

TRIBUNALE CIVILE DI REGGIO EMILIA

SEZIONE LAVORO

* * * * *

RICORSO EX ART. 700 C.P.C. CON ISTANZA DI PROVVEDIMENTO CAUTELARE
INAUDITA ALTERA PARTE EX ART. 669 SEXIES, CO. II C.P.C.

Istante la Prof. **Lucia Gargiulo**, nata a Sorrento il 04.04.1972, cod. fisc. GRGLCU72D44I862E e residente in Massa Lubrense (Na) alla via Santa Maria della Neve n. 20/E, rappresentata e difesa, giusta procura in calce al presente atto, dall'Avv. Eduardo Ernesto Margarita, cod. fisc. MRGDDR70S27F839R (p.e.c. *eduardoernesto.margarita@pec.it*, fax n. 08119972461) con il quale elettivamente domicilia in Aversa (Ce) alla via F. Cilea n. 50

CONTRO

M.I.U.R. – Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro p.t., con sede in Roma al viale Trastevere, n. 76/A, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, in Bologna, Via A. Testoni n. 6.

Commissione esaminatrice presso il M.I.U.R. del corso concorso, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, indetto con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017, in persona del suo Presidente, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, in Bologna, Via A. Testoni n. 6.

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, in persona del Direttore Generale p.t., con sede in Napoli alla Via Ponte della Maddalena 55, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato in Bologna, Via A. Testoni n. 6.

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio, in persona del Direttore Generale p.t., con sede in Roma al Viale G. Ribotta 41, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato in Bologna, Via A. Testoni n. 6.

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia, in persona del Direttore Generale p.t., con sede in Bari alla Via Sigismondo



Castromediano 123, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato in Bologna, Via A. Testoni n. 6.

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Regionale per il Molise, in persona del Direttore Generale p.t., con sede in Campobasso alla Via Garibaldi 25, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato in Bologna, Via A. Testoni n. 6.

FATTO

1. La Prof. Lucia Gargiulo, docente con contratto a tempo indeterminato di scuola secondaria di secondo grado per la classe di concorso A011 (oggi A028) (Discipline letterarie e Latino), ha partecipato al corso concorso, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, indetto con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 90 del 24.11.2017 (**vedasi Bando allegato al doc. n. 07**) risultando vincitrice dello stesso, collocandosi, al termine delle prove, in posizione n. 1153, utile ad entrare nel ruolo dei dirigenti scolastici (**vedasi decreto di approvazione della graduatoria e successiva rettifica doc. nn. 09 e 10**).

2. L'istante è coniugata ed ha due figli, entrambi facenti parte del suo nucleo familiare: uno di diciotto anni e l'altra, minore, di 15 anni (**v. certificato di famiglia sub doc. n. 04**).

3. La ricorrente presta assistenza continuativa, in qualità di referente unica, ai propri genitori, Maria Laura Ruocco e Vittorio Gargiulo, entrambi disabili in condizione di gravità ex art. 3, comma 3 legge 104/1992 (**vedansi documenti allegati sub. nn. 05 e 06**), come tale, ha diritto alla precedenza nella scelta della sede lavorativa in base al disposto dell'art. 33, comma 3 della legge 104/1992.

4. La deducente non ha potuto dichiarare e indicare, nella domanda di partecipazione al concorso e/o nella dichiarazione dei titoli, di essere referente unico dei di lei genitori disabili in condizione di gravità, e pertanto di vantare la precedenza nella scelta della sede lavorativa accordata dalla normativa di cui alla legge 104/1992, in quanto il portale istanze on line del M.I.U.R. non contemplava questa opzione.

A tal proposito è d'uopo menzionare come la giurisprudenza, in fattispecie assimilabile (ai fini del principio espresso) alla presente ha affermato che non rileva la mancata indicazione della precedenza ex lege 104/1992 nella domanda inviata telematicamente se ed in quanto il sistema informatico non contempla tale possibilità (cfr. in senso sostanzialmente analogo *Tribunale di*



Benevento – Sez. Lavoro, Ordinanza Collegiale n. 11662/2017 del 07.06.2017 e Tribunale di Messina – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 62/2017 del 31.08.2017). Le pronunce sono state emesse in tema di mobilità interprovinciale laddove il docente non aveva indicato nella domanda (inviata telematicamente attraverso il portale istanze on line) di voler usufruire della suddetta precedenza, in quanto nel relativo form presente su istanze on line non era prevista tale opzione.

5. La prof. Gargiulo, ha indicato sul portale del M.I.U.R., nel form all'uopo dedicato, quali prime regioni di destinazione che potessero permetterle di continuare a prestare l'assistenza continuativa ai propri genitori disabili, il Lazio, la Puglia e il Molise (**vedasi doc. n. 13**).

6. E' importante mettere in luce che l'odierna ricorrente non ha indicato quale primaria regione di destinazione la Campania in quanto, nel prefato form on line, non era possibile indicarla, quantunque ad oggi risultano varie istituzioni scolastiche vacanti (**vedansi sul punto la Tabella del M.I.U.R. sui posti vacanti nelle varie Regioni e il Decreto dell'U.S.R. Campania recante le sedi prive dirigente scolastico titolare all'interno del perimetro regionale sub. doc. nn. 15 e 16**).

