

Studio Legale
avv. Graziangela Berloco
avv. Gianluigi Giannuzzi Cardone
Via Giacomo Tritto 5, 70022 Altamura
Via Marchese di Montrone 126, 70122 Bari
Mobile +39 3936393177 – Fax +39 080 21 456 21
avv.berloco.grazia@gmail.com

TRIBUNALE CIVILE DI MESSINA

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ARTT. 669 BIS E 700 C.P.C.

Per la prof.ssa **Anna Petrisi** (cf. PTRNNA69R67F158R) nata a Messina il 27/10/1969, residente in S. Agata Militello (ME) in piazza V. Consolo 20, rappresentata e difesa - anche disgiuntamente, giusta procura alla lite allegata ai sensi dell'art. 18 comma 5, D.M. 44/2011, dagli **avv.ti Graziangela Berloco** (BRLGZN79T51A225Y - pec berloco.graziangela@avvocatibari.legalmail.it) e **Gianluigi Giannuzzi Cardone** (GNNGLG75L07A662D - pec g.giannuzzicardone@pec.libero.it - fax 080.2145621), la cui indicazione di pec che precede deve valersi ai fini della domiciliazione telematica.

Contro

Ministero dell'Istruzione e del Merito (80185250588), in persona del Ministro p.t., domiciliato in Messina, alla Via dei Mille, Isol.221, n.65, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato (80003660836) ads.me@mailcert.avvocaturastato.it

*** **

Oggetto: Mobilità 2024—2025 – Riconoscimento servizi preruolo ai fini del superamento vincolo quinquennale su posto di sostegno.

1. La prof.ssa Petrisi è dipendente del MIM, inquadrata come docente di scuola secondaria di II grado, attualmente titolare su posto di sostegno presso l'I.S. MINUTOLI di Messina (**doc. 1**);
2. Nell'arco della propria carriera lavorativa, la docente ha prestato servizio in adempimento di ripetuti contratti (anche a termine) su posti di sostegno, per almeno un quinquennio, come indicato e comprovato dalla documentazione in atti (**doc. 2**);
3. In particolare, ha prestato servizio su posto di sostegno, considerando sia i rapporti a tempo determinato che indeterminato, per oltre 5 anni, ovvero, dall'a.s. 2018–2019 all'a.s. 2023–2024 ed è in ruolo su posto di sostegno dal 1.9.23;
4. È intenzione della ricorrente partecipare alla mobilità per l'a.s. 2024–2025, prevista dal CCNI mobilità personale docente, educativo e ATA, triennio 2022/23, 2023/24, 2024/25, del 21 febbraio



2024 (**doc. 3**), e dall'Ordinanza Ministeriale n. 30 del 23 febbraio 2024 (**doc. 4**), per poter insegnare su un c.d. posti comune, in luogo del "sostegno" finora svolto;

5. A tal riguardo la Legge n. 297/1994, art. 127, comma 2, prevede — **solo per la scuola primaria** — che i docenti di sostegno ***"...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..."***, in occasione delle operazioni di mobilità, consentite di anno in anno;

6. Non v'è alcun'altra analogia prescrizione normativa che riguardi gli altri gradi di scuola;

7. Sta di fatto che in vista dell'a.s. 2024–2025 il Mim ha dato avvio alla predetta mobilità con termine per la presentazione delle domande dal 26 febbraio al 16 marzo, mentre il termine per la pubblicazione degli esiti della procedura era il 17 maggio 2024;

8. Tuttavia, alla ricorrente è stato illegittimamente impedito di partecipare all'anzidetta procedura, in quanto l'Amministrazione non ha riconosciuto come utile il periodo di preruolo, per il computo del quinquennio di servizio su posto di sostegno;

9. In un primo momento infatti la ricorrente, ritenendo la decisione datoriale illegittima, anche sulla scorta, come vedremo, dell'orientamento di legittimità sorto di recente, ha presentato la domanda ed ha dichiarato di aver superato tale limite temporale (**doc. 5**);

10. Di conseguenza, in data 17/05/2024, la docente ha ricevuto la comunicazione del trasferimento presso una scuola del Comune di S. Agata Militello (ME), e nello specifico all'Istituto Sciascia-Fermi, relativamente a cattedra di Diritto (A046) (prot. n. 10224 del 17/05/2024 **doc. 6**), ottenuta anche in virtù della precedenza prevista dall' art. 33, commi 5 e 7 L.104/92, e ribadita nella procedura a mano dall'art.13, comma 1, punto IV del contratto mobilità e dall'art.1 dell'ordinanza ministeriale mobilità, in quanto assiste il genitore gravemente disabile;

11. Volendo comunque attenersi scrupolosamente ad un obbligo di buona fede la stessa Prof.ssa Petrisi dapprima ha specificato agli Uffici del Mim di aver considerato, nel calcolo del quinquennio utile al superamento del vincolo, anche il servizio preruolo. Contestualmente ha richiesto comunque la riconferma del suo trasferimento al Comune di S. Agata Militello (ME), presso l'Istituto Sciascia-Fermi (**doc. 7**);



12. Con decreto dell'11.6.24, ritenendo di dover procedere in autotutela alla rettifica dei movimenti già comunicati, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia Ufficio VIII - Ambito territoriale di Messina, ha annullato il trasferimento della docente presso l'Istituto Sciascia-Fermi sulla classe 046, riassegnandole l'I.S.MINUTOLI di Messina su posto sostegno (**doc. 8**);

13. Insomma, è chiaro che la docente è ostacolata dalla illegittima condotta amministrativa che, non solo ha travisato il contenuto di una norma di legge ritenendola applicabile al caso di specie, ma ha altresì ignorato il servizio prestato a tempo determinato (pre-ruolo), valutandolo in modo deteriore, rispetto al lavoro prestato con contratto a tempo indeterminato;

14. Analoghi e numerosi ricorsi sono stati definiti in senso favorevole ai lavoratori in occasione delle precedenti tornate di mobilità, da ultimo è intervenuta la **Corte di Cassazione con sent. n. 32632/23** a porre fine alla diatriba giurisprudenziale, statuendo che: *"Ai fini del calcolo del periodo di cinque anni di servizio effettivo di ruolo di cui all'art. 12 del d.P.R. n. 970 del 1975, **deve essere computata anche l'anzianità maturata dall'insegnante di sostegno sulla base di precedenti contratti a tempo determinato aventi ad oggetto la medesima prestazione lavorativa**".*

15. Tuttavia, considerata l'ostinazione dell'amministrazione nel reiterare la situazione di illegittimità già censurata (rilevante anche ai fini della statuizione sulle spese di giudizio), non resta alla ricorrente che adire l'Autorità giudiziaria, in via cautelare e d'urgenza, al fine di chiedere l'ammissione alla anzidetta procedura, che altrimenti le sarebbe irrimediabilmente preclusa.

*** **

A)

Quanto al fumus boni juris

1.

