

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA

Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia
Ambito Territoriale di Milano- Ufficio Contenzioso Civile
Tel. 02.92891520 – Fax 02.92891583
Via Soderini, 24 – 20146 Milano

RG. 13513/16

Udienza cautelare del 24/01/2017

Giudice : Dott.ssa Chiara COLOSIMO

TRIBUNALE DI MILANO

Sezione lavoro

MEMORIA DIFENSIVA su ricorso ex art. 414 cpc

Con **DOMANDA CAUTELARE** ex art. 700 cpc

Il **MINISTRO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA** in persona del Ministro pro tempore, l'**Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia** in persona del Direttore in carica, rappresentati e difesi, ai sensi dell'art. 417 bis, comma 1 c.p.c., come introdotto dall'art. 42, D.Lgs 31 marzo 1998, n°80 e succ. modif. dalla Dr.ssa –Avv. Emanuela Romano (C.F. RMNMLL73B45F537M), Funzionario in servizio presso lo stesso Ambito territoriale, legalmente domiciliati presso l'Ufficio per la gestione del contenzioso del lavoro di cui all'art. 12 bis, D. Lgs 3 febbraio 1993, n°29 come introdotto dall'art. 7, D.Lgs 31 marzo 1998, n°80, -in Milano, Via Soderini, 24, Pec: uspmi@postacert.istruzione.it

Resistente

contro

OGNISSANTI FRANCESCA (GNSFNC59E60L951M), nata a Villafrati (PA) il 20.05.1959 e residente a Palermo, rappresentata e difesa sia congiuntamente che disgiuntamente dall'**Avv. Francesco Leone**, dall'**Avv. Simona Fell** e dall'**Avv. Maria Saia** ed elettivamente domiciliata presso il loro studio, in Palermo, Via della Libertà, 62 (francescoleone@pec.it)

Ricorrente

Premesso e ritenuto impugnativamente l'atto introduttivo della presente fase cautelare, nota al

Giudicante, la resistente Amministrazione, contesta, in fatto e in diritto, quanto *ex adverso* dedotto nel ricorso introduttivo del presente giudizio, eccependone l'infondatezza dello stesso per i seguenti motivi.

* * *

Con ricorso proposto contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, l'Ufficio Scolastico regionale per la Lombardia, l'USR ambito provincia di Milano OGNISSANTI FRANCESCA, premessi i fatti di cui al ricorso stesso, chiede all'intestato Tribunale che si pronunci in via cautelare per:

1. Previa disapplicazione dei provvedimenti amministrativi relativi ai trasferimenti del personale docente di ruolo a.s. 2016/17, e ogni altro provvedimento lesivo della posizione giuridica soggettiva di parte ricorrente, ordinare alla Amministrazioni resistenti, di provvedere all'immediato trasferimento di parte ricorrente presso una scuola primaria sita nel Comune di Palermo o in subordine, presso un altro ambito afferente alla Provincia di Palermo o, in via ulteriormente gradata, presso qualunque altro ambito della regione Sicilia, secondo l'ordine di preferenza indicato nella domanda di mobilità per l'a.s.2016/2017;

Nel merito:

2. Ritenere e dichiarare nulli/annullabili/inefficaci e/o comunque disapplicare i provvedimenti amministrativi relativi ai trasferimenti del personale docente di ruolo a.s. 2016/17, e ogni altro provvedimento lesivo della posizione giuridica soggettiva di parte ricorrente; per l'effetto ordinare alla Amministrazioni resistenti, di provvedere all'immediato trasferimento di parte ricorrente presso una scuola primaria sita nel Comune di Palermo o in subordine, presso un altro ambito afferente alla Provincia di Palermo o, in via ulteriormente gradata, presso qualunque altro ambito della regione Sicilia, secondo l'ordine di preferenza indicato nella domanda di mobilità per l'a.s.2016/2017;
3. Ritenere e dichiarare il diritto della ricorrente alla attribuzione al periodo di pre ruolo del medesimo punteggio riconosciuto al servizio di ruolo e per l'effetto condannare l'Amministrazione resistente a modificare il punteggio in 117 punti a fronte dei 69 attuali;
4. Ritenere e dichiarare il diritto del riconoscimento del servizio pre ruolo ai fini economici condannando l'Amministrazione a corrispondere le relative differenze retributive
5. Condannare il MIUR alle spese e competenze di giudizio

Il Giudice ha fissato udienza cautelare per il 24 gennaio 2017, con invito a costituirsi il giorno precedente

Con il presente atto si costituisce in giudizio l'Amministrazione Scolastica scrivente, come in atti rappresentata, che impugna e contesta il ricorso di parte ricorrente.

INFONDATEZZA DEL RICORSO

Carenza del *fumus boni iuris*.