7. La ricorrente, purtroppo, è stata destinata in Emilia Romagna, in provincia di Reggio Emilia, ad oltre 700 km dal proprio padre e dalla propria madre, in patente violazione della cogente normativa primaria prima citata (**vedansi doc. nn. 13 e 14**).

8. L'istante, pertanto, è stata apertamente lesa nell'esercizio di un proprio diritto primario, ovvero quello di prendersi cura del proprio genitore, in quanto unica referente unica, diritto previsto e regolato dalla legge n. 104/1992, la quale prevede *expressis verbis* una precedenza nella scelta della sede lavorativa in favore del figlio, referente unico del genitore disabile in condizione di gravità ex art. 3 comma 3. Lo spirito della normativa in esame è chiaro: permettere che il prossimo congiunto affetto da disabilità grave continui ad avere una assistenza continua, consentendo alla persona che se ne prende cura, di poter scegliere in via prioritaria una sede lavorativa quanto più vicina al luogo di residenza del disabile. In altre parole, la ratio dell'istituto della precedenza nella scelta delle sede lavorativa, previsto dalla prefata legge, risiede essenzialmente nel favorire l'assistenza al disabile grave in ambito familiare e nell'assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza, al fine di evitare lacune nella tutela della salute psico-fisica dello stesso.

9. In base alla superiore e cogente normativa nazionale di cui alla legge n. 104/1992, che non può essere derogata da alcuna fonte di grado inferiore, tutelando la stessa interessi di rango primario



e costituzionale, come tale incompressibile se non in ipotesi del tutto eccezionali e sulla base di disposizioni speciali di medesimo rango, la prof. Gargiulo ha pienamente diritto di precedenza (in base al disposto dell'art. 33 della legge 104/1992) nella scelta della sede regionale (e il successivo medesimo diritto di precedenza nella scelta della scuola) cui essere destinata, sopravanzando gli altri vincitori del concorso sforniti di alcuna precedenza. Conseguentemente ha diritto ad essere assegnata prioritariamente alla Campania, regione di residenza dei genitori disabili da assistere e in cui risultano varie sedi scolastiche vacanti ovvero senza un Dirigente scolastico titolare (**doc. nn. 15 e 16**) (**vedasi sul punto la recentissima Ordinanza del Tribunale di Santa Maria C.V. n. 22785/2019 del 04.10.2019** che, in fattispecie analoga, ha accertato il diritto della ricorrente alla precedenza ex lege 104/1992 e ha ordinato al M.I.U.R. di assegnare in via prioritaria la ricorrente nei ruoli della Dirigenza Scolastica della Regione Campania [**cf. doc. n. 24**]) oppure in subordine alla regione Lazio, o alla regione Puglia, o alla regione Molise (rispettivamente prima, seconda e terza scelta nelle preferenze indicate per il tramite del form all'uopo dedicato sul sito del M.I.U.R.), anche queste regioni in cui risultano varie istituzioni scolastiche senza dirigente (**v. doc nn. 17, 18 e 19**) e, all'interno di una delle Regioni, assegnata ad una sede scolastica quanto più vicina ai propri genitori disabili.

10. In mancanza di provvedimento giudiziale favorevole, la prof. Gargiulo sarà costretta a permanere in servizio nella regione di iniziale assegnazione (Emilia Romagna) per un periodo di almeno tre anni (durata minima dell'incarico dirigenziale previsto dall'art. 29 d. lgs. n. 165/2001 e dal Regolamento di cui al D.M. n. 138/2017), il che rende attuale e gravissimo il rischio di concreta lesione di valori ed interessi costituzionalmente garantiti come quelli appunto in materia di famiglia e di tutela delle persone affette da handicap (**v. art. 15 bando di concorso**).

11. Una volta decorso il termine obbligatorio di permanenza in provincia di Reggio Emilia (da tre a cinque anni) poi, ogni speranza di riavvicinamento al proprio nucleo familiare della ricorrente passerebbe comunque per l'insindacabile e discrezionale decisione del direttore generale p.t. dell'Ufficio Scolastico Regionale di provenienza (quindi dell'Emilia Romagna), nell'ambito della *mobilità interregionale* che risulta peraltro assai asfittica e problematica, in quanto limitata al 30 % complessivo dei posti vacanti annualmente (**v. art. 9, comma 4 del C.C.N.L., area V del 15.07.2010 come modificato dall'art. 53 del nuovo C.C.N.L., area V del 08.07.2019** [**doc. n. 20**])

* * * * *



Per le ragioni di fatto dianzi specificate **la Prof. Lucia Gargiulo** con il presente ricorso **agisce per l'accertamento e la dichiarazione** da parte di questo Ecc.mo Giudice che la stessa ha pieno ed incondizionato diritto soggettivo alla precedenza *ex lege* 104/1992 sia nelle operazioni di scelta della regione di destinazione sia nelle successive operazioni di scelta della Istituzione Scolastica dove prestare servizio in qualità di Dirigente Scolastico, in base alla normativa di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992, e **per la conseguente condanna** dell'amministrazione convenuta a disporre l'assegnazione, anche in soprannumero, prioritariamente nella Regione Campania, ove risiedono i genitori disabili cui presta assistenza o, in subordine, nella Regione Lazio, o nella Regione Puglia, o nella Regione Molise prime regioni indicate nella scelta e, nell'ambito di una delle stesse, in una delle istituzioni scolastiche con sede più vicina alla residenza dei genitori da assistere.