Sulla inesistenza normativa del vincolo di permanenza quinquennale per i docenti di scuola secondaria

Come detto ciascun docente di scuola primaria è obbligato a permanere su posto di sostegno per un quinquennio prima di poter chiedere di svolgere mansioni differenti, ovvero l'insegnamento per cui ha conseguito l'abilitazione. Tale **obbligo è espressamente previsto** da una specifica norma contenuta nella Legge 297/1994.



Si tratta dell'art. 127, contenuto solo — e non a caso — nel Titolo III del testo di legge, ovvero quello dedicato alla scuola elementare (e non riproposto in alcun altro punto della Legge); al comma 2 dispone, che: *“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”*.

Siffatto obbligo, come si vede, non riguarda i docenti di scuola secondaria che quindi il legislatore ha inteso lasciar liberi di richiedere la modifica delle proprie mansioni ogni volta che il Miur dà avvio alla procedura di mobilità.

Sta di fatto che il Miur, in contrasto con quanto previsto dal Legislatore, con un proprio atto meramente amministrativo (e dunque non normativo), ovvero l'Ordinanza ministeriale n. 203/2019, ha inteso ampliare la portata di tale obbligo anche ai docenti di scuola secondaria.

Né può dirsi che siffatta limitazione diventi legittima qualora discenda dalla contrattazione integrativa, in quanto la normativa pattizia non ha il potere di sfociare oltre i limiti di Legge; come noto infatti, ai sensi dell'art. 40 del D.lgs. n. 165/2001, novellato dal D.lgs. n. 75/2017, la contrattazione collettiva nazionale è consentita, in tema di mobilità, solo nei limiti imposti dalla Legge.

È evidente pertanto che ove il legislatore ha espressamente imposto un obbligo di permanenza sul posto di sostegno solo agli insegnanti di scuola elementare, e di contro non ha previsto alcuna norma analoga per le altre tipologie di docenti, ha indicato una precisa scelta; tale scelta costituisce un limite (invalicabile) per le fonti di grado inferiore quali sono appunto l'ordinanza ministeriale o il contratto integrativo.

Diversamente, qualora il legislatore avesse inteso estendere siffatto vincolo a tutto il personale docente avrebbe inserito detta norma nella parte normativa generale, quella dedicata cioè alla regolamentazione dell'intero corpo docente, e non specificamente in una sola parte del TU dedicata agli insegnanti elementari.

Pertanto, l'odierna istante, docente di scuola secondaria, ha diritto a partecipare alla mobilità su posto comune, senza essere sottoposta ad alcun vincolo di sorta.



*** **

2.

Violazione della clausola 4, punto 1, dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato della direttiva 1999/70/CE – Sulla illegittimità delle disposizioni che comportano la disparità di regime giuridico tra lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato – Sul principio di diritto espresso dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea n. 307 del 13 settembre 2007

In ogni caso, anche a voler superare l'anzidetta argomentazione, ritenendo quindi legittima l'estensione del vincolo quinquennale anche alla odierna ricorrente, docente di scuola secondaria, la condotta dell'amministrazione non apparirà meno illegittima, atteso che lo sbarramento temporale in parola è ancorato al solo servizio di ruolo, ignorando completamente il servizio prestato precedentemente al ruolo.

La mancata parificazione fra l'attività di insegnamento su posti di sostegno come docente di ruolo o come supplente, ai fini della soddisfazione del vincolo di permanenza quinquennale, si pone in aperto conflitto con la clausola 4, punto 1, dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 (dir. 1999/70/CE).

È sin da subito utile ricordare, a tal proposito, che la questione è già stata ampiamente affrontata in precedenza; con un ormai granitico orientamento sul tema è stato ampiamente riconosciuto il diritto dei docenti a computare il periodo preruolo nel calcolo del quinquennio.

Si rammentano i tantissimi provvedimenti cautelari del **Tribunale di Bari** pronunciati nel **2017** e nel **2018**¹ che hanno corroborato un orientamento generale ormai consolidato.

Anche il **Tribunale di Taranto** negli anni scorsi² ha ribadito un orientamento già sorto negli anni precedenti. **Di analogo tenore anche l'ordinanza del 14.06.2017, del Tribunale di Trani (dott. N.**

¹ v. Ordinanza n. 31106/2018 del 03.07.2018). Si rammentano anche le **due ordinanze gemelle (Ordinanza n. 36460-2017 e n. 36431-2017) rese in sede di reclamo**, nelle quali il Collegio ha affermato che la normativa nazionale, nella parte in cui non parifica l'attività di insegnamento a tempo determinato su posti di sostegno alla stessa attività svolta con rapporto a tempo indeterminato, ai fini della soddisfazione del vincolo di permanenza quinquennale, si pone in conflitto con il principio di non discriminazione tutelato dalla clausola 4 della Direttiva Comunitaria 1999/70/CE.

² In occasione della procedura di mobilità dello scorso anno ad esempio v. *ordinanza collegiale n. 23068 del 12.7.2018, rel. dott. De Napoli, ordinanza n. 15197 del 14.5.2018, dott. De Palma, ordinanza n. 19384 del 12.6.2018, dott.ssa Palma, ecc.*; v. ancora l'ordinanza del 9.6.17 (dott. De Napoli), e l'ordinanza del 26.05.2016, confermata in sede di reclamo il 13.07.2016, nelle quali il Tribunale ha ritenuto che la mancata parificazione fra l'attività di insegnamento su posti di sostegno come docente di ruolo o come supplente, ai fini della soddisfazione del vincolo di permanenza quinquennale, si pone in conflitto con il divieto di discriminazione del lavoro a tempo determinato, contenuto alla clausola 4, punto 1, della Direttiva comunitaria 1999/70/CE.



Morgese), orientamento confermato anche nel 2018, con l'ordinanza del 7.5.2018 (pres. A. Arbore).

Ancora più risalenti sono le pronunce del Tribunale di BOLOGNA, che in sede di reclamo cautelare, con ordinanza del 23.05.2016, ha accolto analoga domanda; nonché quella del TRIBUNALE di RAVENNA, che, con ordinanza del 25.02.2016³, ha affermato che *“il vincolo di permanenza quinquennale sul posto di sostegno che tiene conto solamente degli anni di lavoro prestato come docente di ruolo, non rilevando affatto il lavoro prestato come insegnante precario, può essere ritenuto suscettibile di censura.*

Né può diversamente argomentarsi considerando l'interesse, comunque rilevante, a che sia garantita una continuità didattica agli alunni portatori di handicap affinché non abbiano a subire pregiudizi nella crescita e nello sviluppo educativo.”.

Dello stesso tenore anche il Tribunale di VERONA, che ha affermato lo stesso principio, con ordinanza del 10.05.2016, il TRIBUNALE di PISA con ordinanza del 23.05.2016, nonché il Tribunale di PADOVA⁴.

Anche il Tribunale del lavoro Milano ha affermato che *“il vincolo di permanenza quinquennale sul posto di sostegno, ove tiene conto solamente degli anni di lavoro prestato dalla ricorrente come dicente di ruolo e non considera affatto il lavoro anteriormente prestato come insegnante precaria, risulta suscettibile di censura.”* (cfr. ord. del 25.03.2016).

