

*Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca
Ufficio Scolastico Regionale per la Liguria
Ufficio IV – Ambito Territoriale di La Spezia*

**TRIBUNALE CIVILE DI LA SPEZIA
Sezione Lavoro
MEMORIA DIFENSIVA**

Nel procedimento n.126/2019

UDIENZA 15/2/2019

Nell'interesse del **Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Scientifica**, in persona del Dirigente Dott. Roberto PECCENINI , legalmente domiciliato presso l'Ufficio IV dell'Ambito Territoriale della Spezia, sito in Viale Italia, 87 in La Spezia, rappresentato e difeso ai sensi dell'art. 417 *bis*, comma 1 c.p.c. come introdotto dall'art.42 e dall'art.12/bis del Decreto legislativo n.80 del 31.3.1998 e successive modifiche

Recapiti per tutte le comunicazioni:

Email: usp.sp@istruzione.it Pec:usp@postacert.istruzione.it

tel: 0187/25511 Fax:0187/255189

CONTRO

VOCATURO MINO, nato a Luzzi (CS) il 03.01.1972, rappresentato e difeso come in atti

* * *

PREMESSA

Il Prof. VOCATURO MINO è stato immesso nel ruolo docente per la Scuola secondaria di II Grado ai sensi della Legge 107/2015 art. 1 comma 98 lettera C9 da graduatorie ad esaurimento, con decorrenza giuridica 1/9/2015 ed economica 26/11/2015, in provincia di LA SPEZIA. Dalla predetta data ha ottenuto una assegnazione provvisoria presso il Liceo Statale PARENTUCELLI di SARZANA (SP). Dal 1/9/2016 il docente è stato trasferito in Provincia di BERGAMO, con contestuale conferimento di incarico triennale presso l'Istituto ZENALE e BUTINONE di BERGAMO. Successivamente, dal 7/10/2016 ha ottenuto l'assegnazione provvisoria in Provincia di COSENZA. Dal 1/9/2017 il docente è stato trasferito in Provincia di LA SPEZIA con sede di servizio presso l'Istituto Superiore "PARENTUCELLI/ARZELA di SARZANA (SP).

FATTO

Il Prof. VOCATURO MINO ha convenuto in giudizio il MIUR davanti al Tribunale di La Spezia esponendo di essere docente di ruolo a tempo indeterminato per la scuola secondaria di secondo grado, assunto nel corso dell'espletamento della fase C del piano assunzionale ex lege 107/2015 (classe di concorso A054) attualmente in servizio presso

L'IISS PARENTUCELLI/ARZELA' di SARZANA (Ambito territoriale della Liguria 0010); di essere referente unico della madre disabile in situazione di gravità ex art. 3 co. 3 L. 104/1992; di aver partecipato per l'anno scolastico 2018/2019 alle procedure di assegnazione provvisoria e di essere stato collocato al primo posto delle graduatorie; di non aver ottenuto l'assegnazione provvisoria per assenza di cattedre.

Ciò premesso, ha affermato l'illegittimità, sotto vari profili, del piano di mobilità straordinaria, anche per violazione dell'art. 33 comma 5 e 7 L. 104/1992, ed ha chiesto, il diritto assoluto di precedenza per l'anno scolastico 2018/19 e per tutti quelli a seguire con conseguente disapplicazione delle disposizioni di cui all'OM 09/03/2018 n. 207 e dell'art. 13 CCNI nella parte in cui hanno riconosciuto ai soli docenti interessati alla fase provinciale la possibilità di esprimere la precedenza spettante ai figli che assistono un genitore disabile in situazione di gravità ex art. 3 co. 3 L. 104/1992.

DIRITTO

In via preliminare si eccepisce il difetto di contraddittorio coi Docenti assegnati sui posti cui ambisce la ricorrente, quali litisconsorti necessari nella controversia in esame, e si chiede a Codesto Ecc.mo Giudice del Lavoro adito di voler ordinare alla parte ricorrente la integrazione del contraddittorio mediante notifica ordinaria, da garantire rispetto a tutti i controinteressati.

Con riferimento al contenzioso in epigrafe, si rimettono le seguenti osservazioni e deduzioni, quali elementi utili ai fini della difesa erariale.

Innanzitutto si deduce che la questione inerente l'applicazione della normativa ex L. 104/1992 è disciplinata dall'art.13 comma 4 del CCNI per la mobilità che esclude il beneficio del diritto di precedenza nei trasferimenti extraprovinciali, attribuito, invece, solo nella fase successiva delle assegnazioni provvisorie.

