

Tribunale di Varese

Sezione Lavoro

R.G. 598/2020 – Giudice dr.ssa Manzo

Udienza del 17.02.2021

Nell'interesse del **Ministero dell'Istruzione**, in persona del Ministro *pro tempore*, dell'**Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia**, in persona del dirigente *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi, in forza di delega in atti, ai sensi dell'art. 417 bis c.p.c., dalla dr.ssa Eleonori Gabriella, in servizio presso l'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia, con sede in Milano, via Polesine 13, presso il quale andranno inviate tutte le comunicazioni all'indirizzo PEC drlo.contenzioso@postacert.istruzione.it

Resistenti

contro

Fusè Maria Susi, rappresentate e difese dall'avv. Laura Podagra con studio in Milano, via Napo Torriani n.10, elettivamente domiciliate presso il predetto studio, in forza di delega in calce all'atto introduttivo

Ricorrenti

Premessa

Con il ricorso ex art. 414 c.p.c. proposto al Tribunale di Varese, in funzione di Giudice del Lavoro, notificato presso l'Avvocatura dello Stato di Milano, unitamente al pedissequo decreto di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti, le ricorrenti hanno evocato in giudizio il Ministero dell'Istruzione, nelle sue articolazioni periferiche, per sentirsi accogliere le seguenti conclusioni in via cautelare:

- *ordinare alle amministrazioni convenute la previa disapplicazione di ogni atto e provvedimento anche generale a tanto ostativo ed annullamento degli atti contrattuali contestati*
- *ex art. 40 ult. cpv. D.lgs n. 165/2001 - per l'evidente contrasto con le disposizioni di cui agli artt. 3 e 97 Cost. e per l'effetto*
- *ordinare alle Amministrazioni scolastiche convenute di adottare i provvedimenti necessari per la corretta assegnazione della ricorrente nella sede di insegnamento corrispondente all'effettivo punteggio dalla stessa ottenuto e dalla posizione rivestita e secondo l'ordine di preferenza dalla medesima espresso o comunque dei posti effettivamente disponibili, in*



particolare, prima fra tutte provincia di Milano, volendo rivedere l'intera procedura di assegnazione in quanto non corretta e/o non legittima e/o iniqua".

Con il presente atto si costituiscono il Ministero dell'Istruzione, in persona del Ministro *pro tempore*, e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia, *ut supra* rappresentati e difesi, per contestare quanto dedotto nel ricorso dalla ricorrente e per chiedere la reiezione di tutte le domande proposte, in quanto infondate, per i seguenti motivi in

FATTO

Il ricorso proposto da Fusè Maria Susi in merito alle operazioni di reclutamento svolte nel mese di agosto 2020 dall'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia relativamente alla classe di concorso per la scuola primaria EEEE da GM/18 è formulato utilizzando una serie di elementi che costituirebbero, secondo la ricorrente, evidenti motivi di illegittimità, e che di seguito si richiamano e si confutano puntualmente.

La ricorrente, già dipendente a tempo determinato del Ministero dell'Istruzione, possedendo i requisiti previsti - ossia il titolo di diploma magistrale con valore di abilitazione conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 e le annualità di servizio specifico - partecipava al concorso straordinario bandito con DDG 1546/2018 (**docc.1, 2 e 2bis**).

Nel mese di agosto 2020 i vincitori di concorso sono stati chiamati alla scelta della provincia di assegnazione. Di seguito si illustrano la posizione occupata in graduatoria dalla candidata e l'ordine di preferenza delle province da essa espresso.

Candidato	Posizione occupata in GM	Ordine preferenza province											
		1 MI	2 MB	3 VA	4 PV	5 LO	6 CO	7 BG	8 LC	9 CR	10 BS	11 SO	12 MN
FUSE'	3379												

Con decreto 18/08/2020 n. 19221 (**docc 3, 3bis**), l'USR Lombardia ha pubblicato l'elenco dei docenti individuati per le assegnazioni dalla posizione n. 1081 alla n. 2923, indicando per ciascuno la provincia assegnata.

Con provvedimento del 24/08/2020, prot. 19500 (**docc. 4 e 4 bis**), il medesimo Ufficio ha rettificato l'atto di individuazione del 18/08/2020 a causa della erronea presenza, tra i



soggetti destinatari di assegnazione di provincia, di docenti già destinatari di provvedimenti di cancellazione delle classi concorsuali.

