

STUDIO LEGALE AVV. *BENEDETTO RONCHI*
Patrocinante in CASSAZIONE
Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia del Mare
Via San Gervasio, 61
Tel. e Fax 0883/767546
76125 TRANI

TRIBUNALE DI MILANO - SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

CON ISTANZA CAUTELARE IN CORSO DI CAUSA EX ARTT. 700 E 669 QUATER

C.P.C. - ANCHE INAUDITA ALTERA PARTE

E CONTESTUALE RICHIESTA DI AUTORIZZAZIONE ALLA NOTIFICA

NEI CONFRONTI DEI LITISCONSORTI AI SENSI DELL'ART. 151 C.P.C.

Per la **Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna** nata ad Avellino il 16/06/1983 e residente a Monteforte Irpino in via Molinelle n.78 (C.F. CCCMNN83H56A509U) rappresentata e difesa, per procura a margine del presente ricorso, dall'avv. Benedetto Ronchi, C.F. RNCBDT75P21L328P, presso il cui studio in Trani alla via S. Gervasio, 61 elettivamente domiciliato, il quale dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni riguardanti il procedimento *de quo* al numero di fax: 0883/767546, e/o al seguente indirizzo di posta elettronica certificata avv.benedetto.ronchi@postecert.it

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO, in persona del Ministro pro tempore, con sede in Roma Largo Trastevere n. 76/A (C.F.: 80185250588), domiciliato ex lege presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato in 20100 Milano, Via Freguglia n. 1 (Palazzo di Giustizia).

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA LOMBARDIA, in persona del dirigente pro tempore, con sede in 20139 Milano, Via Polesine n. 13 (C.F.: 97254200153), domiciliato ex lege presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato in Milano, Via Freguglia n. 1 (Palazzo di Giustizia).

nonchè

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CAMPANIA in
persona del Dirigente *pro tempore* domiciliato ex lege presso l'Avvocatura
distrettuale dello Stato in Milano, Via Freguglia n. 1 (Palazzo di Giustizia);

E NEI CONFRONTI DI

*tutti i dirigenti scolastici inseriti come vincitori nella graduatoria definitiva di
merito relativa al Corso-concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al
reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, indetto con
D.D.G. n. 1259 del 23.II.2017 (GU n. 90 del 24.II.2017), non beneficiari di precedenza,
che sono stati assegnati con primo incarico in scuole della Provincia di AVELLINO.*

FATTO

IMMISSIONE NEL RUOLO DI DIRIGENTE SCOLASTICO.

**DIRITTO ALLA SCELTA DELLA SEDE EX ART. 33, COMMA 5, L. N.
104/1992.**

La Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna ha partecipato al concorso
nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti
scolastici presso le Istituzioni scolastiche statali, bandito con D.D.G. n. 1259
del 23.II.2017 (G.U. n. 90 del 24.II.2017); la stessa è risultata vincitrice del
Corso-concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di
2.425 dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, giusta
graduatoria definitiva generale nazionale per merito e titoli del concorso
pubblicata con DDG n. 1205 del 1.08.2019 e successivamente rettificata con
DDG n. 1229 del 07.08.2019.

Per espressa disposizione del decreto Ministero dell'Istruzione,
dell'Università e della Ricerca, 3.08.2017, n. 138, recante *Regolamento per la*

definizione delle modalità di svolgimento delle procedure concorsuali per l'accesso ai ruoli della dirigenza scolastica, la durata del corso e le forme di valutazione dei candidati ammessi al corso, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'articolo 1, comma 217 della legge 28 dicembre 2015, n. 208. (17G00150) (GU Serie Generale n.220 del 20.09.2017) sono stati messi a concorso “[...] i posti da dirigente scolastico presso le istituzioni scolastiche statali, inclusi i centri provinciali per l'istruzione degli adulti, che risultino vacanti e disponibili alla data di indizione del corso-concorso.” nonché “[...] i posti che si prevede si rendano vacanti e disponibili, nel triennio successivo, per collocamento a riposo per limiti di età, tenuto ulteriormente conto della percentuale media di cessazione dal servizio per altri motivi”, dal cui numero complessivo detrarre “[...] quelli occorrenti per l'assunzione dei vincitori dei concorsi precedentemente banditi”.

La Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna risultando utilmente collocato nella suddetta graduatoria con **posizione n. 3378**, provvedeva a stilare l'ordine delle preferenze tra le 18 Regioni disponibili, tramite sistema POLIS – Istanze *on line*, **indicando la Regione LOMBARDIA come prima scelta per l'assegnazione ai ruoli regionali poiché la Campania, e le regioni vicine, non erano esprimibili.**

I candidati dovevano infatti indicare l'ordine di preferenza tra le regioni presenti in piattaforma e sarebbero stati quindi assegnati alla prima regione disponibile tra quelle scelte, tenuto conto del punteggio.

Quel che è certo è che né in sede di presentazione della domanda di partecipazione al concorso, né in sede di presentazione del suddetto ordine di priorità è stato consentito al candidato di far valere diritti di precedenza

nella scelta di sede ex artt. 21 e 33 L. 104/92 e questo perché la procedura informatizzata (tramite sistema POLIS – Istanze *on line*) non contemplava alcuna campitura/maschera all'uopo dedicata, né tanto meno la possibilità di inoltrare telematicamente allegati di alcun tipo (es. autodichiarazioni, certificati ecc.). **La ricorrente, in data 8.08.2023, inviava al M.I.M. una missiva, a mezzo PEC, evidenziando la propria difficile condizione di madre lavoratrice con due figli disabili chiedendo l'applicazione dei benefici ex l.104/92. A detta missiva il M.I.M. non rispondeva in alcun modo (doc. 35).** Tale inspiegabile mancanza è aspetto centrale nella presente vicenda che riguarda in prima persona la stessa ricorrente, la quale è *referente unico* per l'assistenza dei figli con handicap in situazione di gravità (doc. nn.7,9,10) APOSTOLICO Christian (nato a Solofra il 10.05.2016) e APOSTOLICO Alessandro (nato a Solofra il 24.03.2020) e residenti a Monteforte Irpino alla Via Molinelle n.78 (doc. n. 16) nell'abitazione della ricorrente. A dire il vero il bando di concorso tocca l'argomento inerente i benefici della precedenza nella scelta di sede ex legge 104/1992, ma lo fa in maniera disorganica perché nel limitarsi ad inserire al comma 3 dell'art. 15 (rubricato *Vincitori*) la seguente dicitura [...] “*Nell'assegnazione della sede di servizio, il competente USR si atterrà a quanto disposto dagli articoli 21 e 33, commi 5, 6 e 7, della legge 104/1992*” ha dato adito ad una interpretazione – quella appunto fatta propria dall'amministrazione scolastica convenuta - secondo cui le precedenze ex legge 104/1992 non possono farsi valere in sede di assegnazione alle regioni e in sede di assegnazione della sede soltanto ai residenti nella regione assegnataria. Nella circostanza la ricorrente non ha potuto far altro che accettare l'incarico di dirigente scolastico dell'Istituto Comprensivo

“Orchidee” di Rozzano (doc. nn. 11 e 12).

L'avvicinamento consentirà una presenza più assidua e continua della ricorrente la cui vicinanza ai figli è di fondamentale importanza tanto nella gestione pratica e logistica quanto soprattutto, nel **sostegno affettivo** che esercita un impatto estremamente positivo sulla condizione psicologica dei disabili. E' bene sottolineare che il distacco dai figli ha già provocato pesanti ricadute sulla loro salute. La distanza tra comune di residenza dei disabili (Monteforte Irpino) da assistere e la sede scolastica assegnata supera i 1000 Km, e questo rende umanamente impossibile per la ricorrente rientrare a Monteforte Irpino nel corso della settimana, con conseguente irrimediabile ed immotivato pregiudizio del diritto costituzionale dei figli disabili all'assistenza in qualità di portatori di handicap grave.