Tuttavia, tale norma (L. 104/1992) , che regola il settore e tutela i disabili, pur essendo costituzionalmente garantita, non è sufficiente per la declaratoria di illegittimità del trasferimento atteso che il divieto di trasferire, senza il suo consenso, il lavoratore che assiste con continuità il familiare disabile non può creare oggettivi disservizi e/o danni all'amministrazione scolastica ed alla collettività.

Tale limite è indicato dall'art.33, comma 5 L.104/92 nell'inciso "ove possibile" che fa riferimento alle esigenze tecniche, organizzative e produttive della pubblica amministrazione.

In relazione alle contestazioni mosse dalla ricorrente sulla mobilità del personale docente, si deduce che l'art. 13 del CCNI prevede che il diritto di precedenza a favore dei figli referenti unici di genitori con handicap grave, non è in contrasto con la norma imperativa dell'art. 33, 5° comma, L. 104/1992, perché le parti sociali hanno bilanciato il disposto di cui all'art. 32 Cost. con il potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro pubblico ai sensi dell'art. 97 Cost.

Il ricorrente, essendo stato assunto nell'anno scolastico 2015/2016 nella fase C), ha partecipato – ex art. 2, 3° comma, del CCNI 8.4.2016 – alla fase C) della mobilità straordinaria per tutti gli ambiti nazionali. L'art. 13, punto V, del CCNI prevede la precedenza in caso di 'assistenza al coniuge, ed al figlio con disabilità; assistenza da parte del figlio referente unico al genitore con disabilità; assistenza da parte di chi esercita la tutela legale' e stabilisce che 'tale precedenza viene riconosciuta per l'assistenza al coniuge e, limitatamente alla fase A al solo figlio individuato come referente unico che presta assistenza al genitore disabile in situazione di gravità';

pertanto, nella fase C) della mobilità – quella dei trasferimenti interprovinciali, alla quale ha partecipato l'appellante – il diritto di precedenza è riconosciuto dal CCNI 'ai soli genitori, anche adottivi, o a chi ... esercita legale tutela e successivamente al coniuge del disabile in situazione di gravità', ma non a favore del figlio che assiste il genitore disabile in situazione di gravità.

Secondo il consolidato orientamento della S.C., 'il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dall'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso – come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso 'ove possibile' – può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi – soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico – in un danno per l'interesse della collettività, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto' (Cass. S.U. n. 7945/2008; in senso conforme, v. Cass. 23857/2017).

In ogni caso, anche nell'ipotesi in cui volesse riconoscersi l'estensione del diritto di cui all'art.13 comma 4 del CCNI anche ai trasferimenti interprovinciali, l'applicazione della norma di legge (che, contenendo l'espressione 'ove possibile', riconosce ai parenti dei disabili un diritto condizionato) dovrebbe escludersi, nel caso di specie, per ragioni organizzative, essendo risultata pacifica la copertura di tutto l'organico di diritto mancando, pertanto, un posto disponibile nell'organico degli ambiti territoriali verso i quali il ricorrente ha chiesto l'assegnazione provvisoria. Tale ultima circostanza è, del resto, riconosciuta pacificamente dal ricorrente che lo dichiara espressamente nel ricorso introduttivo.

Sul *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*

In merito alla ricorrenza delle esigenze cautelari prospettate dall'odierna ricorrente le considerazioni finora svolte palesano l'insussistenza del *fumus boni iuris*.

L'Amministrazione ha valutato la domanda del ricorrente in rispondenza ai principi di correttezza e buona fede, principi rispettati anche nei confronti di tutti gli altri partecipanti alla procedura ed alla normativa vigente in materia. Il M. I. U. R. ha svolto tutte le fasi relative alla mobilità secondo quanto previsto da detta normativa, e pertanto la inesistenza del *fumus boni iuris* è nei motivi sopra esposti. Con riguardo, invece, al *periculum in mora*, l'emissione di un eventuale provvedimento di urgenza comprometterebbe la mobilità chiesta di altri docenti che hanno presentato la relativa domanda, con una derivante moltiplicazione dei contenziosi e l'ingestibilità sostanziale delle assegnazioni del personale coinvolto. Pertanto, rileva l'evidente sproporzione tra l'eventuale interesse soggettivo tutelato con la verosimile misura interdittale d'urgenza richiesta ed il pregiudizio prevalente viceversa a patirsi dai soggetti sopra considerati.

