

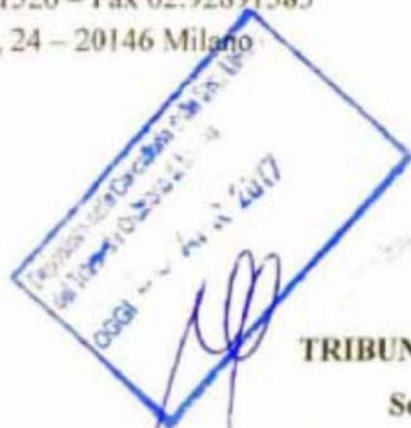
MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA

Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia

Ambito Territoriale di Milano- Ufficio Contenzioso Civile

Tel. 02.92891520 – Fax 02.92891583

Via Soderini, 24 – 20146 Milano



TRIBUNALE DI MILANO

Sezione lavoro

MEMORIA DIFENSIVA su ricorso ex art. 414 cpc

RG. 2173/17

Udienza del 11/05/2017

Giudice : Dott.ssa Francesca SAIONI

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. dall' Avv. Manuela 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

GRASSI MARIA ROSARIA (GRSMRS69R53C351K), nata a Catania il 13.10.1969 e residente a Giarre (Ct), rappresentata e difesa dagli **Avv.ti Mariagrazia Condorelli e Guido Minà** ed elettivamente domiciliata in Catania, Viale Rapisardi, 239 (mariagrazia.condorelli@pec.ordineavvocaticatania.it)

Ricorrente

Premesso e ritenuto impugnativamente l'atto introduttivo della presente fase cautelare, nota al Giudicante, la resistente Amministrazione, contesta, in fatto e in diritto, quanto *ex adverso* dedotto nel

ricorso introduttivo del presente giudizio, eccepandone 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 GRASSI MARIA ROSARIA, premessi i fatti di cui al ricorso stesso, chiede all'intestato Tribunale che si pronunci per:

1. Accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere trasferita sulla tipologia di posti di scuola primaria per cui ha titolo, sulla base del criterio del punteggio unitamente al personale docente ex comma 96, lett.a) della L.107/15, assunto nella fase c) del piano straordinario di assunzioni ex L.107/15, con decorrenza dall'a.s. 2016/2017, ritenuta e dichiarata illegittima riserva/accantonamento dei posti in favore dei docenti immessi in ruolo dalla graduatoria del concorso ordinario 2012;
2. Accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere trasferita presso l'Ambito Sicilia 0006 o, in subordine, presso uno degli ambiti della regione Sicilia indicati in domanda;
3. In via subordinata, sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme indicate e per le ragioni indicate in ricorso;
4. Condannare il MIUR alle spese e competenze di giudizio

Il Giudice ha fissato udienza per la trattazione del procedimento per il 11 maggio 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.

§§§§§§

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 formati 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, **l'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 dedotto 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 17.02.17, R.G. 1163/17 e Ord. 17.03.17, R.G. 2101/17 (**ALL. 3 – 4**)

§§§§§

B. ILLEGITTIMITA' DEL 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 entro l'a.s.2014/2015 e per l'assegnazione di sede definitiva degli assunti da concorso 2012 nelle fasi B e C)

Tale scelta del legislatore va inquadrata nel disegno complessivo della L.107/2015 il cui intento è quello di assorbire, nei limiti dei posti disponibili, il precariato consolidatosi nelle GAE in proporzioni rilevantissime. Ciò ha consentito anche ai docenti che già erano assunti a tempo indeterminato di poter ottenere una deroga al vincolo triennale e poter accedere alle procedure di mobilità interprovinciale. La ricorrente, nella sua istanza di mobilità (ALL. 5), ha indicato nelle sue prime preferenze tutti ambiti della Regione Sicilia; si sottolinea che nell'ambito della **FASE C** dei trasferimenti, su scuola primaria, **NESSUN DOCENTE HA OTTENUTO IL TRASFERIMENTO IN SICILIA.**

Coloro che, secondo quanto affermato, avrebbero illegittimamente ottenuto la sede in Sicilia con punteggi inferiori a quello della istante, in realtà erano **TUTTI DOCENTI CHE PARTECIPAVANO ALLA FASE B3 DEI TRASFERIMENTI**, ossia docenti che sono stati assunti a tempo indeterminato proveniendo però dalle Graduatorie di Merito (GM) degli idonei del concorso 2012, diversamente da lei che invece proveniva dalle Graduatorie ad Esaurimento. (GAE)

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

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

La ricorrente lamenta la circostanza secondo la quale *"...la condotta della Pubblica Amministrazione è smaccatamente illegittima perché, violando i principi costituzionali costituzionali suddetti, ignorando interamente gli obblighi di procedere secondo l'ordine di graduatoria nell'assegnazione di ciascun candidato nella sede indicata secondo l'ordine espresso, ha posto in essere una procedura selettiva del tutto parziale"*.

La tesi della ricorrente, secondo la quale ci sarebbe stata una discriminazione nei confronti dei soggetti provenienti da GAE, inseriti in fase C, rispetto a quelli provenienti dalle graduatorie di Marito del concorso del 2012, inseriti nella fase B, non può essere accolta.

Come stabilito da Trib. Milano, Ord. n. 10238/2017 del 12/04/2017 “ *Da un lato infatti il MIUR si è attenuto al rispetto della Legge e dall'altro quest'ultima ha deciso, nell'ambito della discrezionalità del legislatore, di disciplinare diversamente due situazioni che non sono uguali, ma diverse, essendo i docenti inseriti nella fase B risultati idonei al concorso del 2012. Il principio di parità di trattamento e non discriminazione impone infatti di trattare in modo uguale situazioni identiche, mentre le situazioni concrete poste alla base della fase B e della fase C sono diverse, con la conseguenza che non vi è alcuna discriminazione; si ritiene pertanto manifestamente infondata la richiesta di sottoporre tale normativa all'attenzione della Corte Costituzionale.*”

In ricorso viene anche sostenuta l'illegittimità dell'OM 241/2017 e del CCNI in quanto contrastanti con l'art.1, co.100 e 108 della L.107/2015.