DIRITTO

I. SULLA COMPETENZA TERRITORIALE

Per mero scrupolo difensivo si evidenzia che l'intestato Ecc.mo Tribunale deve considerarsi territorialmente competente in relazione alla controversia per cui è causa in quanto **Cadelbosco di Sopra** (che rientra nel **circondario del Tribunale di Reggio Emilia**) è la **sede attuale ed effettiva di servizio della Prof. Gargiulo** (infatti la stessa è la Dirigente scolastica del locale Istituto Statale Comprensivo [vedasi sul punto **doc. n. 14**]) giusta l'art. 413 co. 5 c.p.c. che individua quale giudice competente per territorio per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ***“il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto o era addetto al momento della cessazione del rapporto”***.

II. ILLEGITTIMO MANCATO RICONOSCIMENTO DELLA PRECEDENZA DI CUI ALLA LEGGE 104/1992 E AL DECRETO LEGISLATIVO 297/1994 PER L'ASSISTENZA A GENITORE CON HANDICAP GRAVE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI (IMPERATIVE) DI CUI ALL'ART. 33 DELLA LEGGE 104/1992 E DI CUI ALL'ART. 601 DEL D. LGS N. 297/1994 – NULLITA' ART. 15, COMMA 3 DEL BANDO RELATIVO AL CORSO CONCORSO, PER TITOLI ED ESAMI, FINALIZZATO AL RECLUTAMENTO DI DIRIGENTI SCOLASTICI PRESSO LE ISTITUZIONI SCOLASTICHE STATALI, INDETTO CON D.D.G. N. 1259 DEL



23.11.2017 PER VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI (IMPERATIVE) DI CUI ALL'ART. 33 DELLA LEGGE 104/1992 E DI CUI ALL'ART. 601 DEL D. LGS N. 297/1994.

Come già esposto in punto di fatto, la ricorrente presta assistenza in via esclusiva e continuativa ai suoi genitori, sig.ri Maria Laura Ruocco e Vincenzo Bencivenga, entrambi affetti da *handicap* in situazione di gravità (permanente) ex art. 3 comma 3 legge 104/1992 (**cfr. documentazione allegata sub. nn. 05 e 06**).

La ricorrente ha allegato e provato di essere in possesso di tutti i requisiti per usufruire della precedenza ex art. 33 della legge n. 104/1992 e art. 601 d.lgs. n. 297/1994.

Da qui il diritto della prof. Gargiulo al riconoscimento della *precedenza* e nelle operazioni di scelta della regione di destinazione e nelle operazioni di scelta della sede scolastica cui prestare servizio. Precedenza immotivatamente ed ingiustamente negata.

Preliminarmente è d'uopo chiarire che, coloro che risultavano vincitori del concorso, dapprima hanno espresso, per il tramite della piattaforma telematica esistente sul sito web del M.I.U.R., la scelta della regione di destinazione e successivamente, sulla base della regione assegnata, hanno indicato le sedi scolastiche secondo un ordine di preferenza.

Orbene, è chiaro che la normativa di cui alla legge 104/1992 e quindi la precedenza di cui all'art. 33 nella scelta della sede lavorativa va interpretata ed applicata in relazione ad entrambe le fasi di scelta, ovvero sia in quella della sede regionale e sia in quella successiva della scelta della singola istituzione scolastica. Non avrebbe senso e sarebbe contraria alla *ratio* e allo spirito della normativa in questione, improntata, lo si ricordi, alla massima tutela dei soggetti affetti da disabilità, ritenere che la precedenza *de qua* operi solo nella scelta della sede scolastica. Che senso avrebbe poter esercitare il diritto di precedenza solo ed unicamente nella scelta della sede scolastica, laddove la regione assegnata si trova a centinaia di chilometri di distanza dal luogo di residenza del disabile da assistere? L'art. 33, comma 3 della legge 104/1992 che stabilisce *Il lavoratore ... 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*, va correttamente inteso al fine di evitare, come nel caso che qui ci occupa, situazioni gravemente lesive del diritto primario all'assistenza del disabile. Ed infatti per sede lavorativa di cui alla prefata norma non può che darsi un significato ampio, ricomprendendovi sia la regione sia la scuola dove si presta servizio. Diversamente opinando si addiverrebbe ad una interpretazione *contra legem* oltre che



incostituzionale della prefata norma (vedansi sul punto le recentissime Tribunale di Napoli Nord – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 49741/2019 del 25.09.2019; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 22785/2019 del 04.10.2019; Tribunale di Siena – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 2304/2019 del 04.09.2019; Tribunale di Palermo – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 36001/2019 del 27.09.2019; Tribunale di Grosseto – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 1625/2019 del 08.10.2019; Tribunale di Termini Imerese – Sezione Lavoro, Ordinanza n.17136/2019 del 15.10.2019 e Tribunale di Rovigo – Sezione Lavoro, Ordinanza del 29.10.2019, tutte allegate sub. doc da n. 21 a n. 27).

“Invero, la disposizione del bando di concorso, così come formulata, finisce per violare le disposizioni della legge 104/92 vanificandone del tutto la portata.

Se da un lato infatti non viene negata l'applicazione delle disposizioni normative in materia di assistenza ai disabili, tuttavia la stessa viene postergata alla fase successiva rispetto all'assegnazione alla regione di destinazione, eludendo sostanzialmente la norma stessa.