Non solo. Fermo quanto sopra, appare davvero inspiegabile, a fronte di quanto stabilito tanto dal regolamento di cui al Decreto Ministeriale n. 138/2017 quanto dallo stesso bando di concorso de quo nonché infine dal richiamato art. 33 della legge 104/1992, che per l'a.s. 2023/2024 numerose sedi scolastiche nella Regione CAMPANIA sono state affidate in reggenza a dirigenti scolastici titolari in altri istituti (doc. n. 13, 33 e 34).

Con riserva di quanto verrà riferito in diritto, basti qui chiarire che molte delle suddette sedi scolastiche destinate a reggenze non sono affatto sottodimensionate. Si tratta in realtà di una precisa scelta dell'amministrazione di sovraccaricare di lavoro dirigenti, già titolari in altre scuole, piuttosto che trovare adeguata sistemazione a chi, come la ricorrente, deve assistere quale referente unico due familiari con handicap grave. Questa scelta appare illegittima, siccome contraria al principio di buon andamento

della P.A. (art. 97 Cost.) e perché in ogni caso lesiva di interessi costituzionalmente protetti in mancanza di valide esigenze organizzative di segno contrario dell'amministrazione stessa.

In CAMPANIA, peraltro, esistevano ed esistono numerosissime strutture scolastiche disponibili per le assunzioni dei dirigenti, di pari complessità e dimensioni rispetto a quella affidata alla ricorrente a decorrere dall'1.09.2023. Per questo motivo, nel caso di specie, non sussisterebbero neppure plausibili ostacoli al conferimento di altro incarico (in ipotesi legati ad attitudini e capacità professionali della ricorrente) su disposizione di Codesta Autorità giudiziaria.

Va rimarcato che incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare in modo specifico e puntuale quali siano le concrete ragioni che rendano impossibile l'assegnazione ad una sede più vicina. E proprio in questa ipotesi deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto "più vicino" al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole. Pertanto, nella fattispecie che ci occupa, è il Ministero dell'Istruzione il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l'assegnazione dell'istante alla sede a lei più vicina non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la Legge n.104/1992 ha introdotto. Il Ministero resistente non può ignorare la situazione familiare del lavoratore che assiste il proprio congiunto portatore di handicap grave e, quindi, anche da questo punto di vista, avrebbe dovuto

assegnare la ricorrente in una sede nella regione dove risiede l'anziana madre (cfr. Tribunale di MILANO sent. n. 2275/2020 pubbl. il 19.01.2021, confermata da Corte Appello Milano n.916/2021 – Trib. di MILANO del 14.03.2023 - doc. 30, 31 e 15,).

Dunque sussistevano e sussistono le condizioni di legge e le disponibilità di posti per assecondare la richiesta di assegnazione della ricorrente ad un istituto scolastico della Provincia di AVELLINO o, in subordine, ad una scuola della provincia più vicina alla residenza della ricorrente ovvero ancora ad una sede scolastica collocata nella Regione CAMPANIA, nel rispetto del diritto di scelta di sede sancito dall'art. 33 c. 5 della legge 104/1992.

In ogni caso, non sussistono né sono dimostrabili nel caso di specie ragioni oggettive contrarie a quelle della Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna che rendano prevalente l'interesse organizzativo della P.A. ad assegnare la ricorrente presso sede scolastica di Rozzano invece di una sede più vicina alla sua residenza, e dunque, prevalente l'interesse organizzativo del M.I. rispetto alla tutela dei disabili alla quale prestare assistenza.

Ritiene il giudicante che le modalità concrete di articolazione della fase di assunzione adottate dall'Amministrazione, con la prevista scissione temporale tra l'assegnazione ad un ruolo regionale e la successiva individuazione dell'istituzione scolastica nel solo ambito territoriale della regione prima assegnata, debbano invece considerarsi unitariamente ai fini della tutela apprestata dalla legge 104/92. La sede di servizio è data dall'istituzione scolastica che si trova nell'ambito del territorio regionale cui corrisponde il relativo ruolo regionale, ai sensi dell'art. 25, comma 1, d. lgs. 165/2001. Né osta a siffatta interpretazione il citato art. 25, comma 1, d. lgs. 165/2001, a mente del quale "nell'ambito dell'amministrazione scolastica periferica è istituita la

qualifica dirigenziale per i capi di istituto preposti alle istituzioni scolastiche ed educative alle quali è stata attribuita personalità giuridica ed autonoma a norma dell'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni. I dirigenti scolastici sono inquadrati in ruoli di dimensioni regionale e rispondono, agli effetti dell'articolo 21, in ordine ai risultati, che sono valutati tenuto conto della specificità delle funzioni e sulla base delle verifiche effettuate da un nucleo di valutazione istituito presso l'amministrazione scolastica regionale, presieduto da un dirigente e composto da esperti anche non appartenenti all'amministrazione stessa". (Tribunale di Milano, Sez. Lavoro, Giudice dott. Luigi Pazienza Sent. 2275/20 dell'1.12.2020, confermata dalla Corte d'Appello di Milano con sent. 916/2021 - Trib. di MILANO del 14.03.2023 doc. nn.15, 30 e 31).

Né può validamente giustificare la scelta dell'amministrazione convenuta, l'assunto per cui il diritto della ricorrente sarebbe stato sacrificato sull'altare della meritocrazia perché così non è affatto: come verrà meglio spiegato in diritto, l'elemento della casualità è entrato in maniera preponderante nella determinazione e definizione delle assegnazioni dei neo-dirigenti scolastici ai ruoli regionali.

Come premesso la ricorrente è in servizio presso l'Istituto Comprensivo di Rozzano, dall'1.9.2023. In mancanza di provvedimento giudiziale favorevole, la ricorrente sarà costretta a permanere in servizio nella Regione di iniziale assegnazione (LOMBARDIA) per un periodo almeno pari a tre anni (durata minima dell'incarico dirigenziale previsto dall'art. 29 D. Lgs 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).

Una volta decorso il termine apposto all'incarico *de quo* in quel di Rozzano (da tre a cinque anni), poi, ogni speranza di riavvicinamento a casa del ricorrente passerebbe comunque per l'insindacabile e discrezionale decisione del dirigente p.t. dell'Ufficio Scolastico Regionale di provenienza (dunque della LOMBARDIA), nell'ambito di una mobilità interregionale che risulta peraltro assai asfittica e problematica, siccome limitata al 30% complessivo dei posti vacanti annualmente (v. art. 9 comma 4 del CCNL area V del 15.07.2010 come modificato dall'art. 53 del nuovo Contratto 2016/18).

In mancanza di un provvedimento di accoglimento delle sue ragioni e tenuto conto del tempo necessario per gli spostamenti, verrebbe peraltro seriamente compromesso anche il diritto del ricorrente alla piena fruizione e valorizzazione dei 3 giorni di permessi al mese per handicap, previsti sempre dalla legge 104/92.

Per tutti e ciascuno dei suddetti motivi la sistemazione riservata alla ricorrente pregiudica irrimediabilmente e *sine die* la possibilità per quest'ultimo di assistere la madre affetta da handicap grave in qualità di referente unico. **L'atteggiamento ostile della P.A. convenuta non può dirsi neppure giustificato dalla finalità concreta di garantire il buon andamento del servizio educativo di istruzione e formazione in favore della collettività, atteso che chi è destinatario dei benefici diritti garantiti dalla Legge Quadro in parola vive una situazione talmente insostenibile che, in mancanza di un definitivo trasferimento, sarà costretta, ad usufruire del congedo di cui al d.lgs. 151/2001, con la conseguenza di lasciare comunque la scuola priva di titolare. Dunque, il risultato finale del cattivo agire dell'Ufficio regionale è**

la palese lesione dei diritti dei figli disabile, e quindi, tra le altre, la violazione degli artt. 29, 32 e 38 Cost, dei diritti del dirigente obbligato a non lavorare, e quindi, tra le altre, la violazione dell'art. 4, comma 1, Cost., e quello della comunità scolastica che non potrà beneficiare della continua presenza del dirigente scolastico, e quindi finanche dell'art. 97, comma 2, Cost.