Si segnalano in oltre le ulteriori pronunce rese dal Tribunale di Salerno e dal Tribunale di Livorno⁵, che hanno riconosciuto l'assenza di “ragioni oggettive” che legittimerebbero la denunciata discriminazione tra lavoratori, riconoscendo in loro favore il diritto a percepire la retribuzione commisurata con gli scatti stipendiali riconosciuti ai colleghi in servizio a tempo indeterminato.

³ Lo stesso Tribunale ha confermato l'orientamento espresso con ulteriori pronunce del 28.06.2016.

⁴ Con un provvedimento cristallino ha affermato che *“la disparità di trattamento che viene a crearsi in tema di riconoscimento al fine della domanda di trasferimento dell'anzianità di servizio maturata nel periodo pre-ruolo non risulta giustificata dalla sussistenza di alcun preciso e concreto elemento, oggettivamente fondato su caratteristiche obiettive le quali contraddistinguano il rapporto di impiego a tempo determinato rispetto a quello a tempo indeterminato, idoneo ad ancorare la legittimità del differente regime di trattamento ad una reale e oggettiva necessità, quale ad esempio l'esigenza di perseguire uno specifico obiettivo della direttiva medesima ovvero una legittima finalità di politica sociale dello Stato membro”* (v. ordinanza del 12.04.2016;

⁵ Cfr. anche Tribunale di Salerno, sez. lav., sent. n. 3651 del 14 luglio 2010, Tribunale di Livorno, sez. lav., sent. n. 1222/2009, secondo cui il “trattamento diverso” non è giustificato da disuguaglianza nella prestazione fornita dai lavoratori, dalle modalità o dalla durata delle stesse, che sono identiche La mancata previsione degli scatti di anzianità (nel CCNL) non impedisce di riconoscerli in base ai principi generali dell'ordinamento di uguaglianza e adeguata retribuzione, sanciti nella nostra Costituzione, art. 3 e 36.”.



La questione giuridica, insomma, è ormai ben conosciuta dai Giudici nazionali, più volte chiamati a pronunciarsi sull'ingiusto ostacolo frapposto nella procedura in parola, e di recente affrontata anche dalla Suprema Corte.

Difatti, come anticipato in premessa, sulla questione del vincolo quinquennale di permanenza nel sostegno come presupposto per poter partecipare alla mobilità su posto comune, si è pronunciata la **Cassazione** con l'ordinanza n. 32632 del 23.11.2023, stabilendo il fondamentale principio secondo cui, ai fini della maturazione del quinquennio, **vanno computati anche gli anni di precariato svolti sul sostegno.**

Ai fini della corretta delibazione della domanda proposta è dunque indispensabile premettere il quadro normativo che si intende richiamare muovendo proprio dal principio fondamentale dettato in tema di discriminazione del lavoro precario, ovvero la clausola 4 della Direttiva Comunitaria 1999/70/CE.

L'Ordinamento comunitario, con l'Accordo Quadro in oggetto contenuto nella Direttiva 1999/70/CE, ha vietato qualunque disparità di regime giuridico che non sia giustificata da ragione oggettive, tra lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato, anche quando perpetrata da derdisposizioni di Legge o regolamentari ebv gmanate nei singoli Stati Membri.

A tal proposito la Corte di Giustizia Europea, con la celebre sentenza del 13 settembre 2007 (causa C-307/05), in riferimento ad una fattispecie propria dell'ordinamento spagnolo, ha affermato in maniera perentoria **l'illegittimità di tutte le disposizioni dei singoli Stati membri comportanti la disparità di regime giuridico tra lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato.** Segnatamente, la Corte si è fatta interprete della clausola 4, punto 1, dell'Accordo-Quadro sul lavoro a tempo determinato, affermando **che la disciplina nazionale non può introdurre disparità di trattamento tra lavoratori a tempo indeterminato e lavoratori a tempo determinato** senza che questa sia basata su circostanze oggettive che rendano fattualmente differenziata la situazione lavorativa.

Sulla scorta di detti presupposti, la clausola 4, punto 1, dell'accordo-quadro dispone 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 rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive”;

Interpretando tale dato normativo, la Corte di Giustizia ha reiterato il **dovere** delle legislazioni nazionali, e segnatamente quella italiana, di dare piena applicazione al principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione.

Pertanto, a giudizio della Corte, **le discipline dei singoli Stati membri debbono garantire ai lavoratori a tempo determinato il godimento degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili**, a meno che un trattamento differenziato non si giustifichi per *ragioni oggettive*, le quali devono essere rappresentate da *circostanze precise e concrete* che contraddistinguono una determinata attività.

Solo la ricorrenza di queste può giustificare una differenza di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato; in conseguenza di ciò, la Corte ha riconosciuto il diritto dei lavoratori a tempo determinato di ottenere lo stesso trattamento (nel caso di specie si trattava di trattamento economico).

Pertanto dette ragioni oggettive sono del tutto estranee al caso di specie, atteso che **all’odierna istante è preclusa la partecipazione alla predetta procedura di mobilità per il sol fatto di essere stata titolare di un rapporto a tempo determinato, pur avendo svolto, al contrario, la stessa prestazione lavorativa offerta dai colleghi inquadrati con contratto a tempo indeterminato**, e la stessa svolta da loro stessi dopo l’immissione in ruolo.

È utile quindi citare l’**ordinanza della Corte di Giustizia Europea del 7 marzo 2013⁶** pronunciata in un caso di disconoscimento dei periodi di servizio precedentemente compiuti nell’ambito di contratti di lavoro a tempo determinato, laddove la Corte ha evidenziato 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***

⁶ Ordinanza della Corte (Ottava Sezione) del 7 marzo 2013 resa nella causa in causa C-393/11 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato — Italia), Autorità per l’energia elettrica e il gas c. Antonella Bertazzi e a.;



ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro".

È chiaro invece che la disparità di trattamento si fonda esclusivamente sul differente tipo di servizio: di ruolo o non di ruolo, poiché è l'unico elemento che differenzia le tipologie di servizio. E quindi, citando ancora la CGUE⁷, ***non costituisce "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 di Giustizia 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).

Insomma, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, **il limite che giustifica condizioni di impiego differenziate, cioè la sussistenza di ragioni oggettive, non può essere ravvisato nella differente qualificazione che l'ordinamento interno dà all'impiego a termine rispetto a quello in ruolo** (Corte di Giustizia II Sez. 13 settembre 2007, causa 307/05 Del Cerro, punti da 26 a 29; Corte di Giustizia 22 dicembre 2010 cause riunite 444/09 e 456/09, Gavieiro e Torres).

È noto che il servizio pre-ruolo non è affatto connotato da una **diversa prestazione**, tale da giustificare in astratto la denunciata disparità, e non sussiste quindi alcuna differenza tra le prestazioni fornite con le due tipologie di servizio.

