



REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI SIENA (Sezione Lavoro)
"In nome del popolo italiano"
Sentenza

570/2017 rgl

Svolgimento del processo.

A mezzo ricorso depositato il 10/6/2017, [redacted] e [redacted] difese dall'avv. Marco Cini, esercitavano contro il **Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca**, azione di (**conclusioni**, ricorso, pp. 14-15, letterali):

"Accertarsi e dichiararsi il diritto delle ricorrenti a che sia considerato utile ai fini del compimento del quinquennio di permanenza obbligatoria su posto di sostegno il periodo di pregresso servizio a tempo determinato su posto di sostegno;

-accertarsi e dichiararsi il diritto delle ricorrenti a partecipare alla procedura di mobilità del personale docente, relativa al trasferimento da posto di sostegno a posto d'insegnamento comune.

-Con rifusione delle spese di lite e dei compensi spettanti al difensore".

L'Amministrazione scolastica si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 9, sintesi) il rigetto.

*

All'udienza 25/10/2017, nella causa n. 570/2017 sono comparsi per le ricorrenti [redacted] l'avv. Costantino Giuseppe Vocino in sostituzione dell'avv. Marco Cini; per l'Amministrazione scolastica il funzionario delegato Ernesto Nieri.

L'avv. Vocino deposita copia atto introduttivo e decreto notificati anche ex art. 151 cpc.

Il giudice sente le parti, che allo stato si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni, contestando rispettivamente le parti la fondatezza delle difese avversarie.



Discussa oralmente la causa, il giudice pronuncia al termine sentenza ex art. 429, co. 1 cpc, pt. I (d.l. 2008/n. 112, conv. l. 2008/n. 133; art. 53)(ricorso depositato dopo il 25/6/08, ex artt. 56, 85 d.l. e l. cit.)(lettura della esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione).

Motivi della decisione.

Opportuno premettere, di peso, svolgimento ed esito della anteatta fase cautelare:



REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI SIENA (Sezione Lavoro)
"In nome del popolo italiano"
Ordinanza

570/2017 rgl

"il giudice, in funzione di giudice del lavoro;
sciolta la riserva assunta all'udienza 10/7/2017 nel procedimento n. 570/2017 rgl ex artt. 669-bis ss., 700 cpc, introdotto da [redacted]
[redacted], difese dall'avv. Marco Cini, a mezzo di ricorso depositato il 10/6/2017 contro il **Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca**, al fine di conseguire l'accesso alla procedura di mobilità per l'a.s. 2017/18, relativa al trasferimento da posto di sostegno a posto di insegnamento comune (previo riconoscimento valutativo degli incarichi pre-ruolo resi sul sostegno, e svolti dalle ricorrenti, ai fini del superamento del vincolo quinquennale di permanenza);

rileva ed osserva, ad esito ed ai limitati fini ed effetti della tutela sommaria:

L'Amministrazione scolastica si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda chiedendone (**conclusioni**, memoria difensiva, p. 9, sintesi) il rigetto.

All'udienza 10/7/2017, nella causa n. 570/2017 rgl sono comparsi per le ricorrenti l'avv. Filomena Chimenti in sostituzione dell'avv. Marco Cini - ai fini della pratica forense la dott.ssa Francesca Brasiello - per l'Amministrazione scolastica, oggi costituitasi in cartaceo, il funzionario delegato Ernesto Nieri.

L'avv. Chimenti deposita copia atto introduttivo e decreto notificati.

Il giudice sente le parti, che allo stato si richiamano ai propri atti, argomentazioni, richieste e conclusioni contestando rispettivamente la fondatezza della difesa avversaria.

Il giudice si riserva.

*

Le ricorrenti sono docenti di scuola secondaria di secondo grado immesse in ruolo su posto di sostegno (docc. 1 e 2).

Peraltro, prima dell'immissione in ruolo, sono state assunte in modo reiterato, con contratti a tempo determinato, su posto di sostegno (secondo la tabella riportata a p. 2 ricorso).

Le ricorrenti sono rimaste più di cinque anni su posto di sostegno, qualora si consideri sia il servizio pre-ruolo che il servizio di ruolo.

Nonostante la loro lunga permanenza su posto di sostegno, non possono però presentare utilmente domanda di trasferimento su posto di insegnamento comune.

L'art. 127, co. 2, d.lgs. n. 297/1994 prevede che i docenti di sostegno "dopo cinque anni di appartenenza al ruolo dei docenti di sostegno, possono chiedere il trasferimento al ruolo comune".

