

CAUSA RG. 1141/17

CORTE D'APPELLO DI MILANO  
SEZIONE LAVORO

Il Collegio composto dai Magistrati:  
Chiarina Sala - presidente relatore  
Giovanni Picciau - consigliere  
Paola Poli - consigliere Ga

a scioglimento della precedente riserva rileva quanto segue.

A seguito del deposito, in data 11.9.17, di atto di appello avverso la sentenza n. 1675/17 del Tribunale di Milano ,con fissazione di udienza di discussione l 26.9.18, [ ] in data 25.10.17 ha depositato ricorso in via d'urgenza allegando la sussistenza del doppio requisito del periculum in mora e del fumus boni iuris.

All'udienza del 30.11.17, in assenza del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca , non costituitosi per la fase d'urgenza nonostante la regolare notificazione via pec in data 9.11.17, la causa è stata discussa limitatamente all'azione cautelare svolta.

Ritiene il Collegio che l'azione cautelare promossa sia fondata.

**Sul periculum in mora :**

La difesa della [ ] ha dedotto, a sostegno della situazione d'urgenza posta a fondamento del ricorso, la circostanza di aver ricevuto ,come da ordinanza del 5 dicembre 2016 del Tribunale dei Minori di Palermo , l'affidamento preadottivo della minore [ ], con la conseguente necessità di dover affrontare un anno di prova molto delicato.

Ad avviso della parte istante la distanza della lavoratrice, quale madre preadottiva, dal luogo di residenza può rischiare

51

di pregiudicare il successo dell'affido stesso con la deprecata eventualità di una revoca; ha evidenziato di avere già usufruito dell'intero periodo di congedo parentale.

E' stato allegato inoltre che il marito trae la sua occupazione da una attività lavorativa in proprio ,come titolare di una ditta di arti grafiche ,con conseguente impossibilità di spostarsi in altra sede.

Infine l'appellante ha dedotto di essere anche l'unica figlia a poter prestare assistenza al padre di 85 anni convivente, riconosciuto portatore di handicap, non essendo le sorelle in condizioni di prestare aiuto ,vivendo l'una a Caltanissetta e l'altra assente da Lampedusa per lavoro per lunghi periodi.

Rileva il Collegio che la documentazione prodotta, soprattutto in relazione alla situazione familiare legata alla preadozione, integri effettivamente una situazione di oggettiva urgenza ovvero di irreparabilità della lesione del diritto azionato per il tempo necessario ad ottenere tutela via ordinaria ,atteso che l'udienza di discussione è stata fissata al settembre del 2018.( cfr ordinanza Trib. Palermo del 5.12.16 docn5 fasc.primo grado )

Ci si trova effettivamente di fronte ad una lavoratrice che deve fronteggiare una situazione particolarmente delicata con la sostanziale impossibilità , salvo il rischio di pregiudicare la stabilità dell'affido , di esercitare la attività lavorativa lontano dalla figlia da poco affidata con preaffido .

Sotto tale profilo è dunque confermata la sussistenza del periculum in mora .

**Sul fumus boni iuris :**

Sotto tale aspetto la difesa della parte istante richiama tutti i motivi di gravame esposti nell'atto di appello .

Va premesso che il Tribunale di Milano con sentenza 1675/2017 ha respinto il ricorso proposto da  diretto a

ottenere il riconoscimento del diritto della stessa al trasferimento interprovinciale per l'anno scolastico 2016/2017 dalla provincia di Milano alla provincia di Agrigento, per posto comune ,oppure posto in lingua inglese, anche in soprannumero secondo l'ordine di preferenza indicato nella domanda di mobilità e con l'assegnazione della sede scolastica sulla base delle preferenze espresse e del punteggio e per l'effetto ordinare all'amministrazione intimata di adottare tutti gli atti consequenziali .

Il primo giudice aveva rilevato che la ricorrente era insegnante di scuola primaria titolare di un posto comune presso l'Istituto comprensivo di [ ] e la stessa aveva presentato domanda di trasferimento interprovinciale partecipando alla fase b -sotto fase b1-dedicata ai docenti immessi in ruolo entro l'anno scolastico 2014/15 e di aver indicato tra le preferenze territoriali sei ambiti della regione Sicilia sul posto comune o, in subordine, in lingua inglese.

Il Tribunale, respinta l'eccezione di decadenza formulata dalla parte convenuta ex art 32 , ha evidenziato come l'ordinanza 241 del 2016 del MIUR avesse recepito quanto stabilito dal contratto collettivo relativamente alla mobilità per l'anno scolastico 2016/2017 .

