

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. 237/17

Udienza di merito del 03/04/2017

Giudice : Dott. Giovanni CASELLA



TRIBUNALE DI MILANO

Sezione lavoro

MEMORIA DIFENSIVA su ricorso ex art. 414 c.p.c.

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

PAPOTTO GIUSEPPA (PPTGPP67L46C351L), nata a Catania il 06.07.1967, rappresentata e difesa dall' Avv. Elisa Di Mattea (avvelisadimattea@pec.ordineavvocaticatania.it) ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in Paternò, Via Nicolosi,24

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, PAPOTTO GIUSEPPA, premessi i fatti di cui al ricorso stesso, chiede all'intestato Tribunale che si pronunci per:

1. Accertare e dichiarare l'illegittimità della compilazione degli elenchi dei trasferimenti e passaggi del personale di ruolo a.s 2016/2017 pubblicati dall'USP Sicilia e Lombardia nonché l'illegittimità dell'assegnazione alla sig.ra PAPOTTO dell'Ambito Lombardia 0025; e, per l'effetto, riconoscere alla ricorrente il diritto all'assegnazione immediata all'ambito Sicilia0007 od ad altro ambito siciliano secondo l'ordine di preferenza espresso nella domanda di mobilità;
2. Con vittoria di spese, diritti ed onorari del presente giudizio e con distrazione a favore dei procuratori antistatari;

Il Giudice ha fissato udienza di merito per il 03 aprile 2017

* * *

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

A. ECCEZIONE DI DECADENZA

L'ufficio scrivente eccepisce preliminarmente la decadenza dell'impugnazione proposta.

Infatti, ai sensi dell'art. 32, L.183/2010, sono stati introdotti dei termini di decadenza per l'impugnazione del provvedimento col quale il datore di lavoro dispone il trasferimento del lavoratore su altra sede. In particolare, il comma 3. Lett. c) (*Le disposizioni di cui all' articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre:*

- a. *ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni. Laddove si faccia questione della nullità del termine apposto al contratto, il termine di cui al primo comma del predetto articolo 6, che decorre dalla cessazione del medesimo contratto, è*

fissato in centoventi giorni, mentre il termine di cui al primo periodo del secondo comma del medesimo articolo 6 è fissato in centottanta giorni;

- b. al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile;
- c. al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento;) estende la disciplina dell'impugnazione dei licenziamenti ex art.6, L.604/66 al trasferimento ai sensi dell'art. 2013 cc., **con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento.**

L'art 6, L.604/1966 prevede che “ Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso.

2. L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di **centottanta** giorni (1), dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formatisi dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.”

Pertanto la disciplina prevede che i termini per l'impugnazione del trasferimento siano i seguenti:

- entro 60 giorni dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento deve impugnare il trasferimento;
- entro 180 giorni dalla predetta impugnazione è necessario, a pena di decadenza dell'impugnazione, presentare ricorso al Giudice del lavoro;
- nel caso in cui sia stata presentata domanda di conciliazione e il relativo tentativo non sia riuscito, il ricorso innanzi al Giudice del Lavoro deve essere presentato, a pena di decadenza, entro 60 giorni.

Ai sensi poi del D.Lgs. 165/2001, non può essere messo in discussione il principio secondo il quale tale disciplina sia estesa anche ai dipendenti pubblici; tale D. Lgs. infatti prevede inequivocabilmente che la PA eserciti il potere di organizzazione del rapporto di lavoro con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato, che è esclusivamente disciplinato dalle disposizioni del codice civile, delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa e dei contratti collettivi. Pertanto, il diritto del pubblico dipendente, avuto riguardo all'ipotesi del trasferimento, in mancanza di specifiche discipline recate dai contratti collettivi, non può che rapportarsi alla garanzia apprestata del suddetto art. 2103, 1 comma, c.c. (che non risulta derogato, per questa parte, dall'art. 52 d.lgs., 165 del 2001). Per quanto concerne dunque il ricorso in questione, P'ufficio scrivente ritiene che esso non possa essere accolto in quanto presentato oltre i termini di cui sopra. In particolare, come anche affermato dal Trib. Monza, 09.02.2017, R.G. 6/2017 (ALL. 1) *"...l'impugnativa stragiudiziale del trasferimento dedotta in causa doveva essere inviata al MIUR entro 60 giorni decorrenti dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento, coincidente nel caso in esame con la pubblicazione in data 29.07.2016 del bollettino dei trasferimenti"*. L'impugnativa andava pertanto presentata entro il 29.09.2016 e il ricorso entro il successivo termine di 180 giorni come peraltro anche richiamato nel Decreto del Dirigente dell'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia, Ambito Territoriale di Milano (prot. MIURAOOUSTMI R.U. 11164 del 29 luglio 2016), che si allega (ALL.2). Il principio è stato ulteriormente confermato dal Tribunale di Milano, (Ord. del. 17.02.16, R.G. 1163/17) (ALL.3)

