

RG 5562/2017



**TRIBUNALE DI BARI**

**Sezione lavoro**

Il Giudice del lavoro, dott.ssa Isabella Calia,  
sciogliendo la riserva di cui al verbale di udienza del giorno 12.06.17,  
esaminati gli atti di causa e uditi i procuratori delle parti,

**PREMESSO**

Con ricorso ex art. 669<sup>ter</sup> c.p.c. depositato in data 10.05.17 il ricorrente Carrera Vito Alessandro (rappr. e dif. dagli avv.ti Graziangela Berloco e Gianluigi Giannuzzi Cardone) ha adito il Tribunale di Bari, in funzione di giudice del lavoro, per sentir accogliere la richiesta di tutela cautelare invocata ai sensi dell'art. 700 c.p.c. nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia, rassegnando in particolare le seguenti conclusioni *“previa disapplicazione di tutti gli atti illegittimi, con particolare riferimento alla parte in cui non tengono conto, ai fini del superamento del vincolo quinquennale sul posto di sostegno, degli anni di insegnamento prestato dal ricorrente come docente precario:*

1. *Accertare e dichiarare che gli anni di servizio pre ruolo resi sul sostegno sono validi ai fini del superamento del vincolo di permanenza quinquennale sul sostegno e, di conseguenza, che la parte ricorrente ha assolto tale obbligo di permanenza quinquennale sul sostegno;*

2. *Dichiarare il diritto del ricorrente a partecipare alla procedura di mobilità per il trasferimento sul posto comune, e conseguentemente,*

3. *Condannare il MIUR e l'USR Puglia, in persona di rispettivi legali rappresentanti pro tempore, ciascuno per quanto di competenza, ad emanare tutti gli atti necessari a consentire al ricorrente la partecipazione alla procedura di mobilità per il trasferimento sul*



*posto comune, e comunque emettere ogni altro provvedimento idoneo ad assicurare gli effetti della decisione”.*

L’odierno istante, premesso di essere docente di ruolo di scuola secondaria di II grado alle dipendenze del M.I.U.R., attualmente addetto all’insegnamento su posto di sostegno per minorati psico-fisici, e di aver prestato servizio in adempimento di ripetuti contratti, anche a tempo determinato, su posti di c.d. sostegno, per almeno un quinquennio, ha chiesto di essere ammesso a partecipare alle operazioni di mobilità territoriale e professionale per l’anno scolastico 2017/2018 di cui all’O.M. 221 del 12.4.17 ed al CCNI 2017/2018, per il trasferimento da posto di sostegno a posto di insegnamento interdisciplinare (c.d. posto comune), allegando il possesso del requisito temporale quinquennale di cui all’art. 127 co. 2 d.lgs. n. 297/94, in virtù dei servizi prestati su posti di sostegno anche anteriormente all’immissione in ruolo, avendo maturato, al momento di presentazione della domanda di mobilità, un’anzianità di servizio su posto di sostegno superiore a 5 anni.

In sintesi, parte ricorrente ha lamentato che ai sensi del CCNI mobilità 2017/2018 non è riconosciuto valido, ai fini della partecipazione alle operazioni di mobilità e del computo del quinquennio utile, il servizio pre-ruolo prestato su posto di sostegno, in palese contrasto con il principio di non discriminazione sancito dalla clausola 4 punto 1 dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, nonché dalla conforme giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Ha infatti censurato la condotta dell’Amministrazione scolastica laddove ha valutato il servizio da lui prestato a tempo determinato (pre-ruolo) in modo differente e peggiore rispetto al lavoro prestato con contratto a tempo indeterminato, ritenuto ingiustamente l’unico valido ai fini del superamento del citato vincolo quinquennale, così precludendogli di partecipare alla procedura di mobilità.

Costituitasi in giudizio, l’Amministrazione convenuta (rappr. e dif. ex art. 417bis co. 1 c.p.c. dal funzionario delegato Vito Pezzolla) ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo, contestando comunque anche nel merito le avverse pretese e negando la sussistenza tanto del *fumus boni iuris* quanto del *periculum in mora*, chiedendo pertanto il rigetto della domanda.



### OSSERVA

La domanda cautelare è infondata e, pertanto, non può essere accolta.

Va tuttavia preliminarmente e brevemente chiarito che si ritiene sussistente la giurisdizione ordinaria, avendosi riguardo al *petitum* formulato in ricorso (accertamento di un diritto, previa disapplicazione degli atti eventualmente illegittimi) e ai principi affermati dalla Suprema Corte con la ordinanza n. 25836 del 15/12/2016, secondo cui *“Al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione in relazione alle controversie concernenti il diritto all'inserimento in una graduatoria ad esaurimento (già permanente), occorre avere riguardo al “petitum” sostanziale dedotto in giudizio. Se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto - di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria - l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta una domanda di annullamento di un atto amministrativo; viceversa, ove l'istanza rivolta al giudice è specificamente volta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che detto inserimento potrebbe precludere, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario”* (pronuncia che è successiva rispetto ai precedenti di questo Tribunale richiamati dall'Amministrazione scolastica).