Dunque, risponde ad assoluto buon senso il pronunciamento del **TRIBUNALE DI PISA**⁸, ove afferma che ***"per soddisfare tale esigenza (la continuità didattica) ben potrebbero essere individuate soluzioni non penalizzanti per i lavoratori a tempo determinato, ad esempio prevedendo una permanenza nel sostegno per un periodo minimo, senza distinguere tra pre-ruolo e ruolo"***.

⁷ V. anche CGUE (Sesta Sezione), sent. 18 ottobre 2012, Rosanna Valenza (C-302/11 e C-304/11), Maria Laura Altavista (C-303/11), Laura Marsella, Simonetta Schettini e Sabrina Tomassini (C-305/11) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Domande di pronuncia pregiudiziale: Consiglio di Stato - Italia. V. anche, Corte di Appello Roma, sentenza 21 marzo 2015, n. 2488;

⁸ V. Tribunale del Lavoro di Pisa, ordinanza del 23.05.2016;



In conclusione, come si vedrà ancora meglio nel successivo capitolo, non v'è alcuna ragione obiettiva per giustificare una disparità di valutazione del servizio pre-ruolo rispetto al servizio di ruolo, non essendovi alcuna differenza tra la prestazione lavorativa offerta in costanza di rapporto a tempo determinato, rispetto alle prestazioni offerte nel servizio di ruolo.

2.1.

Sulla assenza di “ragioni obiettive” anche in relazione alle tipicità del settore scolastico – la continuità didattica.

Non può di certo affermarsi che nella odierna fattispecie sussistano le *ragioni oggettive* che porterebbero a non equiparare il servizio supplente con quello di ruolo e che quindi varrebbero quale deroga al divieto comunitario.

In primo luogo è bene chiarire che **non è rilevante, ai fini della presente controversia, la ragione per cui è stato previsto il vincolo, bensì la ragione per cui il vincolo non consideri il lavoro precario.**

In taluni precedenti giudizi l'amministrazione (risultata soccombente) ha richiamato apoditticamente quale ragione oggettiva l'esigenza di assicurarsi un contingente prevedibile di docenti di sostegno.

Per mero scrupolo quindi si fa rilevare come non vi sia alcuna ragione per cui lo scopo di assicurare all'utenza scolastica una continuità nel percorso didattico debba giustificare un vincolo di permanenza computato ignorando il servizio acquisito con le supplenze.

Peraltro così opinando emergerebbe una sorta di “discriminazione al contrario”, ovvero ai danni del docente di ruolo, vincolato, rispetto al docente non di ruolo, *libero* di cambiare sedi e posti, in barba al tanto decantato principio della continuità didattica che, in quel caso, inspiegabilmente sembra non rilevare.

È quindi opportuno ribadire che **non si contesta il potere della p.a. di far valere il vincolo di permanenza, ma, si intende affermare quanto accolto dalla maggioranza dei Giudici pronunciati su tale questione: siffatto vincolo, per non determinare una illegittima violazione del principio di discriminazione, deve valere per tutte le tipologie di servizio, sia quello di ruolo che quello non di ruolo⁹.**

⁹ Come correttamente rilevato dal **Tribunale di Verona**⁹, infatti, “*le esigenze obiettive che fondano la normativa nazionale possono rinvenirsi nella scelta di dare una certa continuità temporale all'attività di sostegno e tali esigenze*,”



L'apposizione di un vincolo di tal fatta quindi sarebbe al più giustificabile solo ove emergesse che è **necessario** ignorare il servizio a tempo determinato.

Infatti la qualità di "ragione oggettiva" non può essere attribuita a qualsivoglia argomentazione, fondata o meno, precisa o meno, circostanziata o meno, dimostrata o meno, ma, per valere quale deroga al principio generale, deve assumere tassative e specifiche caratteristiche.

Come rammenta l'**ordinanza della Corte di Giustizia Europea del 7 marzo 2013¹⁰** pronunciata in un caso di disconoscimento dei periodi di servizio precedentemente compiuti nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato, laddove la Corte ha evidenziato 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'iscrive 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".***

IN BUONA SOSTANZA NON SUSSISTONO RAGIONI PER CUI, PER PERSEGUIRE UNA FINALITÀ DI POLITICA SOCIALE, OVVERO L'ISTRUZIONE DEI DISABILI, SIA IDONEO E SOPRATTUTTO NECESSARIO PREVEDERE UN VINCOLO DI PERMANENZA CHE IGNORI IL PERIODO DI PRE-RUOLO.

È del tutto evidente che **non v'è alcuna esigenza di continuità didattica (od altra) che comporti necessariamente la discriminazione di una tipologia di servizio, rispetto ad un'altra.**

tenute in debito conto dalla stessa normativa europea, possono essere soddisfatte senza violare il principio di discriminazione ma semplicemente prevedendo un periodo di servizio minimo in tale settore e prescindendo dalla distinzione tra rapporti di lavoro a tempo determinato e servizio di ruolo".

¹⁰ Ordinanza della Corte (Ottava Sezione) del 7 marzo 2013 resa nella causa in causa C-393/11 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato — Italia), Autorità per l'energia elettrica e il gas c. Antonella Bertazzi e a.;



D'altronde è noto che non sussiste alcuna differenza tra le prestazioni fornite con le due tipologie di servizio.

Infatti, come ribadito dal **Tribunale di Trani** (ordinanza del pres. Arbore)¹¹ sulla medesima questione, *“va di contro rimarcato che, sia sul piano qualitativo sia quantitativo dell’impegno profuso, le mansioni svolte dalla parte ricorrente in qualità di dipendente non di ruolo non possono ritenersi ontologicamente diverse da quelle svolte dal personale di ruolo, sicché il solo elemento idoneo a differenziare la sua situazione rispetto a quella di un omologo dipendente pubblico di ruolo sembrerebbe coincidere con la natura temporanea del rapporto di lavoro che lo vincola al suo datore di lavoro.*

Alla luce di tanto, deve dunque escludersi l’esistenza, a fondamento della legislazione interna, di una giustificazione oggettiva sottesa alla denunciata disparità di trattamento, trovando la stessa unico motivo nella presenza di una normativa interna discriminatoria, con conseguente (e conclamata) violazione del principio della Corte di Giustizia, secondo cui: “la nozione di «ragione oggettiva» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro, dev’essere intesa nel senso che essa 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 è prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo” (sentenza Francisco Javier Rosado Santana del 08.09.2011, sentenza Del Cerro Alonso del 13.09.2007, punto 57; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, punto 54, nonché ordinanza Montoya Medina, cit., punto 40).”

D'altronde siffatta argomentazione è del tutto coerente con quelle pronunciate in favore del personale di ruolo, sul tema di riconoscimento, ai fini della ricostruzione di carriera, del servizio precedente al ruolo.