Per tali ragioni la ricorrente è costretta ad adire in via d'urgenza codesto Tribunale.

L'illegittimità della scelta della P.A. appare evidente per i seguenti motivi di:

DIRITTO
SULLA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE ORDINARIO IN
FUNZIONE DI GIUDICE DEL LAVORO

Ai sensi dell'art. 63, comma 4, D. Lgs. n. 165/2001, spettano alla giurisdizione del Giudice amministrativo "*Le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 3 (ovvero, relative ai rapporti di lavoro del personale, che restano in regime di diritto pubblico), ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi*".

E' pacifico che il Corso-concorso nazionale, per titoli ed esami, finalizzato al reclutamento di dirigenti scolastici presso le istituzioni scolastiche statali, bandito, sulla scorta del Regolamento approvato con D.M. 3.08.2017 n. 138, con D.D.G. n. 1259 del 23.II.2017, pubblicato in G.U. n. 90 del 24.II.2017, al quale l'odierna ricorrente ha partecipato, collocandosi nella graduatoria

finale tra i vincitori, integri una vera e propria “procedura concorsuale per l’assunzione” riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 63, c. 4, d.lgs. n 165/2001.

La procedura concorsuale inizia con la pubblicazione del bando e termina con l’approvazione della graduatoria finale.

La Suprema Corte di Cassazione a S.U., nella sentenza n 12221/2006 (decidendo su una controversia relativa all’annullamento dell’esclusione dalla graduatoria per la nomina a posti di preside), ha ribadito che la procedura concorsuale “iniziata con la pubblicazione del bando, termina con l’approvazione della graduatoria finale sì da comprendere ogni questione afferente agli atti valutativi dei titoli ed alla conseguente formazione della graduatoria”.

Nel caso che ci occupa non è in questione la graduatoria di merito finale, ma la fase successiva dell’assunzione e, precisamente, il mancato riconoscimento della precedenza ex art 33 L 104/92 nella scelta della prima sede di servizio, sin dall’assegnazione ai ruoli regionali.

Ne consegue che la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, non venendo in questione profili di interesse legittimo nell’ambito della procedura concorsuale, ma situazioni giuridiche attinenti alla fase del rapporto di lavoro aventi consistenza di diritto soggettivo (in tal senso Tribunale di Reggio Calabria Ordinanza del 4.II.2019 – Sez. Lavoro, Giudice F.P. SICARI doc. n.20)

Il presente ricorso ha per oggetto l’assegnazione alle Regioni dei Dirigenti Scolastici vincitori di concorso, dunque, un’ipotesi esterna alla fattispecie concorsuale presa in considerazione dal citato art. 63. Si tratta, infatti, di

meri atti gestori del datore di lavoro pubblico a seguito di precedente instaurazione del rapporto di pubblico impiego.

A parere del **Consiglio di Stato (sentenza n. 3415/2015)**, invero, *“La natura gestionale-privatistica delle graduatorie per il conferimento degli incarichi di insegnamento e dei relativi atti di gestione riguarda non solo gli atti che determinano i punteggi e la conseguente collocazione all’interno della graduatoria, ma anche gli atti volti a verificare la sussistenza dei requisiti per l’inserimento nella graduatoria medesima. In entrambi i casi, l’aspirante candidato fa valere un diritto soggettivo (o, comunque, una situazione di natura privatistica) che si sostanzia nella pretesa di essere inserito in graduatoria e di essere esattamente collocato al suo interno. Del resto, la verifica dei requisiti per l’inserimento, non richiede alcun esercizio di discrezionalità amministrativa, trattandosi al contrario di attività vincolata alla sussistenza dei presupposti di legge, rispetto alla cui verifica possono venire eventualmente in considerazione giudizi tecnico- valutativi, ma non scelte di opportunità amministrativa o, comunque, atti di esercizio di discrezionalità amministrativa”*.

In favore della giurisdizione del giudice ordinario è intervenuta anche la **Corte di Cassazione SS.UU. (Ordinanza n. 16756/2014)**, secondo cui: *“In tema di graduatorie permanenti del personale della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l’accertamento del diritto al collocamento in graduatoria ai sensi del D. Lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, venendo in questione determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l’eventuale*

assunzione, e non potendo configurarsi l'inerenza a procedure concorsuali - per le quali l' art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, mantiene la giurisdizione del giudice amministrativo -, in quanto trattasi, piuttosto, dell'inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili”.

D'altronde per consolidata e autorevole giurisprudenza la competenza della Giustizia amministrativa in materia di concorsi si estende dalla pubblicazione del bando sino alla formazione ed approvazione delle graduatorie, lasciando il passo alla Giustizia ordinaria per tutto quel che ne consegue a partire dalla successiva fase del reclutamento mediante scorrimento delle stesse (v. ex multis Cassazione civile sez. un., 28/05/2012, n.8410; Cassazione civile sez. un., 23/09/2013, n.21671; Cassazione civile sez. un., 06/05/2013, n.10404).

SULLA COMPETENZA TERRITORIALE DEL TRIBUNALE DI MILANO

Per mero tuziorismo difensivo si evidenzia che Codesto Ecc.mo Tribunale adito è territorialmente competente per la causa *de qua*, in quanto la sede di titolarità dell'odierno ricorrente, a causa del mancato riconoscimento dell'invocata precedenza, è l'istituto comprensivo di Rozzano. **L'articolo 413 comma 5 c.p.c.**, 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 nel quale il dipendente è addetto o era addetto al momento della cessazione del rapporto”.*

La giurisprudenza identifica tale ufficio con quello, cui il pubblico dipendente risulta non provvisoriamente ma “stabilmente ed organicamente

assegnato” (**Tribunale di Agrigento ordinanza 27/09/2006 – Trib. di Roma 11.12.2003, Trib. di ROMA 20.3.2001**).

La giurisprudenza della **Suprema Corte (ex plurimis Cassazione 22/02/2010 n. 4172 – doc. n. 27)** è costante nel ritenere che il giudice competente sia quello dove ha sede l’istituzione scolastica di servizio nel momento in cui si sia verificato il fatto oggetto del ricorso. Nel caso di specie, il giudice del lavoro territorialmente competente è, pertanto, il **Tribunale di MILANO**, poiché nel momento in cui il fatto si è verificato, cioè quando la ricorrente ha prestato servizio presso l’ISTITUTO Comprensivo di Rozzano, il cui circondario ricade sotto l’egida della competenza territoriale del **Tribunale di MILANO**.

MERITO

Come dedotto in premessa, la formulazione dell’art. 15, comma 3, del Bando di concorso D.D.G. n. 1259 del 23/11/2017 (GU n. 90 del 24.11.2017) appare assai lacunosa, e di dubbia interpretazione, come dimostra la decisione dell’amministrazione scolastica di non far valere le precedenze di cui agli artt. 21 e 33 co. 5 della legge 104/1992 nella fase di assegnazione dei nuovi dirigenti scolastici vincitori di concorso alle regioni.

Stando a siffatta inaccettabile ed avversata interpretazione, è soltanto all’esito di codesta preliminare fase di assegnazione, che sarebbe fatto obbligo agli Uffici Scolastici Regionali competenti di assegnare le sedi scolastiche ai candidati in pedissequa applicazione dei diritti di precedenza stabiliti dalla cit. legge 104/1992, ma tale esegesi conduce inevitabilmente a conclusioni che appaiono tutte egualmente paradossali, lesive di valori e diritti costituzionali e soprattutto *contra legem*; infatti, delle due l’una: o si

accetta l'idea di escludere dall'esercizio dei diritti di cui alla legge 104/1992 quella fetta consistente di vincitori di concorso (per sventura) assegnati ad altra regione - con conseguente grave ed inammissibile disparità di trattamento, in sede concorsuale, tra candidati e candidati nell'applicazione della legge 104/1992.

