



AVVOCATURA DISTRETTUALE DELLO STATO DI POTENZA

Cont. 1293/16

TRIBUNALE DI POTENZA

SEZIONE LAVORO

Comparsa di costituzione e risposta

p e r

il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (C.F. 80255230585), in persona del Ministro in carica, per l'Ufficio Scolastico Regionale per la Basilicata (C.F. 96013630767), in persona del legale rappresentante p.t. e per l'Ufficio Scolastico Regionale per la Basilicata – Ambito Territoriale di Potenza (C.F. 80003310762), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Potenza, presso i cui uffici in Potenza al Corso XVIII Agosto n. 46 *ope legis* domiciliario (C.F. 80008800767 – Fax 0971/411616 – Casella Pec: potenza@mailcert.avvocaturastato.it),

c o n t r o

Calice Savina, come in atti rappresentata e difesa

ooooooo

Con “ricorso ex art. 414 c.p.c. con istanza ex art. 700 c.p.c.”, notificato il 28 luglio 2016, la ricorrente ha chiesto, “*previa fissazione dell’udienza di discussione ed emanazione dei provvedimenti di cui all’art. 415 c.p.c. nonché previa emanazione dei provvedimenti cautelari ritenuti più idonei a tutelare la posizione giuridica della ricorrente, anche mediante la disapplicazione di ogni ostativo atto amministrativo illegittimo, sia presupposto che connessi e consequenziale....(di) a) accertare e dichiarare che il Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, ritenuto superato il vincolo quinquennale per effetto del servizio prestato a tempo*



determinato pre-ruolo, è tenuto ad emanare tutti gli atti necessari a consentire alla ricorrente di partecipare alle procedure di mobilità per il trasferimento su posto comune: b) condannare l'amministrazione resistente a porre in essere tutti gli adempimenti necessari alla tutela della posizione giuridica della ricorrente. Con vittoria di spese, competenze ed onorari del giudizio".

In sintesi, la ricorrente chiede che sia: 1) accertato e dichiarato superato il vincolo quinquennale per effetto del servizio prestato a tempo determinato pre-ruolo così che possa partecipare alle procedure di mobilità per il trasferimento su posto comune; 2) condannata l'Amministrazione a porre in essere gli adempimenti necessari alla tutela giuridica della ricorrente.

Il ricorso inammissibile ed infondato alla stregua delle seguenti ragioni in

d i r i t t o

1. Inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad agire e per mancata notifica ai litisconsorti necessari.

La ricorrente ha ottenuto il trasferimento nell'ambito Lazio 0014 (provincia di Roma) sulla classe concorso EH Sostegno – Scuola secondaria di I grado. Per l'a.s. 2016/2017 la procedura di mobilità alla quale la ricorrente vorrebbe partecipare è stata già completata ed i posti disponibili per i trasferimenti sono stati già assegnati ai docenti che hanno presentato la domanda nei tempi previsti dalle norme vigenti.

Accogliere, oggi, la domanda della ricorrente sarebbe come ammettere un candidato ad una prova concorsuale dopo che è stata già pubblicata la graduatoria definitiva di merito, senza peraltro considerare in alcun modo la graduatoria.

Per l'Amministrazione sarebbe impossibile eseguire una eventuale pronuncia favorevole per la ricorrente ove si consideri che la mobilità si è svolta a livello nazionale, con la conseguenza che un eventuale provvedimento cautelare sarebbe tale da travolgere i



trasferimenti già effettuati in tutta Italia, mettendo seriamente a rischio l'avvio dell'anno scolastico e, come detto, senza che sia stato in alcun modo indicato dall'interessata se e a quale sede potrebbe aspirare.

Peraltro, la ricorrente ha proposto il ricorso allorché i termini per la presentazione della domanda di mobilità erano ampiamente decorsi.