Con decreto 28 agosto 2020 n. 2418 è stato determinato l'ulteriore contingente destinato al reclutamento da GM 2018 per la classe EEEE e, con provvedimento n. 2420 di pari data, si procede all'assegnazione di provincia ai candidati **(docc.5 e 5 bis)**.

La dott.ssa Fusé è stata individuata su Varese e, nella successiva fase di assegnazione della sede di titolarità, ha stipulato contratto a tempo indeterminato con l'IC di Germignana.

In particolare la docente contesta:

- di essere stata assegnata alla provincia di Varese benché fossero liberi posti nell'Istituto "Aldo Moro" di Corbetta (MI), ove la stessa già prestava attività di docenza come supplente;
- che la provincia di assegnazione è distante dalla propria residenza, con tutte le conseguenti problematiche in termini di viaggio e di gestione familiare;
- di aver partecipato alla procedura concorsuale nella vigenza di un vincolo triennale a mobilità, trasferimento, assegnazione provvisoria o utilizzazione, mentre la sopravvenienza normativa di cui al D.L. 126/2019, che ha reso quinquennale tale vincolo, rischia di incidere in modo gravoso sulla sua posizione.

1. Difetto di giurisdizione del giudice adito

Preliminarmente si eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice del lavoro adito, in quanto l'assegnazione della sede definitiva dipende dallo scorrimento della graduatoria e la stipula del contratto costituisce una fase necessariamente successiva.

Come è noto, ai sensi dell'art. 63 del D. Lgs. n. 165/2001, *"sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze con le pubbliche amministrazioni..., ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti"* (co. 1°). *"Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni..."* (co. 4°) nonché le controversie aventi ad oggetto atti relativi a profili di organizzazione e funzionamento degli uffici pubblici, che in quanto manifestazione diretta di esercizio del potere amministrativo, radicano la relativa giurisdizione innanzi a G.A.

L'art. 7 c.p.a specifica che *"sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla*



legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”.

Le disposizioni normative impugnate dalla ricorrente rientrano nella *species* di quelle di organizzazione dei concorsi pubblici, a cui va attribuito, conformemente all'indirizzo preminente di dottrina e di giurisprudenza, valore di atti espressivi del potere di auto organizzazione della P.A., i cui soli effetti indiretti, realizzati attraverso atti specifici di esecuzione, sono idonei ad incidere immediatamente e direttamente nella sfera giuridica dei privati.

Come risaputo, *“sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo ove l'oggetto del giudizio sia l'impugnazione di un atto regolamentare di normazione subprimaria (Cfr. Corte Cost. n. 41 del 2011) e tutte le volte in cui l'atto sia, seppur mediatamente, espressione di iure imperii (C. Cost. 204/2004) che incentra l'individuazione della giurisdizione amministrativa alla presenza di un effettivo esercizio della funzione pubblica.*

L'odierna ricorrente contesta la modalità di scorrimento della graduatoria, che si configura tuttavia quale atto endoprocedimentale anteriore all'assunzione in servizio, vero discrimine tra competenza del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo.

Si richiama inoltre l'art. 12 del bando di concorso, D.D.G. n.1546 del 7/11/2018, che esplicitamente prevede: *“Avverso i provvedimenti relativi alla presente procedura concorsuale è ammesso, per i soli vizi di legittimità, ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, entro 120 giorni, oppure ricorso giurisdizionale al competente T.A.R., entro 60 giorni dalla data di pubblicazione o di notifica all'interessato”.*

In riferimento a tale profilo si richiama recente provvedimento del giudice del lavoro di Como, dr. Ortore, nella causa RG 493/2019, che per le medesime questioni ha decretato: *“considerato che le ricorrenti hanno impugnato l'esclusione dal concorso bandito con DDG 7/11/2018, per il reclutamento del personale docente sui posti comuni nella scuola dell'infanzia; rilevato che in base all'art. 63 co 4 dlgs 165/2001, l'esclusione da una **procedura concorsuale per l'assunzione nel pubblico impiego non pare compresa nella giurisdizione del giudice ordinario**”.*

E' di tutta evidenza che, per le ragioni esposte, la presente controversia appartenga alla cognizione del giudice amministrativo, in quanto le contestazioni in esso svolte investono direttamente la materia delle procedure concorsuali finalizzate all'assunzione di dipendenti pubblici e, per riflesso, il corretto esercizio del potere amministrativo nell'ambito di tale procedure.

