

Studio Legale
Avv. Gianluigi Giannuzzi Cardone
Via Marchese di Montrone 126 70122 BARI
Cell. (+39) 3470925246 Fax (+39) 0802145621

RG 7620/2017

Il Tribunale di Bari, sezione feriale, composto da:

dott. Antonio Ruffino Presidente;

dott.ssa Assunta Napoliello Giudice;

dott. Luigi Pazienza Giudice relatore;

a scioglimento della riserva che precede;

esaminati gli atti di causa e uditi i procuratori delle parti;

OSSERVA

Con ricorso *ante causam* ex art. 700 c.p.c., depositato il 27.04.2017,

in qualità di docenti di

ruolo addetti all'insegnamento su **posto di sostegno** per minorati psico-fisici, convenivano in giudizio innanzi al Tribunale di Bari, in funzione di Giudice del lavoro, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca chiedendo di partecipare alla procedura di mobilità relativa all'anno scolastico 2017/2018 per il trasferimento su **posto comune**, prevista dal C.C.N.L. mobilità 11.4.2017, previo computo, nel quinquennio prestato quali docenti di **sostegno**, anche dei periodi pre-ruolo prestati in forza di contratti a termine, con vittoria di spese.

Nel giudizio cautelare si costituiva in giudizio il Ministero dell'Istruzione, chiedendo il rigetto della domanda cautelare.

Con ordinanza depositata in cancelleria il 19.06.2017 il Giudice del Lavoro di Bari rigettava la istanza cautelare sul presupposto della insussistenza del profilo del *periculum in mora*.

La difesa dei docenti con l'atto di reclamo ha impugnato detto provvedimento chiedendo di revocare l'ordinanza cautelare emessa e di accogliere la domanda.

Si è costituito il Ministero dell'Istruzione eccependo il difetto di giurisdizione del giudice adito e chiedendo, comunque, nel merito il rigetto del reclamo.

Il reclamo è fondato e va accolto.

Premesso che appare evidente la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto le doglianze dei ricorrenti non investono direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo ministeriale mediante la deduzione della non conformità a legge di atti specifici di organizzazione, nel valutare il merito della pretesa occorre partire dall'esame dell'art. 127, comma 2 del D.l.vo 16.4.1994 n. 297, il quale dispone che gli insegnanti in questione, "dopo cinque anni di appartenenza al ruolo dei docenti di **sostegno**, possono chiedere il trasferimento al ruolo **comune**".

Tale disposizione normativa è stata trasfusa nel C.C.N.L. mobilità del 11.4.2017 con l'art. 23 co. 11, in forza del quale "i docenti di **sostegno** che non abbiano terminato il quinquennio di permanenza non possono chiedere di partecipare ai passaggi di ruolo su posti di tipo **comune** e su classi di concorso, fino al compimento del quinquennio".

Orbene tale norma interna, che precluderebbe agli istanti l'accesso alla procedura di mobilità per la mancanza del presupposto del quinquennio di servizio in ruolo, si pone in evidente conflitto con la clausola 4 della direttiva 1999/70/CE in data 28.6.1999, la quale stabilisce al punto 1) che "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 un rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive" e

al punto 4) che "i criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di impiego dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodi di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive".

La citata direttiva comunitaria contiene una disposizione normativa incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo davanti ad un giudice nazionale e nei confronti dello Stato quale datore di lavoro, in quanto dotata di efficacia orizzontale, con la conseguenza che, in caso di contrarietà della norma nazionale con la stessa, il giudice dovrà disapplicare la disposizione di diritto interno incompatibile (cfr. Cgue 7.3.2013 n. 393).

Nell'interpretare la Direttiva 1999/70/CE, la Corte di Giustizia UE (sent. 13.9.2007, C-307/05, Del Cerro Alonso), ha statuito che le prescrizioni dell'Accordo Quadro e della Direttiva sono applicabili anche "ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le Amministrazioni e con altri enti del settore pubblico" (v. sent. 4.7.2006, C-212/04, Adeneler e altre), trattandosi di "norme di diritto sociale comunitario di particolare importanza" che devono trovare applicazione a "tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro".

La Corte ha poi precisato che cosa debba intendersi per "condizioni di impiego" ai sensi della clausola 4 dell'Accordo Quadro, precisando che la riserva di cui all'art. 137, n. 5, del Trattato UE (che esclude la materia della retribuzione dalle competenze delle istituzioni comunitarie) "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”.