Si tratta, in verità, di disposizione dettata con specifico riferimento alla scuola elementare, oggi scuola primaria, ma il C.C.N. Integrativo sulla mobilità del personale docente, educativo e ATA, che viene rinnovato con periodicità annuale, estende la disposizione sopra citata anche alla scuola secondaria stabilendo, che "l'insegnante titolare di posto speciale o di sostegno o ad indirizzo didattico differenziato che ha terminato il quinquennio di permanenza può chiedere il trasferimento tanto per posti comuni quanto per posti speciali o ad indirizzo didattico differenziato ovvero di sostegno" (cfr. art. 26, comma 5, CCNI Mobilità per l'a.s. 2015/2016, doc. n. 5, art. 24, comma 6, CCNI Mobilità per l'a.s. 2016/2017, doc. n. 6, art. 23, comma 10, CCNI Mobilità per l'a.s. 2017/2018, doc. n. 7), aggiungendo peraltro che "ai fini del computo del quinquennio (.....) è calcolato l'anno scolastico in corso" (CCNI mobilità 2015/16, art. 26, comma 4; CCNI Mobilità 2016/17 art. 24, comma 4, CCNI Mobilità 2017/18 art. 23, comma 8).

La norma contrattuale precisa quindi, che "l'insegnante titolare di posto speciale o ad indirizzo didattico differenziato o di sostegno che non ha terminato il quinquennio di permanenza può chiedere il trasferimento solo per la medesima tipologia di posto ovvero per altra tipologia di posto speciale, di sostegno o ad indirizzo didattico differenziato per accedere alla quale posseda il relativo titolo di specializzazione" (CCNI Mobilità per l'a.s. 2015/16, art. 26, comma 5; CCNI Mobilità per l'a.s. 2016/17, art. 24, comma 5, CCNI Mobilità per l'a.s. 2017/18, art. 23, comma 9).



Dalle disposizioni citate si evince, pertanto, che

a) il docente assunto a tempo indeterminato su posto di sostegno può chiedere il trasferimento su posto di insegnamento comune soltanto dopo cinque anni di permanenza sul sostegno;

b) nel calcolo del quinquennio si comprende l'anno scolastico nel corso del quale viene proposta domanda di trasferimento.

La normativa sin qui esposta, peraltro, non consente di prendere in considerazione, ai fini del calcolo del quinquennio di obbligatoria permanenza su posto di sostegno, il periodo di servizio sul sostegno svolto in virtù di contratti a tempo determinato: sotto questo profilo del mancato riconoscimento del servizio a tempo determinato ai fini del calcolo del quinquennio, la normativa nazionale appare però alle docenti ricorrenti in palese contrasto con la normativa comunitaria.

Il docente ricorrente imposta la propria doglianza principale, dunque, sul principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, posto dalla Direttiva 1990/70/CE.

Il contesto normativo del diritto dell'Unione si alimenta della direttiva 1999/70, fondata sull'art. 139, paragrafo 2, CE e, ai sensi del suo art. 1, è diretta ad *«attuare l'accordo quadro (...), che figura nell'allegato, concluso (...) fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale [Confederazione europea dei sindacati (CES), Unione delle confederazioni dell'industria e dei datori di lavoro dell'Europa (UNICE), Centro europeo delle imprese a partecipazione pubblica (CEEP)]»*.

La clausola 1 dell'accordo quadro così recita:

«L'obiettivo del presente accordo quadro è:

a) *migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione;*

b) *«creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato»*

La clausola 2 dell'accordo quadro, intitolata «Campo d'applicazione», prevede quanto segue:

«1. Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o le parti sociali stesse possono decidere che il presente accordo non si applichi ai:

a) *rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato;*

b) *contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».*

La clausola 3 dell'accordo quadro, intitolata «Definizioni», così prevede:

«1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro

definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico. (...).

La clausola 4 dell'accordo quadro, intitolata «Principio di non discriminazione», prevede, al suo punto 1, quanto segue:

«Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive».

Ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi»:

«1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

a) devono essere considerati "successivi";

b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

Nella direttiva 91/533, l'art. 2, paragrafo 1, così recita:

«Il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore subordinato cui si applica la presente direttiva, in appresso denominato "lavoratore", gli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro».

Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera e), della citata direttiva, l'informazione al lavoratore, se si tratta di un contratto o di un rapporto di lavoro temporaneo, riguarda, tra l'altro, la «durata prevedibile del contratto o del rapporto di lavoro».

Del quadro per completezza ampiamente riportato, rileva nella presente controversia, soltanto il principio fondamentale di non discriminazione.

