

ILL.MO TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO

**Ricorso in riassunzione
a seguito di rinvio della Corte di Cassazione
disposto con ordinanza n. 1850/2023, pubblicata il 20.01.2023,
e richiesta di autorizzazione alla notifica ex art. 151 cpc**

Nell'interesse della sig.ra **Vincenza FEDE**, nata a Detmold (Germania) il 27/03/1974, residente in Favara (AG) nella via Matteo Maria Boiardo, c.f. FDEVCN74C67Z112O, rappresentata e difesa, giusta procura su foglio separato, dagli avvocati Laura Cacciatore (CCCLRA82L66A089D) e Giuseppe Limblici (LMBGPP65B06D514X) entrambi del Foro di Agrigento, elettivamente domiciliata presso l'indirizzo di posta elettronica certificata dei difensori. Si indicano per comunicazioni e notificazione fax 092236704; pec avvocatocacciatore@avvocatiagrigento.it; fax 0922/5098037; pec: limblici@avvocatiagrigento.it

Ricorrente

contro

- 1. Ministero dell'istruzione e del Merito**, già MIUR in persona del Ministro pro tempore (c.f.80185250588);
 - 2. USR - Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia**, in persona del Dirigente pro tempore, (c.f. 97254200153);
 - 3. USR - Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia**, in persona del Dirigente pro tempore, (c.f. 80018500829);
- tutti domiciliati *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, nella via Freguglia 1 Milano, pec ads.mi@mailcert.avvocaturastato.it

Resistenti

e nei confronti



di tutti gli insegnanti di scuola primaria - posto comune - che hanno partecipato alla mobilità 2016/17 e che hanno ottenuto una sede in uno degli ambiti della regione Sicilia indicati dalla ricorrente.

Premessa in fatto

- In data 06.11.2018 la sig.ra Fede Vincenzo depositava presso l'intestato Tribunale ricorso ex art. 414 c.p.c. che di seguito integralmente si trascrive:

ILL.MO TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

Ricorso ex art.414 c.p.c.

Oggetto del ricorso: mobilità del personale docente a.s. 2016/2017

Nell'interesse della sig.ra **Vincenza FEDE**, nata a Detmold (Germania) il 27/03/1974, residente in Favara (AG) nella via Boiardo Matteo Maria, C.F. FDEVN74C67Z112O, rappresentata e difesa, giusta procura su foglio separato unito al presente atto, dall'Avv. Laura Cacciatore (CCCLRA82L66A089D) del Foro di Agrigento, elettivamente domiciliata presso il seguente indirizzo di posta elettronica certificata avvocatocacciatore@avvocatiagrigento.it. Si indicano per comunicazioni e notificazioni fax 092236704; pec avvocatocacciatore@avvocatiagrigento.it

CONTRO

1. **MIUR- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA**, in persona del Ministro pro-tempore (c.f. 80185250588);

2. **USR- Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia**, in persona del Direttore Generale pro tempore (c.f. 97254200153);

3. **USR- Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia**, in persona del Direttore Generale pro-tempore, (C.F. 80018500829);

tutti domiciliati *ex lege* presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano nella via Freguglia n. 1, pec ads.mi@mailcert.avvocaturastato.it

e nei confronti

di tutti gli insegnanti di scuola primaria, posto comune, partecipanti alla mobilità 2016/17 che hanno ottenuto una sede in un ambito ricompreso all'interno del territorio siciliano



per la declaratoria

del diritto della ricorrente al trasferimento interprovinciale a far data dall'a.s. 2016/17, anche in soprannumero, scuola primaria, posto comune, in uno degli ambiti prioritariamente indicati nella domanda di mobilità, vale a dire Sicilia 0002; 0003; 0001- provincia di Agrigento, o in subordine in un altro ambito della regione Sicilia secondo l'ordine delle preferenze espresse e del punteggio;

previo annullamento e/o disapplicazione

del provvedimento del Direttore Generale dell'USR Sicilia a mezzo del quale sono stati disposti i movimenti territoriali del personale docente della scuola primaria per l'a.s. 2016/2017, fasi B, C e D della mobilità, per gli ambiti territoriali della Sicilia nella parte in cui non comprende il nominativo della ricorrente, nonché dell'O.M. 241/2016 nella parte di interesse.

FATTO

1. La ricorrente è docente nella scuola primaria, posto comune, immessa in ruolo nell'a.s. 2012/2013, titolare presso l'Istituto Via Alberelle di Rozzano (MI), circostanza che radica la competenza presso codesto Ill.mo Tribunale.
2. Quale docente immessa in ruolo entro l'a.s. 2014/2015, per l'a.s. 2016/17 ha partecipato alle operazioni di mobilità secondo i nuovi criteri previsti in sede di contrattazione collettiva che hanno introdotto un'articolata distinzione in fasi e sottofasi, nell'ambito delle quali ciascun docente partecipa ai trasferimenti secondo una procedura differenziata, tenuto conto del sistema di reclutamento.
3. Più precisamente, la sig.ra Fede ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale partecipando alla Fase B, sottofase B1, dedicata ai docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2014/15 (doc. n. 1).
4. Ai fini del trasferimento la ricorrente ha indicato 28 ambiti territoriali (tutti ricompresi nella sola regione Sicilia) e 15 istituti scolastici nella provincia di Agrigento.
5. Pubblicati i movimenti per la scuola primaria (doc. n. 2), la ricorrente ha appreso il mancato riconoscimento del trasferimento negli ambiti indicati per un'asserita indisponibilità di posti.
6. Tuttavia, esaminato il bollettino movimenti, la sig.ra Fede ha riscontrato una serie di irregolarità nelle operazioni di mobilità posto che ha avuto modo di rilevare un'incontestabile disponibilità di posti assegnati in dispregio delle disposizioni normative di riferimento.
7. All'esito delle operazioni di mobilità la ricorrente ha appreso che nei vari ambiti della regione Sicilia erano residuati dei posti disponibili, incomprensibilmente non assegnati in seno alle varie fasi della mobilità, salvo poi attribuirne una parte all'esito di procedure di conciliazione promosse da taluni docenti che avevano preso parte alla fase C della mobilità ed erano rimasti insoddisfatti della sede assegnata. Detta circostanza ha generato un risultato paradossale: docenti con un punteggio minimo e senza alcuna precedenza, partecipanti alla fase C della mobilità



inspiegabilmente hanno trovato collocazione nei vari ambiti della regione Sicilia, con conseguente palese violazione delle disposizioni normative di riferimento.

8. Per quel che qui rileva, a scopo esemplificato, deve richiamarsi il provvedimento dell'USP di Agrigento prot. n.11055 del 07/09/2016 a mezzo del quale il Dirigente, all'esito dell'esame delle istanze di conciliazione, ***“verificata la disponibilità di 3 posti rimasti vacanti dopo i movimenti della 2^ fase presso l'Ambito 3 e precisamente all'I.C. Giovanni XIII di Cammarata”*** ha disposto il trasferimento presso l'anzidetto istituto in favore delle insegnanti Imburgia Loredana, Mancuso Venera Antonia e Grisafi Giuseppa (doc. n. 3). Malgrado, dunque, un'asserita indisponibilità di posti lo stesso USP di Agrigento ha reso noto, con il summenzionato provvedimento, l'effettiva disponibilità di posti **all'esito della fase B della mobilità**. A tal proposito deve specificarsi che le menzionate docenti hanno partecipato alla fase C del piano straordinario di mobilità come emerge inconfutabilmente dai bollettini dei movimenti allegati (docc. n. 4 e 5). Le circostanze suesposte portano a conclusioni inconfutabili: posto che in Sicilia non si è celebrata una fase C per indisponibilità di posti, è pacifico che i posti assegnati in conciliazione, erano residuati dalla fase B. Ed allora non si comprende la *ratio* che ha spinto l'amministrazione resistente a non assegnare i summenzionati posti nella fase di pertinenza ed attendere solo la fine della procedura straordinaria di mobilità per assegnare i posti in conciliazione, nell'evidente tentativo di porre rimedio agli errori commessi.

