

CORTE DI APPELLO DI PALERMO

SEZIONE LAVORO

RICORSO IN APPELLO

Per il **MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO**, in persona del Ministro *pro tempore* (C.F. 80185250588) e per l'**UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA SICILIA**, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, (C.F. 80027950825, indirizzo pec: ads.pa@mailcert.avvocaturastato.it; telefax 091527080), presso i cui uffici siti in via V. Villareale n. 6, domiciliario *ex lege*;

CONTRO

ORTOLANO FRANCESCA MARIA, (████████████████████) nata a ██████████, residente in ██████████ ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli Avv.ti Alessio Ardizzone (CF. RDZLSS75P14G273F), pec: alessioardizzone@pec.it – fax 091/6195380, e Christian Conti (CF. CNTCRS73T06C351T), pec: avv.conti@pec.it-fax 091/6195380, sito in Palermo Via Tommaso Gargallo n. 12, dai quali è stata rappresentata e difesa nel primo grado di giudizio;

E NEI CONFRONTI DI

tutti i **docenti controinteressati**;

PER L'IMPUGNAZIONE

della sentenza del Tribunale di Termini Imerese n. 155/2023, pubblicata in data 08/02/2023, non notificata– R.G. Lav. 262/2019.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio, la Sig.ra Ortolano, premesso di essere stata assunta a tempo indeterminato in data 01/12/2015, conveniva le Amministrazioni in epigrafe innanzi al Tribunale di Termini Imerese chiedendo accertarsi e dichiararsi il proprio asserito diritto al trasferimento, per assegnazione definitiva in sede, in uno degli ambiti di suo gradimento presso la Provincia di Palermo.

Segnatamente, l'odierna appellata riferiva di avere partecipato al piano straordinario di mobilità per l'a.s. 2016/2017, prendendo parte alla fase C dei movimenti interprovinciali con un punteggio di 18 più altri sei per il ricongiungimento, senza però ottenere il chiesto trasferimento presso l'ambito provinciale dalla stessa indicato.

In seno al ricorso di primo grado, l'insegnante ha sostenuto di non avere ottenuto la sede di suo gradimento a causa di una serie di illegittimità dalla stessa riscontrate, quali il mancato computo del servizio pre-ruolo reso presso scuole paritarie, la suddivisione in fasi della procedura di mobilità 2016/2017 con violazione del principio meritocratico del punteggio, l'irragionevole accantonamento di posti in favore degli idonei del concorso del 2012 nonché, da ultimo, le assegnazioni avvenute in sede di conciliazione.

L'Amministrazione si è tempestivamente costituita in giudizio, eccependo la disintegrità del contraddittorio e, nel merito, l'infondatezza delle domande avversarie.

Nel corso del giudizio, con note di trattazione scritta del giorno 01/04/2021, parte ricorrente ha rinunciato alla domanda di riconoscimento del servizio reso nelle scuole paritarie.

Successivamente, con provvedimento del 13 luglio 2022, il Tribunale adito, "*vista la sentenza della Corte di Cassazione n. 36356/2021*", ritenuta la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei docenti controinteressati, ha disposto procedersi alla notifica *ex art. 151 c.p.c.*, rinviando la causa all'udienza del giorno 08.02.2023, in esito alla quale la causa è stata assunta in decisione.

Con la pronuncia oggetto dell'odierno gravame, il Tribunale ha accolto la domanda di controparte ritenendo fondato il quarto motivo di ricorso, afferente alla presunta illegittimità delle assegnazioni effettuate a seguito delle conciliazioni ai sensi dell'art. 135 del CCNI.

In particolare, ed in ossequio al principio di specificità dell'appello, la sentenza merita di essere riformata laddove il Tribunale di Termini Imerese ha affermato che: *“E’ documentata, infatti, l’assegnazione, nel contesto della stessa procedura ed a seguito delle predette conciliazioni, a docenti inseriti nella fase C di posti ricompresi in ambiti territoriali siciliani, ad esempio nell’ambito territoriale 0003 (richiesto dalla Ortolano nella domanda di mobilità), essendo stato assegnato tale ambito ai docenti Mancuso Venera Antonia, con punti 15 e Loredana Imburgia con punti 6, ambedue partecipanti alla fase C e con punteggio inferiore a quello della ricorrente (cfr. bollettino nazionale proposte di conciliazione all. 10).*

Ora, è certamente possibile ipotizzare che tali conciliazioni siano state effettuate su posti venutisi a creare successivamente ai movimenti delle fasi precedenti. Tale evenienza, tuttavia, non è stata dimostrata dall’Amministrazione che, sul punto, nulla ha allegato.

Come recentemente evidenziato dalla Suprema Corte, infatti (cfr. S.C. n. 11384 del 7/4/2022), 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, precedenze, ordine di preferenze).”.