A. DISPARITA' DI TRATTAMENTO

La docente ricorrente è stata immessa in ruolo con decorrenza giuridica 01.09.2015 grazie alla L.107/2015 (cd. "buona scuola")

Ai sensi dell'art 6 CCNI 8 aprile 2016, ella ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale nell'ambito della cosiddetta fase C della mobilità, che veniva effettuata successivamente alla fase A (prevista per i docenti in esubero nella provincia di servizio) e alla fase B (prevista per i docenti immessi in ruolo entro l'a.s.2014/2015 e per l'assegnazione di sede definitiva degli assunti da concorso 2012 nelle fasi B e C)

Tale scelta del legislatore va inquadrata nel disegno complessivo della L.107/2015 il cui intento è quello di assorbire, nei limiti dei posti disponibili, il precariato consolidatosi nelle GAE in proporzioni relevantissime. Ciò ha consentito anche ai docenti che già erano assunti a tempo indeterminato di poter ottenere una deroga al vincolo triennale e poter accedere alle procedure di mobilità interprovinciale.

La ricorrente lamenta di non aver ottenuto il trasferimento nell'ambito da lei richiesto, invocando il fatto che docenti inseriti nelle GM degli idonei del concorso 2012 con punteggio inferiore al suo, lo hanno invece ottenuto.

A questo proposito, facciamo riferimento all'art.6 del C.C.N.I. che dispone:

"...gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi B e C del piano assunzionale 15/16, provenienti dalle Graduatorie di Merito del Concorso 2012, indicheranno l'ordine di preferenza tra gli ambiti della Provincia... "....Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fasi B e C del piano assunzionale 15/16,provenienti da GAE, parteciperanno a mobilità territoriale. La mobilità avverrà su istanza di parte ovvero, in assenza di istanza, d'ufficio, nel limite dei posti vacanti e disponibili in tutti gli ambiti inclusi quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE, dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti. La mobilità avverrà secondo un ordine di preferenza tra tutti gli ambiti territoriali..."

La ricorrente lamenta la mancata assegnazione da parte del Miur a una delle sedi da lei espresse nella domanda di mobilità (Ambiti individuati nella regione Sicilia).

L'obiezione dell'interessata è, all'essenza, la seguente: " ... ove si consideri quanto accaduto a parte ricorrente checon 63 punti (+6) e diciassette anni di servizio prestato è stata superata, in fase di assegnazione definitiva della sede scolastica, dai diversi docenti che in fase di assunzione straordinaria risultavano inseriti nelle Graduatoria di Merito del concorso 2012"

In realtà, nel comportamento degli uffici amministrativi, non può rinvenirsi alcun profilo di illegittimità. Essi hanno puntualmente operato secondo quanto previsto dalla Legge 107/15, dall'O.M. e dal CCNI applicativi della Legge stessa; la OGNISSANTI, ha ottenuto il ruolo accedendo dalla sua posizione nelle Graduatorie ad Esaurimento, non essendo individuata come idonea dall'ultimo concorso del 2012. Pertanto, secondo quanto previsto dalla normativa, ella, in quanto assunta da GAE, ha dovuto partecipare alle operazioni di mobilità su tutto il territorio nazionale ai fini della assegnazione definitiva di servizio, a differenza dei colleghi presenti nelle GM da concorso 2012 che, invece, hanno potuto presentare domanda di trasferimento nell'ambito provinciale.

La ricorrente lamenta l'illegittimità di tale trattamento discriminatorio previsto dalla normativa, al punto da richiedere al Tribunale la disapplicazione dell' O.M. n.241 e del CCNI di pari data in quanto contrastante con il comma 100 e 108 dell'art.1 della L.107/2015.

L'ufficio scrivente rileva che non può in alcun modo essere oggetto del presente giudizio l'istanza di disapplicazione/annullamento parziale del CCNI 8 aprile 2016.

Quale atto di autonomia privata, il CCNL ha forza di legge tra le parti ed il campo di applicazione è stabilito dalle parti contraenti: è vincolante, cioè, non solo per gli aderenti alle associazioni stipulanti (art.1372 c.c.), ma ha altresì efficacia *erga omnes*, quindi anche verso i dipendenti non iscritti al sindacato. Non è possibile, in questa sede, chiederne la disapplicazione e/o l'annullamento sulla base di valutazioni giuridiche di opportunità. Peraltro, anche nel merito, la richiesta della ricorrente non può trovare accoglimento. Infatti, l'affermazione secondo la quale l'O.M. e il CCNI siano in contrasto con la legge 107/15 è priva di fondamento. Il comma 108 della suddetta legge, infatti, dispone che "...i docenti di cui al comma 96, lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzione ai sensi del comma 98, lettere b) e c), e assegnati su sede provvisoria per l'a.s. 2015/2016, partecipano per l'a.s. 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale". La norma in questione fa inequivocabilmente riferimento ai docenti immessi in ruolo provenienti da GAE; pertanto, l'O.M. e il CCNI richiamati dalla ricorrente sono legittimi e rispettosi della previsione di legge. A maggior ragione

non può venire richiesto all'Amministrazione scrivente di riconoscere un punteggio superiore a quello previsto dal servizio dal servizio pre ruolo (3 punti), o un diritto a integrazione salariale, poiché atti di questo genere sarebbero palesemente contrari a disposizioni legislative e suscettibili di annullamento.