9. Rileva altresì il provvedimento del 07/09/2017, prot. n. MIUR. AOOUSPTP. REGISTRO UFFICIALE (U) 0012277, a mezzo del quale il Dirigente dell'Usp di Trapani rendeva noto che: *“visti i verbali di conciliazione ex art. 135 del CCNL scuola del 29/11/2007 con i quali le insegnanti Labita Maria Pia, Cardinale Maria Teresa, D'amico Annalisa, Cannata Ilenia sono state assegnate all'ambito n. 27 della provincia di Trapani; visto il verbale di conciliazione ex art. 135 del CCNL scuola del 29/11/2007 con il quale l'insegnante Di Giovanni Maria è stata assegnata all'ambito n. 28 della provincia di Trapani [...] dispone che alle insegnanti Labita Maria Pia, Cardinale Maria Teresa, D'amico Annalisa, Cannata Ilenia, vengano assegnate le sedi di seguito indicate: docente Labita Maria Pia, sede di assegnazione TPEE03501B, punti 61; docente Cardinale Maria Teresa, sede di assegnazione TPEE01200N, punti 39; docente D'Amico Annalisa, sede di assegnazione TPEE066002, punti 36; docente Cannata Ilenia, sede di assegnazione TPEE066002, punti 28; docente Di Giovanni Maria, sede di assegnazione TPEE05900V, punti 15”* (cfr. doc. n. 6). Deve rilevarsi sul punto che tutte le summenzionate docenti hanno partecipato alla fase C della mobilità e avevano ottenuto una sede definitiva fuori dal territorio siciliano e solo all'esito della conciliazione la provincia di Trapani (doc. n. 7).

10. Analogamente, con il provvedimento del 30/08/2017 Reg. n. 215/16 l'USP di Palermo ha convocato ben 23 docenti che avevano presentato istanza di conciliazione al fine di procedere alla conciliazione (doc. n. 8).

11. Per l'a.s. 17/18 la sig.ra Fede ha presentato nuova domanda di trasferimento interprovinciale; tuttavia non ha ottenuto il movimento richiesto (doc. n. 9).

12. Per l'a.s. 18/19 ha presentato nuova domanda di trasferimento interprovinciale senza tuttavia ottenere il movimento richiesto (doc. n. 10).



Per queste ragioni si è costretti a ricorrere a codesto Ill.mo Giudice del Lavoro perché Voglia accogliere le doglianze della ricorrente per i seguenti

Motivi

Violazione del CCNI sulla mobilità. Erronea applicazione delle disposizioni relative ai trasferimenti del personale docente del comparto scuola. Violazione del principio di scorrimento della graduatoria ai sensi dell'art. 28 c. 1 del D.P.R. 487/1994. Illegittimità e illogicità della condotta amministrativa.

La legge 107/15 sulla cd. Buona Scuola ha disciplinato un complesso programma di stabilizzazione al fine di procedere all'assunzione del personale docente precario; in tal senso ha previsto un piano straordinario di assunzioni, suddiviso in quattro distinte fasi di partecipazione.

Accanto al piano straordinario di assunzione la L. 107 ha, altresì, disciplinato un piano straordinario di mobilità territoriale e professionale aperto sia ai docenti assunti nell'a.s. 2015/2016 con il piano straordinario di assunzione, che ai docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2014/2015.

Nella specie, con il comma 108 dell'anzidetta legge e le previsioni di dettaglio di cui al CCNI sulla mobilità a.s. 2016/17 è stata introdotta una procedura differenziata e articolata in fasi e sottofasi, nell'ambito delle quali ciascun docente ha partecipato ai trasferimenti in considerazione del sistema di reclutamento.

In particolare, il CCNI all'art. 6 rubricato "FASI DEI TRASFERIMENTI E DEI PASSAGGI" ha previsto e disciplinato quattro distinte fasi:

fase A, che riguarda gli assunti entro l'anno scolastico 2014/2015, i docenti in sovrannumero e/o in esubero e gli assunti da fase Zero ed A del piano assunzionale straordinario, nell'ambito della provincia di titolarità o in cui è stata assegnata la sede provvisoria;

fase B, relativa a i trasferimenti fuori provincia e passaggi di cattedra e di ruolo fuori provincia degli **assunti entro il 2014/15** *"nel limite dei posti vacanti e disponibili in ciascun ambito rimasti a seguito delle operazioni di cui alla fase A"*; e relativa inoltre ai docenti provenienti da graduatorie di merito del concorso 2012;

fase C, che riguarda gli **assunti nell'anno scolastico 2015/2016** da fasi B e C del piano assunzionale *"provenienti da GAE"*, i quali, *"dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti e nel limite dei posti vacanti e disponibili"*, parteciperanno alla mobilità su base nazionale;

fase D, alla quale partecipano, *"dopo le operazioni di cui alle fasi precedenti"* gli assunti da fasi Zero ed A, nonché da fasi B e C del piano assunzionale 2015/2016 provenienti da concorso.

Si riporta di seguito, per comodità espositiva, tabella riassuntiva delle operazioni di mobilità suddivise in fasi e relative sottofasi:



FASE	SOTTOFASE	CHI PUO' PARTECIPARE	DESTINAZIONE
 Fase A	1. Trasferimenti nello stesso comune di titolarità.	Docenti assunti entro il 2014/2015	Scuola di titolarità nel medesimo comune, tra le sedi espresse nella domanda.
	2. Trasferimenti tra comuni diversi della stessa provincia di titolarità.	Docenti assunti entro il 2014/2015, ex DOP, docenti di sostegno di II grado (DOS), docenti assunti in fase 0 e A nell'A.S. 2015/2016.	Scuola di titolarità nella medesima provincia, tra le sedi espresse nella domanda. ⁽¹⁾
	3. Passaggi di cattedra e di ruolo nella provincia di titolarità, nel limite del 25% dei posti disponibili.	Docenti assunti entro il 2014/2015, che hanno superato il periodo di prova.	Scuola di titolarità nella medesima provincia, tra le sedi espresse nella domanda.
Fase B	1. Trasferimenti interprovinciali	I docenti assunti entro il 2014/2015, anche se non hanno superato il vincolo di permanenza triennale.	Scuola di titolarità, se è disponibile una sede nel primo ambito territoriale indicato. Titolarità su ambito territoriale, se è disponibile una sede dal secondo ambito indicato in poi.
	2. Passaggi di cattedra e di ruolo interprovinciali, nel limite del 25% dei posti disponibili.	I docenti assunti entro il 2014/2015, anche se non hanno superato il vincolo di permanenza triennale, ma che hanno superato il periodo di prova.	Scuola di titolarità, se è disponibile una sede nel primo ambito territoriale indicato. Titolarità su ambito territoriale, se è disponibile una sede dal secondo ambito indicato in poi.
	3. Trasferimenti provinciali su ambito territoriale dei docenti assunti in fase B e C da GM.	I docenti assunti in fase B e C da GM (graduatorie di merito del concorso 2012).	Titolarità su uno degli ambiti territoriali della provincia in cui si è stati assunti, indicati nella domanda. ⁽²⁾
Fase C	Trasferimenti interprovinciali su ambiti territoriali nazionali dei docenti assunti in fase B e C da GAE	I docenti assunti in fase B e C da GAE.	Titolarità su uno degli ambiti territoriali nazionali disponibili. ⁽³⁾
Fase D	Docenti assunti da GM in fase B e C e docenti assunti in fase 0 e A.	Docenti assunti da GM in fase B e C e docenti assunti in fase 0 e A. (domanda volontaria)	Titolarità su ambiti territoriali nazionali. I Docenti potranno esprimere gli ambiti territoriali, in ordine di preferenza, delle province di tutto il territorio nazionale, in deroga al vincolo di permanenza triennale.