B. ILLEGITTIMITA' TRASFERIMENTO

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 entra l'a.s.2014/2015 e per l'assegnazione di sede definitiva degli assunti da Graduatorie di Merito)

Nella domanda di trasferimento a livello nazionale per l'anno scolastico 2016/2017 ha indicato 28 preferenze territoriali della Sicilia (ALL. 4)

In seguito alla procedura di mobilità, le è stato assegnato in via definitiva un istituto collocato in provincia di Milano (Ambito Lombardia 0025)

Come riportato in precedenza, la docente ha partecipato alla cosiddetta FASE C dei trasferimenti, come previsto dal CCNI, all'art.6.

"1. Le operazioni di mobilità territoriale e professionale si collocano in quattro distinte fasi:

FASE A

1. Gli assunti entro il '14/15-compresi i titolari sulla DOS, i docenti in sovrannumero e/o in esubero e coloro che hanno diritto al rientro entro l'ottennio-potranno fare domanda di mobilità territoriale su scuola, nel limite degli ambiti della provincia di titolarità, su tutti i posti vacanti e disponibili nonché su quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE. I docenti in questione potranno anche proporre domanda di mobilità tra ambiti di province diverse, come da punto 1 della fase B.

Si procede, nel limite degli ambiti della provincia, prima a livello comunale, poi provinciale.

2. Gli assunti nell' a.s. '15/16 da fase Zero ed A del piano assunzionale 15/16 otterranno la sede definitiva, in una scuola degli ambiti della provincia in cui hanno ottenuto quella provvisoria. A tal riguardo, sono utili i posti vacanti e disponibili per la mobilità di cui al punto 1, fermo restando l'accantonamento dei posti occorrente a far sì che tutti i docenti in questione possano ottenere una sede definitiva in una scuola degli ambiti della provincia.

Gli assunti il '15/16 da fase Zero e A del piano assunzionale 15/16 potranno anche proporre istanza di mobilità territoriale, come da punto 1 della Fase D.

FASE B

1. Gli assunti entro il '14/15 potranno proporre istanza di mobilità per gli ambiti anche di province diverse, indicando un ordine di preferenza tra gli stessi e nel limite numerico dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito, compresi quelli degli assunti nelle fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti da GAE, rimasti a seguito delle operazioni di cui alla Fase A. Se posizionati in graduatoria in maniera tale da ottenere il primo ambito chiesto, otterranno la titolarità di una scuola secondo l'ordine espresso tra tutte le scuole dell'ambito; diversamente saranno assegnati ad un ambito se richiesto. Quanto sopra, anche in deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia;

2. 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. L'ambito di assegnazione definitiva sarà individuato secondo l'ordine di preferenza espresso, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza. Potranno altresì proporre istanza di mobilità territoriale ai sensi del punto 1 della Fase D.

FASE C

1. 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. L'ordine di preferenza è indicato nell'istanza ovvero determinato o completato d'ufficio. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza;

FASE D

1. Gli assunti nell'a.s. '15/16 da fase Zero ed A del piano assunzionale 15/16 nonché da fasi B e C del piano assunzionale 15/16 provenienti dalle Graduatorie di concorso potranno, in deroga al vincolo triennale, proporre istanza di mobilità nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito dopo le operazioni di cui alle Fasi precedenti. La mobilità avverrà secondo l'ordine di preferenza tra gli ambiti territoriali indicato nell'istanza. A seguito della mobilità, i docenti saranno assegnati ad un ambito, anche nel caso in cui sia il primo tra quelli indicati secondo l'ordine di preferenza.

2. Le operazioni di cui alle fasi del comma 1 sia per la mobilità professionale che per la mobilità territoriale avvengono secondo l'ordine definito dall'allegato 1

3. Per le sezioni attivate presso le sedi ospedaliere e carcerarie, per i posti speciali di infanzia e primaria in caso di possesso dei previsti requisiti e per le sedi di organico dei centri provinciali per l'educazione degli adulti nonché dei corsi serali negli

istituti secondari di secondo grado è possibile esprimere la disponibilità per tali tipologie di posti per ciascun ambito territoriale, tenendo conto di quanto previsto dal comma 4 dell'art. 26 e dall'art. 29 e 30

Come risulta dal bollettino dei trasferimenti per la scuola primaria, NESSUN DOCENTE HA OTTENUTO IL TRASFERIMENTO IN AMBITI DELLA SICILIA NELLA FASE C., nonostante fossero state presentate istanze da parte di docenti con punteggi molto superiori al suo e, soprattutto, con precedenza previste da CCNI

La ricorrente lamenta la circostanza che alcuni docenti avrebbero ottenuto il trasferimento in Sicilia nell'ambito della Fase D, mentre lei è stata destinataria di un provvedimento di assegnazione in un ambito da lei espresso al n.32 delle sue preferenze.