Considerato quanto *ex adverso* prospettato con riguardo all'asserito *fumus*, va evidenziato che l'eventuale accoglimento del ricorso avrebbe dei riflessi nella sfera giuridica dei docenti che hanno concorso alla mobilità ex L. 107/2015 per il posto comune.

Difatti, un provvedimento d'urgenza favorevole per la ricorrente inciderebbe nella sfera giuridica di quei docenti che hanno partecipato alla procedura di mobilità e già ottenuto il trasferimento. Trasferimenti che verrebbero messi in discussione.

E' noto che la Suprema Corte, già con sentenza n. 14914/2008, ha affermato che, in materia di pubblico impiego privatizzato, sono contraddittori necessari i partecipanti (in quel caso a procedure concorsuali) nei cui confronti la decisione è destinata a produrre effetti immediati e diretti in ragione della comunanza della situazione giuridica, complessa ma unitaria e della domanda implicita di riformulazione della graduatoria.

In questo caso, l'accertamento giudiziale richiesto dalla ricorrente mira a conseguire un'utilità (trasferimento ed assegnazione di sede) che non può che svolgersi in contraddittorio con gli altri docenti coinvolti nei trasferimenti, peraltro già conseguiti, inseriti nelle varie graduatorie.

Appare evidente che il riconoscimento dell'asserito diritto in favore della ricorrente comporterebbe necessariamente, oltre allo stravolgimento delle graduatorie, la revoca delle assegnazioni delle sedi già disposte.



Peraltro, la ricorrente nulla dice in ordine agli effetti che l'eventuale riconoscimento dei cinque anni di servizio pre ruolo potrebbe produrre in concreto.

2. Insussistenza del fumus boni iuris - Sulle fasi di cui alla L. 107/2015.

E' opportuno chiarire la posizione della ricorrente come ricostruita dall'Amministrazione.

La ricorrente ha partecipato al piano assunzionale di cui alla L. 107/2015 in quanto inserita nelle GAE della provincia di Potenza. La stessa, in virtù del punteggio vantato, è riuscita a partecipare alla fase B del predetto piano ottenendo così un contratto a tempo indeterminato su posto di sostegno in provincia di Lucca. Poichè il MIUR ha consentito di differire l'immissione in ruolo all'1.7.2016, la ricorrente ha ottenuto un contratto di supplenza in provincia di Potenza sino al 30/6.

Lamenta la ricorrente che la previsione normativa, secondo cui la gestione delle fasi "B" e "C" si è svolta in maniera separata e non simultanea, avrebbe portato a risultati negativi nei suoi confronti. Al riguardo si evidenzia che le suddette fasi si sono svolte in maniera non simultanea per specifica disposizione normativa. Infatti, l'art. 1, comma 98, della legge 107/2015 ha previsto l'articolazione del piano straordinario di assunzioni in 4 fasi: 0, A, B e C da svolgersi in maniera consequenziale e non contemporanea.

Proprio per il fatto di aver partecipato alla fase B del piano, la ricorrente si è assicurata una immissione in ruolo, con decorrenza giuridica ed economica, a partire già dall'1/9/2015.

Diversamente i docenti assunti in fase "C" hanno maturato una nomina con decorrenza economica a partire dall'assunzione in servizio avvenuta tra la fine di novembre 2015 e il 1/12/2015. Né può ritenersi pregiudizievole o discriminatorio il fatto che alcuni docenti con posizione inferiore a quella della ricorrente si siano trovati ad insegnare sul potenziamento in questa provincia. Al