Come anticipato in narrativa, la ricorrente ha partecipato alla fase B, sottofase B1 della mobilità, dedicata ai docenti immessi in ruolo entro l'a.s. 2014/15 e all'uopo ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale, chiedendo espressamente il trasferimento in uno degli ambiti della regione Sicilia indicati secondo un ordine di preferenza.

Sul punto giova ricordare la previsione di cui alla Legge 107/15 comma 108, dove - ai fini del caso *de quo* - si prevede che: «per l'anno scolastico 2016/2017 è avviato un piano straordinario di mobilità territoriale e professionale su tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia, rivolto ai docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015. Tale personale partecipa, a domanda, alla mobilità per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, in deroga al vincolo triennale di permanenza nella provincia, di cui all'articolo 399 comma 3, del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994 n. 297, e successive modificazioni, per tutti i posti vacanti e disponibili inclusi quelli assegnati in via provvisoria nell'anno scolastico 2015/2016 ai soggetti di cui al comma 96 lettera b), assunti ai sensi del comma 98 lettere b) e c). Successivamente i docenti di cui al comma 96 lettera b), assunti a tempo indeterminato a seguito del piano straordinario di assunzioni ai sensi del comma 98 lettere b) e c) e assegnati su sede provvisoria per l'anno scolastico 2015/2016 partecipano per l'anno scolastico 2016/2017 alle operazioni di mobilità su tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale, ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale».

In attuazione della disposizione *de qua*, il CCNI all'art. 3 comma 2 e ss. precisa che: «2. Il personale immesso in ruolo entro l'a.s. 2014/2015 ha titolo a partecipare alla mobilità per acquisire titolarità in una scuola degli ambiti della provincia di attuale titolarità. 3. In attuazione di quanto previsto dall'art. 1 comma 108 della legge 107/1 il personale docente assunto in ruolo sino all'anno scolastico



2014/2015 può produrre domanda di trasferimento in deroga a quanto previsto dall'art. 399 comma 3 del d.lgs. 297/94 come modificato dalla legge n. 124/99 e dall'art. 15 comma 10 bis del D.L. 104/2013 convertito dalla L. 128/13. 4. Il personale di cui al comma precedente, che partecipa alla mobilità al di fuori della provincia di propria titolarità concorre all'assegnazione di una sede scolastica di titolarità nel primo ambito territoriale richiesto o per l'assegnazione della titolarità in uno degli ambiti territoriali ulteriormente richiesti».

Il dato normativo è inequivocabile: il personale docente assunto entro il 2014/2015 partecipa alle operazioni di mobilità su tutti i posti vacanti e disponibili, inclusi quelli assegnati in via provvisoria al personale docente assunto nelle fasi B e C da GAE. Solo all'esito fase B e nella successiva fase C si può procedere con l'assegnazione dell'ambito nazionale sui posti residuati dalla fase precedente e previo soddisfacimento della domanda di cui alla fase precedente.

In tema di preferenze espresse occorre rilevare che il CCNI sulla Mobilità all'art. 6 par. "Fase B", dispone che: «FASE B1. Gli assunti entro l'a.s. 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 rimasi a seguito delle operazioni di cui alla fase A. Se posizionati in graduatoria in maniera tale da ottenere il primo ambito richiesto 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».

Ciò posto, nel caso di specie, nessuna delle succitate previsioni normative ha trovato corretta applicazione considerato che gli ambiti territoriali indicati dalla ricorrente sono stati assegnati del tutto illegittimamente e senza alcuna motivazione a personale docente che ha avuto accesso alle operazioni di mobilità in una fase successiva e con punteggio inferiore.

In linea con il dettato normativo, l'Amministrazione resistente prima di procedere alle fasi successive della mobilità avrebbe dovuto soddisfare la domanda della fase precedente individuando preliminarmente correttamente i posti effettivamente disponibili nella fase di riferimento; il tutto tenuto conto dell'ordine di graduatoria e del punteggio.

Ebbene, di fatto lo strumento utilizzato dall'amministrazione, c.d. algoritmo, non è stato in grado di tradurre in termini matematici le disposizioni normative a monte dettate, svuotando così di significato l'intero impianto normativo.

Nel caso in esame, svariati sono i profili di illegittimità riscontrati in ordine al rispetto delle fasi della mobilità e della corretta determinazione dei posti disponibili per ciascuna di essa.

I) In primo luogo, sull'illegittima assegnazione di posti disponibili solo all'esito delle operazioni di mobilità e in sede di conciliazione.



Nella specie, l'odierna ricorrente non ha ottenuto il trasferimento nella provincia di Trapani a fronte di un'inconfutabile disponibilità di posti, posti che, del tutto illegittimamente, sono stati assegnati ad altri docenti partecipanti ad una fase successiva rispetto a quella ricorrente.

Come anticipato in narrativa, all'esito delle operazioni di mobilità la ricorrente ha avuto modo di constatare che nei vari ambiti della regione Sicilia erano rimasti diversi posti disponibili che del tutto inspiegabilmente non erano stati assegnati in sede di mobilità ma che sono stati assegnati in un secondo momento ed in sede di conciliazione.

Costituisce piena prova, in tal senso, il provvedimento dell'USP di Agrigento a mezzo del quale, viste le procedure di conciliazione sono stati assegnati ben 3 posti nell'ambito 0003. Ed ancora i citati provvedimenti degli Uffici Territoriali di Palermo e Trapani a mezzo dei quali, nonostante un'asserita indisponibilità di posti nel corso delle operazioni di mobilità, vengono assegnati i rispettivi ambiti all'esito delle stesse.

Deve rilevarsi che tutte le docenti che hanno ottenuto l'assegnazione dell'ambito all'esito della procedura di conciliazione hanno partecipato alla fase C del piano straordinario di mobilità, come emerge inconfutabilmente dai bollettini dei movimenti allegati. Al riguardo, corre l'obbligo di ricordare che le stesse hanno ottenuto per l'a.s. 2016-2017 l'assegnazione dell'ambito nazionale a riprova che abbiano partecipato alla fase C della mobilità.

Le circostanze sopra esposte hanno generato il paradossale risultato di consentire a docenti non aventi diritto di ottenere l'assegnazione di posti che stranamente e immotivatamente non erano stati assegnati al momento dell'esame delle domande di mobilità.

Non v'è chi non veda, infatti, che almeno all'epoca in cui è stata presa in esame la domanda di mobilità presentata dalla ricorrente, e fino a quando non sono state esaminate le istanze di conciliazione, vi erano posti disponibili che ben potevano essere assegnati alla stessa.