Affrontando, in particolare, la problematica della spettanza degli scatti di anzianità al personale assunto a termine dalle pubbliche Amministrazioni, di ruolo o non di ruolo, la CGE ha affermato: “La mera circostanza che un impiego sia qualificato come ‘di ruolo’ in base all’ordinamento interno e presenti taluni aspetti caratterizzanti il pubblico impiego dello Stato membro interessato è priva di rilevanza sotto questo aspetto, a pena di rimettere seriamente in questione l’efficacia pratica della direttiva 1999/70 e quella dell’Accordo Quadro nonché la loro applicazione uniforme negli Stati membri, riservando a questi ultimi la possibilità di escludere, a loro discrezione, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da tali strumenti comunitari”.

La Corte di Giustizia ha inoltre spiegato che la nozione di “ragioni oggettive” che, secondo la clausola 4, punto 1, dell’Accordo Quadro, possono giustificare la deroga al principio di non discriminazione in materia di periodi di anzianità, “non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest’ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo”, ma solo quando “la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare

contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria".

Secondo la CGUE, la nozione di "condizioni di impiego" di cui alla clausola 4, punto 1, dell'Accordo Quadro "deve essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa ... che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato".

Tali principi sono stati in seguito ribaditi dalla Corte di Giustizia (sent. 22.12.2010, nei procedimenti riuniti C-444/09, *Gavieiro Gavieiro* e C-456/09, *Iglesias Torres*) che ha ulteriormente precisato che "un'indennità per anzianità di servizio ... rientra nell'ambito di applicazione della clausola 4, punto 1, dell'Accordo Quadro, in quanto costituisce una condizione d'impiego, per cui i lavoratori a tempo determinato possono opporsi ad un trattamento che, relativamente al versamento di tale indennità, al di fuori di qualsiasi giustificazione obiettiva, sia meno favorevole di quello riservato ai lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in una situazione comparabile. Il carattere temporaneo del rapporto di lavoro di taluni dipendenti pubblici non può costituire, di per sé, una ragione oggettiva ai sensi di tale clausola dell'Accordo Quadro".

Ancora più di recente la Corte (ordinanza 7 marzo 2013 in causa C-393/11), pronunciando sulla compatibilità con il diritto dell'Unione delle disposizioni dettate in tema di inquadramento dei dipendenti "stabilizzati" dall'art. 75 del d.l. 112/2008, ha richiamato detti principi, evidenziando innanzitutto che le

ragioni oggettive che giustificano la diversità di trattamento, devono consistere in “elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s’inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l’obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l’espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti a tempo determinato, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro”.

Deve, invece, escludersi che possa configurare una ragione oggettiva il mero richiamo alla natura temporanea del rapporto, in quanto ciò “svuoterebbe di contenuti gli obiettivi della direttiva e dell’accordo quadro ed equivarrebbe a perpetuare il mantenimento di una situazione svantaggiosa per i lavoratori a tempo determinato” (punto 41).

La Corte ha aggiunto che “il principio di non discriminazione, enunciato nella clausola 4 dell’accordo quadro, sarebbe privato di qualsiasi contenuto se il semplice fatto che un rapporto di lavoro sia nuovo in base al diritto nazionale fosse idoneo a configurare una «ragione oggettiva» ai sensi della clausola suddetta, atta a giustificare una diversità di trattamento....” essendo necessario “prendere in considerazione la natura particolare delle mansioni svolte dai resistenti nel procedimento principale” (punti 50 e 51).

Nel caso che ci occupa, peraltro, non sussistono le ragioni oggettive evidenziate dal Ministero reclamato al fine di giustificare un trattamento differenziato.

In particolare, non può considerarsi tale l'esigenza di garantire la continuità didattica sancita dall'art. 1 co. 181 lett. c) n. 2) l. 13.7.2015 n. 107, disposizione normativa che delinea il principio di "promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità", attraverso "la revisione dei criteri di inserimento nei ruoli per il **sostegno** didattico, al fine di garantire la continuità del diritto allo studio degli alunni con disabilità, in modo da rendere possibile allo studente di fruire dello stesso insegnante di **sostegno** per l'intero ordine o grado di istruzione".