La predetta sentenza, errata ed ingiusta, merita di essere riformata per seguenti motivi di

DIRITTO

- 1. Sulla violazione e falsa applicazione art. 102 cpc e 24 cost - violazione del diritto di difesa dei controinteressati ed in particolare delle tre docenti espressamente menzionate nel ricorso.**

Come accennato in punto di fatto, nel corso del precedente grado di giudizio, il Tribunale di Termini Imerese ha ritenuto la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei docenti controinteressati, disponendo procedersi alla notifica *ex art. 151 c.p.c.*

Ciò al fine di conformarsi ai più recenti arresti della Corte di Cassazione, la quale, con sentenza n. 36356/2021, ha evidenziato che “in presenza di selezioni concorsuali e di contestazioni sulla legittimità del procedimento da parte di un soggetto che domandi l'accertamento giudiziale del suo diritto ad essere inserito nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede ecc.), il giudizio deve svolgersi in contraddittorio degli altri partecipanti al concorso coinvolti dai necessari raffronti, e, pertanto, il giudice, ove riscontri la non integrità del contraddittorio, deve ordinarne l'integrazione nei confronti di tutti i controinteressati”.

L'applicazione di tale relevantissimo principio in fattispecie analoghe alla presente (confermato, in tema di graduatorie della mobilità scolastica, anche dall'**ordinanza n. 1849 del 20.01.2023**, nella quale si evidenzia che *“la necessità del litisconsorzio è altresì resa evidente dal fatto che, rispetto alla pretesa ai medesimi posti o all'annullamento di una medesima procedura, è evidente che unico debba essere il processo, rischiandosi altrimenti di far sovrapporre decisioni tra loro inconciliabili e giuridicamente in contrasto, perché tali da attribuire più volte a persone diverse il medesimo bene della vita o a giudicare in modo tra loro difforme sulla validità o meno della medesima selezione”*) ha determinato la declaratoria di nullità e rimessione della causa al Giudice di primo grado, ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c., delle decisioni emesse in assenza della integrazione del contraddittorio dei docenti assegnatari dei posti reclamati in giudizio da parte ricorrente (ad esempio, sentenza n. 1252 del 22.12.2022 della Corte di Appello di Palermo; nonché Cass. civ. sez.lav., ordinanze nn. 1849 e 1850 del 20.01.2023, su fattispecie nelle quali il contraddittorio era stato integrato

soltanto in grado di appello, dovendo l'istruttoria giudiziale svolgersi previa costituzione del contraddittorio tra tutte le parti interessate).

Ciò posto, deve dirsi che il Tribunale di Termini Imerese ha fatto una applicazione soltanto formale di tale principio, a detrimento dell'esigenza di estensione del contraddittorio.

Difatti, se appare ragionevole – atteso il carattere complesso della procedura e l'elevato numero dei partecipanti – fare ricorso a forme alternative e semplificate di notificazione, quale la pubblicazione del ricorso sul sito istituzionale del MIUR, previa autorizzazione del Giudice ai sensi dell'art. 151 c.p.c., è anche vero che tale modalità di notifica non può dirsi confacente al fine di garantire il diritto di difesa tra tutti i soggetti coinvolti dalla pretesa azionata in giudizio.

La stessa Corte di Cassazione ha correttamente rilevato la presenza, in tali controversie, di due diverse categorie di soggetti: i docenti cui sia stato in concreto attribuito il posto rivendicato da chi agisce in giudizio (candidati assegnatari del posto), rispetto ai quali si configura un vero e proprio "*litisconsorzio necessario*" (Cass. civ. sez. lav. 23.11.2021 n. 35356), non potendosi giuridicamente ammettere che uno specifico posto spetti a più persone contemporaneamente (sicché la relativa attribuzione al ricorrente avrebbe come effetto la perdita del medesimo in capo all'attuale assegnatario, "*nei cui riguardi pertanto la pronuncia va inevitabilmente resa*"); gli altri soggetti rispetto ai quali il contraddittorio va "*esteso*", costituiti dai candidati partecipanti alla medesima fase di mobilità e per il medesimo ambito di riferimento di chi agisce in giudizio, che, come lui, pur avendolo richiesto, non abbiano ottenuto il trasferimento, e rispetto ai quali dovrà risultare "*comprovato, per l'accoglimento della domanda, titoli poziori a favore*" del ricorrente "*tali da comportare l'attribuzione*" proprio a lui del posto che risultasse in tesi indebitamente assegnato all'attuale titolare del posto.

È rispetto a tale seconda categoria di soggetti, derivante dal “*regolarsi dell’attribuzione dei posti sulla base di graduatorie*”, che può ritenersi astrattamente ragionevole il ricorso a mezzi alternativi e semplificati di notificazione ai fini della integrazione del contraddittorio, ma non anche – come si registra nel presente giudizio – nei confronti dei soggetti, perfettamente individuati, risultati assegnatari del posto reclamato in giudizio. Si tratta, invero, di quei terzi destinati, in caso di accoglimento del ricorso, a perdere un bene della vita già conseguito e rispetto ai quali, veri e propri litisconsorti necessari, non appare eludibile l’esigenza di assicurare, a mezzo delle forme ordinarie di notificazione (perfettamente esigibili in termini di diligenza e certamente non comportanti oneri eccessivi), la piena ed effettiva possibilità di difendere nel processo la propria sfera giuridica.