Il ricorso, con riferimento ai motivi esposti, non può sfuggire pertanto alla declaratoria di inammissibilità per difetto di giurisdizione del giudice del lavoro adito, per cui



manifestamente la controversia è attratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, al quale spetta il sindacato generale di legittimità sugli atti amministrativi.

2. Sulla procedura di assegnazione delle sedi

L'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia, dopo aver comunicato, con atto di interpello del 12/08/2020, che le convocazioni dalle Graduatorie di merito del concorso bandito con D.D.G. 1546/2018 si sarebbero dovute effettuare fino alla posizione n. 3722, successivamente, con decreto 18/08/2020 n.19221, ha individuato quali destinatari di contratto a tempo indeterminato candidati posizionati fino al n. 2923.

Nell'atto di gravame si denuncia altresì il mancato depennamento dalla graduatoria ex D.D.G. 1546/2018 dei docenti già assunti a tempo indeterminato. Si legge, in particolare, che l'amministrazione, non avendo calcolato il numero effettivo del contingente da assumere e avendo effettuato l'assegnazione avrebbe doppiamente errato nel non rivedere l'intero blocco dei candidati a seguito del rilevamento di tali errori.

Si contesta, infine, come anticipato, che la ricorrente non sia risultata assegnataria della medesima sede in cui già insegnava, pur in presenza di posti disponibili.

Risulta preliminare all'esame delle contestazioni una sintetica illustrazione dei provvedimenti di riferimento.

Con **Avviso 07 agosto 2020, prot. 18367**, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia, nelle more della formalizzazione del Decreto Ministeriale di autorizzazione alle assunzioni per l'a.s. 2020/21 e di determinazione del relativo contingente, ha comunicato a tutti i docenti interessati le modalità di gestione del reclutamento a tempo indeterminato con decorrenza 01/09/2020, specificando che sarebbero state gestite da apposite funzioni del Sistema Informativo del Ministero dell'Istruzione (d'ora in avanti "SIDI"), attraverso il portale POLIS – Istanze online.

A tal fine, dall'08 agosto sarebbero state aperte le funzioni per l'inserimento dell'ordine di preferenza delle province della Lombardia da parte degli aspiranti inclusi nelle graduatorie concorsuali alle posizioni specificate per ogni classe di concorso/tipo posto.

Per quanto riguarda il posto comune della scuola primaria, avrebbero potuto esprimere l'ordine di preferenza delle province i candidati inclusi nella graduatoria concorsuale ex D.D.G. 1546/18 dalla posizione 1081 (Di Francesco Loredana) alla posizione 3722 (Russo Annarosa).



Poiché all'atto della pubblicazione del suddetto Avviso mancava ancora il Decreto Ministeriale di autorizzazione delle assunzioni e il conseguente Decreto del Direttore dell'USR Lombardia di riparto delle risorse stesse tra le classi di concorso e le diverse procedure di reclutamento, l'Avviso stesso specificava con incontrovertibile chiarezza che *“una volta formalizzato il contingente di assunzioni per l'a.s. 2020/2021, questo Ufficio procederà all'**individuazione dei destinatari di proposta di assunzione a tempo indeterminato e alla relativa assegnazione della provincia con esclusivo riferimento ai posti effettivamente disponibili, nel limite delle assunzioni autorizzate, sulla base della posizione occupata in graduatoria e delle preferenze espresse** dagli aspiranti che rientreranno nel predetto contingente. Si ribadisce, pertanto, che il presente avviso non comporta proposta di assunzione a tempo indeterminato per l'a.s. 2020/2021, ma costituisce soltanto un'operazione propedeutica alle successive procedure”*.

A seguito dell'emanazione del **Decreto Ministeriale 08 agosto 2020, n. 91**, l'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia ha provveduto a formalizzare con Decreto Direttoriale (DDG 11 agosto 2020, n. 2309) la ripartizione del contingente autorizzato alle assunzioni tra le procedure concorsuali regionali e le Graduatorie ad Esaurimento provinciali, secondo quanto previsto dall'art. 399 del d.lgs. 297/94.

A seguito di ulteriori segnalazioni da parte degli Uffici territoriali relative all'effettiva consistenza delle Graduatorie ad Esaurimento e all'effettiva disponibilità per l'a.s. 20/21 dei posti risultati vacanti dopo la mobilità, in data 17 agosto 2020 è stato emanato un Decreto direttoriale di rettifica del precedente (DDG 17 agosto 2020, n. 2353) **(docc.6 e 6 bis)**.