Vale, poi, solo la pena ricordare, muovendo recentemente dalla sent. 26/11/2014 della CGUE, resa nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, «che, dalla formulazione stessa della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro, risulta che l'ambito di applicazione di quest'ultimo è

concepito in senso ampio, poiché riguarda in generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata alla clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto interno (v. sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punti 28 e 29 nonché giurisprudenza ivi citata) (...) Ne consegue che l'accordo quadro non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione e che, pertanto, è applicabile al personale assunto nel settore dell'insegnamento (v., in tal senso, sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 38). Tale conclusione è avvalorata dal contenuto della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, da cui si ricava che, conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nell'ambito dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione (sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 39). Ne deriva che lavoratori che si trovino nella situazione dei ricorrenti nei procedimenti principali, assunti in qualità di docenti o di collaboratori amministrativi per effettuare supplenze annuali in scuole statali nell'ambito di contratti di lavoro ai sensi del diritto nazionale, che incontestabilmente non rientrano in rapporti di lavoro che possano essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro, sono soggetti alle disposizioni dello stesso, e in particolare, alla sua clausola 5 (v., per analogia, sentenza Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146, punto 39)".

Anche per una eccellente ricostruzione della portata del principio e del quadro interpretativo comunitario, possiamo richiamarci alla recente Cass. SL sent. 2017/n. 165: "a partire dalla contrattualizzazione dell'impiego pubblico, per il personale docente, amministrativo, tecnico ed ausiliario del comparto scuola assunto con contratto a tempo determinato le parti collettive hanno previsto che il trattamento economico dovesse essere commisurato a quello iniziale stabilito per il personale a tempo indeterminato di pari qualifica (art. 47 del CCNL 4.8.1995 per il quadriennio normativo 1994/1997 ed il biennio economico 1994/1995).

La retribuzione spettante ai dipendenti di ruolo è stata, invece, rapportata alla anzianità di servizio, secondo un sistema di sviluppo professionale incentrato sulla differenziazione del trattamento economico per posizioni stipendiali, che si conseguono in forza del regolare svolgimento, nel tempo, delle funzioni e della partecipazione alle attività di formazione ed aggiornamento (artt. 27 del CCNL 4.8.1995; art. 16 CCNL 26.5.1999; art. 77 CCNL 24.7.2003; art. 79 CCNL 29.11.2007).

Le tabelle allegate ai singoli contratti hanno, quindi, previsto i livelli retributivi secondo la sequenza 0/2 - 3/8 - 9/14 - 15/20 - 21/27 - 28/34 - 35 ed oltre, sequenza che è rimasta sostanzialmente immutata sino alla sottoscrizione del CCNL 4 agosto 2011 (finalizzato a garantire la sostenibilità economica e finanziaria del piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente, educativo ed ATA stabilito, per il triennio 2011/2013, dall'art. 9, comma 17 del d.l. n. 70 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011 n. 106) che ha rimodulato le posizioni stipendiali, accorpendo nella prima fascia la anzianità di servizio 0/8.

2.1 - Correttamente la Corte territoriale ha ritenuto non giustificata la diversità di trattamento e, quindi, accertato il diritto degli appellati ad essere retribuiti secondo il medesimo sistema di progressione professionale previsto per gli assunti a tempo indeterminato.

Il motivo di ricorso, nella parte in cui insiste sulla legittimità dei contratti a termine, sulla specialità del sistema di reclutamento scolastico, sulla esistenza di ragioni oggettive legate alla necessità di assicurare la continuità didattica, sovrappone e confonde il principio di non discriminazione, previsto dalla clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (concluso il 18 marzo 1999 fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale - CES, CEEP e UNICE - e recepito dalla Direttiva 99/70/CE), con il divieto di abusare della reiterazione del contratto a termine, oggetto della disciplina dettata dalla clausola 5 dello stesso Accordo.

Che i due piani debbano, invece, essere tenuti distinti emerge già dalla lettura della clausola 1, con la quale il legislatore eurounitario ha indicato gli obiettivi della direttiva, volta, da un lato a "migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione"; dall'altro a "creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato".

L'obbligo posto a carico degli Stati membri di assicurare al lavoratore a tempo determinato "condizioni di impiego" che non siano meno favorevoli rispetto a quelle riservate all'assunto a tempo indeterminato "comparabile", sussiste, quindi, a prescindere dalla legittimità del termine apposto al contratto, giacché detto obbligo è attuazione, nell'ambito della disciplina del rapporto a termine, del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione che costituiscono "norme di diritto sociale dell'Unione di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela" (Corte di Giustizia 9.7.2015, causa C-177/14, Regojo Dans, punto 32).