In un caso analogo a quello in esame, il **Tribunale di Bergamo con sent. n. 723 del 05/10/2017**, dott. Sergio Cassia, in accoglimento delle doglianze della ricorrente dichiarava che *“il comportamento del MIUR non è conforme alla disciplina della mobilità, strutturata per fasi successive (di talché la disponibilità di posti per una fase successiva è condizionata al preventivo completamento delle operazioni di mobilità della fase precedente, con soddisfazione degli aventi diritto nei limiti dei posti disponibili), e accertava “il diritto della ricorrente alla mobilità per l'a.s. 2016/17 verso l'ambito provinciale di Agrigento, con ordine di adozione degli atti consequenziali”.*

Analogamente le suesposte argomentazioni difensive sono state accolte in sede di reclamo a ordinanza cautelare in un caso del tutto simile a quello della ricorrente: il **Trib. di Milano, con ordinanza collegiale n. 14734/2017 del 31/05/2017**, ha con chiarezza affermato che *“è pacifico e documentale che in data 07/09/2016 l'USP di Agrigento pubblicava il provvedimento prot. n. 11055 [...] a mezzo del quale il Dirigente, all'esito dell'esame delle istanze di conciliazione, dava atto della disponibilità di 3 posti rimasti vacanti dopo i movimenti della 2^ fase presso l'Ambito 3; che pertanto all'esito della seconda fase della mobilità, erano rimasti dei posti vacanti e disponibili. Ritenuto pertanto che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, sussista il necessario fumus boni juris, posto che sarebbe stato onere della parte resistente allegare i motivi per cui i*



posti risultati disponibili all'esito della fase B1 non potevano essere assegnati alla reclamante, ovvero provare che i docenti cui sono stati assegnati i suddetti posti in sede di conciliazione avevano comunque maggior titolo rispetto alla reclamante".

Anche la **Corte d'Appello di Milano, con ordinanza cautelare del 4 dicembre 2017**, in un caso identico a quello in esame, ha accolto le censure avanzate sottolineando che il giudice di prime cure *"non abbia effettivamente affrontato la principale doglianza di parte attrice ovvero l'aver il Ministero convenuto assegnato tre posti che risultavano ancora disponibili dopo i movimenti di fase B a favore di non aventi diritto in quanto appartenenti alla fase successiva C"*.

Ed ancora il Tribunale di La Spezia, a fronte di prove documentali analoghe a quelle fornite da questa difesa e dalle quali emerge pacificamente alla data di presentazione della domanda di mobilità della ricorrente, sussistevano posti disponibili in ambiti indicati dalla medesima tra le prime preferenze, e che tali posti sono stati successivamente assegnati, almeno in parte, a docenti non aventi titolo, afferma che *"sarebbe stato onere del Ministero convenuto allegare e provare che tali posti non potevano essere assegnati alla ricorrente, ovvero comunque che i docenti che hanno visto accolte le proprie istanze di conciliazione avevano maggior titolo ai fini del vaglio positivo della domanda di trasferimento. Va pertanto ritenuta, in assenza di prova contraria e pur con la sommarietà propria della presente fase, l'erroneità delle operazioni di trasferimento effettuate dal Ministero convenuto e, dunque, anche del mancato trasferimento della ricorrente presso le sedi dalla stessa indicate ai primi ordini di preferenza, con conseguente riconoscimento del fumus boni iuris della domanda cautelare svolta"* (Trib. La Spezia ordinanza del 28/09/2016).

Più recentemente il Tribunale di Monza, con ordinanza collegiale n. 989/2018 (ha affermato che: *"E' documentato che con provvedimento del 7/9/2016 (doc.3) l'USP di Agrigento all'esito delle istanze di conciliazione verificava la disponibilità di tre posti rimasti vacanti dopo i movimenti della seconda fase presso l'ambito 3, posti che venivano assegnati alle docenti Imburgia Loredana (fase C, punti 6), Mancuso Venera Antonia (fase C, punti 15) e Grisafi Giuseppa (fase C, punti 15). Il ministero non ha provato che le 3 docenti a cui sono stati assegnati i posti in sede di conciliazione avevano comunque maggior titolo rispetto alla reclamante, nei cui confronti sicuramente non può ascriversi una qualche responsabilità per il fatto di non aver attivato il procedimento di conciliazione"*.

Da ultimo il Tribunale di Palermo (cron. n. 39340/2018 del 16/10/2018, Dott.ssa Campo) in un caso del tutto analogo ha disposto che: *"Dove invece considerarsi illegittima l'assegnazione – a docenti inseriti nella fase C - di posti chiesti dalla ricorrente, ad essa negati e tuttavia risultanti liberi alla chiusura delle operazioni di mobilità relative alla fase B. Questo Tribunale, in diversa composizione, si è già pronunciato nel senso che "l'onere della prova di avere correttamente operato spetta al datore di lavoro pubblico, poiché è colui che opera i trasferimenti ed è l'unico ad avere la disponibilità di tutte le informazioni utili (domande, punteggi, precedenti, ordine di preferenze), mentre il MIUR – ciò nonostante – non ha allegato né documentato le ragioni del proprio operato. Infatti "la ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio - riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio - della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova" con la conseguenza che "ove i fatti possano essere noti solo all'imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere*



della prova negativa” (vd. ex pluribus Cass n. 20484 del 25/07/2008; Cass. n. 6008 del 17/04/2012)” (cfr. Trib. Palermo, n. 2429/2018).

E se è possibile che soltanto all'esito della movimentazione del personale possano residuare posti vacanti che, però, tali non erano al momento della presentazione delle domande di mobilità, tale evenienza – o qualsivoglia altra che giustificasse il rilevato sovvertimento dell'ordine di assegnazione dei posti secondo la priorità assegnata a ciascuna delle fasi della mobilità – doveva essere dedotta e dimostrata dall'Amministrazione, la quale – rimanendo contumace – nulla ha riferito in proposito. Deve conclusivamente ordinarsi l'assegnazione della ricorrente, in esito alle procedura di mobilità territoriale relative all'a.s. 2016/2017, presso l'ambito 0003”.

Detto ciò, è di tutta evidenza l'illegittimità della condotta amministrativa, certamente non in linea con il dettato normativo di riferimento, e le gravi insufficienze del criterio utilizzato per l'assegnazione delle sedi.

In altre parole, il Miur accorgendosi degli errori, ha cercato di porvi rimedio a scapito di docenti come la Fede che avevano pieno diritto al trasferimento e a vantaggio di docenti meno titolati.

Le circostanze sopra esposte hanno generato il paradossale risultato di consentire a docenti non aventi diritto di ottenere l'assegnazione di posti che stranamente e immotivatamente non erano stati assegnati al momento dell'esame delle domande di mobilità.

Il *modus operandi* seguito dall'amministrazione ha evidentemente tradito la stessa ratio della suddivisione in fasi e sottofasi del piano di mobilità, rintracciata nell'esigenza di garantire un ordine di priorità tra i partecipanti.