Ed invero, è chiaro che l'unico modo per rendere effettivo il diritto previsto dall'art. 33 della l. 104 era quello di consentirne l'esercizio sin da subito, ossia sin dalla fase di assegnazione alla regione di destinazione e non dopo ...

... accertata la natura imperativa delle disposizioni in esame (cioè dell'art. 33, comma 5 della legge n. 104/1992 e dell' art. 601 del d.lgs. n. 297/1994, n.d.r.), non può non rilevarsi la nullità del citato bando di concorso, nella parte in cui accorda la precedenza assoluta a colui che assiste un soggetto portatore di handicap grave, soltanto successivamente all'assegnazione alla regione di destinazione” (così in termini Tribunale di Termini Imerese – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 17136/2019 del 15.10.2019 [v. doc. n. 26]).

“L'art. 15 co. 3 del bando si presenta infatti irragionevole proprio nella parte in cui differisce l'applicazione dei benefici della legge 104/1992 solo al momento dell'assegnazione della sede di servizio. Se l'assegnazione è stata già disposta in sede regionale in base esclusivamente alla posizione in graduatoria e la regione assegnata risulti in concreto molto distante dalla sede ove si trova la persona bisognosa di tutela, è evidente che a nulla varrebbe poter scegliere l'una o l'altra sede nel più ristretto ambito territoriale regionale, trovandosi le stesse, comunque, in località tali da non consentire il soddisfacimento delle esigenze di assistenza.

La tutela normativa infatti ha un senso e una pratica ragione d'essere solo se anticipata al momento della fase iniziale della partecipazione al bando e quindi della indicazione delle regioni” (in tal senso v.



Tribunale di Grosseto – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 1625/2019 del 08.10.2019 [v. doc. n. 25])

“Giuridicamente, tuttavia, non riconoscere il diritto di precedenza nella fase iniziale di assegnazione della regione di pertinenza, limitando la tutela solo in questo più ristretto ambito regionale, comporta lo sradicamento del lavoratore dal luogo di residenza del parente da curare, che implica un grave pregiudizio per le esigenze di assistenza, ragionevolmente radicate nel luogo prefato: si attua in tal modo una compressione ingiustificata di un diritto costituzionalmente protetto, atteso che una volta avvenuta l'assegnazione ad una regione comunque distante – anche di centinaia di chilometri – dal domicilio del familiare handicappato da assistere, per il lavoratore risulta poi del tutto indifferente la scelta tra l'una o l'altra sede nell'ambito di quella regione.

... è corretto che la normativa di cui alla legge 104/1992 e quindi la precedenza di cui all'art. 33 nella scelta della sede lavorativa vadano interpretate ed applicate in relazione ad entrambe le fasi di scelta, ovvero sia in quella della sede regionale che in quella successiva della scelta della singola istituzione scolastica” (così Tribunale di Santa Maria Capua Vetere – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 22785/2019 del 04.10.2019 [v. doc. n. 24]).

“E’ del tutto irragionevole – in quanto lesiva della primaria esigenza di tutela della persona con handicap grave – la disposizione dell’art. 15 comma 3 del bando nella parte in cui prevede che l’applicazione dei benefici della legge 104/1992 possa avvenire solo in un momento successivo di “assegnazione della sede di servizio” e cioè quando il competente USR della Regione di assegnazione individui l’istituzione scolastica.

“... la disposizione del bando è di natura secondaria e non può violare, oltre che le norme sovranazionali e di rango costituzionale, neppure la norma di rango primario e speciale della l. 104/1992 ... (v. Tribunale di Palermo – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 36001/2019 del 27.09.2019 [v. doc. n. 23]).

E’, invero, illogico non riconoscere la precedenza nella fase iniziale di assegnazione della Regione, limitando la tutela solo in questo più ristretto ambito regionale: risulta, difatti, del tutto indifferente per il lavoratore la scelta tra l’una o l’altra sede, in una Regione comunque distante dal domicilio del familiare da assistere” (in questi termini Tribunale di Napoli Nord – Sezione Lavoro, Ordinanza n. 49741/2019 del 25.09.2019 [v. doc. n. 22]).

Il Bando di concorso contiene una norma illegittima, in quanto limita l’operatività e la portata della normativa primaria citata, laddove all’art. 15, comma 3, stabilisce “*Nell’assegnazione*



della sede di servizio, il competente USR si atterra' a quanto disposto dagli articoli 21 e 33, commi 5, 6 e 7, della legge 104/1992”.

Orbene, lasciando in disparte che l'U.S.R. Emilia Romagna, ha disatteso anche questa disposizione del bando, è d'uopo rimarcare come **la normativa di cui alla legge 104/1992 è di rango primario ed eccezionale e non può certo essere derogata e/o limitata nella sua portata da una disposizione di rango inferiore, quale è la norma di un bando di concorso.**

La norma in questione, infatti, in maniera del tutto illegittima, arbitraria, illogica e in aperta e patente violazione delle disposizioni di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992 e all'art. 601 del d. lgs. n. 297/1994, è nulla laddove, restringendo la portata operativa delle norme *de quibus*, limita il diritto di precedenza alla sola fase della scelta della sede scolastica, fase questa, come detto prima che è successiva a quella della scelta della Regione.