2.2 - La clausola 4 dell'Accordo quadro, alla luce della quale questa Corte ha già risolto questioni interpretative dei CCNL del settore pubblico (Cass. 26.11.2015 n. 24173 e Cass. 11.1.2016 n. 196 sulla interpretazione del CCNL comparto enti pubblici non economici quanto al compenso incentivante; Cass. 17.2.2011 n. 3871 sulla spettanza dei permessi retribuiti anche agli assunti a tempo determinato del comparto ministeri), è stata più volte oggetto

di esame da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha affrontato tutte le questioni rilevanti nel presente giudizio.

In particolare la Corte ha evidenziato che:

a) la clausola 4 dell'Accordo esclude in generale ed in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, sicché la stessa ha carattere incondizionato e può essere fatta valere dal singolo dinanzi al giudice nazionale, che ha l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (Corte Giustizia 15.4.2008, causa C- 268/06, Impact; 13.9.2007, causa C-307/05, Del Cerro Alonso; 8.9.2011, causa C-177/10 Rosado Santana);

b) il principio di non discriminazione non può essere interpretato in modo restrittivo, per cui la riserva in materia di retribuzioni contenuta nell'art. 137 n. 5 del Trattato (oggi 153 n. 5), "non può impedire ad un lavoratore a tempo determinato di richiedere, in base al divieto di discriminazione, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato, allorché proprio l'applicazione di tale principio comporta il pagamento di una differenza di retribuzione" (Del Cerro Alonso, cit., punto 42);

c) le maggiorazioni retributive che derivano dalla anzianità di servizio del lavoratore, costituiscono condizioni di impiego ai sensi della clausola 4, con la conseguenza che le stesse possono essere legittimamente negate agli assunti a tempo determinato solo in presenza di una giustificazione oggettiva (Corte di Giustizia 9.7.2015, in causa C177/14, Regojo Dans, punto 44, e giurisprudenza ivi richiamata);

d) a tal fine non è sufficiente che la diversità di trattamento sia prevista da una norma generale ed astratta, di legge o di contratto, né rilevano la natura pubblica del datore di lavoro e la distinzione fra impiego di ruolo e non di ruolo, perché la diversità di trattamento può essere giustificata solo da elementi precisi e concreti di differenziazione che contraddistinguano le modalità di lavoro e che attengano alla natura ed alle caratteristiche delle mansioni espletate (Regojo Dans, cit., punto 55 e con riferimento ai rapporti non di ruolo degli enti pubblici italiani Corte di Giustizia 18.10.2012, cause C302/11 e C305/11, Valenza; 7.3.2013, causa C393/11, Bertazzi).

2.3 — Questa Corte ha già affermato che la interpretazione delle norme eurounitarie è riservata alla Corte di Giustizia, le cui pronunce hanno carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarle anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa. A tali sentenze, infatti, siano esse pregiudiziali o emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto della Unione Europea, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito dell'Unione (fra le più recenti in tal senso Cass. 8.2.2016 n. 2468).

Correttamente, pertanto, la sentenza impugnata ha richiamato le statuizioni della Corte di Lussemburgo per escludere la conformità al diritto

eurounitario delle clausole dei contratti collettivi nazionali per il comparto scuola, succedutisi nel tempo, in forza delle quali al "personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo", senza alcun riconoscimento della anzianità di servizio, che, al contrario, le parti collettive hanno valutato e valorizzato per gli assunti a tempo indeterminato, prevedendo un sistema di progressione stipendiale secondo fasce di anzianità.

Anche in questa sede il Ministero, pur affermando l'esistenza di condizioni oggettive a suo dire idonee a giustificare la diversità di trattamento, ha fatto leva su circostanze che prescindono dalle caratteristiche intrinseche delle mansioni e delle funzioni esercitate, le quali sole potrebbero legittimare la disparità.

Ha insistito, infatti, sulla natura non di ruolo del rapporto di impiego e sulla novità di ogni singolo contratto rispetto al precedente, già ritenuti dalla Corte di Giustizia non idonei a giustificare la diversità di trattamento (si rimanda alle sentenze richiamate nella lettera d del punto che precede), nonché sulle modalità di reclutamento del personale nel settore scolastico e sulle esigenze che il sistema mira ad assicurare, ossia sulle ragioni oggettive che legittimano il ricorso al contratto a tempo determinato e che rilevano ai sensi della clausola 5 dell'Accordo quadro, da non confondere, per quanto sopra si è già detto, con le ragioni richiamate nella clausola 4, che attengono, invece, alle condizioni di lavoro che contraddistinguono i due tipi di rapporto in comparazione, in ordine alle quali nulla ha dedotto il ricorrente.

2.4 Priva di rilievo nella fattispecie è la specialità della disciplina delle supplenze del settore scolastico rispetto alla normativa generale dettata dal d.lgs n. 368 del 2001, poiché la necessità di disapplicare le norme contrattuali relative al diverso trattamento retributivo previsto per gli assunti a tempo determinato è conseguenza della diretta applicazione della richiamata clausola 4, come interpretata dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia.