La valutazione nel merito del provvedimento di assegnazione di ambiti siciliani in fase D è, nella fattispecie, del tutto irrilevante: infatti, anche se i posti assegnati in fase D fossero stati assegnati a docenti nella fase precedente, **mai avrebbero potuto essere a lei riconosciuti**. La richiesta di ambiti in Sicilia per la scuola primaria è stata molto elevata, a fronte, purtroppo, di pochissimi posti disponibili, come si può anche evincere dall'articolo pubblicato sul sito Orizzonte scuola che si allega (ALL.5) Nessuna possibilità avrebbe potuto avere la ricorrente di ottenere un posto in Sicilia stante il fatto che, nella fase C, **non sono state assegnate cattedre neppure a docenti con precedenza previste da CCNI**.

Come emerge inequivocabilmente dallo stralcio del bollettino allegato (ALL. 6), riferito ai movimenti della contestata fase D verso gli ambiti indicati in ricorso dalla ricorrente, le cattedre disponibili in Sicilia su posto comune/ posto lingua (posti per i quali la PAPOTTO concorreva), erano soltanto 2. Considerando soltanto l'elevatissimo numero di aspiranti docenti con precedenza previste dal CCNI che avevano posto ambiti della Sicilia nelle proprie preferenze, **mai la ricorrente avrebbe potuto ottenere uno dei quei tre ambiti disponibili**.

La ricorrente contesta il provvedimento di assegnazione ai docenti in fase D di alcuni posti ai quali lei, comunque e in ogni caso, non avrebbe mai potuto aspirare, stante il suo punteggio e l'assenza di precedenza previste da CCNI. Solo a titolo esemplificativo si allegano tre domande di mobilità in fase C (ALL.7) di docenti con punteggi superiori al suo che avrebbero potuto ottenere le sedi siciliane con precedenza rispetto a lei.

Anche nella remota ipotesi in cui il Tribunale adito dovesse accogliere la richiesta di dichiarazione di illegittimità della compilazione degli elenchi dei trasferimenti e passaggi del personale docente di ruolo, pubblicati dall'USR Sicilia, ciò non comporterebbe in alcun modo il riconoscimento del diritto della ricorrente ad ottenere la sede desiderata. Perché questa circostanza si realizzasse,

occorrerebbe dimostrare che la PAPOTTO possedesse un punteggio tale da essere collocata al primo posto tra coloro che avevano espresso l'ambito Sicilia 0007 quale prima preferenza. Tale prova non viene fornita, né potrebbe esserlo. Se aggiungiamo poi che la stessa ricorrente aveva indicato gli Ambiti 0026 e 0011 (come detto, gli unici con una cattedra disponibile) solo al sesto e ottavo posto delle proprie preferenze, ciò rende l'eventualità di poter ottenere quanto richiesto assolutamente irrealizzabile. Da ciò si deduce inequivocabilmente la carenza di interesse ad agire da parte della istante.

C. ILLEGITTIMITA' DELLA L. 107/2015

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..."

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 signora PAPOTTO 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. Tale orientamento è stato accolto anche dal Trib. Ancona, 04.11.2016, R.G. 1437/2016 (ALL.8), e Trib. Monza. 31.01.2017, R.G. 2623 (ALL.9)

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. Riguardo tutti questi aspetti, l'Amministrazione ha agito secondo quanto previsto dalla legge, nel pieno rispetto del principio di legalità e buon andamento.

Pertanto, per le ragioni esposte, la richiesta non può essere accolta.

Ala luce delle cònsiderazioni e dei motivi su esposti voglia l'IlI.mo Sig. Giudice adito, *contrariis reiectis*, accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

1. Rigettare il ricorso 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. Ord. Trib. Monza, 09.02.2017, R.G. 6/2017
2. Decreto prot. MIURAOOUSTMI R.U. 11164 del 29 luglio 2016
3. Ord Trib. Milano del. 17.02.16, R.G. 1163/17
4. Domanda mobilità signora PAPOTTO
5. Articolo su "Orizzonte Scuola" relativo ai trasferimenti dalla Sicilia
6. Stralcio bollettino trasferimenti Sicilia/Calabria fase D – primaria
7. Istanze mobilità di fase C
8. Ordinanza Trib. Ancona, 04.11.2016, R.G. 1437/2016
9. Ordinanza Trib. Monza. 31.01.2017, R.G. 2623

Milano, 02.03.2017

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

Emanuela Romano

E' copia conforme al suo originale

13 MAR 2017

L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
SIMONA FILIPPONE