La **Corte di Appello di Bari** (v. ex multis sentenza n. 893 del 19.05.2016, Pres. rel. S. Gentile), pronunciatisi proprio sulla esistenza di presunte ragioni oggettive in merito alla applicazione del dedotto principio di discriminazione, ha richiamato la giurisprudenza comunitaria, affermando che *la “disparità di trattamento, riguardante le condizioni di impiego tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato, non può essere giustificata mediante un criterio che, in modo generale ed astratto, si riferisca alla durata stessa dell’impiego e che la disparità di*

¹¹ nominata in seguito Presidente della sezione lavoro del Tribunale di Trani, ed in quella occasione pronunciatisi favorevolmente in un analogo giudizio sopra citato;



trattamento va valutata, invece, con riferimento a elementi precisi e concreti che contraddistinguono la condizione di lavoro in questione, nel particolare contesto in cui essa si colloca e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se detta disparità risponda a un reale bisogno, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessaria a tal fine".

La Corte barese ha ricordato che *"le ragioni oggettive devono essere strettamente attinenti alle **modalità di svolgimento della prestazione** (v., in tal senso, sentenza del 9.7.2015 della Corte di Giustizia innanzi citata) e non possono consistere nel carattere temporaneo del rapporto di lavoro, né nel fatto che il datore di lavoro sia una pubblica amministrazione, né nelle modalità del reclutamento."*

La Corte ha affermato un principio perfettamente attinente al caso di specie: **"NON ESISTE, PERTANTO, ALCUNA RAGIONE PER ESCLUDERE LA VALORIZZAZIONE ATTUALE DELL'ESPERIENZA PROFESSIONALE ACQUISITA NEL CORSO DELL'ATTIVITÀ PRESTATI CON CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO.**

Se ciò è vero, ne consegue che gli elementi dedotti dagli appellati, essendo esterni alla prestazione e non avendo a oggetto la natura particolare delle "mansioni svolte dai resistenti nel procedimento principale" (v. ordinanza CGUE del 7 marzo 2013 innanzi richiamata, punto 50 e 51), non costituiscono "ragioni oggettive" idonee a derogare al principio comunitario di non discriminazione."

Conclude la Corte affermando che **"questione determinante è di accertare se le prestazioni svolte dai precari siano "identiche o analoghe" a quelle svolte dal personale di ruolo, in quanto solo nel caso in cui manchi tale identità o analogia il dipendente a termine non si trova in una situazione comparabile a quella del dipendente di ruolo.**

MA NON ESISTONO NORME CHE RICHIEDONO AL PERSONALE INSEGNANTE NON DI RUOLO UNA PRESTAZIONE QUALITATIVAMENTE DIVERSA DA QUELLA RICHIESTA AL PERSONALE DI RUOLO ASSUNTO PER CONCORSO, PER CUI LA RAGIONE GIUSTIFICATRICE NON SUSSISTE NEPPURE SOTTO QUESTO PROFILO".

Dunque, risponde ad assoluto buon senso il già citato pronunciamento del Tribunale di Pisa¹², ove afferma che **"per soddisfare tale esigenza (la continuità didattica) ben potrebbero essere individuate soluzioni non penalizzanti per i lavoratori a tempo determinato, ad esempio**

¹² V. Tribunale del Lavoro di Pisa, ordinanza del 23.05.2016;



prevedendo una permanenza nel sostegno per un periodo minimo, senza distinguere tra pre-ruolo e ruolo”.

Dello stesso tenore il Tribunale del Lavoro di La Spezia: “le esigenze oggettive che fondano la normativa nazionale possono rinvenirsi nella scelta di dare una certa continuità temporale all’attività di sostegno e tali esigenze, tenute in debito conto dalla stessa normativa europea, possono essere soddisfatte senza violare il principio di non discriminazione semplicemente prevedendo un periodo di servizio minimo in tale settore e prescindendo dalla distinzione tra rapporto di lavoro a tempo determinato e servizi di ruolo” (cfr. ordinanza del 25.03.2016).

In conclusione, SE È SOLO IL SERVIZIO A TEMPO DETERMINATO AD ESSERE IGNORATO AI FINI DELL’ACQUISIZIONE DI UNA PRESTABILITA QUANTITÀ DI SERVIZIO, E SE IL SERVIZIO A TEMPO DETERMINATO NON È CONNOTATO DA ALCUNA DIFFERENZA RIGUARDO ALLE PRESTAZIONI RICHIESTE, ALLORA È EVIDENTE LA PERPETRATA VIOLAZIONE DELLA NORMA COMUNITARIA.

In conclusione, la pretesa continuità didattica non può costituire una ragione obiettiva per giustificare una disparità di valutazione del servizio pre-ruolo rispetto al servizio di ruolo, non essendovi alcuna differenza tra la prestazione lavorativa offerta in costanza di rapporto a tempo determinato, rispetto alle prestazioni offerte nel servizio di ruolo.

Conclusioni queste che si ritrovano nell'ordinanza n. 62632 della Cassazione più volte richiamata.

Secondo la Corte, per giurisprudenza ormai consolidata la clausola 4 dell’Accordo quadro sul rapporto a tempo determinato, impone al datore di lavoro pubblico di riconoscere, ai fini della progressione stipendiale e degli sviluppi di carriera successivi al 10 luglio 2001, **l’anzianità di servizio maturata sulla base di contratti a tempo determinato, nella medesima misura prevista per il dipendente assunto *ab origine* a tempo indeterminato**, fatta salva la ricorrenza di ragioni oggettive che giustificano la diversità di trattamento.

Ragioni oggettive che nel caso specifico sono **insussistenti**, atteso che è incontestato che il docente precario sul sostegno svolge, prima della sua immissione in ruolo come insegnante di sostegno, la stessa attività, pur se a tempo determinato.

Neppure ragioni di **continuità didattica** possono legittimare il MIM a non considerare il pre-ruolo ai fini della maturazione del quinquennio. Infatti, secondo la Cassazione il docente che matura il quinquennio di permanenza sul sostegno anche computando il pre-ruolo ha **comunque**



garantito più di cinque anni di servizio come insegnante di sostegno, se si tiene conto del lavoro pre-ruolo, e la P.A. aveva tutto il tempo, quindi, di gestire le proprie risorse anche alla luce del possibile trasferimento al ruolo comune di docenti di sostegno che ormai da anni operavano *in loco*.

*

In buona sostanza il vincolo quinquennale non ha lo scopo di assicurare il numero di docenti necessario, in quanto questo è assicurato dal meccanismo dei c.d. "posti in deroga" sul sostegno.

In particolare, il complesso meccanismo normativo risultante dal combinato dell'art. 40¹³ della legge 27 dicembre 1997, n. 449 (rubricato "Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica"), e dell'art. 35 comma 7¹⁴ della Legge n. 289 del 27.12.2002 assicura l'integrazione scolastica degli alunni disabili con interventi adeguati al tipo ed alla gravità dell'handicap, **compreso il ricorso all'ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi, nonché la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti ed alunni**, indicato al comma 3 della suddetta disposizione, in presenza di handicap particolarmente gravi.

