravità*");

e) la nozione di "*assistenza continuativa*" non presuppone la convivenza (ben potendo realizzarsi forme integrate di assistenza domiciliare con l'ausilio di domestici o altro) ma implica in modo indefettibile un "*intervento assistenziale permanente, continuativo e globale*" in favore del portatore di handicap.

#### **6.1. Le prassi consiliari di applicazione della normativa legale e regolamentare.**

Gli orientamenti consiliari degli ultimi anni in materia di trasferimento *extra ordinem* per l'esistenza di motivi di salute (del magistrato o di un suo congiunto), ovvero in presenza di situazioni riconducibili alla legge n. 104/1992, hanno registrato alcune evoluzioni, che possono, schematicamente, essere ripartite in tre fasi.

**6.2. In una prima fase racchiudibile nell'arco temporale luglio 1998-dicembre 1999**, il Consiglio ha deliberato su 20 istanze di trasferimento *extra ordinem*, 16 delle quali motivate da ragioni di salute proprie o dei familiari, 4 per titolarità di una situazione di handicap grave.

Le delibere di accoglimento sono state in tutto 13 (tutte quelle *ex lege* 104/1992 e 9 per ragioni di salute), mentre in 6 casi l'istanza è stata respinta e in un caso la richiesta è stata inserita per la valutazione insieme alle domande di trasferimento ordinarie per una pubblicazione i cui termini di presentazione delle domande non erano ancora scaduti.

I presupposti valutati dal Consiglio per l'accoglimento delle istanze, sinteticamente, sono individuabili in:

a) necessità di assistenza per il congiunto, da intendersi, peraltro, anche in senso psicologico (proc. 62/98-305/98);

b) mancanza di altre persone in grado di fornire assistenza ovvero, in caso di presenza di altri familiari, se questi, per ragioni proprie di salute, non siano ritenuti in grado di prestare adeguata assistenza (proc. 62/98-305/98; proc. 28/99; proc. 114/99);

c) "*gravità dell'affezione*", requisito che viene considerata in termini attenuati o, comunque, molto soggettivi (**per le ipotesi di congiunti o ascendenti**: proc. 305/99; **nel caso del magistrato richiedente**: proc. 416/98; proc. 510/98).

L'esame delle delibere di rigetto evidenzia, invece, che in due casi l'istanza venne disattesa per ragioni che non riguardavano la valutazione delle ragioni di salute o della situazione di fatto esistente (in un caso – proc. 173/1999 - in quanto il magistrato voleva tornare alla sede da cui era stato trasferito per ragioni disciplinari; in un altro – proc.

149/99 – perché non venivano fatti valere, in realtà, motivi di salute ma solo esigenze di ricongiungimento alla famiglia).

Negli altri 4 casi il rigetto dell'istanza fu determinato: **a)** dalla presenza di altro familiare che prestava assistenza (proc. 70/98; proc. 512/99); **b)** dalla limitata distanza tra la sede del magistrato e il luogo di cure (proc. 9/99; tuttavia, in senso contrario, v. proc. 28/99).

In un caso, infine, venne rigettata (proc. 127/99) l'istanza del magistrato che – ispirandosi alla delibera proc. 510/98 - aveva chiesto il trasferimento perché sofferente per allergia da polline di nocciolo (il rigetto fu argomentato sulla mancata documentazione dell'urgente necessità di cure mediche nella diversa sede).

**6.3. In una seconda fase dal gennaio 2000-al dicembre 2001**, sono state oggetto di esame 36 istanze di trasferimento, 22 delle quali motivate da ragioni di salute e 14 per titolarità di una situazione di handicap grave.

Le delibere di accoglimento furono in tutto 15 (sei tra quelle *ex lege* 104/1992 e 9 per ragioni di salute), mentre in 18 casi l'istanza venne respinta e in tre casi la richiesta venne inserita per la valutazione insieme alle domande di trasferimento ordinarie per una pubblicazione i cui termini di presentazione delle domande non erano ancora scaduti.