Per quanto riguarda il **reclutamento sui posti comuni della scuola primaria**, il contingente è stato determinato come segue:

PROVINCIA	Contingente GM	Contingente Gae
Bergamo	126	125
Brescia	170	171
Como	84	84
Cremona	50	51
Lecco	58	57
Lodi	56	35
Mantova	61	61
Milano	619	618
Monza	181	109
Pavia	116	56
Sondrio	60	0



Varese	191	68
--------	-----	----

per un totale di 1772 posti destinati alla procedura concorsuale.

Sulla base delle disponibilità come sopra determinate, dell'ordine di graduatoria e delle preferenze espresse dagli aspiranti attraverso le istanze online, con **atto dispositivo del 18 agosto 2020, prot. 19221**, il Direttore Generale dell'USR per la Lombardia ha provveduto all'assegnazione della provincia agli aspiranti aventi titolo inseriti nelle graduatorie concorsuali regionali, esaurendo i posti disponibili destinati alle GM in tutte le province in corrispondenza con la posizione 2923 della graduatoria concorsuale.

Con **provvedimento 24/08/2020 n.19500** è stato rettificato il contingente e si è provveduto alla correzione delle assegnazioni.

Poiché i 70 docenti da escludere sono stati erroneamente assegnati alle seguenti province:

1. Brescia: 1 candidato, con individuazione su preferenza;
2. Como: 2 candidati, con individuazione su preferenza;
3. Pavia: 2 candidati, con individuazione d'ufficio;
4. Sondrio: 21 candidati, con individuazione d'ufficio;
5. Varese: 44 candidati, con individuazione d'ufficio;

si sono rese disponibili posti nelle seguenti province:

1. Brescia: 1 posto;
2. Como: 2 posti;
3. Pavia: 2 posti;
4. Sondrio: 21 posti;
5. Varese: 44 posti.

Il posto resosi disponibile a Brescia viene assegnato su espressione di preferenza alla docente in posizione 2631, precedentemente assegnata a Monza per assenza di disponibilità su Brescia. La nuova disponibilità su Monza viene assegnata su preferenza alla docente in posizione 2793, precedentemente assegnata a Pavia per assenza di disponibilità su Monza. La nuova disponibilità di Pavia va ad incrementare il numero delle disponibilità sulla provincia (che diventano 3), poiché nessun candidato nella precedente assegnazione era rimasto insoddisfatto relativamente alle preferenze espresse sulla provincia di Pavia.



I due posti resisi disponibili a Como vengono assegnati su espressione di preferenza rispettivamente alla docente in posizione 2894, precedentemente assegnata a Sondrio, e alla docente in posizione 2895, precedentemente assegnata a Varese. Le nuove disponibilità su Sondrio e Varese vanno ad incrementare il numero già esistente di disponibilità sulla provincia, poiché nessun candidato nella precedente assegnazione era rimasto insoddisfatto relativamente alle preferenze espresse sulle due province.

Conseguentemente, dopo le operazioni sopra evidenziate, le disponibilità da assegnare ai 70 docenti oggetto della rettifica sono le seguenti:

1. Pavia: 3 posti;
2. Sondrio: 22 posti;
3. Varese: 45 posti,

per un totale di 70 posti da assegnare ai 70 docenti.

Poiché l'ultimo nominato nella prima – errata – assegnazione di provincia si trovava alla posizione 2923, **i 70 nuovi destinatari di individuazione** (a partire dalla posizione 2924) hanno avuto a disposizione esclusivamente le province sopra indicate e **sono stati soddisfatti secondo l'ordine di graduatoria, con la miglior assegnazione possibile riferita alle preferenze espresse in relazione ai posti disponibili.**

Il **28/08/2020** l'U.S.R., preso atto che le individuazioni disposte non hanno coperto l'intero contingente assegnato alla scuola primaria – posto comune, anche a seguito delle rinunce intervenute successivamente, valutata l'effettiva consistenza numerica degli aspiranti nelle GAE provinciali dopo le operazioni di scorrimento e stante la necessità di determinare formalmente l'entità dei posti residui autorizzati alle assunzioni ma rimasti non assegnati, al fine di procedere ad ulteriori scorrimenti ha decretato la determinazione di un **ulteriore contingente di posti di scuola primaria – posto comune**, finalizzato alle immissioni in ruolo per l'a.s. 2020/2021 ex D.D.G. 1546/2018, secondo seguente ripartizione Provincia/numero posti:

Bergamo	56
Brescia	136
Cremona	38
Lecco	32
Lodi	28



Mantova	44
Milano	52
Monza e Brianza	83
Pavia	32
Sondrio	12
Varese	53.