Non si capisce perché, in spregio alla superiore e cogente normativa statale di cui all'art. 33 legge 104/1992 e all'art. 601 d. lgs. 297/1994, vi sia una completa esclusione del diritto di precedenza in parola e quindi una palese discriminazione in danno della ricorrente che assiste, in maniera continuativa ed esclusiva, il proprio genitore, affetto da handicap in situazione di gravità.

Ciò è inaccettabile!

La norma del bando opera una surrettizia deroga ai principi e al dettato della legge n. 104/1992 e del decreto legislativo n. 297/1994 escludendo di fatto l'operatività della precedenza in parola.

E' utile sottolineare, poi, che la dizione “**sede di lavoro**” presente nell'art. 33, comma 5 della legge 104/1992 ha una portata ben più ampia ed omnicomprensiva rispetto alla locuzione “**sede di servizio**”, presente nell'art. 15, comma 3 del bando di concorso, tale da giustificare, in accordo alla *ratio* e allo spirito della legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone disabili, l'interpretazione ampia e costituzionalmente orientata della stessa volta a ricomprendervi sia la scelta della Regione sia la scelta della singola scuola, come prima evidenziato.

La disposizione del bando, oltre a violare norme imperative, ovvero quelle di cui alla legge n. 104/1992 e del d. lgs. n. 297/1994 è ingiustificata, illegittima e in contrasto con il principio di uguaglianza sancito dalla nostra Costituzione.

Difatti, la suddetta disposizione laddove non contempla e, pertanto, esclude la *precedenza* nella scelta della regione per coloro che assistono un genitore con *handicap grave*, è senza dubbio



apertamente violativa della norma imperativa prevista dall'art. 33 della legge 104/1992 e specificamente, per quanto riguarda l'ambito scolastico, dell'art. 601 del d.lgs. n. 297/1994, quindi è da ritenersi nulla e, dunque, va conseguentemente disapplicata.

La legge 104 del 1992 nel garantire il rispetto della dignità umana della persona con *handicap* e nel garantire altresì la sua assistenza, **prevede espressamente che il lavoratore pubblico o privato che assiste con continuità il coniuge o un parente o affine entro il secondo grado con *handicap* in situazione di gravità ha diritto, ove possibile, di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.**

Ne consegue che ai sensi dell'art. 1418 del codice civile deve dichiararsi la nullità del bando (art. 15, comma 3) per contrasto con norma imperativa di legge, laddove limita l'operatività e la portata della legge 104/1992 non prevedendo e, pertanto, negando il diritto di precedenza nella scelta della sede Regionale al vincitore del concorso, unico referente/affidatario, che assiste persona affine entro il secondo grado, affetta da handicap grave.

L'art. 33, comma 5, quale norma nazionale quadro di riferimento in materia di tutela dell'handicap non giustifica, infatti, alcuna esclusione o limitazione, essendo irragionevole applicare tale disposto solo parzialmente, laddove si osservi che oggetto di tutela non è il lavoratore che chiede il beneficio della precedenza ma il soggetto portatore di handicap che ha diritto di essere facilitato nel ricevere assistenza.

A ciò aggiungasi che **una norma di rango secondario non può porsi in contrasto con norme imperative di legge, poste a tutela di valori costituzionalmente protetti.** Le norme imperative, infatti, impongono un preciso assetto di interessi, non modificabile da qualunque fonte del diritto e in nessun caso da una fonte subordinata ed inferiore alle stesse come è (nel caso in esame) il bando di concorso.

E' pacifico che, in virtù del sistema gerarchico vigente nel nostro ordinamento, il bando con cui si indice un concorso pubblico si presenta **gerarchicamente subordinato** alla legge. Non vi è dubbio, quindi, nel rispetto del principio di gerarchia delle fonti, che **la norma del bando non può derogare ad una previsione normativa di rango superiore**, limitando i casi di applicazione di quest'ultima, **dovento trovare applicazione in modo pieno ed incondizionato la normativa di cui all'art. 33 della legge 104/1992 e all'art. 601 d. lgs. n. 297/1994.**

In più occasioni la Consulta ha avuto modo di ribadire che la legge n. 104/1992 è finalizzata alla tutela della salute psico-fisica del disabile, e che il ruolo delle famiglie "... *resta fondamentale nella*



cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap”, spiegando anche che il diritto alla salute psico-fisica, ricomprensivo della assistenza e della socializzazione, va garantito e tutelato, al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 Cost., deve intendersi “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”.

E' stato anche chiarito dalla Corte Costituzionale che *“la legge n. 104 del 1992 ha sicuramente un particolare valore, essendo finalizzata a garantire diritti umani fondamentali, come ha più volte avuto occasione di affermare questa Corte anche con specifico riferimento all'art. 33, comma 5.”* (in tal senso **Corte Costituzionale, 22.07.2002 n. 372**).

Inoltre l'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e idonei strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (**Corte Costituzionale n. 213/2016; n. 158/2007 e n. 350/ 2003**). Ne consegue che il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, deve essere garantito e tutelato al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale per la quale, ai sensi dell'art. 2 Cost., deve intendersi *“ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”* (**Corte Costituzionale n. 213/2016 e 138/2010**)

Con specifico riferimento, poi, all'art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992, va premesso che lo stesso persegue la duplice finalità di garantire continuità di assistenza al malato con handicap - e comunque il diritto dello stesso di essere assistito da persona di famiglia, *ex se* idonea a garantire l'*affectio* di cui ogni malato necessita – e di assicurare anche il diritto del lavoratore di prestare assistenza al proprio familiare.