Va ricordato, infatti, che le forme della notificazione devono trovare corrispondenza nello scopo dell’atto e che le modalità prescelte devono garantire i principi fondamentali del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio (Cass. civ. SS.UU. 22.06.2007 n. 14570).

Rapportando quanto dedotto al caso di specie, è evidente come nel presente giudizio ricorra un litisconsorzio necessario con i docenti titolari nelle sedi richieste dalla ricorrente ed in particolare con le docenti espressamente menzionate nel ricorso: Imburgia Loredana (doc.6), Mancuso Venera Antonia (doc.7) e Sorbello Rosa (doc.8) nei confronti delle quali la notifica ex art.151 c.p.c., non è stata, di certo, misura sufficiente a garantire il diritto di difesa tutelato dall’art. 24 Cost.

Osserva, infatti, la Suprema Corte che “*il vincolato numero dei posti disponibili ha l’effetto di comportare che, se uno di essi venga attribuito alla ricorrente, necessariamente il medesimo non potrà essere confermato in capo al candidato ammesso alla fase C cui esso vu infine destinato. È quindi inevitabile che, rispetto ai tre candidati assegnatari (di fase C), la pretesa dia luogo ad un*

litisconsorzio necessario, non potendosi giuridicamente ammettere che uno specifico posto spetti a più persone contemporaneamente, sicché l'attribuzione di esso alla ricorrente non potrebbe che avere quale effetto la perdita del medesimo in capo all'attuale assegnatario, nei cui riguardi pertanto la pronuncia va inevitabilmente resa (...)." (Cassazione n. 36356/2021).

Per quanto sopra, è evidente che il diritto di difesa dei docenti che rischiano di perdere la sede di titolarità, ottenuta nell'a.s. 2016/17, avrebbe dovuto essere garantito in tutte le fasi del processo e mediante notifica personale ex art. 139 e ss c.p.c. (trattandosi, peraltro, solo di 3 docenti).

A tal proposito, sia consentito evidenziare come appaia quantomeno inverosimile che docenti titolari già da sette anni nelle sedi reclamate dalla ricorrente consultino, nel 2022, il sito del Ministero per verificare un eventuale ricorso afferente alle procedure di mobilità 2016/17 e suscettibile di incidere sulle loro posizioni.

Pertanto, si chiede all'Ecc.ma Corte d'Appello adita di rilevare la disintegrità del contraddittorio e, per l'effetto, di annullare la sentenza impugnata con rimessione al Tribunale di Termini Imerese a mente dell'art. 354 cpc.

2. Sulla legittimità delle assegnazioni effettuate in sede di conciliazione. Error in iudicando: violazione e falsa applicazione degli artt. 17 e 135 CCNI. Error in procedendo: violazione e falsa applicazione degli artt. 115 c.p.c. e 2697 c.c.

Nella non temuta ipotesi in cui il Collegio dovesse rigettare il motivo di appello che precede, si chiede la riforma della sentenza impugnata per le ragioni che, di seguito, si vanno ad illustrare.

Come già sopra rappresentato, il Tribunale di Termini Imerese ha accolto il ricorso di primo grado, ordinando l'assegnazione di parte appellata

presso l'ambito territoriale richiesto, in quanto ha ritenuto che l'Amministrazione resistente non avesse assolto il proprio onere probatorio. Il Tribunale si è limitato ad argomentare sulla circostanza che la ricorrente *“ha partecipato alla fase C della mobilità 201/17 e, ciò nonostante, è stata superata da docenti appartenenti alla stessa fase, ma con punteggi di graduatoria inferiori, a seguito delle conciliazioni operate ai sensi dell'art. 135 del CCNF”*.

Preliminarmente, circa l'asserita ed indimostrata pretermissione che si sarebbe compiuta in danno della ricorrente in relazione alle predette conciliazioni, si osserva che, se il contraddittorio fosse stato integro, le controinteressate avrebbero senz'altro potuto fornire la prova della legittimità della pretermissione.

Infatti, le docenti Imburgia, Mancuso e Sorbello, partecipanti alla stessa fase della ricorrente (FASE C), sono tutte e tre titolari di un diritto di precedenza ex art. 21, L.104/1992, COME RISULTA DALLA RISPETTIVE LETTERE DI NOTIFICA RELATIVE ALLA MOBILITÀ 2016/17 (CFR. DOC.6, DOC.7 E DOC.8), il che giustifica l'adozione di un provvedimento di conciliazione extraordinem, anche in considerazione dell'eccezionalità della procedura di mobilità de qua e l'assenza di sedi destinate alla fase C, persino per coloro che vantavano un diritto di precedenza ex L. 104/1992, come da bollettino che si produce (cfr. doc.9).

L'utilizzo della conciliazione ai sensi dell'art. 135 del CCNL di settore è quindi avvenuto nell'ottica di affermare un diritto sicuramente peggiore a quello che deduce la ricorrente, nonché a scopo deflattivo del contenzioso.