Siffatta norma riveste una tale importanza nel quadro normativo di riferimento che è stata protetta dalla Corte Costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dei commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge n. 244 del 2007 che, limitando a priori il numero di posti di sostegno, impedivano l'assunzione a tempo determinato degli insegnanti di sostegno in numero superiore di quanto preventivamente stabilito.

¹³ "...In attuazione dei principi generali fissati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104, è assicurata l'integrazione scolastica degli alunni handicappati con interventi adeguati al tipo e alla gravità dell' handicap , compreso il ricorso all'ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi prevista dall'art. 21, commi 8 e 9, della legge 15 marzo 1997, n. 59, **[nonchè la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti-alunni indicato al comma 3, in presenza di handicap particolarmente gravi,]** fermo restando il vincolo di cui al primo periodo del presente comma...."

¹⁴ Così il testo vigente: "Ai fini dell'integrazione scolastica dei soggetti portatori di handicap si intendono destinatari delle attività di sostegno ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, gli alunni che presentano una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva. L'attivazione di posti di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/ alunni in presenza di handicap particolarmente gravi, di cui all'articolo 40 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, è autorizzata dal dirigente preposto all'ufficio scolastico regionale assicurando comunque le garanzie per gli alunni in situazione di handicap di cui al predetto articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104. All'individuazione dell'alunno come soggetto portatore di handicap provvedono le aziende sanitarie locali sulla base di accertamenti collegiali, con modalità e criteri definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da emanare, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, su proposta dei Ministri dell'istruzione, dell'università e della ricerca e della salute, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge."



Nella citata pronuncia, la Corte Costituzionale ha infatti dichiarato illegittime le disposizioni che prevedono, da un lato, un limite massimo nella determinazione del numero degli insegnanti di sostegno e, dall'altro, l'eliminazione della citata possibilità di assumerli in deroga.

Per tale motivo, e tornando al caso di specie, **la previsione di un contingente fisso di docenti di sostegno non solo sarebbe quanto mai inutile, ma è, ai fini della deroga di cui alla clausola 4, del tutto inconferente, dovendosi di volta in volta adeguare il numero prima e durante l'anno scolastico, con procedure rapide e flessibili che nulla hanno a che vedere con il numero di docenti di sostegno di ruolo.**

In conclusione, si cita la pronuncia del **Tribunale di Bari (ordinanza del 3 luglio 2018)** che focalizza la propria attenzione proprio sulla insussistenza di ragioni obiettive in ragione della peculiarità del settore scolastico: **“SE È VERO CHE LA PECULIARITÀ DEL SETTORE RENDE PARTICOLARMENTE EVIDENTE L'ESIGENZA DEL MINISTERO DI CONTARE SU DI UN CONTINGENTE STABILE DI DOCENTI SPECIALIZZATI ... NON È DETTO CHE TALE ESIGENZA POSSA ESSERE SODDISFATTA SOLO DAL PERSONALE DI RUOLO: ANCHE PER QUESTO PERSONALE, INFATTI, NON VI È CERTEZZA DEL VINCOLO DI PERMANENZA NEL MEDESIMO ISTITUTO SCOLASTICO, POTENDO SEMPRE ESSERE RICHIESTO IL TRASFERIMENTO SU ALTRO POSTO DI SOSTEGNO O VERIFICARSI NEL CORSO DEGLI ANNI AVVICENDAMENTI DI INSEGNANTI PROVENIENTI DA ALTRI ISTITUTI E CON MAGGIOR PUNTEGGIO CHE RICHIEDONO IL TRASFERIMENTO IN QUELL'ISTITUTO E/O POSTO DI SOSTEGNO.”**

2.1.1.

Sul principio di continuità didattica e l'inadeguatezza ad assumere valore di “ragione oggettiva”

Proprio muovendo dalla suddetta decisione appare utile, per esigenze di completezza, offrire all'On. Giudice qualche ulteriore elemento sì da dimostrare viepiù l'assoluta insussistenza di ragione obiettive in relazione al principio della continuità didattica.

Infatti il principio di continuità didattica, ovvero l'esigenza di un contingente predeterminato, non implica la necessità di assegnare un docente su un posto (e/o su un alunno), oltre il singolo anno scolastico.

Come ben chiarito dal Giudice barese, il citato vincolo quinquennale, in altre parole, è un vincolo sulla tipologia di POSTO, e non presuppone anche un vincolo di SEDE (o addirittura “di alunno”):



il vincolo quinquennale ha ad oggetto solo la tipologia di posto, ed è quindi pacifico che un docente possa chiedere e ottenere il trasferimento, al termine di ogni anno scolastico, in una sede di servizio di anno in anno differente, anche in tutto il territorio nazionale (o addirittura anche all'estero!).

Si consideri poi che, nel caso di specie, anche qualora fosse preclusa la possibilità di partecipare alle operazioni di mobilità su posti comuni, la docente potrebbe comunque ottenere il trasferimento su altra scuola o addirittura in altra regione.

Paradossalmente, se si volesse, per assurdo, imporre il rispetto del principio di *continuità*, nel senso di bloccare un contingente predeterminato, si arriverebbe a vietare qualunque mobilità, per tutti i docenti, sia quelli su posto di sostegno, sia quelli su posti comuni.

Vieppiù si consideri che l'alunno disabile non è assegnato esclusivamente all'insegnante di sostegno, bensì, come espresso dalla Legge, anche a tutti gli altri docenti di posto comune, corresponsabili di tutta la classe cui appartiene l'alunno che necessita di sostegno. Parimenti, il docente di sostegno è contitolare delle classi e delle sezioni nelle quali sono inseriti (v. art. 13, sesto comma, della legge n. 104/1992).

Per tale ragione, così come la *continuità* non è un ostacolo alla mobilità per il docente di posto comune, parimenti deve atteggiarsi il diritto alla mobilità del docente di sostegno.

È insomma pacifico che il compito dell'insegnante di sostegno, con riguardo alle pretese esigenze di continuità, inizia e finisce con l'inizio e la fine dell'anno scolastico.

Ed infatti, anche il P.E.I. (Piano Educativo Individualizzato), la cui predisposizione è un compito del docente di sostegno all'avvio dell'anno scolastico, deve indicare tutti gli interventi predisposti per l'alunno in situazione di handicap, nel corso di ciascun anno scolastico.

Anche altre norme scolastiche indicano l'anno scolastico come limite temporale del citato principio di continuità; ad esempio il D.M. 16 novembre 1992 (emanato in attuazione della Legge di riforma dell'ordinamento della scuola elementare¹⁵), all'art. 1 tratta proprio il tema della *continuità*, ed afferma che al fine di perseguire il predetto principio “...i collegi dei docenti elaborano, **nell'ambito della programmazione educativa annuale**, piani di intervento per promuovere la continuità...”.

¹⁵ Legge 5 giugno 1990, n.148.