Riepilogati i principali riferimenti normativi e procedurali, in risposta ai punti di gravame sopra evidenziati si precisano i seguenti aspetti.

La differenza numerica riscontrabile tra l'atto di interpello del 12/08/2020 e l'individuazione del 18/08/2020 si spiega con la **differenza tra convocazione e nomina**: l'individuazione dei destinatari di proposta di assunzione a tempo indeterminato avviene con esclusivo riferimento ai posti effettivamente disponibili, nel limite delle assunzioni autorizzate ad una certa data; l'avviso relativo agli scorrimenti, pertanto, costituisce semplicemente un'operazione prodromica alle successive procedure, non sussistendo nesso di consequenzialità tra numero dei convocati e numero dei nominati.

La contestazione relativa all'illegittimità dell'intera procedura di reclutamento, originata dal mancato depennamento dalle graduatorie ex D.D.G. 1546/2018 di docenti già immessi in ruolo per effetto di scorrimenti precedenti è assolutamente infondata.

Corrisponde al vero che tra i soggetti destinatari di assegnazione di provincia figuravano docenti che non avevano titolo. Si tratta di 70 docenti che, pur essendo stati esclusi dalla graduatoria concorsuale con apposito provvedimento (DDG 28 luglio 2020, n. 1858), per errore si trovavano ancora inseriti nella base dati del sistema informativo.

Ciò ha comportato l'assegnazione di 70 posti a soggetti non aventi titolo e, conseguentemente, la necessità di provvedere a rettifica, escludendo i 70 docenti in questione dall'assegnazione della provincia e provvedendo a individuare altri 70 docenti in ordine sequenziale di graduatoria.

Con il provvedimento 24 agosto 2020, prot. 19500 è stata ripristinata la corretta platea degli aventi titolo all'individuazione su provincia, sempre all'interno del contingente stabilito con decreto, per cui l'ultimo nominato – tenuto conto delle rinunce espresse da taluni candidati nelle istanze online – è risultato alla posizione 2997.



Ciò significa che ai 70 docenti individuati con provvedimento 19500/2020 sono state assegnate le province cui avrebbero avuto titolo se, in una prima fase, non fossero stati indebitamente individuati i 70 docenti già esclusi dalle graduatorie.

E' necessario premettere, per completezza di esposizione, che il depennamento dei 70 docenti già assunti a tempo indeterminato, era stata effettuata dall'ufficio competente e, tuttavia, per problemi tecnici imputabili al funzionamento del sistema informatico, tali docenti hanno continuato a figurare in graduatoria. Tale è la ragione per la quale di errore materiale si tratta e non di illegittimità riconducibile a cattivo *agere* amministrativo.

Come noto, la **rettifica** è un provvedimento amministrativo di secondo grado che interviene, con funzione conservativa, su un provvedimento precedente. Essa rientra nelle ipotesi di autotutela amministrativa, ovvero quel complesso di attività mediante cui la pubblica amministrazione interviene unilateralmente su ogni questione di propria competenza, risolvendo conflitti potenziali ed attuali.

La rettifica è tradizionalmente inclusa dalla manualistica nei c.d. "atti di convalida", poiché tende a depurare da errori materiali il provvedimento, introducendo quelle correzioni, aggiunte e sostituzioni, idonee a rendere l'atto conforme alla volontà della pubblica amministrazione.

Il provvedimento di rettifica è, dunque, espressione di una funzione amministrativa di contenuto identico, sebbene di segno opposto, a quella esplicata in precedenza. Ciò spiega i suoi **"effetti naturalmente retroattivi", ex tunc**: secondo le dizioni in uso nella giurisprudenza, la rettifica rientra gli atti retroattivi "per natura", "per essenza", "fisiologicamente", considerato che **la rimozione dell'errore materiale non può non produrre i propri effetti sin dal momento dell'adozione del provvedimento di primo grado oggetto dell'autotutela** (cfr Cons. Stato, Sez. III, 4 luglio 2011, n. 4003: «la rettifica, o regolarizzazione, non riguarda provvedimenti viziati ma atti irregolari, consistendo nell'eliminazione dell'errore non invalidante in cui è incorsa l'Amministrazione [...] gli effetti della rettifica sono naturalmente retroattivi»).