Si ribadisce, inoltre, che la ricorrente concorreva alla stessa fase C delle docenti che hanno ottenuto la cattedra in sede di conciliazione e quand'anche si volessero ripetere le operazioni di mobilità, considerando disponibili per la fase C le sedi successivamente assegnate nelle procedure di conciliazione, parte ricorrente risulterebbe soccombente in ragione del

diritto di precedenza ex art. 21 L. 104/92 delle controinteressate, evincibile dai bollettini già in atti (Imburgia, Mancuso e Sorbello).

Per quanto sopra, il richiamo alla sentenza n. 1157/2022 di codesta Corte d'Appello appare del tutto fuori fuoco. La pronuncia, infatti, si riferisce a tutt'altra fattispecie, in cui la ricorrente era stata assunta in FASE A della mobilità 2016/17 mentre il controinteressato (regolarmente convocato in giudizio) in FASE C.; mancando agli atti la prova che la cattedra assegnata al controinteressato si fosse resa vacante in un momento successivo rispetto alla mobilità in FASE A (che precede la fase C), codesta Corte di Appello di Palermo aveva accolto il ricorso.

Nel caso in esame, invece, si deve rilevare che il momento in cui si sono liberate le cattedre assegnate in conciliazione è del tutto irrilevante ai fini della decisione, poiché la ricorrente concorreva nella stessa fase (C) delle docenti assegnatarie di cattedra, ma in posizione deteriore, in quanto non vantava alcun diritto di precedenza e, inoltre, concorreva in fase C con tanti altri docenti.

In altri termini, nel caso in esame l'eventuale illegittimità delle conciliazioni sarebbe del tutto ininfluyente sul vantato diritto della ricorrente al trasferimento.

Ne consegue che, nella fattispecie in esame, la carenza di prova in ordine al momento in cui si sono liberate le cattedre oggetto di conciliazione è del tutto irrilevante poiché, quand'anche si ripetessero le operazioni di mobilità 2016/17, le cattedre non potrebbero che essere assegnate alle docenti con diritto di precedenza e non alla ricorrente.

In altri termini, le docenti controinteressate erano titolari di un diritto di precedenza risultante *per tabulas* dai bollettini in atti, sicché l'Amministrazione ha senz'altro assolto il proprio onere probatorio.

L'aver conciliato nel caso anzidetto, quindi, appare scelta immune da vizi. Inoltre, le conciliazioni contestate sono avvenute in maniera del

tutto pubblica e trasparente in applicazione dell'art. 135 CCNL, che prevede una pubblicazione all'albo di segreteria dell'Ufficio conciliante, nonché la possibilità di raccogliere le osservazioni di eventuali controinteressati che, ove non pervenute, all'evidenza precludono una successiva impugnativa.

La ricorrente, in ogni caso, avrebbe potuto intervenire nelle procedure anzidette con eventuali osservazioni e richiedere essa stessa la conciliazione *ex art.135*.

Ad ogni modo, come si seguirà a dimostrare, il Giudice di prime cure ha erroneamente interpretato la disciplina di riferimento, limitandosi ad affermare con poche righe che l'onere della prova di aver correttamente operato spetterebbe al datore di lavoro pubblico, in quanto *“l'unico ad aver la disponibilità di tutte le informazioni utili”*.

In sintesi, secondo il primo Giudicante spettava all'Amministrazione dimostrare che le conciliazioni erano state effettuate su posti venutisi a creare successivamente ai movimenti o su organico di fatto.

Al fine di dimostrare la legittimità dell'operato dell'Amministrazione appellante, si rivela necessario richiamare la disciplina di riferimento.

L'art.17, comma 2, del CCNI mobilità 2016/17, richiamando il CCNL comparto scuola, prevede che: *“2. Sulle controversie riguardanti le materie della mobilità in relazione agli atti che si ritengono lesivi dei propri diritti, gli interessati possono esperire le procedure previste dagli artt. 135, 136, 137 e 138 del CCNL 29/11/2007, tenuto conto delle modifiche in materia di conciliazione ed arbitrato apportate al Codice di Procedura Civile dall'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 183.”*

L'art. 135 CCNI prevede, ai suoi commi 1, 4 e 7, che: *“Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro previsto*

dall'articolo 65, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 può svolgersi, oltre che secondo le forme previste dall'articolo 66 del medesimo decreto legislativo e dal contratto collettivo nazionale quadro in materia di conciliazione e arbitrato del 23 gennaio 2001, come integrato dall'ipotesi di accordo quadro siglata in data 19.03.2003, sulla base di quanto previsto dai successivi commi del presente articolo.

4. La richiesta del tentativo di conciliazione, sottoscritta dalla parte, deve essere depositata presso l'ufficio del contenzioso dell'amministrazione competente e presso l'ufficio territoriale di cui al comma 2, ovvero spedita a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Limitatamente alle controversie riguardanti le materia della mobilità e delle assunzioni, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, gli interessati possono presentare la richiesta di tentativo di conciliazione ai sensi del presente articolo entro il termine perentorio di quindici giorni dalla pubblicazione o notifica dell'atto che si ritiene lesivo dei propri diritti, ferma restando la facoltà di utilizzare, decorso tale termine, le altre forme previste dal comma 1. [...]