riguardo va evidenziato che scopo della legge 107/2015 era quello di stabilizzare i precari, assicurandogli un contratto a tempo indeterminato. Contratti sottoscritti prima dai docenti che vantavano un punteggio più alto nella graduatoria nazionale, e, solo, successivamente dai docenti collocati in posizione inferiore. Non può ravvisarsi alcuna illegittimità nel fatto che la ricorrente abbia ottenuto l'immissione in ruolo prima dei docenti assunti sul potenziamento, anche in considerazione del fatto che all'atto di attuazione della fase "B" l'organico del potenziamento non era stato ancora determinato. Il MIUR con circolare n. 0030549 del 21/09/2015 ha reso note le istruzioni per l'acquisizione del fabbisogno dell'organico di potenziamento stabilendo che: *"Le istituzioni scolastiche autonome si attiveranno nell'immediato per definire le proposte di fabbisogno per poi inserirle al Sidi, tramite l'apposita funzione che verrà messa a disposizione dal 1 al 15 ottobre 2015, individuando in ordine di preferenza tutti i campi di potenziamento corrispondenti alle aree previste dal comma 7 della legge citata"*. E', pertanto, evidente che solo dopo l'effettuazione della fase "B" è stato possibile ripartire i posti di potenziamento tra le due province e tra le differenti classi di concorso.

Risulta evidente il vantaggio di ottenere una immissione in ruolo già in fase "B".

2.1. Sul vincolo quinquennale del sostegno

La ricorrente lamenta che non potrà partecipare a pieno titolo al Piano di mobilità straordinaria su posto comune secondo quanto disposto dal comma 108 dell'art. 1 della L. 107/2015. Tale limite risiederebbe nella previsione normativa per cui l'insegnante di sostegno è assoggettato al vincolo di permanenza quinquennale sul ruolo del sostegno.

Ai sensi dell'art. 127, comma 2, del D.lgs. n. 297/1994 -: *"I docenti di sostegno fanno parte integrante dell'organico di circolo ed in esso assumono la titolarità. Essi, dopo cinque anni di appartenenza al*



ruolo dei docenti di sostegno, possono chiedere il trasferimento al ruolo comune, nel limite dei posti disponibili e vacanti delle dotazioni organiche derivanti dall'applicazione dei commi 5, 7 e 8 dell'articolo 133 del presente testo unico”.

Il vincolo quinquennale sul sostegno non è stato messo in discussione dalla legge n. 107/2015. Difatti, per la mobilità straordinaria prevista nel comma 108 della L. 107/2015 è stata prevista una deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia di immissione in ruolo: nessuna deroga è stata prevista per il vincolo quinquennale sul sostegno. Così come il predetto vincolo quinquennale non è stato oggetto di contrattazione negli incontri tra sindacati e MIUR per la definizione del CCNI sulla mobilità 2016/17.

L’obbligo di permanenza sul ruolo del sostegno per almeno 5 anni, lungi dall’essere discriminatorio, trova il suo fondamento nelle caratteristiche peculiari sia dell’insegnamento di cui trattasi sia per l’utenza cui è rivolto. L’insegnante di sostegno, specializzato nella didattica per l’inclusione di alunni diversamente abili, ha il compito di attuare forme di inclusione a favore degli alunni con disabilità e realizzare interventi individualizzati in relazione alle esigenze dei singoli alunni. Non a caso i docenti di sostegno devono essere in possesso di apposita abilitazione, nonché di particolare preparazione, esperienza e dedizione.

Il 10.6.2014 è stata presentata una proposta di legge volto a migliorare la qualità dell’inclusione scolastica degli alunni con disabilità e con altri bisogni educativi speciali in cui si è evidenziato che *“negli ultimi anni le famiglie degli alunni con disabilità hanno anche cominciato a ottenere pronunce giudiziali circa l’eccessivo numero di alunni nelle classi frequentate dai loro figli, perché ciò, unitamente all’eccessivo numero di alunni con disabilità presenti nella stessa classe”.*

La sentenza n. 80 del 2010 della Corte costituzionale ha ribadito il principio per cui il diritto all’inclusione scolastica,



costituzionalmente garantito, non può essere affievolito o limitato a causa di problemi di bilancio.

Inoltre, al fine di tutelare la continuità didattica, è stato proposto l'innalzamento l'obbligo di permanenza nel posto di sostegno da cinque anni a 10 anni. Proprio in considerazione dell'importanza dell'insegnamento in questione.