Deve al riguardo osservarsi che la norma appena citata, la quale peraltro non risulta ancora attuata, in difetto del relativo decreto legislativo di esecuzione, nel prevedere una revisione dei criteri di inserimento nel ruolo di **sostegno**, non riguarda la disciplina vigente in materia di uscita dal detto ruolo. Inoltre, la facoltà, prevista dall'art. 23, comma 9, del C.C.N.L. mobilità del 11.4.2017 ai docenti di **sostegno**, di chiedere, già prima del quinquennio, il trasferimento ad altra sede per analogo **posto**, evidenzia come non sia l'esigenza di garantire la continuità didattica la ratio sottesa alla previsione del vincolo di permanenza quinquennale stabilito per il trasferimento su **posto comune**.

Viceversa, l'esigenza di garantire la continuità didattica potrebbe essere soddisfatta mediante la previsione di un periodo di servizio minimo sul **posto** di **sostegno**, prescindendo però dalla distinzione tra servizio di ruolo e rapporti

di lavoro a tempo determinato, che di per sé resta del tutto estranea rispetto alla suddetta esigenza.

Pertanto il reclamo, sotto il profilo del fumus, appare fondato.

Sussiste altresì, nella fattispecie in esame, contrariamente a ciò che è stato ritenuto nella ordinanza impugnata, l'ulteriore requisito del periculum in mora. I prescritti caratteri di imminenza e irreparabilità del pregiudizio sono integrati dalla inevitabile tardività di una decisione di merito che giungerebbe, laddove si consideri la prevedibile durata del giudizio ordinario, soltanto oltre il termine di scadenza per la pubblicazione dei movimenti, così che resterebbe vanificato in via definitiva il diritto, azionato dai ricorrenti, di partecipare alla procedura di mobilità su **posto comune**: in sostanza si ritiene applicabile al caso che ci occupa, stante l'identità di ratio, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia di ammissione con riserva alle procedure concorsuali nelle ipotesi di impugnativa di clausole del bando in materia di titoli ritenute illegittime.

E proprio per tali ragioni non appare necessaria la allegazione della concreta possibilità di conseguire utilmente un posto comune: tale onere assertivo si appalesa impossibile da soddisfare da parte dei i ricorrenti, in quanto la difesa degli istanti si duole esclusivamente della mancata partecipazione alla procedura selettiva in questione, non potendo conoscere, ovviamente, il numero dei candidati e la tipologia dei titoli vantati dagli stessi. La negazione alla partecipazione deliberata dalla Amministrazione resistente, pur in possesso da parte dei ricorrenti di un valido requisito di ammissione, rappresenta un vulnus al diritto di difesa dei docenti che si ripercuote, altresì, sulla possibilità

degli stessi di svolgere la attività di docenza con riferimento a quei settori di insegnamento meglio rispondenti ai propri obiettivi professionali.

E pertanto, pur non dubitando che anche nella ipotesi di mancata partecipazione alla procedura, i docenti, comunque, continuerebbero a svolgere le proprie mansioni sull'attuale posto di sostegno, l'ostacolo illegittimo frapposto dalla Amministrazione reclamata si atteggia alla stregua di un pregiudizio irreparabile a diritti di natura strettamente personale, attinenti allo sviluppo ed alla formazione professionale nonché alla personalità dell'individuo.

In conclusione, nel riformare la ordinanza cautelare di prime cure, va ordinato al Ministero resistente di ammettere gli istanti alla procedura di mobilità per il trasferimento su **posto comune**.

La assoluta novità della questione esaminata, nonché la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali difformi giustificano la compensazione integrale delle spese di lite con riferimento sia alla fase cautelare di prime cure che della presente fase del reclamo.

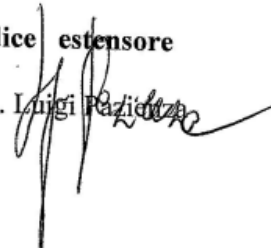
P.Q.M.

accoglie il reclamo e, per l'effetto, previa riforma della ordinanza cautelare impugnata, ordina al Ministero resistente di ammettere i ricorrenti alla procedura di mobilità per il trasferimento su posto comune con riferimento all'anno scolastico 2017/2018; compensa integralmente tra le parti le spese di lite di entrambe le fasi cautelari.

Bari, 2.08.2017


Il Presidente
Dott. Antonio Ruffino

Il Giudice estensore

Dott. Luigi Pizzicotti


Tribunale di Bari
Deposito in Cancelleria
Bari 4/8/2017
Funzionaria Giudiziale
d.essa Giovanna Paulino