Deve evidenziarsi che nessun rilievo può assumere il mancato esperimento del tentativo di conciliazione da parte della ricorrente. Sul punto si è espresso l'intestato Tribunale in composizione collegiale: “Ritenuto pertanto che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure sussista il necessario *fumus boni iuris* posto che sarebbe stato onere della parte resistente allegare i motivi per cui i posti risultati disponibili all'esito della fase B1 non potevano essere assegnati alla reclamante, ovvero provare che i docenti cui sono stati assegnati i suddetti posti in sede di conciliazione avevano comunque maggior titolo rispetto alla [...] non potendo certo ascrivere a quest'ultima una qualche responsabilità per il fatto di non aver attivato il procedimento di conciliazione” (Trib. Milano, Collegio Lavoro, ord. del 30/05/2017)

Ebbene, nessun obbligo incombeva in capo all'odierna ricorrente in ordine alla proposizione di un'istanza per tentativo di conciliazione non essendo quest'ultima condizione di procedibilità ai fini della domanda proposta; né può sostenersi con assoluta certezza che l'eventuale proposizione dell'istanza di conciliazione avrebbe prodotto il risultato sperato, posto che costituisce dato di fatto documentato che tutte le conciliazioni accolte riguardano docenti che hanno partecipato alla fase C della mobilità. La circostanza che l'amministrazione abbia concluso un elevato numero di conciliazioni è l'evidente segnale del riconoscimento da parte della stessa di una condotta censurabile.

Né possono invocarsi, sul punto, le motivazioni che hanno indotto le docenti summenzionate a ricorrere alla procedura conciliativa e che di certo non possono formare oggetto di



contestazione; la circostanza decisiva ai fini del caso *de quo* è rappresentata in punto di fatto dall'illegittima assegnazione di ambiti territoriali della regione Sicilia residuati inevitabilmente dalla fase B a personale docente che ha avuto accesso alla fase C della mobilità insoddisfatto dell'ambito nazionale ottenuto e per di più con un punteggio nettamente inferiore alla ricorrente.

Al fine di scongiurare pretestuose eccezioni di controparte, si precisa infine che in nessun modo i posti assegnati in conciliazione possono ritenersi in organico di fatto. Le sedi disponibili per le operazioni di mobilità potevano essere solo posti in organico di diritto e mai di fatto (ovviamente perché tale tipologia di posto ha un titolare che momentaneamente non è disponibile alla presa di servizio, es. maternità, ma conserva il posto). Più precisamente, l'art. 8 del C.C.N.I. dell'8 aprile 2016 ha previsto, al comma 1, che "Le disponibilità per le operazioni di mobilità territoriale a domanda e d'ufficio e per quelle di mobilità professionale sono determinate, ai sensi del comma 108 della legge 107/15, dalle effettive vacanze risultanti all'inizio dell'anno scolastico per il quale si effettuano i movimenti, determinatesi a seguito di variazioni di stato giuridico del personale (es.: dimissioni, collocamento a riposo, decadenza, etc.) e su tutti i posti disponibili dell'organico dell'autonomia comunicati a cura dell'ufficio territorialmente competente al sistema informativo nei termini che saranno fissati dalle apposite disposizioni ministeriali". Ai successivi commi 3 e 4 è stato previsto che fossero inoltre disponibili per le operazioni di mobilità:

- a) le cattedre ed i posti, istituiti ex novo per l'organico dell'autonomia di ciascun anno scolastico e sprovvisti di personale titolare;
- b) le cattedre ed i posti già vacanti all'inizio dell'anno scolastico o che si dovessero rendere vacanti a qualsiasi altro titolo, la cui vacanza venga comunicata al sistema informativo entro i termini previsti per la comunicazione dei dati al sistema medesimo;
- c) le cattedre ed i posti non assegnati in via definitiva al personale con contratto a tempo indeterminato ..." con la precisazione che "... dalle predette disponibilità vanno detratti i posti e le cattedre occupati dal personale rientrato nei ruoli di cui al precedente art. 7, commi 1, 2 e 3", nonché ".....le cattedre ed i posti che si rendono vacanti per effetto dei movimenti in uscita, fatta salva la sistemazione del soprannumerario ...".

Ebbene, è evidente che le disponibilità per le mobilità, ovvero, in ogni caso, per le assegnazioni anche a mezzo di conciliazioni, non potevano che essere posti in organico di diritto, in quanto tali vacanti e sprovvisti di un titolare, e mai posti in organico di fatto.

Analogamente, non può ritenersi che i posti in commento siano residuati dalla sottofase B2 della mobilità posto che detta circostanza sarebbe in netto contrasto con le disposizioni normative di riferimento.

Sul punto deve richiamarsi la recente pronuncia del Tribunale di Bergamo (sentenza n. 106 del 23/02/2018 Dott.ssa Azzolini a mezzo della quale è stato disposto che: *"Ciò non è conforme né alla L. 107/2015, che all'art. 1 co. 108 ha espressamente previsto la successione tra le varie fasi (anche B1 e B2), né all'art. 8 co. 5 del CCNI che quando come già detto stabilisce "le operazioni non*



potranno determinare situazioni di esubero”, vuol proprio dire che se il contingente del 25% non viene utilizzato, i posti residui non possono essere considerati esuberanti (e quindi da mettere a disposizione della fase successiva) ma devono rimanere a disposizione della fase stessa. Ciò non implica un improprio superamento del limite del contingentamento (in quanto non è la semplice saturazione del 75% a determinare il passaggio alla parte non satura del 25% [...])”

Ebbene, l'agere amministrativo lascia intravedere tutti i vizi che hanno caratterizzato le operazioni di mobilità laddove si consideri che **docenti che partecipano ad una fase successiva della mobilità rispetto alla ricorrente, in palese violazione delle disposizioni normative di riferimento e dell'ordine delle fasi espressamente previsto in sede di contrattazione integrativa, ottengono la mobilità sugli ambiti richiesti dalla ricorrente e alla stessa negati per un'asserita indisponibilità di posti.**

Detto ciò, è di tutta evidenza l'illegittimità della condotta amministrativa, certamente non in linea con il dettato normativo di riferimento, e le gravi insufficienze del criterio utilizzato per l'assegnazione delle sedi: di fatto l'algoritmo avrebbe dovuto tradurre in flussi informativi i criteri e le priorità dettate dalle previsioni di legge e da quelle della contrattazione collettiva integrativa. Al contrario, il *modus operandi* seguito dall'amministrazione ha evidentemente tradito la stessa ratio della suddivisione in fasi e sottofasi del piano di mobilità, rintracciata nell'esigenza di garantire un ordine di priorità tra i partecipanti. Le numerose pronunce della giurisprudenza di merito sul punto confermano pienamente quanto sopra esposto.

Orbene, di fatto il risultato finale e paradossale generato dall'algoritmo è stato, quindi, quello di far apparire inspiegabilmente dei posti disponibili solo nella fase successiva, con la relativa assegnazione a soggetti non aventi titolo e diritto.

Ma v'è di più: nel caso di specie emerge in modo inconfutabile il **mancato rispetto dell'ordine delle preferenze espresse.**

La questione è stata oggetto di diverse pronunce della giurisprudenza di merito che ha censurato l'agere amministrativo posto in essere in palese violazione dell'ordine delle preferenze espresse.

Accanto alle allegate pronunce dell'Ill.mo Tribunale adito in materia, si riporta in la recente pronuncia del Tribunale di Roma dove si legge espressamente: *“Invero pure il CCNL integrativo dell' 8.4.2016 prevede che la mobilità abbia luogo secondo un ordine di preferenza tra tutti gli ambiti territoriale, nel rispetto di un ordine di graduatoria determinato per ciascuna preferenza sulla base degli elementi di cui alla tabella di valutazione dei titoli, dando preferenza al punteggio più alto e a parità di punteggi, al candidato più anziano. [...] Ebbene, nel caso in esame si rileva che la ricorrente risulta essere stata sopravanzata rispetto a colleghi con punteggi inferiori e senza alcun criterio prioritario”* (Trib. Roma ordinanza del 24/02/2017; dello stesso tenore Trib. Roma ordinanza del 28/02/2017).