Nel merito, difetta nella specie il *fumus boni iuris*.

E' opportuno premettere che fattispecie analoghe a quella qui scrutinata sono state decise da svariati Tribunali con esiti contrastanti; si ritengono tuttavia maggiormente condivisibili le argomentazioni che conducono al rigetto della pretesa azionata (sostenute di recente da Trib. Milano, sez. lavoro, sentenza del 22.03.17 in proc. RG 12846/2016, e Trib. Massa, ordinanza cautelare del 01.06.17 in proc. RG 372/2017), che di seguito si riportano.

In punto di fatto, è pacifico che il ricorrente abbia svolto più di cinque anni di servizio pre-ruolo su posti di sostegno, presso diversi istituti scolastici.



In punto di diritto, si rammenta che, originariamente, il divieto di passaggio a posti comuni prima della maturazione di un quinquennio dall'immissione in ruolo era previsto dal DPR 970/1975, recante Norme in materia di scuole aventi particolari finalità.

L'art. 12 del citato DPR prevedeva in particolare: *“Il passaggio del personale direttivo e insegnante dalle scuole e istituzioni di cui al precedente art. 1 ai corrispondenti posti o cattedre delle scuole e istituti normali può essere disposto soltanto nei confronti di coloro che abbiano prestato almeno cinque anni di servizio effettivo di ruolo nelle predette scuole e istituzioni con particolari finalità, sempreché siano in possesso dei requisiti richiesti per l'accesso ai ruoli cui aspirano”*.

La disposizione, che, alla data della sua emanazione, si riferiva ai docenti delle scuole aventi particolari finalità, deve essere interpretata alla luce delle riforme operate con l. 517/1977, l. 104/92 e d.lgs. 297/94 (per quest'ultimo, si vedano in particolare gli artt. 312 ss.), che hanno garantito e disposto, per gli studenti portatori di handicap, l'integrazione nel sistema scolastico di tipo comune, dovendosene trarre, come già fatto da condivisibile giurisprudenza di merito (v. Trib. Milano, ordinanza cautelare del 16.5.2016; Trib. Perugia, ordinanza cautelare del 8.2.2016; Trib. Torino, ordinanze cautelari del 21.6.2016 e 14.5.2016) la vigenza di un divieto generale, per i docenti di sostegno, di passaggio su posto comune prima del quinquennio dall'immissione in ruolo, divieto ribadito, con specifico riferimento alla scuola elementare, dall'art. 127 del citato d.lgs. 297/94 secondo cui *“i docenti di sostegno fanno parte integrante dell'organico di circolo ed in esso assumono la titolarità. Essi, dopo cinque anni di appartenenza al ruolo dei docenti di sostegno, possono chiedere il trasferimento al ruolo comune, nel limite dei posti disponibili e vacanti delle dotazioni organiche derivanti dall'applicazione dei commi 5, 7 e 8 dell'articolo 133 del presente testo unico”*.

Deve dunque ritenersi che il generale divieto di passaggio da posto di sostegno a posto comune prima del decorso del quinquennio dall'immissione in ruolo abbia base normativa.

Tale divieto è altresì previsto dalla contrattazione collettiva, segnatamente dall'art.26 del CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo e ATA del 23.2.2015, dall'art. 24 del CCNI concernente la mobilità del personale docente, educativo e ATA per



l'a.s. 2016/2017, e da ultimo dall'art. 9 co. 10.1 dell'O.M. 221/2017, secondo cui “[...] *Il personale docente immesso in ruolo per l'insegnamento su posti di sostegno può presentare domanda di mobilità solo per tale tipologia di posto per i primi cinque anni dalla decorrenza giuridica dell'immissione in ruolo*”.

Orbene, la *ratio* di detto divieto è individuabile non solo nell'esigenza rafforzata di continuità didattica esistente per questa tipologia di servizio, bensì, in radice, nell'obbligo dello Stato, espressione del generale impegno alla rimozione degli ostacoli che impediscono la piena ed effettiva eguaglianza sostanziale dei cittadini ai sensi dell'art. 3 Cost., di mettere a disposizione degli utenti disabili un servizio scolastico idoneo anche alle loro peculiari necessità.

Il vincolo di cinque anni è finalizzato, dunque, a garantire al Ministero la disponibilità, per un arco temporale definito, di un contingente di docenti specializzati dei quali necessita per garantire servizi scolastici qualificati a soddisfare le esigenze formative connesse ai problemi di disabilità.