Rientrando la ricorrente nella categoria dei docenti assunti nella fase B del piano di reclutamento straordinario, e dunque avendo la possibilità di rimanere nella provincia di assegnazione provvisoria ottenuta per l'anno scolastico 2015/2016 con priorità rispetto agli assunti provenienti da gae, ha ritenuto che, trattandosi di procedura di reclutamento straordinario, alla stessa non si potessero applicare le disposizioni generali in materia di procedure di reclutamento di cui all'articolo 1 comma 109 della legge 107 del 2015, che peraltro faceva espressamente salva la procedura di reclutamento straordinario di cui all'articolo 1 comma 95/105 della legge 107 del 2015.

3-1

Il primo giudice ha precisato come la ricorrente, inserita nelle graduatorie ad esaurimento della provincia di Milano dall' 1 settembre 2007 ,e immessa in ruolo con assegnazione provvisoria dal 1 settembre 2012 nella scuola primaria di Lampedusa , nella domanda di trasferimento interprovinciale- fase B1- avesse indicato come prima preferenza la Sicilia ambito 0001 per 16 istituti scolastici, e ambito 0002,0003,0017,0004 ottenendo 74 punti, oltre a 6 punti del Comune di Lampedusa e Linosa per ricongiungimento familiare.

Il giudice ha rilevato che ai docenti di fase C, che avevano ottenuto il trasferimento in ambito Sicilia 003 ,erano stati assegnati posti rimasti vacanti dopo lo svolgimento della procedura di mobilità e all'esito della procedura di conciliazione non esperita dalla ricorrente; i docenti trasferiti in provincia di Agrigento in fase B1 godevano di precedenza; i docenti senza precedenza trasferiti nella medesima provincia provenivano da una graduatoria di merito ottenendo trasferimento provinciale a seguito di accantonamento della sede di assegnazione provvisoria.

Rispetto agli altri ambiti territoriali della Sicilia indicati nell'istanza il Tribunale ha rilevato come l'ordine delle preferenze espresse fosse il criterio primario di graduazione degli aspiranti alla mobilità e il punteggio dagli stessi posseduto costituisse un criterio che operava solo all'interno di ogni singolo ambito territoriale considerato nel corso della procedura ,con la conseguenza che l'istanza di un docente poteva venire soddisfatta a discapito di un altro docente di maggior punteggio ma pur sempre nell'ambito richiesto con priorità alle proprie preferenze; secondo il Tribunale la comparazione dei punteggi operava per ciascun singolo ambito territoriale e secondo l'ordine di preferenza delle destinazioni espresso da ogni docente.

Secondo la parte appellante invece, premesso che la legge 107/15 sulla buona scuola aveva previsto per l'anno scolastico

2016/2017 un piano straordinario di mobilità territoriale professionale aperto sia ai docenti immessi in ruolo nell'anno scolastico 2015/2016, sia ai docenti immessi in ruolo entro l'anno scolastico 2014/2015, disciplina poi dettagliata nel contratto collettivo nazionale sulla mobilità del 2016/2017, ha evidenziato come l'articolo 6 del citato contratto collettivo nazionale avesse previsto quattro distinte fasi di reclutamento, ovvero la fase a) relativa agli assunti entro l'anno scolastico 2014/2015; la fase b) relativa ai trasferimenti fuori provincia e passaggi di cattedra e di ruolo fuori provincia degli assunti entro 2014/2015 **nei limiti dei posti vacanti disponibili** ; la fase C) relativa agli assunti nell'anno scolastico 2015/ 2016 da fasi B e C del piano assunzionale provenienti da graduatorie a esaurimento che, **dopo le operazioni di quelle fasi precedenti e nel limite dei posti vacanti disponibili**, avessero partecipato alla mobilità su base nazionale; infine la fase d) alla quale partecipavano **dopo l'operazione di cui alle fasi precedenti** gli assunti da fasi A-B-C del piano di assunzioni 2015/2016 .

Secondo la parte appellante ,premessi quanto sopra, tenuto conto del dato normativo di cui alla legge 107/2015, nonché del contratto collettivo nazionale -articolo 3 comma 2- il personale docente assunto prima del 2014/15 poteva partecipare all'operazione di mobilità su tutti i posti vacanti disponibili inclusi quelli assegnati in via provvisoria al personale docente assunto nelle fasi B e C da graduatorie a esaurimento del piano straordinario di assunzione.

Pertanto erroneamente ,per gli ambiti territoriali indicati nella domanda di trasferimento della ricorrente, erano stati assegnati posti al personale docente che aveva avuto accesso alla sola fase C della mobilità e quindi a una fase successiva rispetto a quella dell'appellante ,con il conseguente illegittimo operare dell'amministrazione; in ogni caso sarebbe stato onere dell'amministrazione provare che i posti disponibili non potevano essere assegnati all'appellante.