L'intento di costituire un sistema che assegni a ciascun alunno bisognoso un insegnante di sostegno per l'intero ordine di istruzione non è un principio vigente, bensì un auspicio *de jure condendo*, una finalità **futura** indicata dalla Legge n. 107/2015¹⁶, che, nelle intenzioni del Legislatore, dovrà essere attuata dopo *"la revisione dei criteri di inserimento nei ruoli per il sostegno didattico"*; la continuità didattica ultra-annuale è insomma una finalità che il Legislatore intende raggiungere in futuro, all'esito di una rimeditazione generale della figura del docente di sostegno.

*** **

In conclusione, appare utile rammentare ancora una volta l'insegnamento della Corte di Giustizia, nella citata sentenza *"Gavieiro e Torres"*, che ammonisce l'interprete (e dunque anche la pubblica amministrazione) sulla importanza del principio comunitario in parola: *"secondo la Corte, alla luce degli obiettivi perseguiti dall'accordo quadro, come rammentati nei due punti precedenti, **la clausola 4 di quest'ultimo dev'essere intesa nel senso che esprime un principio di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo** (v. citate sentenze Del Cerro Alonso, punto 38, e Impact, punto 114)"*, e quindi è *"obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima nonché il loro dovere, ai sensi dell'art. 4, n. 3, TUE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi dei detti Stati, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali. Obblighi siffatti gravano su tali autorità, ivi compreso, se del caso, nella loro qualità di datore di lavoro pubblico (sentenza 15 aprile 2008, in causa C-268/06, Impact, punti 41 e 85 nonché giurisprudenza ivi citata).*

Qualora non possano procedere ad un'interpretazione e ad un'applicazione della normativa nazionale conformi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, gli organi dell'amministrazione (al pari dei Giudici nazionali) hanno 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 (v., in tal senso, sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, Costanzo, Racc. pag. 1839,

¹⁶ L'art. 1, comma 181, della L. n. 107/2015, dispone che i decreti legislativi attuativi della Riforma devono essere adottati rispettando alcuni principi e criteri direttivi, tra cui *"la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità e riconoscimento delle differenti modalità di comunicazione attraverso: 1) la ridefinizione del ruolo del personale docente di sostegno al fine di favorire l'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, anche attraverso l'istituzione di appositi percorsi di formazione universitaria; 2) 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."*



punto 33, e sentenza della Corte (Seconda Sezione) 14 ottobre 2010, Causa C-243/09, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Verwaltungsgericht Halle — Germania — Günter Fuß/Stadt Halle, punto 63)."

Alla luce di una siffatta doverosa interpretazione della norma comunitaria di cui alla citata clausola 4, è evidente la violazione del diritto europeo e la falsa applicazione attuata alla norma da parte della p.a. scolastica, l'Ecc.mo Collegio adito dovrà procedere alla riforma integrale della ordinanza impugnata, garantendo al precetto comunitario la sua concreta applicazione, secondo quanto disposto dalla Corte Europea, e dunque confermando il diritto della odierna reclamante a partecipare alla procedura di trasferimento su posto comune, previo accertamento del superamento del vincolo quinquennale, computato tenendo in considerazione anche il servizio maturato in costanza di rapporto a tempo determinato.

*** **

B)

Quanto al Periculum in mora

In ordine al *periculum in mora* si rileva che l'auspicato provvedimento cautelare consentirebbe alla ricorrente di partecipare alla procedura di mobilità, altrimenti **interdetta**.

L'impossibilità di partecipare ad una procedura selettiva pubblica (al pari dei casi in cui vi si partecipa in condizioni di svantaggio), qual è appunto quella di mobilità¹⁷, è certamente ragione per l'accoglimento della domanda cautelare. È infatti evidente che **solo l'auspicato provvedimento consentirebbe alla ricorrente di essere riammessa a partecipare alla peculiare procedura di mobilità, che altrimenti sarebbe preclusa e ad ottenere il bene della vita oggetto del presente giudizio.**

D'altro canto la celere definizione del giudizio è certamente utile anche per controparte che deve conoscere prima possibile dove adibire la lavoratrice in vista dell'imminente avvio del prossimo anno scolastico.

Orbene, è quindi evidente che il danno lamentato nel presente giudizio attiene ad una chiara ed incontrovertibile ipotesi di perdita di chances, cui la giurisprudenza di merito si è sempre espressa,

¹⁷ Non v'è dubbio che anche la procedura di mobilità costituisce una procedura concorsuale di impiego, e come tale è, infatti, basata sulla redazione di una graduatoria, alla cui formazione concorrono l'anzianità, i titoli di servizio ed altri elementi ricollegabili a situazioni familiari e personali del richiedente, in ordine ai quali sono predeterminati appositi punteggi (cfr., *ex multis*, T.A.R. Napoli, (Campania), sez. VI, 21/03/2007, n. 2620).



riscontrando la sussistenza del requisito in oggetto tutte le volte che il mancato riconoscimento di un titolo, ha precluso ad un lavoratore di accedere ad una procedura selettiva (senza far alcuna osservazione sulla possibilità di un posizionamento utile nella graduatoria finale).

Ad esempio, si rammenta l'ordinanza del **Tribunale di Bari** del 16.05.2015, nella quale l'On. Giudicante ha affermato che la circostanza che sia preclusa la partecipazione ad una procedura finalizzata al conferimento di un incarico scolastico ***“comporterebbe per l'istante la perdita di occasioni di lavoro e di qualificazione professionale, non ristorabili per equivalente”***.

L'ordinanza del Tribunale di Bari del 04.05.2010 ha espresso un identico principio; in quell'occasione infatti, l'On. Giudicante ha affermato che la mancata partecipazione ad una procedura che può dar luogo al conferimento di un incarico si configura quale ***“perdita di chances favorevoli per il ricorrente, e quindi danni gravi ed irreparabili, in termini di perdita di occasioni e di qualificazione sociale e professionale.***

Ne risulta, in altri termini, irrimediabilmente pregiudicato, lo status di lavoratore e la libertà di esercizio della professione e si produrrebbe una lesione non di semplice natura economica che, come tale, non è suscettibile di ristoro per equivalente). In fattispecie analoga il Tribunale di Bari si è pronunciato finanche con decreto emesso inaudita altera parte.

Nel citato giudizio, il Magistrato ha rilevato che, per l'effetto del mancato riconoscimento di un titolo di servizio, ***“risulta preclusa la possibilità di partecipare al concorso per soli titoli....il che conduce ad una valutazione positiva del requisito del periculum in mora”***. (v. anche Tribunale Bari, ordinanze 16.06.2011, n.r.g. 1841/2010 e 1843/2010).

È insomma chiaro che il danno paventato dalla ricorrente ***“ATTIENE ANCHE ALLA LIBERA ESPLICAZIONE DELLA PROFESSIONALITÀ, POICHÉ DAL QUADRO NORMATIVO RIASSUNTO NEL RICORSO, EMERGE CHIARAMENTE CHE AI DOCENTI SAREBBE PRECLUSO PER LUNGO TEMPO IL TRASFERIMENTO SUL POSTO COMUNE (SINO ALLA MATURAZIONE DEL QUINQUENNIO DI SERVIZIO A TEMPO INDETERMINATO)”*** (v. Tribunale di Milano, ordinanza del 25.03.2016; nello stesso senso Tribunale di Verona, ordinanza del 10.05.2016).