A pag. 5 del ricorso la ricorrente afferma che, ai sensi dei DD.MM. MIUR n. 356/2014, punto A2 e n. 470/2015, punto A16, dovrebbe soggiacere al vincolo quinquennale di permanenza sul sostegno. Al riguardo si evidenzia che il D.M. n. 356 del 23/3/2014 non ha nulla a che vedere con la questione sottoposta alla cognizione dell'adito Tribunale attenendo, invece, al reclutamento dei candidati inseriti a pieno titolo nelle graduatorie di merito del concorso bandito con D. D.G. n. 82/2012. Né esiste nel D.M. n. 356/2014 un punto A22 richiamato dalla ricorrente a sostegno della propria tesi.

Per quanto concerne, invece, il D.M. n. 470/2015, si evidenzia che il punto A16 dell'allegato A, richiamato dalla ricorrente, riguarda le istruzioni operative alle nomine in ruolo ai sensi dell'art. 39, comma 3, della L. 27/12/97 n. 449 per effetto delle cessazioni del personale docente (turn over). Del resto i suddetti D.D.M.M. sono stati emanati ben prima della pubblicazione della L. 107/2015.

Le richiamate disposizioni non sono pertinenti al caso di specie ed il richiesto provvedimento giurisdizionale non potrebbe fondarsi sulle predette norme.

La disposizione normativa che impone il vincolo quinquennale è da rinvenirsi nell'art. 127 comma 2 del D.Lgs. n. 297/94. Tale disposizione di legge è tuttora vigente.

Come detto, nessuna deroga è stata disposta dalla L. n. 107/2015 in ordine al vincolo quinquennale sul ruolo del sostegno prima di poter chiedere il trasferimento su posto comune.

A pag. 10 del ricorso si afferma: *“Né vale argomentare che il vincolo di sostegno discende da specifiche norme di legge, le quali non*



distinguono tra le due tipologie di lavoro(..)”. Tale assunto non è corretto, difatti il citato art. 127 comma 2 del D.Lgs. 297/94 riguarda espressamente i docenti di sostegno (*“dopo cinque anni di appartenenza al RUOLO dei docenti di sostegno, possono chiedere il trasferimento al ruolo comune”*). La norma è chiara nel prevedere che la permanenza quinquennale debba sussistere sul ruolo (e non anche sul pre-ruolo).

3. Insussistenza del periculum in mora.

La ricorrente afferma che *“Il pregiudizio grave e irreparabile sta nella ristrettezza dei tempi, considerato che è in corso con la mobilità de qua il cosiddetto piano straordinario di assunzioni previsto dall’art. 1, comma 108, della Legge 107 del 2015 per l’anno scolastico 2016/2017. Occorre dunque che si ponga rimedio alla stortura del sistema prima del sistema della mobilità prima che siano portate a termine le procedure relative...”*. Ebbene, come detto, le procedure relative alla mobilità non sono più in corso essendo le stesse già state effettuate e sarebbe impossibile eseguire un provvedimento di urgenza volto ad ottenere il riconoscimento degli anni di servizio pre-ruolo al fine di poter partecipare alla mobilità per l’a.s. 2016/2017, così come richiesto dalla ricorrente.

E’ noto che la tutela cautelare richiesta dalla ricorrente può essere garantita soltanto in presenza di un diritto verosimilmente fondato e di un pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile, tale da non consentire di attendere il tempo occorrente per ottenere tutela in via ordinaria.

Dottrina e giurisprudenza, da tempo, concordano sulla necessità di restituire al provvedimento d’urgenza la sua naturale funzione che è quella di valutare le sole situazioni limite che vedrebbero minacciato, dai tempi della procedura in via ordinaria, il diritto presumibilmente leso.