7. Qualora la soluzione della controversia prospettata riguardi le materie della mobilità e delle assunzioni, l'amministrazione deve pubblicare all'albo dell'ufficio di segreteria di cui al comma 2, contestualmente al ricevimento, la richiesta di conciliazione, in modo da consentire agli eventuali terzi interessati di venire a conoscenza del contenzioso in atto e di far pervenire all'amministrazione loro eventuali osservazioni entro dieci giorni dalla pubblicazione della notizia. In questo caso il termine per il deposito delle osservazione da parte dell'amministrazione è fissato in dodici giorni dal ricevimento della richiesta.

Dalla lettura del contratto collettivo, si evince come sia previsto non solo un apposito procedimento amministrativo per le conciliazioni, ma, altresì,

una procedura per la risoluzione di controversie relative alle operazioni di mobilità.

Tale procedimento è volto ad evitare che le assegnazioni effettuate in sede conciliativa possano essere poste in discussione in un secondo momento: ciò posto, la pubblicazione all'Albo (oggi sito internet) delle istanze di conciliazione delle docenti richiamate da controparte non è stata mai contestata dalla odierna appellata.

Inoltre, contrariamente a quanto affermato dal Giudice di prime cure, l'onere della prova non ricadeva sull'Amministrazione appellante: come più volte affermato dalla giurisprudenza di merito, "parte ricorrente, sulla quale gravava ex art. 2697 c.c. il relativo onere probatorio, non ha in alcun modo allegato, con riguardo a tali conciliazioni, l'avvenuta violazione dei presupposti richiesti dalla legge" (Tribunale di Agrigento, sentenza n. 232/2021).

Ad ogni modo, nel caso in esame, contrariamente a quanto affermato in sentenza, le conciliazioni di cui si doleva controparte erano state effettuate **nella sua stessa fase di appartenenza (fase C) e non in una fase successiva.**

Inoltre, è rilevante evidenziare che è il singolo dipendente a presentare richiesta per la conciliazione, cosicché l'Amministrazione, in sede conciliativa, ove non sorgano contestazioni a seguito della pubblicazione dell'Albo, **è tenuta a valutare la singola posizione del richiedente**, non essendo chiamata a valutare complessivamente tutti i docenti: e non potrebbe essere altrimenti, in quanto – lo si ribadisce – **la pubblicazione dell'Albo ha la precipua finalità di concentrare nel medesimo momento tutte le eventuali contestazioni in ordine a quella precisa conciliazione.**

In definitiva, essendo previsto apposito procedimento, era onere della docente presentare apposite osservazioni, così come previsto dall'art. 135, comma 7, CCNI.

Una diversa interpretazione condurrebbe a richiedere che l'Amministrazione, lungi dal valutare la singola posizione dedotta in conciliazione, dovrebbe, invece, valutare la posizione di tutti i docenti, dovendo, pertanto, “domandarsi” quali tra loro uscirebbero danneggiati dall'accordo conciliativo. È evidente che una tale interpretazione del contratto collettivo arrecherebbe un non indifferente aggravamento per l'Amministrazione scolastica, anche in spregio del principio di leale collaborazione che dovrebbe permeare i rapporti tra pubblica amministrazione e privato, così come previsto dall'art. 1, comma 2-bis, l. 241/90-

Dunque, si è in presenza di procedura perfettamente legittima, seguita in maniera puntuale dalla Amministrazione scolastica.

Sul punto, si riporta quanto dedotto dal Tribunale di Novara, il quale ha evidenziato la legittimità dell'istituto della conciliazione nell'ambito della mobilità, proprio con riguardo alla mobilità straordinaria: *“Tanto meno riprova il diritto della ricorrente al richiesto trasferimento presso l'ambito Sicilia 0022 o presso altro ambito della provincia di residenza (Palermo), nell'ambito delle operazioni di mobilità territoriale per l'anno 2016/2017, in base al punteggio dalla stessa in allora posseduto, il fatto che il MIUR, in sede di conciliazione ex art. 135 CCNL, abbia accordato ad alcune docenti, quali L.M. o A.P., che la ricorrente assume avessero un punteggio inferiore al suo, il trasferimento su una sede siciliana, come da nota MIUR del 3.10.2018, proprio perché trattasi di trasferimenti disposti a seguito di procedura di conciliazione ex art. 135 C.C.N.L. di comparto.*

A seguito della pubblicazione dei movimenti delle fasi B, C e D del personale docente, il MIUR, al fine di scongiurare contenzioso, ha infatti dato disponibilità a sanare situazioni di movimenti non rispondenti a quanto previsto dalle regole definite contrattualmente, consentendo agli interessati, coinvolti in movimenti apparentemente anomali, di presentare richiesta di conciliazione ai sensi dell'art. 135 del C.C.N.L. all'ufficio territoriale che ha validato la domanda.