Ne consegue che il diritto di cui all'art. 33 comma 5 costituisce una effettiva forma di tutela del diritto alla salute. E' stato infatti chiarito che *“La garanzia della vicinanza del luogo di lavoro rispetto alla residenza è strumento che agevola la tutela dell'integrità fisica del disabile”* (da **Corte Costituzionale, n. 246 del 18.07.1997**).

In applicazione dei principi sovranazionali della tutela della persona disabile, al quale va data attuazione mediante meccanismi di solidarietà, la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, anche con



recente ordinanza n. 7120/2018 del 22.03.2018, ha ribadito che al dipendente va riconosciuto il diritto soggettivo al lavoro presso una sede prossima alla residenza del congiunto da assistere.

La Suprema Corte ha precisato che la disposizione dell'art. 33 comma 5 della legge n. 104/1992 deve essere interpretata in termini costituzionalmente orientati, alla luce dell'art. 3 comma 2° Costituzione, dell'art. 26 della Carta di Nizza e della Convenzione delle Nazioni del 13.12.2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18 del 2009, in funzione della tutela della persona disabile (cfr. **Corte di Cassazione – Sezione Lavoro, n. 9201/2012 del 07.06.2012**).

Le misure previste dall'art. 33, comma 5 devono dunque intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo – riconducibile al principio sancito dall'art. 3 comma 2 Cost. – che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere con altri valori costituzionali (cfr. da ultimo **Corte di Cassazione, Ordinanza n. 24015/2017**).

*Deve ritenersi che l'art. 33 della legge 104/1992 – in quanto attuativa dei principi di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali (Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13.12.2006, ratificata in Italia con Legge 18 del 2008 e dall'Unione Europea nel 2010) – non sia derogabile, anche alla luce delle disposizioni specialistiche del settore scolastico, ed in particolare dell'art. 601 del d.lgs. n. 297/1994 (cfr. in termini **Tribunale di Rovigo – Sezione Lavoro, Ordinanza del 10.11.2017**)*

E' utile ricordare che “la natura di norma imperativa dell'art. 33, comma 5 legge 104/1992 è evincibile dalla ratio legis di 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 legge 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 legge



104/1992) (in tale senso **Tribunale di Benevento – Sezione Lavoro, Sentenza n. 377/2017 del 23.03.2017**).

Inoltre, come evidenziato dalla **Corte di Cassazione – Sezioni Unite, n. 7945 del 27.03.2008** “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 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 di solidarietà tra i suoi componenti”.

Alla luce delle considerazioni che precedono, pertanto, alla ricorrente va riconosciuta incondizionatamente la precedenza di cui alla legge 104/1992 e al decreto legislativo n. 297/1994 nelle operazioni di scelta della Regione e della sede scolastica ove prestare il servizio in qualità di dirigente scolastico.

III. SULLA CONDANNA ALLE SPESE DELLE AMMINISTRAZIONI CONVENUTE

In ipotesi di accoglimento del presente ricorso si fa esplicita richiesta a codesto Giudicante che le amministrazioni convenute vengano esplicitamente condannate alle spese processuali, con indicazione espressa, nel dispositivo della sentenza, della debenza delle spese generali al 15 % e soprattutto del contributo unificato.

Si insiste specificamente su questo punto in quanto il M.I.U.R. (e le sue articolazioni periferiche) più volte, in analoghe situazioni di condanna, ha negato i pagamenti di cui prima se non specificati in sentenza, (benché la Suprema Corte di Cassazione, con giurisprudenza univoca ha affermato a più riprese la debenza delle suddette voci da parte del convenuto soccombente genericamente condannato al pagamento delle spese processuali senza esplicita menzione delle delle voci di cui sopra) costringendo in tal modo la parte vittoriosa ad azionare un ulteriore giudizio (quindi a sopportare ulteriori costi) per ottenere coattivamente l'esecuzione del comando giudiziale.

IV. SUI PRESUPPOSTI DEL RICHIESTO PROVVEDIMENTO CAUTELARE

Il *fumus boni juris* emerge dai motivi di ricorso.

Sotto il profilo del *periculum in mora*, deve rilevarsi che il danno che verrebbe a patire la prof. Lucia Gargiulo (ed in particolare i suoi genitori, da lei assistiti) è grave ed irreparabile. A ben



vedere il danno non ha carattere patrimoniale ma attiene alla sfera dei diritti personali che, in quanto tali, sono insuscettibili di reintegrazione *ex post*.

La documentata situazione familiare della ricorrente, in uno all'obiettivo enorme distanza tra la sede di lavoro (provincia di Reggio Emilia) e la residenza dei familiari disabili (molte centinaia di km di distanza), dimostrano che il mancato riconoscimento del diritto di precedenza più volte citato determinerebbe inevitabilmente l'interruzione dell'effettivo e sempre attuale rapporto continuativo di assistenza alla madre e al padre, con ciò provocando ed aggravando progressivamente un inevitabile trauma nelle condizioni di vita e di salute dei beneficiari di assistenza. In altre parole, l'indubbia e notoria distanza fra il luogo di residenza dei genitori (provincia di Napoli) e quello in cui la ricorrente è chiamata a svolgere le funzioni di Dirigente scolastico (provincia di Reggio Emilia), rende pressochè impossibile l'assistenza del disabile e, di conseguenza, impellente l'esigenza di porvi rimedio.