Nè d'altronde la ricorrente potrebbe validamente ovviare all'avversata sistemazione confidando in una soluzione fisiologica e celere della vicenda, ovverosia affidandosi al sistema della mobilità territoriale e dunque nella possibilità di un riavvicinamento a breve, *de plano*, mediante trasferimento futuro; come noto, infatti, ogni incarico dirigenziale (salvo il caso di decesso o revoca) ha una durata minima di tre anni (da tre a cinque), come chiaramente stabilito dalle disposizioni di legge e regolamentari vigenti (art. 29 TUP e DM 138/2017).

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 di concorso pubblicato sulla G.U. del 24.11.2017 nella parte in cui prevede che l'applicazione dei benefici della L.104/1992 possa avvenire solo in un momento successivo di "assegnazione alla sede di servizio", e cioè quando il competente USR della Regione di assegnazione individui l'istituzione scolastica (in tal senso cfr. Tribunale Napoli Nord - sez. Lavoro - ordinanza del 25.09.2019 - doc. n. 25)

In mancanza di provvedimento giudiziale favorevole, la Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna sarebbe dunque costretta a permanere in servizio nella Regione di iniziale assegnazione (**LOMBARDIA**) per un periodo almeno pari a tre anni (durata minima dell'incarico dirigenziale

previsto dall'art. 29 TUPI e dal regolamento di cui al D.M. n. 138/2017), il che renderebbe devastante ed irrimediabile la 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).

Non solo. Duole dover ricordare anche che una volta incardinata definitivamente nei ruoli della Regione LOMBARDIA il suo diritto ex art. 33 comma 5 della legge 104/1992 non avrebbe più neppure la possibilità di una successiva reviviscenza, atteso che una volta decorso il termine apposto all'incarico de quo in quel di MILANO (da tre a cinque anni), ogni speranza di riavvicinamento a casa della ricorrente passerebbe comunque per l'insindacabile e **DISCREZIONALE** decisione del dirigente dell'Ufficio Scolastico Regionale di provenienza (**dunque il LOMBARDIA**), nell'ambito di una *mobilità interregionale* che risulta peraltro assai problematica ed asfittica, siccome limitata al 30% complessivo dei posti vacanti annualmente (v. art. 9 comma 4 del CCNL area V del 15/07/2010 come modificato dall'art. 53 del nuovo Contratto 2016/18). Ciò fermo e sotto distinto profilo, mette conto anche sgomberare il campo da possibili fraintendimenti su portata e rilevanza dell'elemento meritocratico nella scelta inopinatamente assunta dall'amministrazione scolastica in tutta questa vicenda.

Peraltro, in una recentissima sentenza il Tribunale di URBINO, ha statuito che : " *Infatti, il vincolo di permanenza serve a garantire una esigenza di stabilità di carattere generale comportando in situazioni ordinarie l'obbligo di permanenza del dirigente presso il medesimo ente scolastico per un determinato periodo di tempo; tale astratta necessità non può tuttavia prevalere su esigenze concrete di cura e assistenza del disabile che il legislatore ha inteso tutelare mediante l'art. 33, comma 5 della legge*

104 del 1992, garantendo alle persone affette da condizioni di grave disabilità il diritto ad essere assistite, ove possibile, da un familiare". (Trib. di URBINO sent. N. 59/2023 del 24.08.2023 – doc . n.19).

Premesso che qui è in questione non già la sottrazione di posti agli aventi diritto bensì un diritto di precedenza nella scelta di sede tra quelle disponibili per gli aventi diritto, posto a difesa di valori costituzionalmente presidiati, costituisce dato pacifico che in molte regioni le disponibilità di posti siano risultate, in proporzione, di gran lunga maggiori rispetto a quelle registratesi in altre e/o che alcune regioni siano risultate assai meno **“appetibili”** di altre, tenuto conto di estrazione e provenienza dei candidati vincitori.

Tutto ciò ha fatto sì che in quelle regioni con maggiori disponibilità di posti e scarsa appetibilità (regioni del nord) un candidato ivi residente abbia avuto molte più chance di non esser sradicato dal proprio territorio e, per l'effetto di poter far poi concretamente valere il proprio diritto di precedenza *ex lege* 104/1992 mediante incarico presso scuola situata nel Comune di residenza proprio o dell'assistito (a seconda del suo status).

In altri termini, l'elemento della **casualità** è entrato in materia preponderante nella regolamentazione delle assegnazioni dei candidati DS ai ruoli regionali e di conseguenza anche nella possibilità di esercizio di diritti previsti dalla legge - come appunto quelli alla precedenza nell'assegnazione di sede previsto espressamente dalla legge 104/1992 sia per i lavoratori portatori di handicap (art. 21) che per il personale che presta assistenza in via esclusiva a familiare con handicap grave (art. 33 commi 5 e 7) - tanto da vanificare in partenza qualsivoglia velleitario tentativo e/o pretesa di giustificare la scelta

effettuata con l'obbligo/dovere di dare, con siffatte scelte, piena applicazione del criterio meritocratico.

In ogni caso, negare il concreto esercizio delle precedenze ex legge 104/1992 ad una buona parte dei candidati vincitori senza che a ciò corrispondano superiori e motivate esigenze organizzative di segno contrario - come appunto nel caso di specie - costituisce una palese ed inammissibile forma di discriminazione che non può accettarsi in alcun modo.

Sotto tale ultimo profilo, basti qui considerare che la precedenza nella scelta di sede tra quelle disponibili, operata da chi risulta già vincitore di concorso e deve assistere in via esclusiva un familiare affetto da handicap grave, è circostanza già di per sé del tutto neutra per la PA, la quale non ha alcun reale interesse contrario a che la ricorrente operi in Monteforte Irpino (CAMPANIA), piuttosto che in Rozzano (LOMBARDIA).

L'interesse contrario è semmai degli altri candidati eventualmente coinvolti ma appare fin troppo evidente allora che ci troviamo al di fuori dei presupposti che per consolidata giurisprudenza legittimano il sacrificio del diritto di cui all'art. 33 c. 5 della L. 104/92.

Il tutto senza alcuna plausibile ragione né tanto meno alcuna motivazione in ordine al sacrificio che tali scelte inopinate hanno imposto all'esercizio del diritto di scelta in commento. Peraltro, come chiarito da recentissima giurisprudenza: *“Alla luce della Carta citata, cui l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito il valore giuridico dei trattati ed alla quale anche in precedenza è stato riconosciuto carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti Europei (Corte costituzionale, sentenze n. 135 del 2002, n. 393 e n. 394 del 2006) avente, quindi, come tale valore di ausilio interpretativo (Corte Cost. sentenze n. 349 del 2007, n. 251 del*

2008, in tal senso Cass. n. 15873/2012), ed anzi portata obbligatoria anche per il periodo precedente il Trattato di Lisbona, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, deve ritenersi affetto da nullità il bando di concorso nel prevedere che la tutela per i disabili nell'assegnazione della sede sarebbe stata applicata solo dopo l'assegnazione dei vincitori del concorso alle Regioni.” (Trib. PALERMO – sez. lavoro – sent. del 4.06.2020 – Doc. 23)

Aggiungasi, infine, che per l'a.s. 2023/2024, numerose sedi scolastiche senza titolare in CAMPANIA sono state affidate in reggenza a dirigenti scolastici titolari in altri istituti. Il tutto in palese contraddizione con gli obiettivi che il legislatore e la stessa amministrazione si erano prefissi: superare la lunga e tormentata fase delle reggenze - ovverosia di incarichi temporanei che i dirigenti sono tenuti ad accettare in altra scuola contemporaneamente a quello che già ricoprono in qualità di titolari - onde assicurare un (assai) miglior servizio organizzativo rispetto a quello suscettibile di essere reso dai collaboratori (più o meno validi) di cui il reggente deve pur sempre inevitabilmente circondarsi per poter assicurare la conduzione di una scuola. Oltretutto, molte delle suddette sedi scolastiche in CAMPANIA destinate a reggenze non sono affatto sottodimensionate, di guisa che la scelta dell'amministrazione di sovraccaricare di lavoro dirigenti già titolari in altre scuole, piuttosto che trovare adeguata sistemazione a chi, come la ricorrente, deve assistere quale referente unico un familiare con handicap grave, appare ancor più inopinata e comunque illegittima, siccome lesiva di interessi costituzionalmente protetti in mancanza di valide esigenze organizzative di segno contrario.

VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA

Appare dunque palesemente violato il *principio di uguaglianza* ed il più generale *principio di ragionevolezza* ex artt. 3 e 97 Cost. alla luce dei quali la Legge, nel perseguimento del prioritario obiettivo del buon andamento della Pubblica Amministrazione, deve in ogni caso regolare in maniera uguale situazioni uguali ed in maniera diversa situazioni diverse, con la conseguenza che la disparità di trattamento trova giustificazione solo ed unicamente nella diversità delle situazioni disciplinate.

Sotto distinto ed ulteriore profilo, va da sé che confinare l'esercizio del diritto di precedenza nella scelta di sede ex lege 104/1992 alla sola fase di assegnazione dei dirigenti alle scuole ricomprese nella regione precedentemente assegnata solo ed esclusivamente in base a punteggio e preferenze espresse anche dagli altri candidati vincitori, mortifichi del tutto ed irrimediabilmente la ratio di disposizioni – quelle in commento appunto – nate al solo fine di apprestare concreto aiuto alle famiglie con persone affette da handicap e dare effettiva attuazione a principi e valori costituzionalmente presidiati.

Le sedi scolastiche delle LOMBARDIA più vicine a Monteforte Irpino sono pur sempre scuole collocate a più di 1000 Km di distanza e questo rende impossibile anche il più estremo pendolarismo, con conseguente impossibilità per la ricorrente di apprestare quotidiana assistenza ai figli affetta da handicap grave.

L'art. 33, comma 5, della L. 5 febbraio 1992 n. 104 legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, nel testo originario, disponeva che *"Il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un 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 in altra sede". Detta norma è stata poi modificata dall'art. 19 della L. 8.3.2000 n. 53, in particolare con la soppressione dell'inciso *"con lui convivente"*. Nel contempo, l'art. 20 della stessa L. n. 53/2000 aveva previsto che *"Le disposizioni dell'articolo 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dall'articolo 19 della presente legge, si applicano (...) ai genitori ed ai familiari lavoratori, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assistono con continuità e in via esclusiva un parente o un affine entro il terzo grado portatore di handicap, ancorché non convivente"*.

Successivamente, però, l'art. 33 della L. n. 104/1992 è stato modificato dall'art. 24 della L. 4.II.2010 n. 183, il quale ha eliminato i requisiti della *"continuità ed esclusività"* dell'assistenza per fruire dei permessi mensili retribuiti, introducendo il principio del *"referente unico"* per ciascun disabile, ovvero del riconoscimento del permesso mensile retribuito a non più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità, fatta salva la possibilità per i genitori, anche adottivi, di fruirne alternativamente, per l'assistenza dello stesso figlio affetto da grave disabilità.

L'art. 24 della L. 183/2010, infine, ha espunto dalla formulazione dell'art. 33, comma 3, della L. 104/1992 quel requisito della *"convivenza"* già deprecato dalla giurisprudenza.

Il legislatore è poi intervenuto nuovamente nella materia dei permessi mensili retribuiti per l'assistenza a persone con disabilità grave, in sede di attuazione della delega di cui all'art. 23 Legge n. 183/2010 cit, poi attuata dal

D. Lgs. n. 119/2011 ed in particolare dall'art. 6 con cui si è disciplinata l'ipotesi del cumulo dei permessi mensili retribuiti in capo al dipendente che presti assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave.

Pertanto, nell'attuale formulazione, risultante anche dalle ulteriori modifiche introdotte dall'art. 6, co 1, lett. a), D. Lgs. 18 luglio 2011, n. 119), l'art. 33 L. 104/1992 così recita:

al comma 3: *"A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti";*

✓ *al comma 5: "Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede".*

In sostanza, per effetto delle sopravvenute modifiche legislative, il diritto all'assegnazione presso la sede più vicina al domicilio della persona da assistere viene ora riconosciuto al lavoratore che assiste una o più persone con handicap in situazione di gravità, anche nel caso in cui difettino i requisiti della "continuità" e della "esclusività" dell'assistenza ed a prescindere dalla convivenza con il familiare. Nel caso che ci occupa la ricorrente risiede i figli (disabili) nella stessa abitazione ed è l'unica ad occuparsene.

Ciò doverosamente premesso, nel caso di specie, la ricorrente presta assistenza in qualità di referente unico dei figli affetta da handicap grave, residente a Monteforte Irpino(AV), (doc. nn 7 e 9).

VALENZA E PORTATA DELLA LEGGE 104/1992 ED ILLEGITTIMITA' DELL'ART. 15 DEL BANDO DI CONCORSO

In più occasioni la Consulta ha avuto modo di ribadire che la L. 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».

Del resto una disposizione di natura secondaria non può violare la norma di rango primario e speciale della l.104/1992 che impone “ove possibile”, il rispetto della scelta prioritaria tra le sedi più vicine al proprio domicilio (In tal senso cfr. Trib. SIENA – sez. Lavoro – decreto del 4.09.2019 – doc. 26)

Il Ministero dunque **non valuta le precedenze ex L. n. 104 del 1992 in sede di assegnazione ai ruoli regionali**, ma solo nella successiva fase di scelta nell'ambito della regione di destinazione. Tale disposizione non rispetta le previsioni delle norme poste a tutela dei soggetti portatori di handicap (D.Lgs. n. 297 del 1994 D.Lgs. 16/04/1994, n. 297 art. 601, e L. 5 febbraio 1992, n. 104, artt. 21 e 23), norme imperative espressione di valori affermati e protetti dalla Costituzione (in tal senso cfr. Tribunale Torino, Sez. lavoro, Sent., 18/08/2020 – doc. 21).

E' stato anche chiarito dalla Consulta 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 la Corte anche con specifico riferimento all'art. 33, c. 5.”* (da 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 Cost. n. 213 del 2016; n. 158 del 2007 e n. 350 del 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 Cost. n. 213 del 2016; n. 138 del 2010**), ivi compresa appunto la comunità familiare.

Con specifico riferimento, poi, all'art. 33 comma 5 della Legge 104/'92, 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 (Trib. Di ROMA sent. N.6919/2022 del 3.08.2022 doc. n.28).

Ne consegue che il diritto di cui all'art. 33 co. 5 costituisce una effettiva forma di tutela del diritto alla salute. È 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, 18.07.1997 n. 246**).

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 del 22.03.2018, n. 7120**, ha ribadito che al dipendente va riconosciuto il diritto soggettivo al lavoro presso una sede prossima alla residenza del congiunto (genitori) 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, 7.6.2012 n. 9201**).

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, n. 24015/2017**). Ne consegue che le posizioni giuridiche soggettive in capo agli interessati, proprio per il loro fondamento costituzionale e di diritto sovranazionale, vanno individuate quali diritti soggettivi (e non interessi legittimi) ma richiedenti, di volta in volta, un bilanciamento necessario di interessi, con il relativo onere probatorio in capo al datore di lavoro (cfr. sull'onere probatorio **Corte di Cassazione, 18.2.2009 n. 3896**).

Come chiarito anche recentissimamente dalla **S.C. con ordinanza 6150 del 01.03.2019**, *“ferma la qualificazione come "diritto" della posizione soggettiva del lavoratore nella scelta della sede di lavoro più vicina al familiare da assistere, e in tal senso si esprime l'art. 33, comma 5 cit., non vi è dubbio che tale diritto non sia incondizionato (come reso evidente dall'inciso "ove possibile" contenuto nella norma) ma debba essere oggetto di un bilanciamento con altri diritti e interessi del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 41 Cost.; tale bilanciamento, come già statuito da questa*

Corte (Cass. n. 24015 del 2017; n. 25379 del 2016; n. 9201 del 2012), “dovrà valorizzare le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore col solo limite di esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte”.