In tempi recenti, anche il Tribunale di Vercelli con ordinanza del 03/01/2017, in linea con la giurisprudenza prevalente, ha sancito l'illegittimità del procedimento seguito dal MIUR ed ha ordinato il trasferimento della docente in uno degli ambiti territoriali più vicini alla



residenza, precisando che il criterio guida nelle operazioni di mobilità non può che essere quello del “maggior punteggio”. Nella specie, secondo il giudice, il docente con punteggio superiore ha diritto ad essere collocato con precedenza in uno degli ambiti prescelti rispetto ai colleghi con punteggio inferiore. Ma v'è di più: secondo il Tribunale di Vercelli, la docente ben può essere assegnata all'ambito territoriale in soprannumero; ciò in quanto, come nel caso di specie, la docente non rivendica una determinata sede di servizio, ma un ambito territoriale.

L'assegnazione in soprannumero ha trovato l'accoglimento anche del Tribunale di Roma e del Tribunale di Pavia (ordinanza del 17/01/2017).

Venendo al caso *de quo*, il summenzionato criterio è stato disatteso posto che pur in presenza di posti disponibili non si è tenuto conto delle preferenze individuate dalla ricorrente e dell'ordine delle stesse.

La disponibilità di posti negli ambiti territoriali indicati prioritariamente dalla ricorrente, essendo documentale, è inconfutabile; i vizi della procedura di mobilità sono palesi.

L'algoritmo si è mostrato fallace anche sotto un diverso profilo, ossia quello relativo al mancato rispetto **del principio di scorrimento della graduatoria** previsto dall'art. 28, comma 1, D.P.R. n. 487/1994: nel caso di specie, infatti, ad un punteggio maggiore non corrisponde un maggior favore (soggetti con punteggi alti trasferiti su sedi lontane, soggetti con punteggi inferiori assegnati a sedi più vicine).

La violazione del principio dello scorrimento della graduatoria è stata, in più occasioni, accertata dai Giudici del Lavoro che hanno ravvisato nella condotta dell'Amministrazione scolastica una palese violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A., oltre che delle disposizioni di cui alla contrattazione collettiva integrativa sulla mobilità. In particolare, si riporta di seguito l'ordinanza del Tribunale di Trani del 14/09/2016 a mezzo della quale il giudice ha statuito che: *“dall'esame della documentazione agli atti agevolmente si riscontrano i nominativi degli insegnanti che pur avendo un punteggio di gran lunga inferiore rispetto a quello della ricorrente, hanno ottenuto l'assegnazione in una scuola primaria facente parte degli ambiti pugliesi, ovvero dei primi ambiti di preferenza scelti dalla lavoratrice istante per le esigenze di ricongiungimento familiare. Tale disparità di trattamento è rilevabile non solo nei primi ambiti di preferenza scelti dalla ricorrente, ma anche per gli altri ambiti territoriali scorrendo l'ordine di preferenza fino ad arrivare a quello erroneamente assegnato. non v'è dubbio che nella specie l'Amministrazione ha violato palesemente il principio generale ed inderogabile dello scorrimento della graduatoria fondato sul merito di cui al punteggio attribuito nella fase dei trasferimenti. Detto principio vincola l'amministrazione in quanto anche la procedura di mobilità ha natura concorsuale di impiego basata su di una graduatoria alla cui formazione concorrono l'anzianità, i titoli di servizio e le situazioni familiari e personali dell'interessato”*.

Recentemente il Tribunale di Ravenna (ordinanza 3638/2016) ha statuito che : *“la domanda è fondata poiché la ricorrente è stata comunque superata negli ambiti espressi in via di preferenza da docenti meno titolati nelle graduatorie e nei movimenti che ne sono conseguiti. Ciò posto l'amministrazione non ha indicato un valido motivo in forza del quale in relazione agli ambiti oggetto di preferenza da parte della*



ricorrente le siano stati preferiti colleghi con punteggi minori. Pertanto, nell'assenza di giustificazioni circa il motivo dell'applicazione di un siffatto criterio anti meritocratico in luogo del principio del merito, che, al contrario, oltre ad informare in generale qualsiasi procedura concorsuale risulta fatto proprio dalla normativa contrattuale collettiva in questione” (negli stessi termini Trib. di Trani ordinanza n. 28744/2016).

Da ultimo, il Giudice del lavoro di Brescia con due pronunce del 23/02/2017 ha accertato in via giudiziale che la procedura di mobilità attivata dal Miur per l'a.a.s. 2016/2017 è illegittima e viola l'art. 97 Cost. posto che nell'assegnazione della sede deve prevalere necessariamente il criterio del maggior punteggio. Specifica il Giudicante che secondo il meccanismo seguito dal ministero l'assegnazione della sede di destinazione avverrebbe in modo del tutto casuale in palese violazione anche del principio generale dello scorrimento delle graduatorie fondato sul merito.

Alla luce di quanto esposto, è evidente che tutto il sistema è stato congegnato in modo tale da apparire ai docenti come oscuro, acausale e completamente sganciato dai tradizionali principi e regole che presidiano la formazione delle graduatorie nelle procedure concorsuali.

Per tutti questi motivi, la sig.ra Fede, come sopra rappresentata e difesa, rassegna le seguenti

CONCLUSIONI

Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, previo annullamento e/o disapplicazione degli atti di cui in epigrafe:

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente al trasferimento interprovinciale a far data dal 01/09/2016, anche in soprannumero, scuola primaria, posto comune, negli ambiti prioritariamente indicati nella domanda di mobilità, vale a dire Sicilia Ambiti 0002, 0003 e 0001, provincia di Agrigento, o in subordine in uno degli ambiti della regione Sicilia secondo l'ordine di preferenze espresse e del punteggio;
- ordinare alle amministrazioni intimat, ciascuna per le proprie competenze, di adottare tutti gli atti consequenziali;
- condannare le resistenti alle spese di giudizio con distrazione in favore del difensore antistatario.

Dichiarazione di valore

Il sottoscritto avvocato, ai fini del contributo unificato, dichiarano che il presente procedimento verte in materia di lavoro – pubblico impiego- ed è di valore indeterminabile, ed è soggetto a un contributo unificato pari a € 259,00.

Il sottoscritto difensore, ai fini della notifica del presente ricorso a eventuali controinteressati, considerato che la notificazione nei modi ordinari risulta difficile stante il numero rilevante dei



destinatari (ai nominativi già individuati in ricorso devono necessariamente aggiungersi gli altri candidati aventi il medesimo interesse della ricorrente alla sede); considerato che la notifica per pubblici proclami *ex* art. 150 c.p.c. non si ritiene idonea al raggiungimento dello scopo, chiede

che la notifica del ricorso sia eseguita mediante inserimento di apposito avviso nel sito ufficiale del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, come già disposta da altri Tribunali in situazione analoghe.