I presupposti, già enucleati nell'interpretazione precedente, sono rimasti assoggettati – come emerge sia dalle delibere di accoglimento che da quelle di rigetto – **ai seguenti criteri di valutazione:**

*a)* la necessità di assistenza del congiunto viene ancorata ad esigenze di assistenza effettiva e materiale, da misurare anche sulla compatibilità con la professione di magistrato (proc. 548/00; proc. 704/00); non viene considerata la sfera meramente affettivo-psicologica (proc. 286/01);

*b)* la presenza di altri familiari è ostativa al trasferimento anche se gli stessi siano affetti da patologie, salvo che si tratti di patologie che impediscano completamente ogni forma di assistenza (costante: proc. 446/00; proc. 325/00; proc. 626/00; proc. 70/02);

*c)* la “gravità dell'affezione” è oggetto di apprezzamento e richiede obiettivi riscontri (proc. 534/99; proc. 237/01);

*d)* viene escluso che il trasferimento possa essere disposto per favorire un mero ricongiungimento del magistrato ai familiari malati (ammissibile solo quando lo spostamento del magistrato e dei suoi familiari è funzionale a consentire a costoro di sottoporsi alle cure necessarie in un luogo diverso da quello in cui il magistrato esercita le sue funzioni (proc. 512/01).

**6.4. Nel periodo dal settembre 2002 all'ottobre 2003**, il Consiglio prende in esame 21 istanze di trasferimento, di cui 13 per situazioni riconducibili alla legge 104/1992.

Le delibere di accoglimento sono state in tutto 14, mentre in 6 casi (4 dei quali *ex lege* 104/1992) l'istanza è stata respinta ed in un caso è stata disposta la trasmissione degli atti alla VII Commissione trattandosi di profilo tabellare.

**6.5. Negli ultimi mesi**, nel corso della elaborazione delle modifiche di circolare oggetto della presente relazione, le poche pratiche esaminate sono state valutate alla stregua dei criteri che vengono oggi formalizzati in modo generale ed astratto.

## **7. Esigenze di rivisitazione della circolare e criteri guida seguiti.**

Alla luce delle considerazioni svolte, appare necessario intervenire sulla circolare in materia e sulla individuazione delle singole situazioni legittimanti i benefici.

Il criterio guida è quello di distinguere la situazione relativa alle patologie che riguardano il magistrato interessato, da quelle relative al coniuge ed ai figli dello stesso, ai genitori ed a fratelli (purché con lui stabilmente conviventi da almeno un biennio), agli altri congiunti o affini fino al terzo grado, limitatamente per tale ultima categoria alle necessità imposte dalle prescrizioni della legge n. 104 del 1992.

Riguardo ai singoli benefici, il criterio è stato quello di limitare al massimo il riconoscimento del beneficio del diritto al trasferimento con precedenza assoluta e di compensare tale esplicito disconoscimento del beneficio con l'aumento dei punteggi da attribuirsi in sede di concorso ordinario.

Appare superflua ogni indicazione di carattere transitorio, sul presupposto che le modifiche della circolare che si propongono, nella parte relativa ai punteggi potranno essere applicate soltanto per i futuri bandi; mentre, per le procedure di trasferimento *extra-ordinem* tutte le modifiche trovano immediata applicazione.

Per le ragioni esposte

delibera

le seguenti modifiche alla circolare sui tramutamenti:

**A) al paragrafo V (*Requisiti e legittimazione per i tramutamenti e le assegnazioni a domanda*) il punto 26 è riformulato nei termini che seguono:**

**26.** Quando sia necessario rimuovere preventivamente, con urgenza, potenziali situazioni di incompatibilità che possono dar luogo all'apertura di una procedura di trasferimento d'ufficio (art. 2 legge guarentigie; artt. 18 e 19 ord. giud.), il Consiglio, nell'interesse dell'Amministrazione, provvede sulla domanda del magistrato indipendentemente dal decorso del termine di legittimazione.

A tal fine si procede con concorso virtuale.

L'urgenza è valutata in base agli atti prodotti, assunte informazioni e sentita la Commissione competente ad accertare l'eventuale incompatibilità, senza pregiudizio per gli adempimenti e le successive determinazioni di quest'ultima.