La ricostruzione del quadro normativo nazionale e sovranazionale e dei principi giurisprudenziali sopra richiamati induce dunque a ritenere che nel necessario bilanciamento di interessi e di diritti del lavoratore e del datore di lavoro, aventi ciascuno copertura costituzionale, dovranno essere valorizzate le esigenze di assistenza e di cura del familiare disabile del lavoratore, occorrendo salvaguardare condizioni di vita accettabili per il contesto familiare in cui la persona con disabilità si trova inserita ed evitando riflessi pregiudizievoli dal trasferimento del congiunto ogni volta che le esigenze tecniche, organizzative e produttive non risultino effettive e comunque insuscettibili di essere diversamente soddisfatte (Corte di Cass., n. 25379/2016; Corte di Cass., n. 9201/2012).

Sempre con riferimento al suddetto specifico istituto, la Cassazione, ha avuto modo di chiarire anche che il diritto di precedenza non opera solo in fase di costituzione del rapporto, bensì anche nel corso dello stesso: *“In materia di assistenza ai portatori di handicap, l’art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, nel testo modificato dalla l. n. 53 del 2000 e dalla l. n. 183 del 2010, circa il diritto del lavoratore che assiste un disabile in situazione di gravità di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, va interpretato nel senso che tale diritto può essere esercitato, al ricorrere delle condizioni di legge, oltre che al momento dell’assunzione, anche nel corso del rapporto di lavoro, deponendo in tal*

senso il tenore letterale della norma, in coerenza con la funzione solidaristica della disciplina e con le esigenze di tutela e garanzia dei diritti del soggetto portatore di handicap previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva con l. n. 18 del 2009.” (Cass. civ. Sez. Lav., 01.03.2019, n. 6150). Quanto infine alla portata della richiamata disposizione anche la giurisprudenza di merito più autorevole ha chiarito che : “... tale norma di favore, benché non attribuisca un diritto assoluto, non può tuttavia essere pretermessa, ove si discuta della individuazione della sede di lavoro di un lavoratore che ne sia beneficiario, né consente che tale diritto sia sacrificato se non a fronte di rilevanti esigenze economiche, organizzative o produttive dell'impresa, che è onere del datore di lavoro allegare, prima, e provare, poi” (v. ex multis Tribunale Roma - Sez. Lav., 10.01.2019, n.III).

Tanto premesso, dunque, l'onere di dimostrare le cause tecniche organizzative e/o produttive ostative all'applicazione dell'art. 33 comma 5 in favore della Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna e/o l'insussistenza di posti vacanti nell'organico di diritto del personale dirigente Area V nei ruoli della Regione CAMPANIA è tutto a carico dell'amministrazione convenuta. Infatti “Deve trovare applicazione il fondamentale principio della vicinanza della prova secondo cui l'onere probatorio deve essere posto in capo al soggetto “più vicino” al fatto da provare, per il quale la prova risulta, appunto, più agevole.

Pertanto è l'azienda datrice di lavoro il soggetto che meglio di chiunque altro conosce le proprie esigenze organizzative e produttive e quindi può essere materialmente in grado di dimostrare che l'assegnazione dell'istante alla sede a lui più vicina non sia possibile. Diversamente opinando si finirebbe per gravare il lavoratore di una sorta

di prova diabolica che, di fatto, svuoterebbe di contenuto la tutela che la l. n. 104/1992 ha introdotto." Tribunale Pisa sez. lav., 26.06.2018.

Tale onere incombe dunque sull'amministrazione convenuta, la quale a tal fine dovrà dare conto anche dei motivi che hanno condotto la stessa alle seguenti scelte:

- avvenuta inspiegabile assenza di sedi dichiarate disponibili nella Regione CAMPANIA per le assunzioni di dirigenti scolastici usciti dal concorso 2017 in violazione di quanto stabilito con DM 138/2017 e con il bando di concorso D.D.G. MIUR n. 1259 del 23/11/2017 nonché in palese contraddizione con il numero di posti vacanti nella Regione CAMPANIA ufficialmente risultanti come residuati dalle operazioni di mobilità territoriale dei dirigenti scolastici per l'a.s. 2023/2024, con conseguente sottrazione di possibili sedi da destinare alla categoria cui appartiene l'odierna ricorrente (beneficiari art. 33 comma 5 legge 104/1992);
- avvenuto conferimento in reggenza per l'a.s. 2023/24 di numerose sedi scolastiche (vacanti) in tutta la Regione CAMPANIA, con conseguente sottrazione di possibili sedi da destinare alla categoria cui appartiene l'odierna ricorrente (beneficiari art. 33 comma 5 legge 104/1992);

Concludendo, dunque, non v'è chi non veda come la regolamentazione censurata, nell'escludere l'applicazione del beneficio in parola (precedenza nella scelta di sede) anche alla fase della assegnazione ai ruoli regionali, si traduca in una vulnerazione sostanziale e gravissima dell'esigenza di tutela della famiglia e delle persone affette da handicap grave e tutto questo senza

che operi in direzione opposta un qualche diverso e contrapposto motivo di carattere organizzativo e/o diritto costituzionalmente tutelato di controinteressati.

In ogni caso è del tutto evidente che non può neppure compararsi – tanta è la sproporzione - l'interesse di un dipendente qualsiasi ad essere adibito presso sede sita nella medesima regione in cui egli vive, rispetto a quello, costituzionalmente tutelato, di chi intende avvicinare la sede di lavoro a quella del familiare con handicap grave da assistere.

**SUSSISTENZA DEI REQUISITI LEGITTIMANTI
L'INVOCATA TUTELA D'URGENZA.**

Riguardo al *fumus boni juris* lo stesso è rappresentato da quanto fin qui esposto e comprovato a mezzo della produzione documentale riportata per cui la domanda appare di tutta evidenza fondata e meritevole di accoglimento anche alla luce della sopra richiamata giurisprudenza.

Ciò fermo e quanto invece al *Periculum in mora*, l'assegnazione del ricorrente presso la sede scolastica di Rozzano risulta in ogni caso assolutamente controindicata e lesiva.

Si rimarca ancora una volta il fatto che, come documentato, la ricorrente è referente unico dei figli portatore di handicap grave, residente a Monteforte Irpino e che quindi la sua assegnazione a Rozzano impedirebbe anche il più estremo pendolarismo, con conseguente impossibilità materiale per lei di continuare ad apprestare assistenza al familiare. Il Tribunale di Sondrio ha statuito, con decreto inaudita altera parte, che: “*Per quanto riguarda poi il periculum in mora, la prossima scadenza del periodo di congedo concesso al ricorrente e la distanza del luogo di lavoro rispetto al domicilio della persona da assistere induce*

a ritenere l'esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile al diritto del ricorrente da svolgersi mediante l'assistenza ai figli in situazione di disabilità"
(Trib. di Sondrio, decreto del 17.09.2021 – doc n. 32)

La distanza tra comune di residenza del disabile da assistere e sede scolastica assegnata supera infatti i **1000 Km** e questo rende umanamente impossibile per la ricorrente rientrare a Monteforte Irpino nel corso della settimana con conseguente irrimediabile ed immotivato pregiudizio del diritto costituzionale dei genitori disabili all'assistenza in qualità di portatori di handicap grave. Né d'altronde la ricorrente può validamente confidare in una soluzione fisiologica e celere della vicenda, ovverosia nel sistema della mobilità territoriale e dunque nella possibilità di un riavvicinamento a breve, *de plano*, mediante trasferimento futuro; come noto, infatti, ogni incarico dirigenziale (salvo il caso di decesso o revoca) ha una durata minima di tre anni (da tre a cinque), come chiaramente stabilito dalle disposizioni di legge e regolamentari vigenti (art. 29 TUIP e D.M. n. 138/2017).

Ciò fermo, il pregiudizio per la ricorrente, non potendosi far rivivere situazioni ormai definite o irrimediabilmente compromesse - quali si verrebbero a determinare a seguito dell'attuazione del provvedimento di assegnazione in quel di Rozzano non è riparabile, in quanto neppure risarcibile per equivalente.