Richiesta che, se riconosciuta legittima dal MIUR, avrebbe consentito la conclusione positiva della conciliazione, con assegnazione della corretta titolarità utilizzando sia i posti dell'organico dell'autonomia ancora disponibili dopo le operazioni, e se necessario i posti dell'organico di fatto. L'assegnazione di ambiti territoriali graditi alla ricorrente e dalla stessa prioritariamente indicati nella domanda di mobilità, a seguito della conciliazione che, al co. 7 dell'art. 135 del C.C.N.L. Scuola, prevede peraltro la pubblicazione all'albo dell'ufficio di segreteria, contestualmente al ricevimento, della richiesta di conciliazione, qualora la soluzione della controversia prospettata riguardi le materie della mobilità e delle assunzioni, in modo da consentire agli eventuali terzi interessati di venire a conoscenza del contenzioso in atto e di far pervenire all'amministrazione loro eventuali osservazioni entro dieci giorni dalla pubblicazione della notizia, proprio per non ledere eventuali controinteressati, risulta infatti espressamente consentita dalla richiamata disposizione contrattuale collettiva e coerente anche al disposto dell'art. 484 TU 297/1994.

L'esito positivo della conciliazione, che ha portato all'assegnazione di sedi ambite dalla ricorrente alle suindicate docenti è evidentemente conseguito ad una positiva ponderazione delle ragioni sottese alle richieste di conciliazione vagliate dal MIUR, per prevenire un'insorgenda vertenza, nella ritenuta ricorrenza da parte dell'amministrazione dei presupposti per l'accoglimento della richiesta.

L'assegnazione quindi non è avvenuta sulla base del punteggio posseduto dalle docenti nell'ambito delle operazioni ordinarie di mobilità territoriale bensì a seguito di soluzione conciliativa concordata, che era consentita dalla legge e da contratto collettivo all'amministrazione, e lasciando impregiudicata la possibilità di eventuali controinteressati, come in ipotesi la M., di presentare eventuali osservazioni a tutela delle proprie confliggenti ragioni; osservazioni che non consta nella specie siano state dalla ricorrente presentate, così come non consta che la stessa abbia, a sua volta, presentato richiesta di conciliazione, dacché non si reputa abbia motivo di dolersi dell'accoglimento delle richieste di conciliazione da altri presentate.

In conclusione manca la prova dei fatti costitutivi del diritto azionato che incombeva sulla ricorrente provare essendo rimasto indimostrato, nel caso in esame, il dedotto scorretto operato del MIUR nell'ambito delle operazioni di mobilità, così come il diritto della ricorrente all'assegnazione di uno degli ambiti siciliani prioritariamente indicati nella domanda di mobilità per l'a.s. 2016/2017, in base al punteggio da ella posseduto alla data della domanda.”
(Trib. Novara, Sentenza n.79/2019).

Sempre la giurisprudenza di merito ha confermato che l'assegnazione disposta in sede di conciliazione costituisce una modalità espressamente prevista dall'art. 135 CCNL, il quale – tra l'altro - consente anche di raccogliere le osservazioni di eventuali controinteressati che, ove non pervenute, all'evidenza precludono una successiva impugnativa (cfr. Trib. Novara, sent. 21/03/2019, n. 72).

Inoltre, lo strumento delle conciliazioni ha una valenza deflattiva, attesa l'evidente finalità di raggiungere un accordo per evitare un eventuale futuro contenzioso. Come affermato dal Tribunale di Palermo in una recente sentenza: “non v'è dubbio che l'attribuzione in sede di conciliazione a docenti partecipanti ad una fase successiva rispetto a quella di chi ha agito in giudizio non dimostri, di per sé, la disponibilità delle medesime sedi già nella fase che interessava quest'ultimo e ciò a prescindere dall'eventuale giustificazione fornita (o non fornita, come nella fattispecie) dall'Amministrazione convenuta. In altre parole, dato che la stipula delle conciliazioni non è di per sé una circostanza significativa ai fini della prova dell'esistenza del posto proprio nella fase che interessava il ricorrente, va escluso che l'Amministrazione sia gravata dell'onere di “giustificare” l'esito della conciliazione o dimostrare l'inesistenza del posto nella precedente fase della mobilità, circostanza peraltro già comprovata dalla mancata assegnazione di tali posti all'esito dell'intera procedura di mobilità (circostanza non controversa: opinando diversamente, peraltro, si dovrebbe concludere non tanto che un posto sarebbe stato assegnato ad un docente che non ne aveva diritto secondo le graduatorie, ma – fattispecie ben più inverosimile – che, per mero errore, i posti attribuiti in sede di conciliazione

non sarebbero stati assegnati proprio a nessuno dei partecipanti alla procedura di mobilità)” (Trib. Palermo, sentenza 16 luglio 2021, r.g.l. 12502/2018).