2.5 La Corte territoriale, inoltre, ha confermato le sentenze di primo grado, di condanna generica, con le quali è stato riconosciuto il diritto degli attuali controricorrenti al riconoscimento della anzianità di servizio nei medesimi termini previsti per il personale a tempo indeterminato. La sentenza non ha ritenuto applicabile l'art. 53 della legge 11 luglio 1980 n. 312, norma questa che ormai disciplina il solo trattamento economico degli insegnanti di religione, sicché la censura formulata nel ricorso deve ritenersi inammissibile per difetto di interesse (...).

Quanto nitidamente ripercorso dal giudice di legittimità sul terreno della anzianità di servizio ai fini retributivi, e della correlata progressione economica, in favore del lavoratore a tempo determinato, pubblico, non di ruolo, ci parrebbe pianamente esportabile nel paese del riconoscimento della anzianità di servizio ad ogni fine giuridico inerente al rapporto di lavoro, anche muovendo dal potente canone di interpretazione necessariamente non restrittiva.

Infatti, non sussistono specifiche, ragionevoli condizioni oggettive idonee a giustificare la diversità di trattamento, facendo l'Amministrazione leva su circostanze che prescindono dalle caratteristiche intrinseche delle mansioni e delle funzioni esercitate, le quali sole potrebbero legittimare la disparità (v. sopra le menzionate pronunce della Corte di Giustizia).

Emerge dalla costante giurisprudenza della CGUE, che eventuali disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato possano essere giustificate da ragioni oggettive, da identificarsi in *"elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'iscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti"* che consentano di verificare "se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria" (Corte giust., 22 dicembre 2010 C-444/09 Gavieiro e C-456/09 Torres, punti 54 e 55). Secondo la Corte, *"i suddetti elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti alle mansioni stesse o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro"* (cfr. sent. 18/12/2012 Valenza, pt. 50-51 e precedenti in essa richiamati).

Il caso proposto dal docente ricorrente è in questa cornice particolarmente a suo agio, avendo il docente ininterrottamente disimpegnato il servizio pre-ruolo nello svolgimento della medesima attività didattica di sostegno.

Il docente ricorrente ha svolto il servizio di sostegno pre ruolo con gli stessi requisiti soggettivi e investito delle medesime funzioni del personale docente di ruolo: da un lato, infatti, il ricorrente, come si evince dai contratti a tempo determinato, era insegnante incluso in graduatoria provinciale ad esaurimento e, pertanto, già abilitato all'insegnamento e idoneo all'immissione in ruolo; inoltre era titolare di specializzazione per l'insegnamento di sostegno); d'altro lato, le funzioni svolte dal docente su posto di sostegno sono stabilite dalla legge ordinaria e dal contratto collettivo nazionale in modo assolutamente identico sia per i docenti a tempo indeterminato che per quelli a tempo determinato (art. 315 D.Lgs. 297/1994; art. 26 e seguenti nel vigente CCNL 2006/2009-comparto scuola).

L'Amministrazione scolastica, nella memoria difensiva, offre una accurata ricostruzione normativa della materia, ma non specifica quale eventuale particolare natura abbiano rivestito le mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti a tempo determinato, le caratteristiche differenziali inerenti alle mansioni stesse o, eventualmente, quale sia la legittima finalità di politica sociale perseguita dallo Stato a mezzo della deteriore o omessa rilevanza del periodo pre-ruolo, ora ai fini della maturazione della anzianità di servizio ai fini del punteggio, ora ai fini del passaggio al ruolo comune. Sempre in accordo alla cogente interpretazione comunitaria, l'Amministrazione non ha allegato alcun elemento per verificare



se la disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria.

E in particolare, sempre assecondando le argomentazioni comunitarie, la diversità del titolo di accesso al posto di ruolo (corrispondente al superamento, da un lato, di procedure selettive preordinate alla stipulazione di contratti a termine, con successiva stabilizzazione e, dall'altro, di un concorso pubblico indetto per la copertura del posto di ruolo) non può *ex se* costituire legittimo motivo di differenziazione (in punto di anzianità di servizio ad ogni fine) nel trattamento tra lavoratori (assunti a termine ed a tempo indeterminato) qualora vengano in rilievo mansioni analoghe e, con queste, pari responsabilità (professionali) nelle posizioni lavorative comparate (e nelle relative modalità di svolgimento).

Appare dunque violata dalla normativa nazionale di riferimento, statutale e collettiva, la clausola 4 dell'accordo quadro, intitolata «Principio di non discriminazione», che prevede al suo punto 1 quanto segue: *"per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive"*.