L'ufficio scrivente non può certamente addentrarsi nel merito della questione relativa a profili di "ingiustizia" circa il diverso trattamento riservato alle due categorie di docenti; si è trattata di una scelta legislativa sulla quale la PA non ha potere di giudizio. In questa sede si può soltanto fare riferimento al principio generale derivante dall'art.97 Cost., secondo il quale, salvo i casi stabiliti dalla legge, agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso. Da ciò quindi può derivare una normativa ispirata dall'opportunità di accordare preferenza, per ovvie ragioni di rispetto di criteri meritocratici piuttosto che di anzianità di servizio, ai docenti che avessero da ultimo fruttuosamente superato una selezione concorsuale. Non compete poi alla PA giudicare l'opportunità o meno di atti legislativi, ma soltanto di applicarli in modo corretto; e non può negarsi che ciò sia stato eseguito.

B. ASSENZA DI PERICULUM IN MORA.

La costante giurisprudenza di legittimità e di merito, come noto, al fine di evitare il rischio che la tutela cautelare assuma una funzione surrogatoria nei confronti del processo del lavoro, per sua natura già rapido, ritiene che sia necessario un accertamento puntuale e preciso circa la sussistenza dei requisiti essenziali a cui è subordinato il ricorso alla tutela d'urgenza tanto che, si ritiene, solo in presenza del *periculum* può vagliarsi anche la sussistenza del *fumus boni iuris*.

In particolare, poiché il provvedimento ex art.700 c.p.c. è uno strumento di carattere straordinario che la legge appresta a favore del ricorrente quando sia effettivo il pericolo di un danno grave ed irreparabile, per evitare il quale non sia possibile attendere i tempi di tutela ordinaria, è onere del ricorrente fornire prova concreta e specifica in ordine alla situazione di temibile *vulnus* alla sua vita professionale e di relazione. Come anche affermato da Trib. Firenze, R.G. 2524, 24.09.2016

(ALL.1), ..il ricorrente ha l'onere di allegare nell'atto introduttivo la nature del pregiudizio temuto e le specifiche ragioni della sua gravità ed irreparabilità, onde consentire al giudicante di verificare caso per caso se si prospetti una situazione limite, per condotte non sanzionabili con il solo equivalente pecuniario, cui occorre ovviare con un immediato intervento giudiziario. Soddisfatto l'onere di allegazione, parimenti graverà sull'istante l'onere di fornire elementi di prova in ordine ai fatti dedotti e che reclamano un indifferibile provvedimento d'urgenza.

Nella fattispecie, non vi sono allegati e neppure elementi di prova, seppure sommari, da cui si possa

evincere una situazione di pregiudizio imminente e irreparabile.

La ricorrente si limita a fare riferimento al fatto che i 16 di servizio prestatato nella Provincia di Palermo “ *le hanno consentito di instaurare un solido rapporto col territorio ed ivi radicare la propria vita professionale* ” e che dal suo trasferimento discenderebbe “ *la disgregazione del nucleo familiare, con irreparabile pregiudizio nella sfera personale e familiare della lavoratrice*”. Si tratta di affermazioni generiche non sufficienti a giustificare il ricorso ad un procedimento di urgenza.

Si aggiunga inoltre che il bollettino dei trasferimenti dal quale ha appreso la sua assegnazione all'ambito Lombardia 0022 stato pubblicato in agosto ma ciò **non ha spinto la OGNISSANTI a procedere con urgenza** al deposito del ricorso, avendo atteso circa 5 mesi prima di agire.

Nell'ambito di un ricorso ex. Art. 700 cpc, deve essere valutata *in primis* la sussistenza del presupposto del “*periculum in mora*”, poiché è questo il requisito che sostiene tale procedura, proprio in ragione della sua natura cautelare ed urgente; così che l'ulteriore requisito del “*fumus boni iuris*” sarà valutabile solo se sia stata superata la prima imprescindibile soglia. Nel caso di specie, per i motivi narrati sopra, non è ravvisabile alcun “pregiudizio imminente e irreparabile” della ricorrente.

Alla luce delle considerazioni e dei motivi su esposti voglia l'Ill.mo Sig. Giudice adito, contrariis reiectis, accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

In via cautelare ed urgenza:

1. Rigettare il ricorso per assoluta mancanza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* per le ragioni esposte in atto.
2. Condannare parte ricorrente alla rifusione delle spese del presente giudizio a favore del funzionario delegato ex comma 42, art. 4 della L. 12.11.2011 n. 183 (legge di stabilità 2012) nella misura corrispondente alla tariffa vigente per gli avvocati detratto il 20% degli onorari di avvocato ivi previsti

Con riserva di ulteriormente integrare anche in via istruttoria

Si producono i seguenti documenti in copia:

1. Trib. Firenze, R.G. 2524, 24.09.2016

Milano, 13.01.17

Il Funzionario delegato
(Dr.ssa Avv. Emanuela Romano)

Emanuela Romano