Anche Codesta Corte d’Appello ha avuto modo di chiarire che: *“Quanto alla prospettata illegittimità delle conciliazioni intervenute tra il Ministero e alcuni docenti, va osservato – anche in questo caso – che era onere (nella specie non assolto) **dall’appellata allegare e provare compiutamente la sussistenza del proprio diritto ad ottenere (tenuto anche conto del potenziale concorso di altri colleghi) l’assegnazione all’ambito territoriale interessato.***

Per altro, quello della conciliazione è un istituto previsto dall’art. 17, comma 2 del CCNI secondo cui: “Sulle controversie riguardanti la materia della mobilità in relazione agli atti che si ritengono lesivi dei propri diritti, gli interessati possono esperire la procedura previste dagli articoli 135,136, 137 e 139 del CCNL 29.11.2007, tenuto conto delle modifiche in materia di conciliazione ed arbitrato apprestate dal codice di procedura civile dall’art. 31 della legge 4.11.2010 n. 183”.

Orbene, nel caso di specie, parte appellata non ha dedotto che le contestate conciliazioni si siano perfezionate al di fuori dei presupposti indicati dalla norma né diversamente allegato che abbiano riguardato ambiti territoriali interessati dalla procedura di mobilità in parola decurtati nel corso delle relative operazioni” (Corte d’Appello di Palermo, sentenza n. 903 del 08/07/2021).

Ed ancora: “Parimenti nessun appunto può l’appellante muovere alle assegnazioni conseguite alle conciliazioni.

Quello della conciliazione è un istituto previsto dall’art. 17, comma 2 del CCNI secondo cui: “Sulle controversie riguardanti la materia della mobilità in relazione agli atti che si ritengono lesivi dei propri diritti, gli interessati possono esperire la procedura previste dagli articoli 135,136, 137 e 139 del CCNL 29.11.2007, tenuto conto delle modifiche in materia di conciliazione ed arbitrato

apprestate dal codice di procedura civile dall'art. 31 della legge 4.11.2010 n. 183”.

E nella specie, parte appellante non ha dedotto che le contestate conciliazioni si siano perfezionate al di fuori dei presupposti indicati dalla norma o che si siano verificate violazioni procedurali inerenti la relativa pubblicità idonee ad invalidarle.” (Corte d’Appello di Palermo, sentenza n. 917 del 21/07/2021).

Da ultimo, non può che ribadirsi anche in tale sede come lo strumento conciliativo sia stato utilizzato a fronte di casi eccezionali, in quanto tutti i docenti citati da controparte nel ricorso di primo grado erano in possesso di uno specifico diritto di precedenza ai sensi della **L. 104/92** e, nello specifico, ai sensi **dell’art. 21** della citata Legge, ovvero **ex. art. 33, co. 5** (assistenza al figlio).

3. Violazione e falsa applicazione art. 2697 cc e 115 cpc - carenza di prova in ordine al diritto della ricorrente ad ottenere il trasferimento tenuto conto del potenziale concorso con altri colleghi.

Il Giudice di prime cure richiama la sentenza della Corte di Cassazione n. 36356/2021 nella parte in cui afferma che: *“La pretesa della ricorrente (...) ha la natura propria di un’azione di adempimento 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”*.

Tuttavia, il Tribunale di Termini omette di considerare la pronuncia della Suprema Corte nella sua interezza; infatti, dopo tale precisazione sull’azione di adempimento, la Suprema Corte non solo afferma il principio del litisconsorzio necessario (V. sub par.1), atteso che il

*“vincolato numero dei posti disponibili ha l’effetto di comportare che, se uno di essi venga attribuito alla ricorrente, necessariamente il medesimo non potrà essere confermato in capo al candidato ammesso alla fase C cui esso fu infine destinato”, ma ribadisce anche un altro principio fondamentale e cioè che “il regolarsi dell’attribuzione dei posti sulla base di graduatorie, comporta la necessità che il contraddittorio sia esteso anche nei riguardi degli altri candidati ammessi alla fase B per l’ambito di riferimento, che non abbiano ottenuto il trasferimento pur avendolo chiesto e rispetto ai quali **dovrà risultare comprovato, per l’accoglimento della domanda, titoli poziori a favore dell’odierna ricorrente tali da comportare l’attribuzione proprio a lei del posto che risultasse in ipotesi indebitamente assegnato ai tre candidati di fase C di cui si è detto”**”.*

La superiore pronuncia della Corte di Cassazione si pone nel solco di un consolidato orientamento manifestato già da tempo dalla Suprema Corte e dalle Corti di Appello secondo cui, se parte ricorrente non prova di essere collocata in posizione utile per ottenere l’assegnazione della sede richiesta, la domanda volta all’accertamento dell’eventuale illegittimità delle procedure di conciliazione (che nel caso di specie comunque sono legittime) deve ritenersi non solo infondata, ma anche inammissibile, per la mancata prova della “concreta refluenza di tale vaglio di legittimità sul suo vantato diritto al trasferimento, la suddetta domanda deve ritenersi inammissibile perché non sorretta da alcun interesse ad agire” (cfr. Cass. Sez. U, Sentenza n. 27187 del 20/12/2006).