Pienamente sussistente il parametro di comparabilità, per le ragioni esposte, unitamente alla insussistenza di ragioni oggettive legittimamente discriminanti, parimenti per le ragioni esposte.

Tra le due forme di rapporto di lavoro, a tempo determinato e a tempo indeterminato, è completa l'assimilazione e – a parte irrilevanti deviazioni del contenuto obbligatorio della prestazione, segnalate dalla Scuola in sede di discussione orale – l'unico elemento differenziale, il sistema di reclutamento e ciò che ad esso consegue, attiene ad una condizione esterna al contenuto della prestazione e alla natura delle funzioni espletate dal personale non di ruolo, prestazioni del tutto equivalenti a quelle del personale di ruolo. Del resto, il procedimento di individuazione dei destinatari di contratti a tempo determinato, attingendo a graduatorie formate anche in base ai titoli, non è tale da riverberarsi sulle caratteristiche e sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, nonché sui connotati di professionalità derivante dall'anzianità maturata, cui si commisura il trattamento retributivo del personale di ruolo.

L'accertata incompatibilità, con la clausola 4 dell'accordo quadro europeo allegato alla direttiva 99/70, di norme interne che discriminano il personale a tempo determinato dal pieno riconoscimento, non solo economico, ma anche ai fini della anzianità di servizio, e della ricostruzione della carriera in favore del personale assunto a tempo indeterminato, come della maturazione del quinquennio per il transito su posto comune, non può che essere risolta in favore delle previsioni del diritto dell'Unione in ragione della loro superiorità nella gerarchia delle fonti, con la conseguente disapplicazione, da parte del

giudice nazionale, della normativa italiana confliggente con esso (v., per tutte, Cass. SL sent. n. 22558/2016).

E' acquisizione nota, che qualora non possano procedere ad un'interpretazione e ad un'applicazione della normativa nazionale conformi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione abbiano l'obbligo di applicare integralmente quest'ultimo e di tutelare i diritti che esso attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno. E nel caso di specie sussistono tutti i presupposti individuati dalla giurisprudenza comunitaria per configurare il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare la normativa interna in contrasto con quella europea.

L'anello più debole di tenuta della tutela in favore di questa categoria di docenti è comunque dato proprio dalla possibile individuazione di ragioni oggettive, di caratteristiche intrinseche delle mansioni e delle funzioni esercitate, le quali sole potrebbero legittimare la disparità, coniugandosi con il perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro.

In tal senso v. ad es. Trib. Torino (g. Mancinelli), decr. 14/5/2016, che pure dà conto che *"in base ad una valutazione compiuta a posteriori, non paiono ravvisabili evidenti differenze tra un docente che abbia svolto il quinquennio di servizio sul posto di sostegno dopo l'immissione in ruolo e le odierne ricorrenti, che il medesimo quinquennio di servizio hanno svolto, rendendo una prestazione del tutto analoga, in parte in forza di contratto a termine ed in parte in forza di rapporto stabile"*, *"diversa è la valutazione di tale servizio compiuta ex ante, in relazione alla dichiarata finalità sottesa alla disposizione che impone al docente di appartenere al ruolo di sostegno per cinque anni prima di chiedere il trasferimento al ruolo comune: il primo comma dell'art. 127 D.Lgs. 297/1994, individua la finalità dell'utilizzo dei docenti di sostegno, "i cui compiti devono essere coordinati, nel quadro della programmazione dell'azione educativa, con l'attività didattica generale", nel "realizzare interventi atti a superare particolari situazioni di difficoltà di apprendimento determinate da handicap"*;

- *tale finalità di garanzia della continuità del diritto allo studio degli alunni con disabilità è ulteriormente rafforzata, per il futuro, alla luce della L. 13/7/2015 n. 107 che, all'art. 1 comma 181 lettera c), delega il governo ad adottare decreti legislativi che abbiano quale principio e criterio direttivo anche la ridefinizione del ruolo del personale docente di sostegno e la revisione dei criteri di inserimento nei ruoli per il sostegno didattico, "in modo da rendere possibile allo studente di fruire dello stesso insegnante di sostegno per l'intero ordine o grado di istruzione"*;

- *l'obiettivo di perseguire il fine di continuità didattica per gli studenti bisognosi di sostegno per le difficoltà di apprendimento determinate da handicap, che ha indotto il legislatore a creare un apposito ruolo docente in cui è richiesta - a differenza che per il ruolo comune - la permanenza almeno quinquennale, è strettamente connesso alla possibilità di strutturare percorsi educativi e programmi personalizzati anche in considerazione proprio del*

vincolo di permanenza dei docenti; ne consegue che la stipulazione (sulla cui legittimità non vi è ragione di dubitare) di contratti a tempo determinato su posti di sostegno, se può sopperire alle necessità temporanee, certamente non consente il perseguimento dell'obiettivo sopra delineato in maniera analoga rispetto alla disponibilità di un docente di ruolo;