**ISTANZA PER PROVVEDIMENTO INAUDITA ALTERA
PARTE EX ART. 669 SEXIES COMMA 2 C.P.C.**

Per quanto sopra argomentato appare, inoltre, necessario l'intervento di una preventiva misura cautelare da adottarsi *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 669 sexies comma 2 c.p.c., in quanto un eventuale provvedimento di

accoglimento che intervenisse dopo qualche anno dalla presa di servizio della ricorrente (che è stata assegnata a Rozzano) non potrebbe impedire, frattanto, il venir meno della continuità nell'assistenza della **Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna** in favore dei figli affetti da handicap grave, con conseguenze assolutamente pregiudizievoli per la salute ed il benessere dell'assistita, **non adeguatamente reintegrabili successivamente neppure per equivalenza.**

Per quanto sopra ampiamente esposto, la ricorrente, rappresentata, difesa e domiciliata come in atti,

CHIEDE

Voglia l'Ill.mo Giudice del Lavoro di MILANO *reiectionis adversis*, ai sensi degli artt. 414 e 700 c.p.c. Voglia accogliere le seguenti conclusioni

1) IN VIA CAUTELARE ED URGENTE, ANCHE INAUDITA ALTERA PARTE *Ravvisati i presupposti del fumus e del periculum in mora* ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze della P.A. ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d. lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost., **DISPORRE la IMMEDIATA SOSPENSIONE e DISAPPLICAZIONE** del provvedimento M.I. prot. N. MIAOO DRLO 23083 del 21/08/2023 (DOC. N. 8) ed decreto direttoriale MIAOODRLO R.D. 2830 DEL 24/08/23 dell'USR LOMBARDIA (doc.n. 11) di assegnazione della ricorrente ai ruoli dell'USR per la LOMBARDIA, con contestuale individuazione della sede della ricorrente per l'assunzione a

tempo indeterminato nel ruolo dell'amministrazione scolastica periferica della Regione LOMBARDIA a decorrere dal 1.09.2023, presso il ISTITUTO comprensivo di Rozzano, nonché infine di ogni altro atto o determinazione conseguenti e/o correlati, posti in essere in attuazione degli artt. 15 e ss. del bando D.D.G. M.I.U.R. n. 1259 del 23/11/2017 (GU n. 90 del 24.11.2017) e/o delle altre disposizioni di settore, con contestuale fissazione dell'udienza di comparizione e indicazione dei termini per la notificazione del ricorso e del decreto.

CONSEQUENTEMENTE e per l'effetto, **DISPORRE** per l'**IMMEDIATA ASSEGNAZIONE** della ricorrente, anche in **VIA PROVVISORIA**, presso un Istituto libero o dato in reggenza a Monteforte Irpino e/o nella stessa Provincia di AVELLINO o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nelle province vicine alla provincia di AVELLINO, tra quelle dichiarate disponibili dal M.I. per l'immissione in ruolo dei dirigenti vincitori di concorso a decorrere dal 1 settembre 2023, ovvero ancora presso altra sede scolastica sita a Monteforte Irpino o nella provincia di AVELLINO, risultante priva di dirigente scolastico titolare.

IN SUBORDINE, ove non è possibile l'**IMMEDIATA ASSEGNAZIONE** della ricorrente, presso un Istituto libero o dato in reggenza a Monteforte Irpino e/o nella stessa Provincia di AVELLINO o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nelle province della CAMPANIA, **ACCANTONARE**, per l'anno scolastico 2024/2025, con inizio dal 1.9.2024, un posto tra quelli che si renderanno liberi dal 1.9.2024, come da elenco (Cfr. doc.13, 33 e 34 – Elenco Reggenze).

ADOTTARE, comunque, i provvedimenti opportuni e più idonei a

consentire la tutela della posizione soggettiva della ricorrente.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore dichiaratosi antistatario.

NEL MERITO

Previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti, connessi e/o conseguenti

ACCERTARE e DICHIARARE che la Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna è referente unico che assiste i figli APOSTOLICO Christian e Andrea non ricoverati in istituti di cura e portatore di handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 33 comma 3 della legge 104/92, ai sensi dell'art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ossequio tanto ai principi costituzionali di uguaglianza e parità di trattamento da riservarsi a tutto il personale alle dipendenze della PA ex artt. 3 e 97 Cost. e 45 d. lgs 165/2001 quanto ai principi di tutela della Famiglia e del diritto alla salute ex artt. 2, 3, 29 e 32 Cost.,

ACCERTARE e DICHIARARE ILLEGITTIMO e/o ANNULLARE il provvedimento prot. N. MIAOO DRLO 23083 del 21/08/2023 (DOC. N. 8) ed decreto direttoriale MIAOODRLO R.D. 2830 DEL 24/08/23 dell'USR LOMBARDIA (doc.n. 11) di assegnazione della ricorrente ai ruoli dell'USR per la LOMBARDIA, con contestuale individuazione della sede della ricorrente per l'assunzione a tempo indeterminato nel ruolo dell'amministrazione scolastica periferica della Regione LOMBARDIA a decorrere dal 1.09.2023, del conseguente provvedimento di conferimento primo incarico presso l' Istituto comprensivo "Rozzano", nonché, infine, ogni altro atto o determinazione conseguenti e/o correlati, posti in essere in attuazione degli artt. 15 e ss. del bando D.D.G. MIUR n. 1259 del 23/11/2017

(GU n. 90 del 24.II.2017) e/o delle altre disposizioni di settore.

CONSEGUENTEMENTE e per l'effetto, **ACCERTARE** e **DICHIARARE** nulli/illegittimi/annullare/disapplicare i provvedimenti che risulteranno confliggenti con l'accertamento del diritto di scelta di sede della ricorrente ex art. 33 comma 5 della legge 104/1992 ed in ogni caso nella parte in cui non includono il nominativo del Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna tra i candidati vincitori di concorso assegnati al ruolo dell'amministrazione scolastica periferica regionale della CAMPANIA.

CONDANNARE l'amministrazione scolastica convenuta alla immediata e definitiva assegnazione della ricorrente Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna nel ruolo dirigenziale dell'amministrazione scolastica periferica nella Provincia di AVELLINO o, subordine, presso altra sede scolastica sita in CAMPANIA, o in una sede più vicina alla residenza della ricorrente.

CONDANNARE l'amministrazione scolastica convenuta al conferimento di incarico dirigenziale alla ricorrente presso un Istituto libero o dato in reggenza a Monteforte Irpino e/o nella stessa Provincia di AVELLINO o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione CAMPANIA, in una sede più vicina alla residenza della ricorrente, anche con decorrenza da questo anno scolastico 2023/2024 o in subordine dal prossimo anno scolastico 2023/2024.

IN SUBORDINE

ORDINARE, all'Amministrazione scolastica convenuta, ove non sia possibile l'**IMMEDIATA ASSEGNAZIONE** della ricorrente, presso un Istituto libero o dato in reggenza a Monteforte Irpino e/o nella stessa

Provincia di AVELLINO o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione CAMPANIA, **ACCANTONARE**, per l'anno scolastico 2023/2024, con inizio dal 1.9.2023, un posto tra quelli che si renderanno liberi dal 1.9.2024, come da elenco (Cfr. doc. 13, 33 e 34 – Elenco Reggenze).

ACCANTONARE, per l'anno scolastico 2024/2025, con inizio dal 1.9.2024, un posto tra quelli che si renderanno liberi dal 1.9.2024, come da elenco (Cfr. doc. 13, 33 e 34 – Elenco Reggenze).

CONDANNARE l'amministrazione scolastica convenuta al conferimento di incarico dirigenziale della ricorrente presso altra sede scolastica sita nella provincia di AVELLINO o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione CAMPANIA tra quelle dichiarate disponibili dal Ministero dell'Istruzione, anche con decorrenza da questo anno scolastico 2023/2023 o in subordine dal prossimo anno scolastico 2023/2024.

IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA

CONDANNARE l'amministrazione scolastica convenuta al conferimento di incarico dirigenziale alla ricorrente presso altra sede scolastica sita nella provincia di AVELLINO o, in subordine, presso altra sede scolastica sita nella regione CAMPANIA risultante priva di dirigente scolastico titolare, ancorché già affidata in reggenza, anche con decorrenza da questo anno scolastico 2023/2024 o in subordine dal prossimo anno scolastico 2023/2024.

ADOTTARE, comunque, i provvedimenti opportuni e più idonei a consentire la tutela della posizione soggettiva della ricorrente. Con vittoria di spese e competenze in favore del sottoscritto procuratore dichiaratosi

antistatario.

IN VIA ISTRUTTORIA SI CHIEDE

- a) **DISPORRE** per l'acquisizione del fascicolo personale della ricorrente;
- b) **DISPORRE** per la chiamata in causa degli eventuali controinteressati mediante notifica per pubblici proclami e nelle forme di cui all'art. 151 c.p.c.;
- c) **ORDINARE** al Ministero dell'Istruzione di esibire la documentazione comprovante tutte le assegnazioni avvenute nella Provincia di AVELLINO e nella Regione CAMPANIA, del personale dirigente neo assunti mediante concorso 2017 nonché per ciascuno di essi specificazione dell'eventuale sussistenza di titoli di preferenza previsti dal decreto del PdR 9.05.1994, n. 487;
- d) **ORDINARE** al Ministero dell'Istruzione di **ESIBIRE** la documentazione comprovante i pensionamenti dei dirigenti scolastici in servizio presso le sedi scolastiche della Provincia di AVELLINO e nella Regione CAMPANIA, avvenuti nell'a.s. 2022/2023 e quelli che faranno domanda nell'anno 2024 per essere collocati in pensione dal 1.9.2024.
- e) **ORDINARE** al Ministero dell'Istruzione di fornire i dati anagrafici (con particolare riferimento ai comuni di residenza) relativi a tutti i candidati vincitori del concorso *de quo*, al fine di verificare quanti di essi hanno dovuto trasferirsi in altra regione tenuto conto del punteggio vantato in graduatoria generale definitiva di merito;
- f) **ORDINARE** al Ministero dell'Istruzione di esibire l'elenco delle sedi dirigenziali effettivamente vacanti e disponibili nella Provincia di AVELLINO e nella Regione CAMPANIA per l'a.s. 2023/2024 e per l'a.s.

2023/2024.

Con riserva di modificare ed integrare i mezzi di prova in virtù della condotta processuale di controparte.

Si versano in atti i seguenti documenti:

1. Decreto MIUR n. 138/2017;
2. Bando concorso per dirigenti scolastici ex D.D.G. n. 1259 del 27/11/2017;
3. CCNL Personale Dirigente Area V quadriennio 2006/2009;
4. CCNL Area Istruzione e Ricerca 8 luglio 2019;
5. Graduatoria generale definitiva di merito rettificata del concorso per dirigenti scolastici (Decreto n. AOODPIT 998 del 14 agosto 2020);
6. Graduatoria allegata al Decreto n. AOODPIT 998 del 14 agosto 2020;
7. Verbale riconoscimento L. 104/92 Apostolico Andrea
8. prot. N. MIAOO DRLO 23083 del 21/08/2023
9. Verbale 104/92 Apostolico Christian.
10. richiesta permessi l.104/92.
11. decreto direttoriale MIAOODRLO R.D. 2830 DEL 24/08/23 dell'USR

LOMBARDIA

12. presa di servizio.
 13. Disponibilità per incarichi di reggenza DS in CAMPANIA A.S.
- 23/24.

14. Trib. CASTROVILLARI 23.02.2023
15. Trib. MILANO sent. del 14.03.2023 n. 827/2023

16. Stato di famiglia
17. Ord. cautelare Trib. MILANO sent. del 24.10.2022
18. Trib. Reggio Calabria del 22.09.2022.
19. Trib. URBINO sent. n.59-2023 del 24.08.2023
20. Tribunale di Reggio Calabria 4.II.2019 – Sez. Lavoro
21. Tribunale Torino, Sez. lavoro, Sent., 18/08/2020.
22. Tribunale Lecco, Sez. lavoro, Sent., 04/02/2020
23. Tribunale Palermo, Sez. lavoro, Sent., 04/06/2020
24. Tribunale Velletri, Sez. lavoro, Sent., 21/01/2020.
25. Ordinanza-n.-49741-2019-del-25.09.19. Tribunale di Napoli Nord.
26. Ordinanza n. 2304-del-4.09.19 del Tribunale di Siena.
27. Cass. civ., Sez. lavoro, Ord., 22/02/2010, n.4172.
28. Trib. ROMA n.6919-2023 del 3.08.2023
- 29 Trib. FERMO sent. 23-2023
30. Trib. Milano Sent. n. 2275-2020, pubb. il 19.01.2021.
- 31 Corte D'appello di Milano sent. 916-2021
- 32 Trib. di Sondio 17.09.2021
33. sedi reggenza del 24.08.2023
34. sedi reggenza del 6.09.2023

Ai sensi della Legge sul contributo unificato si dichiara che il valore della presente controversia di lavoro di impiego pubblico è indeterminato e, pertanto, si versa un c.u. pari ad € 259,00.

TRANI, 3.09.2023

Avv. Benedetto RONCHI

STUDIO LEGALE AVV. *BENEDETTO RONCHI*
Patrocinante in CASSAZIONE
Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia del Mare
Via San Gervasio, 61
Tel. e Fax 0883/767546
76125 TRANI

**ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE DELLE MODALITÀ
DELLA NOTIFICAZIONE NEI CONFRONTI DEI CONTRO
INTERESSATI E LITISCONSORTI (ART. 151 C.P.C.)**

Il sottoscritto avv. Benedetto RONCHI del Foro di TRANI, in qualità di Procuratore del **Prof.ssa CUCCINIELLO Marianna**, considerato l'elevato numero di possibili controinteressati, coincidente con tutti i candidati vincitori del concorso dirigenti scolastici 2017 bandito con D.D.G. MIUR n. 1259 del 23/11/2017 (GU n. 90 del 24.11.2017), che sono stati assegnati con primo incarico presso sedi scolastiche della provincia di AVELLINO e della Regione CAMPANIA a decorrere dall'anno scolastico 2023/2024, con conseguente potenziale interesse contrario di ciascuno, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio;
considerata altresì la difficoltà di provvedere alla notifica individuale del presente ricorso a ciascuno dei tanti (si pensi, a titolo esemplificativo, alla difficoltà di reperire gli indirizzi di residenza o di domicilio di tutti i controinteressati, non diffusi negli atti amministrativi impugnati in quanto coperti da riservatezza),

FORMULA ESPRESSA ISTANZA

affinché la S.V. voglia autorizzare la notificazione con modalità diverse da quelle stabilite dalla Legge, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., in alternativa alla tradizionale notifica per pubblici proclami mediante inserimento in G.U. e pertanto conclude affinché l'Ill.mo Tribunale adito

VOGLIA

autorizzare la notificazione del presente ricorso nei confronti di tutti i candidati vincitori del concorso dirigenti scolastici 2017 assegnati a sedi

scolastiche della provincia di AVELLINO e della Regione CAMPANIA a decorrere dall'anno scolastico 2023/2024, attraverso la pubblicazione sul sito web istituzionale del Ministero dell'Istruzione del suddetto atto ed in particolare mediante l'inserimento dei seguenti dati:

- a) Autorità Giudiziaria innanzi alla quale si procede, numero di registro del ricorso e data dell'udienza;
- b) nome della ricorrente ed indicazione delle Amministrazioni convenute;
- c) sunto dei motivi del ricorso;
- d) indicazione dei controinteressati individuati come "tutti i candidati vincitori del concorso dirigenti scolastici 2017 assegnati con primo incarico presso sedi scolastiche della provincia di AVELLINO e della Regione CAMPANIA a decorrere dall'anno scolastico 2023/2024 (con eventuale omissione dei nomi dei controinteressati a tutela della riservatezza).
- e) testo integrale del ricorso e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza.

TRANI, 3.04.2023

Avv. Benedetto RONCHI