Deve poi osservarsi che il prendere servizio in una destinazione tanto lontana (oltre 700 km) costringerebbe la ricorrente, tenuto conto anche dei due figli (di cui una minore), oltre che dello stato di handicap dei genitori, a vivere a distanza dal proprio nucleo familiare con ovvie negative ricadute sulla organizzazione della vita familiare e del disagio che verrebbe arrecato alla famiglia stessa e al diritto di assistenza degli anziani e malati genitori.

Nella fattispecie appare evidente che la durata del processo ordinario di merito vanificherebbe l'esercizio del diritto della prof.ssa Gargiulo e dunque la stessa azione giudiziaria, determinando l'impossibilità di qualsiasi ulteriore riparazione risarcitoria per equivalente.

In altre parole, in merito alla **sussistenza del *periculum in mora*** giova sottolineare che il tempo necessario per far valere il proprio diritto nel giudizio ordinario frustrerebbe le legittime aspettative della ricorrente ad ottenere una tutela effettiva all'esito del giudizio in quanto, nelle more della definizione dello stesso, l'amministrazione scolastica potrebbe destinare altri vincitori al posto che le spetterebbe in virtù della precedenza di cui alla legge 104/1992, vanificando così il diritto ad essere preferita nella scelta della sede (sia regionale che scolastica).

Il particolare rilievo dei valori, anche costituzionali, sottesi all'assistenza a persone disabili, in uno con la circostanza che nel tempo occorrente alla definizione del giudizio di merito, perdurando la mancata assegnazione nella sede vicina al domicilio del familiare, per effetto del mancato riconoscimento del diritto di precedenza, verrebbe gravemente limitata, se non del tutto preclusa, la possibilità di assistenza dell'anziano e malato genitore, con definitiva (e non adeguatamente risarcibile per equivalente)



compromissione del relativo diritto (in questi termini, in relazione alla sussistenza del *periculum in mora*, in fattispecie analoga a quella per cui è causa, si è pronunciato il **Tribunale di Napoli Nord – Sezione Lavoro** con **Ordinanza n. 49741/2019 del 25.09.2019** [v. doc. n. 22])

Stante la rilevanza costituzionale dei valori coinvolti, il mancato accoglimento della domanda potrebbe comportare danni gravi e irreparabili in primo luogo al disabile assistito, affetto da grave patologia, e secondariamente al lavoratore, il cui trattenimento in una sede distante molti chilometri dalla residenza propria e del genitore malato, risulterebbe aggravare oltre misura l'opera di assistenza materiale ed emotiva in favore del congiunto, così producendo un pregiudizio non di semplice natura economica e, come tale, difficilmente ristorabile per equivalenza” (così **Tribunale di Rovigo – Sezione Lavoro, Ordinanza del 29.10.2019** [v. doc. n. 27])

A tal proposito è bene rammentare come la giurisprudenza pacificamente ritenga che *Qualora sussista un pregiudizio imminente ed irreparabile derivante dall'attesa della definizione del giudizio di merito, la parte che ne abbia interesse può adire il giudice chiedendo la tutela ex art.700 (ex multis Tribunale di Santa Maria C.V. – Sezione Lavoro, Ordinanza del 17.06.2013).*

Le oltremodo gravi condizioni di salute in cui versano i genitori dell'odierna ricorrente (la madre è affetta da “*vasculopatia cerebrale cronica con parkinsonismo e disorientamento temporo – spaziale cognitivo e motorio. Cardiopatia II NYHA con f.a. incontinenza sfinterica doppia*”; il padre affetto da “*cardiopatia ischemico ipertensiva aritmica 2 NYHA. Pregresso ictus cerebri in pz con vasculopatia cerebrale cronica. Poliartrosi diffusa invalidante. Deficit visus in OO (ODX=1/60 OSN=1/20. BPCO. Diverticolosi colon*”) impongono una presenza assidua e continua, che non tollera pause di alcun tipo. Conseguentemente all'odierna ricorrente va accordato il beneficio della precedenza assoluta nella scelta, così come prescritto dalla normativa nazionale più volte citata, con successiva prioritaria destinazione della stessa, anche in soprannumero, in Campania, regione di residenza dei disabili (ove vi sono comunque varie sedi scolastiche disponibili, v. **doc. n 15 e 16**) o, in subordine nel Lazio, in Puglia o in Molise in una sede scolastica quanto più vicina al luogo di residenza del padre, in modo da potergli garantire l'assistenza di cui necessita. E' chiaro, quindi, il grave *vulnus* alla vita familiare e di relazione che la stessa subirebbe e il grave danno che, di riflesso, subirebbe l'intero nucleo familiare e la persona disabile non più adeguatamente assistita in maniera continuativa e quotidiana se all'odierna ricorrente non venisse accordata la tutela cautelare richiesta.



Ordunque, atteso che la ricorrente fa valere il suo diritto soggettivo alla precedenza di cui alla legge n. 104/1992 e al decreto legislativo n. 297/1994 è di palmare evidenza che, qualora venisse proposta solo un'azione ordinaria, volta all'accertamento di tale diritto, questa verrebbe definita, con tutta probabilità, molto tempo dopo la conclusione della procedura e quindi non potrebbe assicurare il conseguimento del bene della vita alla cui realizzazione era originariamente diretta. Pertanto solo una pronuncia cautelare potrebbe tutelare il bene della vita rivendicato dalla ricorrente.