A riprova dell’erronea decisione del giudice di primo grado è dirimente la circostanza che parte ricorrente, nell’ottica della denunciata pretermissione, non ha fornito alcuna prova del suo diritto ad ottenere l’assegnazione della sede richiesta al giudice, tenuto conto del potenziale concorso di tanti altri colleghi di fase C (nessuno dei quali ha ottenuto l’assegnazione in Sicilia (cfr. bollettino FASE C, doc.9).

Ciò determina, con ogni evidenza, l'infondatezza della domanda in questione per carenza probatoria, come affermato dalla Suprema Corte con la citata sentenza nr. 36356/2021 e da codesta Corte di Appello di Palermo laddove precisa che “Quanto alla prospettata illegittimità delle conciliazioni intervenute tra il Ministero e alcuni docenti, va osservato – anche in questo caso – che era onere (nella specie non assolto) dall'appellata allegare e provare compiutamente la sussistenza del proprio diritto ad ottenere (tenuto anche conto del potenziale concorso di altri colleghi) l'assegnazione all'ambito territoriale interessato. Per altro, quello della conciliazione è un istituto previsto dall'art. 17, comma 2 del CCNI secondo cui: “Sulle controversie riguardanti la materia della mobilità in relazione agli atti che si ritengono lesivi dei propri diritti, gli interessati possono esperire la procedura previste dagli articoli 135,136, 137 e 139 del CCNL 29.11.2007, tenuto conto delle modifiche in materia di conciliazione ed arbitrato apprestate dal codice di procedura civile dall'art. 31 della legge

4.11.2010 n. 183. Orbene, nel caso di specie, parte appellata non ha dedotto che le contestate conciliazioni si siano perfezionate al di fuori dei presupposti indicati dalla norma (...). Le considerazioni che precedono, assorbenti di ogni diversa e contraria ragione di fatto e di diritto, legittimano la conferma della sentenza impugnata anche in punto di regolamentazione delle spese processuali opportunamente attribuite dal G.L. in base al principio di causalità (cfr. C. App. Palermo, sent. 8/07/2021, doc.15).

Il superiore orientamento di codesta Corte di Appello, in merito all'onere probatorio incombente sulla ricorrente, risulta ribadito con recentissima pronuncia del 12.01.2023, con cui la Corte ha statuito che “**era onere della ricorrente dimostrare che il proprio collocamento in graduatoria, in base alle norme pattizie invocate, le avrebbe garantito l'accoglimento della domanda di mobilità.** A tale conclusione si perviene non solo in considerazione del fatto che tale collocazione costituisce, alla stregua della concorsualità della procedura, fatto costitutivo della pretesa azionata in giudizio, ma altresì dalla considerazione che, **ove tale prova non**

fosse ritenuta necessaria, si perverebbe all'inaccettabile conseguenza di dover attribuire, in caso di accertamento di una qualsiasi irregolarità nella procedura di mobilità, il medesimo bene della vita a tutti i docenti (e la loro platea, stando al contenzioso di cui ha cognizione da questa Corte, è amplissima) che hanno concorso per quell'ambito nella medesima procedura e che, non avendolo avuto assegnato, hanno proposto ricorso in via giudiziaria"
(Corte di Appello Palermo 12.01.2023, doc.18).

Quindi, in mancanza di allegazione e prova da parte della ricorrente circa l'esistenza di un presupposto indefettibile del diritto azionato e cioè che (nell'ipotesi di svolgimento delle operazioni di mobilità secondo i criteri reputati legittimi) la stessa, prevalendo sugli altri aspiranti di fase C, avrebbe ottenuto l'assegnazione richiesta al giudice, il ricorso non poteva essere accolto.

ISTANZA PER LA NOTIFICA EX ART. 151 C.P.C.

Infine, stante l'elevato numero dei controinteressati, si chiede sin d'ora di essere autorizzati alla notifica del presente ricorso agli stessi mediante pubblicazione di un avviso sul sito del Ministero, o mediante altri canali istituzionali ritenuti adeguati dall'Ecc.ma Corte d'Appello adita.

Per quanto sopra, in accoglimento dei motivi che precedono, si chiede l'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'adita Corte di Appello di Palermo, previa fissazione dell'udienza di comparizione e autorizzazione alla notifica dell'appello a mente dell'art. 151 c.p.c., come da richiesta che precede:

- accogliere il presente appello, riformando la sentenza di primo grado nei termini di cui sopra;

- con vittoria di competenze, spese ed onorari di entrambi i gradi di giudizio, parzialmente devoluti, *ex lege*, al fondo per la riduzione della pressione fiscale, a norma dell'art. 9, comma 4, del D.L. 90/2014, convertito con Legge 114/2014.

Ai fini del D.P.R. 115/2002, si dichiara che il valore della causa è indeterminabile ed il relativo contributo unificato, pari a € 388,50, va prenotato a debito, secondo le disposizioni di cui agli artt. 11 e 158 D.P.R. 115/2002 vigenti per l'Amministrazione dello Stato.

Ai fini istruttori, si producono i documenti di cui al separato indice.

Palermo, 09/03/23

Giorgia Di Trapani

Procuratore dello Stato