In particolare sul *periculum in mora*, l'insussistenza del *fumus boni iuris* si ritiene debba essere assorbente anche per quello che concerne il *periculum in mora*. In merito alla sussistenza del *periculum in mora*, deve comunque precisarsi che il presupposto del danno grave ed irreparabile non è stato dimostrato in ricorso; per la consolidata giurisprudenza grava sul ricorrente l'onere di provare la sussistenza del danno grave ed irreparabile in relazione al tempo necessario per la definizione del giudizio ordinario. La verifica della sussistenza del *periculum in mora* va effettuata in modo

rigoroso, dovendo accertarsi la sussistenza di un danno non suscettibile di essere riparata adeguatamente nelle forme dell'equivalente monetario. Nel caso di specie, l'odierno ricorrente si è limitato a sostenere genericamente la sussistenza di un danno grave ed irreparabile al quale è esposto in attesa del giudizio ordinario in riferimento alla propria vita personale, familiare e di relazione, tenendo conto della sua residenza e del conseguente distacco dal proprio nucleo familiare.

Perché possa ritenersi la sussistenza del suddetto requisito non è sufficiente fare ricorso a parametri tipizzati o stereotipati, mentre occorre l'allegazione, suffragata successivamente dall'accertamento, sia pure in base a una cognizione sommaria, di elementi di valutazione specifici riferiti alla situazione concreta posta all'esame del Giudice. Il docente ricorrente non ha sostenuto la richiesta di intervento cautelare con la dimostrazione dell'imminenza e dell'irreparabilità del pregiudizio, considerato che, quanto al periculum in mora, di norma, il danno assume rilievo in sede cautelare solamente quando si è determinata una sopravvenuta situazione di sofferenza economica che modifica il preesistente status del lavoratore. Si deve infine rappresentare come non si possa accogliere la domanda cautelare dell'odierno ricorrente perché ciò comporterebbe che gli venisse assegnato una sede all'interno di uno degli Ambiti richiesti, sede certamente occupata da un altro Docente, individuato attraverso le operazioni di mobilità ovvero nominato con incarico a tempo determinato, tenuto conto che l'anno scolastico è cominciato da diversi mesi. Pertanto, l'accoglimento della ridetta domanda cautelare andrebbe in danno di un controinteressato che tale ricorrente non si è minimamente fatto carico di indicare.

La costante giurisprudenza di legittimità e di merito, al fine di evitare il rischio che la tutela cautelare assuma una funzione surrogatoria, ritiene necessario un accertamento puntuale e preciso circa la sussistenza dei requisiti essenziali a cui è subordinato il ricorso alla tutela d'urgenza, anche quando si ritenga che soltanto in presenza del periculum in mora possa vagliarsi anche la sussistenza del fumus boni iuris. In particolare, poiché il provvedimento ex art. 700 c. p. c. è strumento di carattere straordinario che la normativa 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. Da ciò discende la necessità per i ricorrenti di allegazioni puntuali che consentano alle parti processuali e al Giudice di operare una verifica finalizzata alla tutela di un pregiudizio concretamente e non teoricamente irrimediabile, e nel caso di specie il danno è solamente enunciato e non anche dimostrato. Il periculum in mora, per tale costante giurisprudenza, deve quindi essere provato concretamente e rigorosamente, non potendosi ritenere esistente in re ipsa;

Per quanto premesso ed esposto, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – Ufficio Scolastico Regionale per la Liguria, come sopra rappresentato e difeso, rimette le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Giudice del Lavoro adito:

- in via preliminare, ordinare la integrazione del contraddittorio mediante la notifica ordinaria ad onere della ricorrente nei confronti di tutti i Docenti controinteressati;

- in sede cautelare, rigettare le richieste della parte ricorrente per insussistenza dei requisiti necessari per la concessione dei provvedimenti cautelari (*fumus boni juris e periculum in mora*);
- nel merito, disattesa ogni contraria istanza, deduzione od eccezione, respingere il ricorso in quanto inammissibile e comunque infondato in fatto ed in diritto.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari del giudizio.

Si depositano allegati come da separato indice.

Salvezze illimitate

Per il Dirigente
Il Funzionario
RITA VAGNONI

Firma autografa sostituita a mezzo stampa ai sensi art 3 comma 2 DLgs 39/93

La Spezia, 12/2/2019