Da ultimo, in tema di cosiddetto *caregiver* familiare, giova ricordare la recente **Ordinanza n. 6150/2019** della **Corte di Cassazione - Sezione Lavoro**: *“l'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 rientra nel novero delle agevolazioni e provvidenze riconosciute, quale espressione dello Stato sociale, in favore di coloro che si occupano dell'assistenza nei confronti di parenti disabili e ciò sul presupposto che il ruolo delle famiglie resta fondamentale nella cure e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap. Il suddetto articolo disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone in condizione di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività, affinché quest'ultima risulti il più possibile compatibile con la funzione solidaristica di assistenza”*.

Questo principio, affermato in un caso ove il ricorrente era figlio referente unico del genitore disabile è perfettamente sovrapponibile al caso che qui ci occupa.

* * * * *

ISTANZA DI PROVVEDIMENTO *INAUDITA ALTERA PARTE*
ex art. 669 sexies, comma II c.p.c.

Per quanto sopra argomentato appare pertanto assolutamente necessario l'intervento di una preventiva misura cautelare da adottarsi *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 669 *sexies*, comma II c.p.c.

E' indispensabile porre rimedio, senza indugio alcuno, ad una situazione altamente critica: la prof. Gargiulo, infatti, da quando ha dovuto prendere servizio come Dirigente scolastico in provincia di Reggio Emilia, inevitabilmente non ha potuto prestare quella dovuta, continua e necessaria assistenza di cui necessitano i suoi anziani genitori disabili, i quali ultimi sono i veri soggetti pregiudicati in questa vicenda. A ciò aggiungasi che, **nelle more della fissazione dell'udienza ex art. 700 c.p.c.** e dell'emanazione dell'eventuale ordinanza cautelare di accoglimento, passerebbe un ulteriore lasso di tempo oltremodo lungo (in relazione alle condizioni fisiche e alla



patologie di cui sono affetti i genitori della ricorrente) in cui i familiari rimarrebbero sforniti di assistenza, con grave compromissione del proprio stato di salute.

Senza dimenticare che un eventuale provvedimento di accoglimento, che intervenisse dopo la convocazione e audizione delle parti, troverebbe oggettive difficoltà di concreta attuazione, in quanto l'Amministrazione avrà già assegnato altri soggetti alle sedi scolastiche in relazioni alle quali la ricorrente avrebbe avuto precedenza nella scelta.

Anche alla luce di ciò appare quanto mai opportuno l'emissione di un decreto *inaudita altera parte* che assicuri il diritto in parola.

P.Q.M.

Alla luce delle considerazioni che precedono si conclude affinché l'adita Giustizia voglia così provvedere:

-) **Accertare e dichiarare la nullità e/o inefficacia dell'art. 15, comma 3 del bando corso concorso, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, indetto con D.D.G. n. 1259 del 23.11.2017 con conseguente disapplicazione dello stesso, laddove non prevede e quindi nega (e non accorda) la precedenza in sede di scelta della regione al vincitore del concorso che assiste, quale referente/affidatario unico, il proprio genitore, affetto da disabilità in condizioni di gravità, in quanto disposizione contrastante con i supremi principi, come tali inderogabili (contrasto con norma imperativa di legge), di cui all'art. 33 legge 104/1992 e all'art. 601 d. lgs. 297/2004.**

-) **Accertare e dichiarare che la prof. Lucia Gargiulo ha il diritto di usufruire della precedenza assoluta nella scelta sia della sede regionale sia della sede scolastica all'interno della regione prescelta.**

-) **Per l'effetto condannare le Amministrazioni convenute a riconoscere e quindi ad attribuire alla Prof. Lucia Gargiulo la precedenza di cui sopra.**

-) **Conseguentemente condannare le Amministrazioni convenute ad emanare tutti i provvedimenti necessari atti a consentire alla Prof. Lucia Gargiulo di esercitare il proprio diritto soggettivo di precedenza *ex lege* 104/1992 nella scelta della Regione di destinazione e nella successiva scelta dell'istituzione scolastica dove prestare servizio in qualità di Dirigente Scolastico.**



-) Conseguentemente **condannare le Amministrazioni convenute a disporre l'assegnazione/destinazione** della Prof. **Lucia Gargiulo** in una sede scolastica, anche in soprannumero, quanto più vicina alla città di residenza dei propri genitori. **In particolare ordinare alle Amministrazioni convenute di provvedere all'assegnazione/destinazione della ricorrente, anche in soprannumero (stante il carattere cogente, delle disposizioni di cui alla legge n. 104/1992 e della norma di cui all'art. 601 del d.lgs n. 297/1194)**, in Campania, regione di residenza dei genitori disabili (ove sussistono sedi vacanti prive di dirigente scolastico titolare, come comprovato in atti) o, in subordine nel Lazio, o in Puglia o in Molise (anche in queste regioni vi sono sedi vacanti), presso una sede scolastica ubicata in comune più prossimo a quello ove risiedono le persone portatrici di handicap da lei accudite.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa da distrarre in favore del procuratore antistatario, con espressa indicazione nel dispositivo della debenza delle spese generali al 15 % e del contributo unificato.

Si depositano i documenti come da foliaro allegato.

Controversia in materia di pubblico impiego di valore indeterminabile – C.U. € 259,00

Avv. Eduardo Ernesto Margarita