- la circostanza che le ricorrenti fossero già utilizzate su posti di sostegno prima dell'immissione in ruolo non consentiva di prevedere che sarebbero rimaste su tali posti per cinque anni e di programmare di conseguenza la didattica, in quanto alla scadenza di ogni contratto a termine non conseguiva alcuna garanzia né di rinnovo del contratto, né di riutilizzo nella medesima tipologia di posti: che le docenti ricorrenti siano state immesse in ruolo proprio negli istituti presso cui avevano prestato attività di sostegno negli anni precedenti può ritenersi frutto di una casualità in alcun modo programmabile;

- deve ritenersi che la diversa valutazione dell'anzianità di servizio pre-ruolo sul posto di sostegno rispetto al servizio prestato dopo l'immissione in ruolo, ai soli fini della mobilità su posto del ruolo comune, possa risultare compatibile con la direttiva comunitaria sopra richiamata, essendo ravvisabile la ragione oggettiva che giustifica la disparità di trattamento proprio nella finalità di consentire la programmazione ed il miglior perseguimento dell'obiettivo di integrazione scolastica degli allievi necessitanti del supporto di un insegnante di sostegno di ruolo e vincolato per il quinquennio: è evidente che una siffatta programmazione non è possibile nei confronti di un docente assunto a termine, anche se nei fatti una certa continuità viene garantita dallo stesso docente qualora rinnovi il contratto nella medesima tipologia di posto di sostegno; va inoltre osservato che parificare la situazione delle ricorrenti con quella di un docente che ha trascorso l'intero quinquennio nel ruolo dei docenti di sostegno, giungerebbe a produrre una sorta di discriminazione alla rovescia in danno del dipendente a tempo indeterminato, il quale non aveva alcuna possibilità di trasferirsi su un posto di ruolo comune se non al termine del quinquennio, laddove le ricorrenti, abilitate anche per l'insegnamento sul ruolo comune e verosimilmente inserite nelle graduatorie ad esaurimento anche per tali posti, ben avrebbero potuto, ove ne avessero avuto l'occasione, stipulare contratti per posti diversi da quelli di sostegno;

- la situazione può quindi integrare una ragione oggettiva nel senso definito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra riportata, tenuto altresì conto che la stessa discende da elementi precisi e concreti, e criteri oggettivi e trasparenti, quali la durata del servizio prestato in una determinata tipologia di posto, ed è finalizzata al perseguimento di un obiettivo sociale dello Stato italiano").

Nonostante la linearità e la pregevolezza dell'argomentare sopra esposto, si registra dal 2016 la formazione di una nutrita giurisprudenza, in procedimenti cautelari di identico oggetto, che non ha condiviso le tesi appena sopra prospettate, condividendo invece l'istanza di tutela di questa categoria: si vedano, ad es., ord. Tribunale di Ravenna n. 667/2016; Tribunale di La Spezia n. 1248/2016; Tribunale di Padova n. 2255/2016; Tribunale di Verona

n. 2611/2016, non reclamata; Tribunale di Taranto n. 16154/2016, confermata in sede di reclamo dall'ord. n. 22616/2016; Tribunale di Bologna n. 4662/2016 pronunciata in sede di reclamo; Tribunale di Imperia n. 1419/2016 confermata in sede di reclamo dall'ord. del 05.10.2016; Tribunale di Padova n. 2699/2017, non reclamata; Tribunale di Venezia n. 2785/2017, non reclamata; Tribunale di Pavia n. 1753/2017, non reclamata; Tribunale di Lecce, ord. 03.05.2017; sent. Tribunale di Milano n. 329/2017.

Occorre infatti certo considerare una base di partenza, proprio in omaggio ad una particolare sensibilità della esigenza di favorire la continuità didattica nel settore, una base che pone un consistente vincolo differenziale di permanenza quinquennale, e se lo scopo dell'art. 127 comma 2 della L. 297/1994 è quello di prevedere un'esperienza quinquennale nell'attività didattica nel sostegno, non rileva, per le ragioni esposte, se detta esperienza sia stata acquisita prima o dopo l'immissione in ruolo.