In proposito l'art. 12 della legge 104/1992 stabilisce che “... 2. *È garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie.* 3. *L'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione.* 4. *L'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all' handicap.* 5. *All'individuazione dell'alunno come persona handicappata ed all'acquisizione della documentazione risultante dalla diagnosi funzionale, fa seguito un profilo dinamico-funzionale ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato, alla cui definizione provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori della persona handicappata, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato secondo criteri stabiliti dal Ministro della pubblica istruzione. Il profilo indica le caratteristiche fisiche, psichiche e sociali ed affettive*



*dell'alunno e pone in rilievo sia le difficoltà di apprendimento conseguenti alla situazione di handicap e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute che devono essere sostenute, sollecitate e progressivamente rafforzate e sviluppate nel rispetto delle scelte culturali della persona handicappata". Il successivo art. 13 prevede, tra l'altro, che "... 3. Nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e successive modificazioni, l'obbligo per gli enti locali di fornire l'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati. 4. I posti di sostegno per la scuola secondaria di secondo grado sono determinati nell'ambito dell'organico del personale in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge in modo da assicurare un rapporto almeno pari a quello previsto per gli altri gradi di istruzione e comunque entro i limiti delle disponibilità finanziarie all'uopo preordinate dall'articolo 42, comma 6, lettera h)".*

Le esigenze sottese alle disposizioni appena richiamate giustificano dunque la previsione del vincolo quinquennale di permanenza su posto di sostegno, la cui legittimità, peraltro, non è stata qui posta in discussione.

Ciò che parte ricorrente lamenta, infatti, è la non computabilità del servizio pre-ruolo su posto di sostegno, che violerebbe il principio di non discriminazione, sulla base del presupposto della piena equiparabilità del servizio prestato ai disabili prima e dopo l'immissione in ruolo.

Si ritiene tuttavia che il divieto di passaggio su posto comune prima del decorso del quinquennio dall'immissione in ruolo, con conseguente non computabilità dei servizi pre-ruolo svolti su posto di sostegno, non sia contrario al divieto di discriminazione sancito dalla clausola 4 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 99/70/CE.

Detta clausola prescrive 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".



È ben vero che la Corte di giustizia, nell'interpretare la predetta clausola, ha precisato come sia contraria al divieto di discriminazione la circostanza che i periodi di servizio prestati da un dipendente pubblico assunto a tempo determinato non vengano presi in considerazione, in termini di valutazione dell'anzianità e dell'esperienza professionale, ai fini dell'accesso del lavoratore, divenuto nel frattempo dipendente pubblico di ruolo, a una promozione per via interna cui possono esclusivamente aspirare i dipendenti pubblici di ruolo, a meno che tale esclusione sia giustificata da ragioni oggettive (Corte di giustizia, 8 settembre 2011, in causa C-177/10, Rosado Santana). Ed è altrettanto vero che, secondo la Corte di giustizia, il semplice fatto che il dipendente pubblico temporaneo abbia prestato detti periodi di servizio in base a un contratto o un rapporto di lavoro a tempo determinato non costituisce una tale ragione oggettiva (sent. ult. cit.).

Emerge però dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia che eventuali disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato possono 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’inscrive 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).

Ebbene, nel caso di specie, le suddette ragioni oggettive paiono certamente sussistenti e identificabili nell'esigenza dello Stato, che appare razionale e legittima, di mantenere per un arco temporale definito un contingente di professionisti di ruolo specializzati nell'attività didattica di sostegno al fine di assicurare l'erogazione di un servizio di rilevanza costituzionale.





E invero, se, in base a una valutazione compiuta *ex post*, 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 un docente che il medesimo quinquennio di servizio abbia svolto in forza di contratti a termine, diversa è la valutazione di tale servizio compiuta *ex ante*, in relazione alla dichiarata finalità della normativa di realizzare interventi atti a superare particolari situazioni di difficoltà di apprendimento determinate da handicap.

L'obiettivo di perseguire il fine di continuità didattica per gli studenti bisognosi di sostegno, 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 infatti 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 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.

In particolare, la circostanza che il ricorrente fosse già utilizzato su posti di sostegno prima dell'immissione in ruolo non consentiva di prevedere che egli sarebbe rimasto su tali posti per cinque anni e di programmare di conseguenza la didattica, in quanto alla scadenza di ciascun contratto a termine non conseguiva alcuna garanzia né di rinnovo del contratto, né di riutilizzo nella medesima tipologia di posto.

Pertanto, deve ritenersi che la diversa valutazione dell'anzianità di servizio pre-ruolo su posto di sostegno rispetto al servizio prestato dopo l'immissione in ruolo, ai soli fini della mobilità su posto 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 e 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 in concreto 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 del ricorrente a quella di un docente che abbia trascorso l'intero quinquennio nel ruolo dei docenti di sostegno finirebbe per 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 il ricorrente, abilitato anche per l'insegnamento sul ruolo comune e verosimilmente inserito nelle graduatorie a esaurimento anche per tali posti, ben avrebbe potuto stipulare contratti per posti diversi da quelli di sostegno (come in effetti avvenuto nella presente fattispecie).

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.

Alla stregua delle precedenti considerazioni la domanda deve essere rigettata.

Quanto alla regolamentazione delle spese del giudizio, l'esistenza di difformi orientamenti nella giurisprudenza di merito consente di disporre la compensazione integrale fra le parti.

**P.Q.M.**

Rigetta il ricorso.

Compensa le spese di lite.

Si comunichi.

Bari, 29/06/2017

Il Giudice del Lavoro  
dott.ssa Isabella Calia