Anche tale doglianza non può ritenersi fondata. I predetti commi stabiliscono rispettivamente che “ *I soggetti interessati dalle fasi di cui al comma 98, lettere b) e c) , se in possesso della relativa specializzazione, esprimono l'ordine di preferenza tra posti di sostegno e posti comuni. Esprimono, inoltre, l'ordine di preferenza tra tutte le province, a livello nazionale. In caso di indisponibilità sui posti per tutte le province, non si procede all'assunzione. All'assunzione si provvede scorrendo l'elenco di tutte le iscrizioni nelle graduatorie, dando priorità ai soggetti di cui al comma 96, lettera a), rispetto agli iscritti nelle graduatorie ad esaurimento e, in subordine, in base al punteggio posseduto per ciascuna classe di concorso*” e 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 livello nazionale, ai fini dell'attribuzione dell'incarico triennale. Limitatamente all'anno scolastico 2015/2016, i docenti assunti a tempo indeterminato entro l'anno scolastico 2014/2015, anche in deroga al vincolo triennale sopra citato, possono richiedere l'assegnazione provvisoria interprovinciale. Tale assegnazione può essere disposta

dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca nel limite dei posti di organico dell'autonomia disponibili e autorizzati".

E' pertanto di tutta evidenza che sia la norma stessa a far riferimento espressamente ai docenti immessi nella GAE, con la conseguenza che sia l'OM che il CCNI debbono considerarsi rispettosi della legge; in sostanza il CCNI ha perfettamente integrato la disciplina legislativa garantendo una priorità ai docenti provenienti da GM dl concorso 2012 rispetto a quelli provenienti da GAE, ma esclusivamente nell'ambito territoriale della provincia di assegnazione provvisoria.

Quindi, 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 GRASSI ha ottenuto il ruolo accedendo dalla sua posizione nelle Graduatorie ad Esaurimento, non essendo stata 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.

Tale orientamento è stato accolto anche dal Trib. Ancona, 04.11.2016, R.G. 1437/2016 (ALL.6), e Trib. Monza. 31.01.2017, R.G. 2623 (ALL.7)

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.

§§§§§

C. DIFETTO DI GIURISDIZIONE

In ricorso si richiede la dichiarazione illegittimità e/o inefficacia del CCNI dell' 08/04/2016 e dell' OM 241/16, nella parte in cui prevedono che gli assunti nell'a.s. 2015/16 dichiarati idonei provenienti

da GM del Conc. 2012 partecipano alle procedure di mobilità prima degli assunti nell'a.s 2015/16 provenienti da GAE, assumendo che tale procedura contrasti col principio meritocratico basato sul punteggio e che in essa si possano configurare anche vizi di incostituzionalità.

A tale riguardo, come anche recentemente sostenuto dal Tribunale di Milano (Ord. del 15.03.2017, R.G. 11927/2016) (**ALL. 8**) "...la giurisdizione ordinaria non si estende a tutte le vertenze inerenti al personale con rapporto contrattuale: ai sensi del comma 4 del citato art. 63 (del d.lgs n, 165 del 2001) *restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*. Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, a Sezioni Unite, la giurisdizione si determina in base al petitum sostanziale, che va individuato con riferimento ai fatti materiali allegati dall'attore e alle particolari caratteristiche del rapporto dedotto in giudizio; nelle giurisdizione del giudice ordinario rientra il potere di verificare, in via incidentale, la legittimità degli atti generali di autoregolamentazione dell'ente pubblico (per eventualmente disapplicarli), qualora il giudizio verta su pretese attinenti al rapporto di lavoro e riguardi, quindi, posizioni di diritto soggettivo del lavoratore, in relazione ai quali i suddetti provvedimenti di autoregolamentazione costituiscono solamente atti presupposti (Cass., S.U., n.13169/2006; Cass. S.U.,n.3677/2009; Cass. S.U., n.11712/2016).... La Suprema Corte ha anche chiarito che....spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia nella quale la contestazione investa direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi (Cass. S.U., n.3052/2009; Cass. S.U., n.22733/2011; cass. S.U. n.25210/2015)..."

Da ciò pertanto l'ufficio scrivente ritiene che l'eventuale questione di illegittimità dell'O.M 241 del 08/04/2016, in applicazione del C.C.N.I di pari data, debba essere sottoposta al giudizio del Giudice Amministrativo, non rientrando nella giurisdizione del Giudice Ordinario.

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

CONCLUSIONI

1. Rigettare il ricorso per assoluta mancanza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* per le ragioni esposte in atto.

2. Condannare parte ricorrente alla rifusione delle spese del presente giudizio a favore del funzionario delegato ex comma 42, art. 4 della L. 12.11.2011 n. 183 (legge di stabilità 2012) nella misura corrispondente alla tariffa vigente per gli avvocati detratto il 20% degli onorari di avvocato ivi previsti

Con riserva di ulteriormente integrare anche in via istruttoria

Si producono i seguenti documenti in copia:

1. 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. Ord. Trib Milano del 17.03.17, R.G. 2101/17
5. Domanda mobilità signora GRASSI
6. Ordinanza Trib. Ancona, 04.11.2016, R.G. 1437/2016
7. Ordinanza Trib. Monza. 31.01.2017, R.G. 2623
8. Stralcio Ord. Trib Milano del 15.03.2017, R.G. 11927/2016

Milano, 13 .04.2017

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

Manuela Romano