In tale prospettiva, volta a valorizzare il profilo proprio della tutela cautelare (l’urgenza della domanda e la conseguente rapidità



del procedimento), la valutazione sulla sussistenza del *periculum in mora* assume valenza prioritaria ed esige un apprezzamento puntuale, preciso e contingente, con la conseguenza che la riscontrata assenza del *periculum* esime il Giudicante dall'indagine sull'eventuale fondatezza del diritto azionato.

E' altresì noto che, per giurisprudenza univoca e consolidata, il *periculum in mora* non può ritenersi sussistente in *re ipsa*, ma deve fondarsi su elementi concreti che la ricorrente ha l'onere di allegare e dimostrare.

Appare evidente che le generiche e non circostanziate affermazioni della ricorrente non siano affatto sufficienti a giustificare l'emissione di un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.-

Infatti, è noto che per poter fondatamente accedere alla invocata tutela cautelare la parte ricorrente è tenuta a provare l'esistenza di fatti e circostanze (urgenti, improcrastinabili e irreparabili per equivalente) ulteriori rispetto alle normali conseguenze derivanti da un mero trasferimento per motivi di lavoro.

Infatti, come rilevato, ad esempio, dal Tribunale di Roma – Sezione Lavoro – con l'ordinanza del 26.8.2002, e a seguito di reclamo su analoga vicenda, nella quale il lavoratore aveva, peraltro, addotto anche motivi di salute (in questo caso assenti) che richiedevano specifiche cure mediche. Si legge in tale ordinanza: “(..) occorre osservare che le circostanze allegate dalla ricorrente a giustificazione dell'esistenza di un grave pregiudizio, non possono ritenersi sufficienti ad integrare il requisito del *periculum in mora* mancando integralmente la prospettazione di un pregiudizio concretamente irrimediabile ed irreparabile.

La ricorrente, infatti, ha giustificato il ricorso alla procedura d'urgenza deducendo di essere residente a Roma fin dalla nascita in appartamento di proprietà, acquistato di recente, di occuparsi dei genitori entrambi residenti a Roma e di avere relazioni affettive e di amicizia stabilmente incardinate a Roma.



La prospettazione delle suddette circostanze non integra sicuramente la sussistenza di un periculum in mora in quanto attiene a normali situazioni esistenziali tipiche ed afferenti ad ogni lavoratore stabilmente impiegato.

In sostanza nessuna delle circostanze dedotte dalla ricorrente è suscettibile di determinare un grave ed irreparabile pregiudizio nell'attesa della definizione del giudizio di merito, ma esclusivamente di creare una situazione di disagio organizzativo connessa ad ogni ipotesi di trasferimento.

La ricorrente ha, altresì, allegato certificazione medica indicante uno stato patologico determinante la necessità di cure periodiche, senza, peraltro, specificare la tipologia e la durata delle suddette terapie, di tal ch , nessun elemento pu  trarsi a sostegno della giustificazione del dedotto pericolo di un danno grave e soprattutto irreparabile, non essendo dimostrato che la ricorrente debba necessariamente effettuare la terapia in Roma e nell'immediatezza.

La insussistenza del periculum in mora esclude la necessit  di ogni valutazione in merito alla presenza di un fumus circa la fondatezza del diritto prospettato dalla ricorrente" (doc. n. 1).

Come si vede, la giurisprudenza esclude, ai fini del pregiudizio grave e irreparabile, la generica denuncia di un disagio organizzativo ritenendo necessario provare un "vulnus" alla vita familiare e di relazione. Al riguardo la ricorrente non ha allegato alcunch .

Del resto, innumerevoli sono i lavoratori che, pur di ottenere un contratto di lavoro, hanno dovuto lasciare la propria terra e spesso il proprio Paese di origine e che, astrattamente, potrebbero rivendicare una lesione delle loro aspettative.

Come in prosieguo argomentato, le procedure relative alla mobilit  sono gi  state espletate a livello nazionale e in forma centralizzata dal MIUR, con gli effetti in capo alla ricorrente, di cui sopra.