Le domande di trasferimento per handicap o per infermità del magistrato o del suo familiare sono valutate nei termini e con le modalità regolate dai paragrafi VIII, IX, IX *bis* e IX *ter*. È esclusa, in ogni caso, la possibilità di destinare il magistrato che ha presentato istanza di trasferimento ai posti indicati nel paragrafo 28 a.”

**B) il paragrafo VIII è riformulato nei termini che seguono:**

## **Par. VIII – Stato di salute del magistrato**

### **1. Tipologia delle situazioni rilevanti.**

Le alterazioni dello stato di salute del magistrato, rilevanti ai fini della presente circolare, consistono:

a1) in una **patologia di carattere non meramente temporaneo** che renda particolarmente controindicata la permanenza nella sede occupata o che possa regredire o essere meglio contenuta nella sede richiesta;

a2) in quelle integranti la qualifica di **portatore di handicap non grave** ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992 n. 104 e, cioè, in una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa, tale da determinare un processo di svantaggio o di emarginazione e che renda particolarmente controindicata la permanenza nella sede occupata o che possa regredire o essere meglio contenuta nella sede richiesta;

b) in quelle integranti la qualifica di **portatore di handicap in situazione di gravità**, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della legge 5 febbraio 1992 n. 104, e, cioè, in una

minorazione, singola o plurima, che abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo tale da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione (accertate nei modi e nelle forme previste dall'art. 4 della legge 5 febbraio 1992 n. 104); ovvero in quelle integranti la qualifica di **portatore di handicap, con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alla categoria prima, seconda o terza della tabella A** annessa alla legge 10 agosto 1950 n. 648, ai sensi dell'art. 21 della legge 5 febbraio 1992 n. 104.

## **2. Benefici e procedure:**

*a)* le alterazioni dello stato di salute di cui al punto 1, lett. *a1)* e *a2)* comportano l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in sede di concorso ordinario, nonché – quando ricorra l'urgente necessità di provvedere – la possibilità di avanzare domanda di trasferimento anche a prescindere dalla pubblicazione del posto richiesto e del decorso del termine di legittimazione; in tal caso si procederà con la procedura del concorso virtuale ed al magistrato interessato verrà riconosciuto il punteggio aggiuntivo previsto per la documentata situazione di infermità;

*b)* le alterazioni dello stato di salute di cui al punto 1, lett. *b)* - quando è dedotta e documentata l'esigenza di trasferimento nella sede richiesta per godere di strutture, mezzi (propri o pubblici), servizi o assistenza (anche dei soli familiari), necessari per la cura, la correzione, la eliminazione o la riduzione degli effetti della menomazione - comportano la precedenza assoluta in sede di concorso ordinario, nonché la possibilità di avanzare domanda di trasferimento, anche a prescindere dal decorso del termine di legittimazione e dalla pubblicazione del posto richiesto, che verrà assegnato se vacante e non ancora pubblicato.

**3. Accertamenti e documentazione.** Le alterazioni dello stato di salute su indicate, i benefici derivanti dal tramutamento richiesto nella diversa sede, l'impossibilità di ricevere adeguate cure nella sede occupata e l'urgente necessità di provvedere, debbono essere oggettivamente riscontrabili e rigorosamente documentati attraverso idonea certificazione proveniente esclusivamente da struttura pubblica.

La condizione del portatore di handicap deve essere accertata nei modi e nelle forme previsti dall'art. 4 della legge 5 febbraio 1992 n. 104 e, quanto al grado di invalidità ed alla sussistenza delle minorazioni indicate dall'art. 21, comma 1, della legge 104 del 1992, da idonea certificazione proveniente esclusivamente da struttura pubblica.”