Si allegano in copia:

1. Domanda di mobilità a.s. 2016/17;
2. Bollettino movimenti;
3. Provvedimento USP Agrigento;
4. Bollettino movimenti Milano;
5. Bollettino movimenti Lecco;
6. Provvedimento USP Trapani;
7. Bollettino movimenti;
8. Provvedimento USP Palermo;
9. Domanda di mobilità a.s. 2017/18;
10. Domanda di mobilità a.s. 2018/19;
11. Giurisprudenza;
12. CCNI mobilità a.s. 16/17;
13. O.M. 241/16.

Aragona 06/11/2018

Avv. Laura Cacciatore

2. Il ricorso, recante R.G. n. 11169/2018, veniva assegnato al giudice Dott.ssa Sara Manuela Moglia .

3. Si costituiva il Ministero resistente contestando le deduzioni di parte ricorrente e chiedendo il rigetto del ricorso.

3. Con sentenza n. 2617/2019 pubblicata il 15.11.2019 il Tribunale accoglieva il ricorso promosso dalla sig.ra Fedè.

4. Avverso la summenzionata sentenza il MIUR proponeva appello dinanzi alla Corte d'Appello di Milano lamentando l'erroneità della decisione.



5. Si costituiva la sig.ra Fede evidenziando l'erroneità della ricostruzione offerta dalla parte appellante e chiedendo la conferma della sentenza resa all'esito del primo grado di giudizio.

6. A definizione del giudizio recante R.G. n. 1379/2019, la Corte di Appello di Milano, con la sentenza n. 1087/2020 in riforma della sentenza n. 2617/2019 del Tribunale di Milano, respingeva le domande proposte dall'odierna ricorrente con il ricorso di primo grado.

7. Avverso le statuizioni della Corte d'Appello di Milano la sig.ra Fede proponeva ricorso per Cassazione (R.G. n. 16676/2021) denunciando la violazione e falsa applicazione dell'art. 24 Cost., dell'art. 111 Cost. e art. 2697 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, per avere la Corte territoriale attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione delle fattispecie basate sulla differenza tra fatti costitutivi ed eccezioni e della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova.

8. Con ordinanza n. 1850/2023, emessa all'esito della camera di consiglio del 19.10.2022 e pubblicata il 20.01.2023, la Suprema Corte di Cassazione accoglieva il ricorso e cassava la sentenza impugnata, rinviando, la causa dinanzi al Tribunale di Milano, in applicazione del disposto di cui all'art. 383 co. 3 e 354 co. 1, stante la rilevata mancata realizzazione del litisconsorzio nel corso del primo grado di giudizio.

Tanto premesso in fatto, la sig.ra Fede Vincenza, come sopra rappresentata, difesa ed elettivamente domiciliata,

RIASSUME

innanzi al Tribunale di Milano – Sezione Lavoro, in ossequio a quanto disposto dall'ordinanza n. 1850/2023 emessa dalla Corte di Cassazione in data 20.01.2023, il giudizio introdotto con ricorso di cui al n. R.G. 11169/2018 contro il Ministero dell'Istruzione e del Merito (già Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca) ed altri, ricorso come innanzi integralmente riportato e trascritto,



riproponendo in questa sede tutte e ciascuna delle deduzioni, argomentazioni difensive e richieste ivi contenute.

Alla luce di quanto enunciato dalla Suprema Corte, si sottopongono all'On.le Giudicante le seguenti

OSSERVAZIONI IN DIRITTO

Con l'ordinanza n. 1850/2023, la Suprema Corte ha statuito come segue: *“si deve preliminarmente richiamare il principio, recentemente sancito da questa S.C. e cui va data continuità, secondo il quale <<in tema di selezioni concorsuali, la pretesa con cui un docente di ruolo della scuola pubblica richiede il trasferimento in altra provincia, sulla base delle procedure previste dalla normativa di legge e dalla contrattazione collettiva, ha natura di azione di adempimento, alla cui introduzione è sufficiente la deduzione dell'inosservanza di regole di scelta favorevoli a tale docente e cui la P. A. era vincolata, mentre la questione in ordine alla effettiva spettanza di quel posto proprio a chi agisce e non ad altri concorrenti attiene soltanto al piano della prova o a quello della fondatezza nel merito e va definita sulla base dell'intero materiale istruttorio, acquisito o legalmente acquisibile in causa e comunque nel contraddittorio di tutti i candidati concorrenti rispetto a quel medesimo posto e di coloro cui esso sia stato in concreto attribuito (Cass. 23 novembre 2011 n. 36356) richiamando anche ex art. 118 disp. att. c.p.c. le motivazioni in quella sede più diffusamente adottate”*.

Secondo l'orientamento espresso dalla Suprema Corte, ha errato la Corte Territoriale nel ritenere incompleta la domanda giudiziale posto che *“nel caso di specie, la ricorrente ha dedotto di aver partecipato alla mobilità per gli Ambiti della Regione Sicilia, indicando come preferenza l'Ambito di Agrigento e che tuttavia il posto era stato attribuito ad altri docenti appartenenti alla successiva fase C. Ciò era del tutto sufficiente ad incardinare il giudizio, anche perchè - lo si dice per prendere posizione sull'affermazione della Corte di merito secondo cui sarebbe mancata l'indicazione delle disposizioni violate- l'intero assetto normativo quale richiamato nella stessa sentenza di appello rende evidente che, sulla base del dato di fondo di cui all'art. 1, co. 108 d.lgs. 107/2015 è palese che i docenti di cui alle fasi A e B (nel caso della ricorrente, in quanto assunta prima dell'anno scolastico 2014/2015) avessero di regola precedenza sui docenti della fase C”*.



In questa chiave di lettura, mutuando i principi generali espressi dalla giurisprudenza di legittimità in punto di distribuzione dell'onere della prova nel contesto della più generale azione di adempimento, a fronte delle deduzioni e allegazioni di parte ricorrente, sarebbe stato onere della parte convenuta provare la corretta applicazione delle regole sancite in punto di mobilità del personale docente, sconfessando, in questi termini, l'inadempimento dedotto.

Del resto, non può non tenersi in debito conto il principio di diritto consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità secondo cui la ripartizione dell'onere della prova deve tenere conto oltre che della distinzione tra fatti costitutivi e fatti estintivi o impeditivi del diritto, anche del principio- riconducibile all'art. 24 Cost, ed al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'agire in giudizio- della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova.

Di talché, posto che la ricorrente, come evidenziato dalla Suprema Corte, ha compiutamente dedotto l'inadempimento, ove, come nel caso di specie, i fatti possono essere noti soltanto al datore di lavoro- che opera i trasferimenti, valuta i titoli ed attribuisce i punteggi agli aspiranti- e non al lavoratore, è sul primo che grava l'onere della prova.

Nella fattispecie per cui è causa, la parte resistente non ha allegato, né documentato, le ragioni del proprio operato e non ha fornito alcuna giustificazione in merito alla circostanza che fossero residuati dei posti all'esito della fase B. Sul punto, non può sottacersi come nel corso dei diversi gradi di giudizio l'amministrazione resistente abbia ommesso qualsivoglia attività probatoria idonea a sconfessare le allegazioni di parte ricorrente, limitandosi ad affermazioni di principio dirette a rivendicare la correttezza delle operazioni di mobilità.