Si deve quindi **considerare che un'eventuale pronuncia ordinaria, intervenendo (quanto meno) nel corso del prossimo anno scolastico, non consentirebbe alla docente di insegnare la materia per cui è abilitata per l'intero anno scolastico.**



È evidente, dunque, che trattandosi di una prestazione di fare, cioè una mansione da svolgere con tempistiche prestabilite ed inderogabili, solo l'intervento celere di una pronuncia può salvare la docente dal danno di non poter partecipare alla procedura, non potendosi, altrimenti, tornare indietro nel tempo per recuperare il tempo perduto.

Di particolare sensibilità è il Tribunale di Taranto (ordinanza del 12.6.2018, E. Palma) ove ha affermato che l'esigenza cautelare consiste nel **“non vanificare irrimediabilmente (quanto meno con riferimento allo specifico piano di mobilità di cui si discute) la legittima aspirazione professionale al trasferimento su posto comune.”**

Appare infine perfino superfluo richiamare sul tema la sterminata giurisprudenza amministrativa in tema di preclusioni alla partecipazione ad una procedura selettiva.

D'altronde, la finalità perseguita dalla clausola comunitaria è di per sé meritevole di particolare riguardo, atteso che è finalizzata a soddisfare e preservare valori di precipua importanza, e di indubbia copertura costituzionale.

Piace a questa difesa cogliere l'occasione per ricordare l'insegnamento che ci ha lasciato la dott.ssa **Maria Antonietta LA NOTTE CHIRONE** che, pronunciandosi a riguardo della clausola 4 Dir. Com., ebbe ad affermare che ***“il richiamo all'applicazione diretta dell'art. 136 del trattato CE fa capire che la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consente la parificazione dei lavoratori nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo, la lotta dell'emarginazione non son concetti astratti, destinati a rimanere sulla carta, ma aspirazioni da realizzare anche attraverso l'opera attenta della giurisdizione”***¹⁸.

Non v'è chi non veda come, nel caso di specie, negare una celere tutela giurisdizionale, unica concreta e utile forma di protezione, significa negare in toto alla lavoratrice la possibilità di essere efficacemente tutelata, vanificando sia gli sforzi del Legislatore Comunitario di raggiungere gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva, sia la funzione stessa della Giurisdizione del Lavoro.

È quindi innegabile la sussistenza dei caratteri di imminenza e irreparabilità del pregiudizio consistenti *“nella 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*

¹⁸ cfr. Tribunale di trani, sez. Lav., sent. N. 2832, del 19.04.2010;



pubblicazione dei movimenti, rispettivamente fissato, dall'art. 2 co. 2 ordinanza ministeriale 12.4.2017 n. 221, al 4.7.2017 (per la scuola secondaria di primo grado) e al 20.7.2017 (per la scuola secondaria di secondo grado), così che resterebbe vanificato in via definitiva il diritto, azionato dai ricorrenti, di partecipare alla procedura di mobilità su posto comune, il quale, concernendo la sfera professionale, si appalesa insuscettibile di risarcimento per equivalente" (Tribunale Taranto).

In conclusione, le parte ricorrente, al pari dei colleghi che hanno maturato il quinquennio di ruolo, deve poter aspirare ad insegnare la materia per cui ha studiato e per cui ha conseguito l'abilitazione; pertanto, l'illegittimo ostacolo frapposto dalla amministrazione si configura quale pregiudizio irreparabile a diritti di natura strettamente personale, attinenti alla elevazione e alla formazione professionale (art. 35 Cost.) nonché alla personalità dell'individuo (art. 2 Cost.).

*** **

Tutto ciò premesso i sottoscritti difensori, nelle qualità in atti

Ricorrono

all'On. **Tribunale di Messina**, in funzione di Giudice monocratico del Lavoro di prima istanza, affinché, con **decreto emesso inaudita altera parte, considerata la urgenza del caso**, 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 dalla prof.ssa Anna Petrisi come docente a tempo determinato, voglia:

- 1.** Dichiarare il diritto della prof.ssa Anna Petrisi a partecipare alla procedura di mobilità per il trasferimento sul posto comune per l'a.s. 2024–2025, e per l'effetto,
- 2.** Previa declaratoria di illegittimità del decreto di revoca del trasferimento già accordato adottato dall'Amministrazione il 18.06.2024, dichiarare il diritto della ricorrente ad essere assegnata presso l'Istituto Sciascia-Fermi di S. Agata Militello (ME), su un posto di Diritto (A046);
- 3.** Condannare il Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro p.t., ad emanare tutti gli atti necessari a consentire alla prof.ssa Anna Petrisi la partecipazione alla procedura di mobilità per il trasferimento presso l'Istituto Sciascia-Fermi di S. Agata Militello (ME), su un posto di Diritto (A046);
- 4.** Il tutto con vittoria di spese e competenze **da distrarsi** in favore dei sottoscritti difensori.



Con il medesimo decreto, l'On.le Giudice adito vorrà fissare udienza di comparizione delle parti, ed in quella sede, all'esito della instaurazione del contraddittorio, con ordinanza, confermare il decreto emesso, ed eventualmente fissare un termine per la instaurazione del giudizio di merito nel quale l'istante intende richiedere: 1) l'accertamento del diritto a partecipare alla procedura di mobilità per il trasferimento sul posto comune e 2) la condanna della p.a. al risarcimento dei danni fino ad allora subiti.

Laddove l'On. le Magistrato adito ritenga le esigenze del contraddittorio prevalenti rispetto alle ragioni di urgenza prospettate dall'istante, vorrà emettere gli stessi provvedimenti sopra richiesti, ovvero gli altri che saranno ritenuti di Giustizia, con ordinanza, a seguito della comparizione delle parti, da fissarsi con cortese urgenza.

Si producono i seguenti documenti:

1. Comunicazione attribuzione sede;
2. Certificazione di servizio/contratti di lavoro;
3. CCNI Mobilità 2024-2025;
4. OM n. 30 del 23 febbraio 2024;
5. Domanda di mobilità della docente;
6. Assegnazione sede a seguito mobilità;
7. pec della docente;
8. decreto di rettifica movimenti;
9. Giurisprudenza sul tema.

In caso di contestazione o di necessaria integrazione, si chiede disporsi **l'esibizione in giudizio** ex art. 210 c.p.c. (ovvero ex art. 213 c.p.c.) ad opera del Miur, dei documenti attestanti la sequenza contrattuale dell'istante dal primo contratto, e del suo decreto di inquadramento. Con riserva di articolare ogni altra richiesta istruttoria.

Il valore della presente controversia è **indeterminabile** (contributo unificato euro 259,00).

Bari, li 4 luglio 2024.

avv. Gianluigi Giannuzzi Cardone

avv. Graziangela Berloco