## **C) il paragrafo IX è riformulato nei termini che seguono**

### **Par. IX – Stato di salute del coniuge e dei figli del magistrato**

#### **1. Tipologia.**

Le alterazioni dello stato di salute **del coniuge, ovvero dei figli (anche naturali purché riconosciuti, adottivi o affidati) del magistrato**, rilevano quando rendono particolarmente controindicata, nella sede occupata dal magistrato, la permanenza ovvero il trasferimento dei predetti congiunti; ovvero quando possono regredire o essere meglio contenuta nella sede richiesta; ovvero ancora quando possono essere più adeguatamente condivise dall'intero nucleo familiare in caso di trasferimento del magistrato nella sede richiesta. Dette alterazioni dello stato di salute possono consistere:

*a1)* in una patologia di carattere non meramente temporaneo;

*a2)* in minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, tale da determinare una condizione di portatore di handicap non grave, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992 n. 104;

b) in minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, tali da determinare una condizione di portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi degli artt. 3 e 21 della legge 5 febbraio 1992 n. 104.

2. Benefici e procedure:

a) le alterazioni dello stato di salute di cui al punto 1, lett. a1) e a2) comportano l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in sede di concorso ordinario, nonché – quando ricorra l'urgente necessità di provvedere – la possibilità di avanzare domanda di trasferimento anche a prescindere dalla pubblicazione del posto richiesto e del decorso del termine di legittimazione; in tal caso si procederà con la procedura del concorso virtuale ed al magistrato interessato verrà riconosciuto il punteggio aggiuntivo previsto per la documentata situazione di infermità;

b) le alterazioni dello stato di salute di cui al punto 1, lett. b) – quando è dedotta e documentata l'esigenza di trasferimento nella sede richiesta per godere di strutture, mezzi (propri o pubblici), servizi o assistenza (anche dei soli familiari), necessari per la cura, la correzione, la eliminazione o la riduzione degli effetti della menomazione - comportano la precedenza assoluta in sede di concorso ordinario, nonché la possibilità di avanzare domanda e di ottenere il trasferimento, anche a prescindere dal decorso del termine di legittimazione e dalla pubblicazione del posto richiesto, che verrà assegnato se vacante e non ancora pubblicato.

**3. Accertamenti e documentazione.** Per l'accertamento e la documentazione delle infermità e degli altri requisiti descritti nel presente paragrafo si rinvia al punto 3 del paragrafo VIII.

**D) e E) dopo il paragrafo IX sono inseriti i seguenti paragrafi IX bis e IX ter**

**“Par. IX bis – Stato di salute dei genitori e dei fratelli del magistrato.**

1. Tipologia delle situazioni rilevanti .

**1.1.** Le alterazioni dello stato di salute **dei genitori e dei fratelli del magistrato, se con lui stabilmente conviventi da almeno un biennio**, rilevano quando rendono particolarmente controindicata, nella sede occupata dal magistrato, la permanenza dei predetti congiunti; ovvero quando possono regredire o essere meglio contenute nella sede richiesta. Dette alterazioni dello stato di salute possono consistere:

a1) in una patologia di carattere non meramente temporaneo;

a2) in minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, tali da determinare una condizione di portatore di handicap non grave, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992 n. 104;

b) in minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, tali da determinare una condizione di portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi degli artt. 3 e 21 della legge 5 febbraio 1992 n. 104.

**1.2.** Le alterazioni dello stato di salute **dei genitori e dei fratelli del magistrato, non conviventi, ovvero con lui stabilmente conviventi da meno di un biennio**, rilevano quando nella sede richiesta il magistrato interessato intenda ripristinare o avviare una situazione di assistenza continuativa, in assenza di altro soggetto a ciò idoneo. Dette alterazioni dello stato di salute possono consistere:

a1) in una patologia di carattere non meramente temporaneo;

a2) in minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, tali da determinare una condizione di portatore di handicap non grave, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992 n. 104;

**b) in minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, tali da determinare una condizione di portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi degli artt. 3 e 21 della legge 5 febbraio 1992 n. 104.**