Quanto dedotto in relazione alla mancata specifica contestazione ha piena valenza ed effetti anche rispetto al presente ricorso in riassunzione. Invero, la riassunzione del giudizio ex art. 354 c.p.c, infatti, non è equiparabile all'introduzione di un nuovo giudizio. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione *“il difetto di*



integrità del contraddittorio costituisce un vizio della vocatio in ius e non dell'editio actionis, la riassunzione del giudizio in primo grado, dopo che il giudice di appello, in applicazione degli artt. 353 e 354 cpc, ne abbia disposto la remissione al primo giudice dichiarando nulla per difetto di integrità del contraddittorio la sentenza emessa in prime cure, comporta la continuazione del giudizio precedentemente instaurato e non l'instaurazione di un nuovo giudizio. Ne consegue che restano intatte preclusioni e decadenze” (Corte di Cassazione- Sez. Lav. sentenza n. 12719/2013 e sentenza n. 11628/2007). Diversamente opinando verrebbe a determinarsi una sorta di remissione in termini delle parti, non consentita da alcuna norma processuale.

Alla luce dell'orientamento granitico della giurisprudenza sul punto, deve affermarsi che il giudizio di rinvio è un processo ad istruzione “chiusa”, sicchè è preclusa l'acquisizione di nuove prove e nuovi documenti, salvo che la parte interessata non dimostri di non avervi provveduto per causa di forza maggiore; quanto detto anche al fine di evitare un ampliamento del *thema decidendum* cristallizzatosi nelle precedenti fasi processuali.

Di talché, dovrà ritenersi l'inammissibilità di qualsivoglia nuova o diversa contestazione ad opera del Ministero resistente, nonché l'eventuale produzione di nuova documentazione. Avuto riguardo, altresì, alle doglianze della ricorrente portate all'attenzione di codesto Tribunale, deve ribadirsi l'illegittimità dell'azione amministrativa a fronte di una provata (perché documentale) disponibilità di posti che del tutto arbitrariamente e in palese contrapposizione alle disposizioni normative di riferimento sono stati assegnati a personale docente che aveva avuto accesso a fasi successive della mobilità e financo all'esito di procedure di conciliazione.

Di fatto, come è evidente, l'amministrazione resistente, in violazione del dato normativo di riferimento dettato dalla L. 107, in presenza di posti disponibili non ha evaso la domanda della docente Fede, salvo poi attribuire detti posti alle fasi successive della mobilità e all'esito delle procedure di conciliazione.



In tal senso, non si comprende la *ratio* che ha spinto l'amministrazione resistente a non assegnare i summenzionati posti nella fase di pertinenza ed attendere solo la fine della procedura straordinaria di mobilità per assegnare i posti in conciliazione, nell'evidente tentativo di porre rimedio agli errori commessi. Non v'è chi non veda, infatti, che almeno all'epoca in cui è stata presa in esame la domanda di mobilità presentata dalla ricorrente, e fino a quando non sono state esaminate le istanze di conciliazione, vi erano posti disponibili che ben potevano essere assegnati alla stessa.

Le suesposte argomentazioni difensive hanno trovato conferma in una recente pronuncia della Suprema Corte che ha statuito come segue: “ **la pretesa della ricorrente, finalizzata ad ottenere la declaratoria della spettanza a sé, che ha partecipato alla fase C, di uno dei posti ancora disponibili dopo la fase C dei trasferimenti interprovinciali ha la natura propria di un'azione di adempimento** (v. Cass., n. 36356 del 2021), in quanto impostata per ottenere il bene della vita che si ipotizza come dovuto per effetto di una gestione delle graduatorie coerente con le regole di legge e della contrattazione collettiva che ne regolano l'attribuzione e che definiscono i conseguenti obblighi datoriali che si assumono non osservati. E' indubbio come affermato dalla giurisprudenza di legittimità da ultimo richiamata che, ad introdurre validamente il processo, in tali casi, è sufficiente la deduzione dell'inadempimento (causa petendi) e dell'effetto rivendicato quale conseguenza del comportamento che avrebbe dovuto essere tenuto e non lo è stato (petitum). [...] Pertanto è **onere dell'Amministrazione dimostrare**, una volta che la lavoratrice ha provato di aver partecipato alla procedura chiedendo l'ambito in questione e che il posto è stato assegnato ad un'altra docente che ha partecipato alla fase successiva, **che il posto conferito nella fase D non era disponibile nella fase C**” (cfr. Corte Cass. sez. lav. sentenza n. 11382/2022).

A ciò si aggiunga che, come ampiamente argomentato nel ricorso introduttivo, la giurisprudenza di merito intervenuta su analoghi casi ha sancito la possibilità per il docente, una volta accertata l'illegittimità della procedura di mobilità, di essere assegnato negli ambiti prioritariamente richiesti anche in soprannumero; ciò in quanto, come nel caso di specie, la docente non rivendica una determinata sede di



servizio, ma un ambito territoriale. L'ambito, come è noto, rappresenta una suddivisione regionale in aree geografiche la cui ampiezza è inferiore alle attuali province o città metropolitane, da cui i dirigenti possono attingere per gli incarichi triennali nelle scuole

Per tutti questi motivi, la signora Fede Vincenza, come sopra rappresentata e difesa, rassegna le seguenti

CONCLUSIONI

Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza eccezione e difesa, previo annullamento e/o disapplicazione degli atti di cui in epigrafe,

- accertare e dichiarare il diritto della ricorrente al trasferimento interprovinciale, a far data dall'a.s. 2016/2017, nella provincia di Agrigento, posto comune, anche in soprannumero, secondo l'ordine di preferenza indicato nella domanda di mobilità e con assegnazione della sede scolastica sulla base delle preferenze espresse e del punteggio; e, per l'effetto,

- ordinare alle amministrazioni intime, ciascuna per le proprie competenze, di adottare tutti gli atti consequenziali.

Con vittoria di spese e compensi professionali di tutti i gradi di giudizio, ivi incluse le spese e i compensi di cui al giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, da distrarsi in favore dei difensori antistatari.

Dichiarazione di valore

I sottoscritti avvocati, ai fini del contributo unificato dichiarano che il presente procedimento verte in materia di lavoro – pubblico impiego- è di valore indeterminabile ed è soggetto ad un contributo unificato di € 259,00, versato con il ricorso introduttivo.

Richiesta autorizzazione notifica ai controinteressati ex art. 151 c.p.c in forza di quanto disposto dalla sentenza della Corte di Cassazione.



I sottoscritti difensori, ai fini della notifica del presente ricorso ai controinteressati, considerato che la notificazione nei modi ordinari risulta difficile stante il numero rilevante dei destinatari (ai nominativi già individuati in ricorso devono necessariamente aggiungersi gli altri candidati aventi il medesimo interesse della ricorrente alla sede); considerato che la notifica per pubblici proclami ex art. 150 c.p.c. non si ritiene idonea al raggiungimento dello scopo,

chiedono

che la notifica del ricorso ai controinteressati, da individuarsi in tutti gli insegnanti di scuola primaria, posto comune, partecipanti alla mobilità 2016/17 che hanno ottenuto una sede in un ambito ricompreso all'interno del territorio siciliano, sia eseguita mediante inserimento di apposito avviso nel sito ufficiale del Ministero dell'Istruzione e del Merito, come già disposta da altri Tribunali in situazioni analoghe.

Si produce:

1. Ordinanza Corte di Cassazione n. 1850/2023;
2. fascicolo di parte del procedimento dinanzi alla Suprema Corte;
3. fascicolo di parte del secondo grado di giudizio;
4. fascicolo di parte del primo grado di giudizio.

Favara 14.04.2023

Avv. Laura Cacciatore

Avv. Giuseppe Limblici