E del resto, il valore di continuità rischia di essere mal posto nella interpretazione della questione che ci occupa, se valgono, come propendiamo, le considerazioni che seguono, mutate dall'argomentazione di parte ricorrente:

secondo la contrattazione collettiva in vigore sino all'a.s. 2015/2016, i docenti di sostegno di scuola secondaria di secondo grado, come le ricorrenti, non erano titolari in una scuola specifica, ma erano assunti a tempo indeterminato nella dotazione organica di sostegno (D.O.S.) che aveva estensione provinciale: la titolarità di tale docente, quindi, investiva un ambito più ampio della singola istituzione scolastica, la dotazione organica di sostegno, appunto.

Ogni anno tali docenti avevano l'onere di proporre domanda di utilizzazione e, in quella sede, avevano facoltà, non il dovere, di chiedere la conferma della utilizzazione nello stesso istituto dell'anno scolastico precedente (cfr. CCNI sulle utilizzazioni e assegnazioni provvisorie a.s. 2015/16, art. 2, comma 1, 1^a capoverso e lett. f).

Se la domanda di utilizzazione non veniva presentata, l'amministrazione provvedeva d'ufficio, ma neanche in questo caso l'utilizzazione nel medesimo istituto dell'a.s. precedente era automatica, in quanto nelle operazioni di utilizzazione l'amministrazione deve seguire l'ordine e le precedenze stabilite all'interno di una graduatoria in cui sono inseriti tutti i richiedenti (cfr. allegato 3 al CCNI). Ai sensi della L. n. 107/2015, art. 1, commi 63, 64, 68, oggi è soppressa la dotazione organica provinciale di sostegno e il docente di sostegno può partecipare alle operazioni di mobilità per ottenere la titolarità in scuola specifica (cfr. CCNI Mobilità per l'a.s. 2016/17, art. 7, comma 1 e 2; CCNI Mobilità per l'a.s. 2017/18, art. 3, comma 1, e art. 6, comma 5): da queste disposizioni deriva però la conseguenza che il docente di sostegno può chiedere il trasferimento ad altra scuola nell'ambito della medesima provincia, come il docente di insegnamento comune.

E' comunque consentito accedere alla mobilità verso altro posto di sostegno sito in altra sede, già prima del decorso del quinquennio (v. art. 23 comma 9 CCNI dell'11.04.2017).

La ratio dell'esclusione del servizio di sostegno pre ruolo dal calcolo del quinquennio di permanenza obbligatoria sul sostegno, dopo l'immissione in ruolo, non può ritenersi realmente rappresentata dall'esigenza di assicurare una continuità didattica in una scuola specifica, in quanto tale continuità è, sul piano normativo, una mera eventualità, non una necessità.

Appare dunque sussistere la probabile fondatezza del diritto, in presenza di un pregiudizio imminente di beni della vita personali, fondamentali, non risarcibile per equivalente.

P.Q.M.

accerta il diritto di [redacted] nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, al riconoscimento della valutazione del periodo pre-ruolo svolto nel sostegno ai fini della mobilità, e specificamente ai fini del superamento del vincolo quinquennale di permanenza sul sostegno, e conseguentemente accerta il diritto di partecipare alla procedura di mobilità per l'a.s. 2017/18, relativa al trasferimento da posto di sostegno a posto di insegnamento comune.

Condanna l'Amministrazione (MIUR) convenuta al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 4.864,00 per compensi professionali (procedimento cautelare, valore indeterminabile, media complessità, medio per studio, minimo per fase introduttiva, istruttoria/trattazione e decisione) oltre Iva, Cap e 15 % come per legge.

Siena, 17/7/2017

il giudice
Delio Cammarosano"

*

Sull'oggetto, implicante essenzialmente questioni interpretative di diritto, la fase di merito a cognizione piena ed esauriente non ha apportato elementi di significativa rilevanza.

P.Q.M.

accerta il diritto di [redacted] nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, al riconoscimento

della valutazione del periodo pre-ruolo svolto nel sostegno ai fini della mobilità, e specificamente ai fini del superamento del vincolo quinquennale di permanenza sul sostegno, e conseguentemente accerta il diritto della ricorrente a partecipare alla procedura di mobilità per l'a.s. 2017/18, relativa al trasferimento da posto di sostegno a posto di insegnamento comune, ordinando all'Amministrazione convenuta di conformarsi attuativamente.

Condanna l'Amministrazione convenuta al pagamento delle spese processuali, liquidate in € 4.864,00 + 4.309,00, oltre aumento del 20 % (2 parti), per compensi professionali (causa di valore indeterminato, media complessità, medio per studio, minimo per fase introduttiva, istruttoria/trattazione e decisione, per la fase cautelare; minimo per studio, fase introduttiva, decisione, giudizio di merito) oltre spese per c.u. Iva, Cap e 15 % come per legge.

Siena, 25/10/2017

il giudice
Delio Cammarosano