Esaminati sia pur sommariamente i suddetti motivi di gravame sotto il profilo del *fumus boni iuris* ritiene il Collegio, pur dovendosi rinviare alla fase del merito il più approfondito esame degli stessi, che effettivamente il primo giudice non abbia affrontato la principale doglianza attrice ovvero l'avere il Ministero convenuto assegnato tre posti che risultavano ancora disponibili dopo i movimenti della fase B (alla quale apparteneva la ricorrente) a favore di non aventi diritto in quanto appartenenti alla successiva fase C. (cfr doc 7 fascicolo ricorrente in primo grado)

Tale rilievo era già stato del resto ampiamente espresso in fase di reclamo della ordinanza emessa il 13.4.17 a seguito del dell'azione cautelare promossa dalla [ ] in primo grado, reclamo respinto unicamente per assenza del periculum in mora data la imminenza della definizione del giudizio nel merito.

In quella sede il Tribunale di Milano, espressosi comunque anche sul *fumus boni iuris*, pur condividendo la motivazione offerta dal primo giudice per respingere l'eccezione di decadenza ai sensi dell'articolo 32 legge 183/10 svolta dalle amministrazioni resistenti, ha ritenuto non corrette "le argomentazioni contenute nell'ordinanza reclamata per giustificare la avvenuta assegnazione dei posti rimasti vacanti disponibili a docenti di fase C ossia appartenenti a fase successiva a quella in cui risultava inserita la [ ]".

In particolare il Tribunale ha affermato che "è pacifico in causa e comunque documentale che la [ ] ha presentato domanda di trasferimento interprovinciale partecipando alla fase B, sotto fase B1, dedicata ai docenti immessi in ruolo entro l'anno scolastico 2014/15; che nella domanda indicata tra le preferenze territoriali espresse sei ambiti della regione Sicilia individuando come prima opzione la provincia di Agrigento e a seguire, nell'ordine, la provincia di Palermo e di Caltanissetta; che in data 7 settembre 2016 l'USP di Agrigento

6-1

pubblicava il provvedimento protocollo numero 11055 (cfr documento 17 fascicolo di parte) a mezzo del quale il dirigente, all'esito dell'esame delle istanze di conciliazione, dava atto della disponibilità di tre posti rimasti vacanti dopo i movimenti della 2<sup>a</sup> fase presso l'Ambito tre; che pertanto all'esito della seconda fase della mobilità, cui aveva avuto accesso la reclamante, erano rimasti dei posti vacanti disponibili e che detti posti sono stati assegnati a docenti che avevano partecipato ad una fase successiva della mobilità rispetto alla [ ] (cfr documenti 2, 8,9 17 di parte ricorrente)".

Alla luce di quanto sopra lo stesso Tribunale aveva rilevato la effettiva sussistenza del *fumus bonis iuris* atteso che sarebbe stato onere della parte resistente allegare i motivi per i quali i posti risultati disponibili all'esito della fase B1 non potevano essere assegnati alla reclamante, oppure provare che i docenti ai quali erano stati assegnati i suddetti posti in sede di conciliazione avevano comunque maggior titolo rispetto alla [ ], non potendo certo ascriversi a quest'ultima una qualche responsabilità per il fatto di non aver attivato il procedimento di conciliazione.

Ritiene il Collegio che le suddette motivazioni espresse dal Tribunale di Milano in quella sede , siano del tutto condivisibili e comportino in questa sede l'accoglimento del ricorso proposto in via d'urgenza, rilevato peraltro che il Ministero, rimasto assente in questa fase, nulla ha spiegato circa le ragioni che hanno condotto ad assegnare i citati tre posti ancora disponibili per gli appartenenti alla fase B a docenti della successiva fase C.

Il ricorso promosso ex art 700 cpc va pertanto accolto disponendosi che il Ministero convenuto ponga in essere tutti gli atti necessari per dar seguito, in via provvisoria, al trasferimento interprovinciale della parte appellante a far data

dall'anno scolastico 2016/2017 dalla Provincia di Milano alla Provincia di Agrigento ,per posto comune ovvero in lingua ,anche in soprannumero, secondo l'ordine di preferenza espresso nella domanda di mobilità e con l'assegnazione della sede scolastica sulla base delle preferenze espresse e del punteggio.

Trattandosi di azione cautelare in corso di causa ,la liquidazione delle spese della attuale fase è rinviata all'esito del giudizio di merito già fissato per l'udienza del 26 settembre 2018.

P.Q.M.

dispone che il Ministero convenuto attui in via provvisoria il trasferimento interprovinciale della parte appellante [ ] a far data dall'anno scolastico 2016/2017 dalla Provincia di Milano alla provincia di Agrigento, per posto comune ovvero in lingua, anche in soprannumero, secondo l'ordine di preferenza espresso nella domanda di mobilità e con l'assegnazione della sede scolastica sulla base delle preferenze espresse e del punteggio.

Rinvia la liquidazione delle spese di lite della attuale fase all'esito della fase del merito ,già fissata per l'udienza del 26 settembre 2018.

Milano, 4 dicembre 2017 - Il Presidente Relatore,

Chiara Sala



Assistente Giudiziaro  
Violante Senatore