2. Benefici e procedure:

a) le alterazioni dello stato di salute di cui ai punti 1.1, lett. a1) e a2) e 1.2. lett. a1), a2) e b) comportano l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in sede di concorso ordinario, nonché – quando ricorra l'urgente necessità di provvedere – la possibilità di avanzare domanda di trasferimento anche a prescindere dalla pubblicazione del posto richiesto e del decorso del termine di legittimazione; in tal caso si procederà con la procedura del concorso virtuale ed al magistrato interessato verrà riconosciuto il punteggio aggiuntivo previsto per la documentata situazione di infermità;

b) le alterazioni dello stato di salute di cui al punto 1, lett. b) – quando il magistrato interessato presti con attualità e continuità assistenza, in assenza di altro soggetto a ciò idoneo e quando è dedotta e documentata l'esigenza di trasferimento nella sede richiesta per godere di strutture, mezzi (propri o pubblici) o servizi necessari per la cura, la correzione, la eliminazione o la riduzione degli effetti della menomazione - comportano la precedenza assoluta in sede di concorso ordinario, nonché la possibilità di avanzare domanda di trasferimento, anche a prescindere dal decorso del termine di legittimazione e dalla pubblicazione del posto richiesto, che verrà assegnato se vacante e non ancora pubblicato.

**3. Accertamenti e documentazione.** Per l'accertamento e la documentazione delle infermità e degli altri requisiti descritti nel presente paragrafo si rinvia al punto 3 del paragrafo VIII.”

**“Par. IX ter – Stato di salute degli altri parenti o affini del magistrato entro il terzo grado.**

1. Tipologia delle situazioni rilevanti.

Le alterazioni dello stato di salute **degli altri parenti o affini del magistrato entro il terzo grado**, rilevano soltanto in caso di minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, tali da determinare una condizione di portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi degli artt. 3 e 21 della legge 5 febbraio 1992 n. 104 e sempre che il magistrato, anche se non convivente, presti assistenza con attualità e continuità in assenza di altro soggetto a ciò idoneo.

2. Benefici e procedure:

Le alterazioni dello stato di salute di cui al punto 1 – quando è dedotta e documentata l'esigenza di trasferimento nella sede richiesta per godere di strutture, mezzi (propri o pubblici), servizi o assistenza (anche dei soli familiari), necessari per la cura, la correzione, la eliminazione o la riduzione degli effetti della menomazione - comportano la precedenza assoluta in sede di concorso ordinario, nonché la possibilità di avanzare domanda di trasferimento, anche a prescindere dal decorso del termine di legittimazione e dalla pubblicazione del posto richiesto, che verrà assegnato se vacante e non ancora pubblicato.

**3. Accertamenti e documentazione.** Per l'accertamento e la documentazione delle infermità e degli altri requisiti descritti nel presente paragrafo si rinvia al punto 3 del paragrafo VIII.”

**F) e G) ai paragrafi XVIII (Assegnazione a posti di giudice di Tribunale e sostituto procuratore della repubblica presso il Tribunale) e XVIII bis (Assegnazione a posti di magistrato distrettuale giudicante e requirente), il comma 1 dei rispettivi punti 2 (Stato di salute) è riformulato nei termini che seguono:**

“Nei casi previsti dal par. VIII, punto 1, lettere *a1*) e *a2*), lo stato di salute del magistrato, in presenza dei requisiti ivi indicati, darà diritto a punti 2.”

***H) e I) ai paragrafi XVIII (Assegnazione a posti di giudice di Tribunale e sostituto procuratore della repubblica presso il Tribunale) e XVIII bis (Assegnazione a posti di magistrato distrettuale giudicante e requirente), il comma 1 dei rispettivi punti 3 (Stato di famiglia) è riformulato nei termini che seguono:***

“Nei casi previsti dal par. IX, punto 1, lettere *a1*) e *a2*), lo stato di salute del coniuge e dei figli del magistrato, in presenza dei requisiti ivi indicati, darà diritto a punti 1.

Nei casi previsti dal par. IX *bis*, punti 1.1, lettere *a1*) e *a2*) e 1.2., lettere *a1*) e *a2*) lo stato di salute dei genitori e dei fratelli del magistrato, in presenza dei requisiti ivi indicati, darà diritto a punti 1.

Nei casi previsti dal par. IX *bis*, punto 1.2. lettera *b*) lo stato di salute dei genitori e dei fratelli del magistrato, in presenza dei requisiti ivi indicati, darà diritto a punti 2.

I punteggi su indicati, relativi allo stato di salute del magistrato e dei familiari, sono fra loro cumulabili, fino ad un massimo di 3 punti. »