La *ratio* della legge n. 107 del 2015, come detto, è quella di ridurre il fenomeno della precarizzazione dei docenti (scopo raggiunto visto che la ricorrente dal settembre 2015 è stata stabilizzata) e non anche quello di concludere i contratti a tempo indeterminato nelle sedi di preferenza dei singoli aspiranti.

La partecipazione da parte della ricorrente al piano straordinario assunzionale è avvenuta a domanda e non d'Ufficio.

La docente, già al momento della presentazione della domanda, era consapevole che, se conseguita una nomina su posto di sostegno, sarebbe stata vincolata per cinque anni al predetto insegnamento. La ricorrente era altresì a conoscenza del fatto che avrebbe potuto ottenere un incarico a tempo indeterminato in altra regione, oltre che su posto di sostegno. Ciononostante ha partecipato alla procedura. Evidentemente il rischio di dover svolgere la propria attività lavorativa su posto di sostegno e fuori provincia non costituiva un pregiudizio grave e irreparabile, ma tutt'al più un disagio non meritevole della tutela prevista dall'art. 700 cpc.

Né può assumere rilievo quanto asserito in ordine alla circostanza che la procedura di mobilità e il concorso dei docenti appena avviato copriranno i pochi posti rimasti a disposizione vanificando le legittime aspirazioni del rientro a casa. Al riguardo va evidenziato che il diritto della ricorrente era quello di ottenere un contratto a tempo indeterminato, diritto pienamente soddisfatto. Inoltre ad oggi, non è possibile escludere, nemmeno in via ipotetica, che la ricorrente non possa avvalersi delle procedure di mobilità per il rientro in sede. Difatti il MIUR, in deroga al vincolo di permanenza triennale nella provincia di immissione in ruolo, con il CCNI dell'8/4/2016 ha conferito la possibilità anche ai neo immessi in ruolo di chiedere il trasferimento in altra provincia.

Pertanto la ricorrente ha avuto la possibilità di partecipare alle operazioni di mobilità su posto di sostegno per l'a.s. 2016/2017.



Il C.C.N.I. concernente la mobilità del personale docente, educativo ed ATA per l'a.s. 2016/2017, sottoscritto l'8/4/2016 nell'Allegato 1 al paragrafo "effettuazione della fase C" prevede: *"Partecipa a questa fase il personale docente immesso in ruolo nelle fasi B e C del piano straordinario di assunzioni 15/16 da Graduatorie ad Esaurimento, detto personale partecipa alle operazioni per tutti gli ambiti nazionali (...)"*

Per ciascuna delle operazioni l'ordine di graduatoria degli aspiranti è determinato, per ciascuna preferenza, sulla base degli elementi di cui alla tabella di valutazione dei titoli allegata al presente contratto. L'ordine in cui vengono esaminate le richieste è dato dal più alto punteggio. A parità di punteggio e precedenza, la posizione in graduatoria è determinata dalla maggiore anzianità anagrafica. (...)

I docenti che non dovessero presentare domanda saranno trasferiti d'ufficio con punti 0 e verranno trattati a partire dalla provincia di nomina".

Non solo, nel CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie del 15 giugno 2016, art. 7, è stata prevista, in deroga al vincolo triennale, la possibilità di presentare domanda di assegnazione provvisoria a tutti i docenti, compresi gli immessi in ruolo ex lege 107/2015.

Pertanto, non vi è alcuna certezza, né parte ricorrente lo ha provato, che se avesse partecipato alla mobilità su posto comune avrebbe ottenuto un trasferimento in provincia di Potenza scongiurando così il lamentato *periculum in mora*.

P. T. M.

Si chiede che il ricorso sia dichiarato inammissibile e sia in ogni caso rigettato previo rigetto delle richieste cautelari.

Spese vinte.

Si deposita:

- ordinanza del Tribunale di Roma ex art. 669 terdecies c.p.c. depositata in data 26.8.2002.



Potenza, 19 agosto 2016

Domenico Mutino
Avvocato dello Stato