Traslando siffatte considerazioni generali al caso *de quo*, per effetto della rettifica, ai 70 docenti individuati con provvedimento 19500/2020 sono state assegnate le province cui avrebbero avuto titolo se, in una prima fase, non fossero stati indebitamente individuati i 70 docenti già esclusi dalle graduatorie. Il che significa ripristino della situazione di fatto antecedente la data di adozione del provvedimento viziato.

Con riguardo alla assegnazione della dott.ssa Fusè a Varese, la consultazione dell'allegato al decreto 2420/2020 palesa che **le province di interesse superiore, quali Milano e**



Monza, sono state assegnate ad aspiranti collocati in posizioni più elevate in graduatoria.

Benché la ricorrente già prestasse attività di docenza presso l'Istituto "Aldo Moro" di Corbetta (MI) e pur nella eventualità della disponibilità di posti in tale sede, la ricorrente non aveva diritto ad una riconferma nella suddetta scuola, poiché l'assegnazione deve rispettare non solo le preferenze manifestate, ma altresì il diritto di graduatoria.

La correttezza delle operazioni espletate è stata, tra l'altro, confermata anche dal TAR Lombardia, con decreto n. 1445/2020 ed ordinanza n. 1475/2020, e dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 7132/2020, relativi a casi analoghi.

Quanto alla censura relativa alla **illegittimità del vincolo quinquennale introdotto con D.l. 126/2019** si intende ribadire non solo il carattere di normativa primaria del D.L. 126/2019 rispetto al Bando di concorso ex D.D.G. 1546/2018, che si configura quindi come normativa secondaria, ma come il Decreto Legge sia conforme al necessario **principio della continuità didattica** (maggiormente tutelato con nuovo il vincolo quinquennale) ed al principio del concreto bilanciamento, ai sensi dell'art. 41 Cost., delle esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro.

3. Sull'istanza cautelare: assenza del *fumus boni iuris* e *periculum in mora*

In ordine all'istanza di sospensiva degli atti impugnati, questa amministrazione rileva l'insussistenza del ***fumus boni iuris*** per le ragioni ampiamente riportate nella presente esposizione.

Quanto al ***periculum in mora***, l'art. 55 c.p.a. esige, per l'accoglimento della richiesta tutela interinale, che il ricorrente alleggi un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso. Condizione di accoglimento della pretesa cautelare è la prospettazione della probabile sopravvenienza di un notevole pregiudizio alla situazione sostanziale dell'istante, alla cui neutralizzazione mira il provvedimento cautelare richiesto.

Il richiedente la sospensiva deve fornire al giudice gli elementi per valutare la plausibilità di questo rischio, ossia dimostrare la relazione intercorrente tra l'evento ritenuto fonte di pericolo ed un probabile danno. La tutela cautelare ex art. 700 c.p.c., attivata dalla ricorrente, è concessa a chi ha fondato motivo di temere che, durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile (*periculum in mora*).



Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza tanto il *periculum in mora*, appena richiamato, quanto il *fumus boni iuris* (l'approssimativa verosimiglianza dell'esistenza del diritto di cui si chiede la tutela) costituiscono presupposti indefettibili di ogni misura cautelare.

Tuttavia non si può non riconoscere che la sussistenza del *periculum in mora* costituisce l'elemento indefettibile che connota l'urgenza dell'azione cautelare e pertanto si pone come necessario antecedente logico in mancanza del quale viene meno l'urgenza tipica dell'azione intrapresa tanto da rendere superfluo l'esame del *fumus boni iuris*, che può attendere i tempi di espletamento di un giudizio ordinario.

“Infatti solo la presenza concretamente dedotta, riscontrata e dimostrata di un pregiudizio grave, imminente ed irreparabile derivante dall'attesa della sentenza definitiva nel merito, può giustificare l'accoglimento del ricorso proposto in via d'urgenza. Diversamente si addiverrebbe ad un indiscriminato ricorso alla tutela cautelare facendola così diventare il mezzo ordinario di risoluzione dei conflitti tra le parti” (Tribunale di Bergamo, decreto di rigetto 5521/2019).

Si rende pertanto necessario un particolare rigore nella valutazione circa l'effettiva esistenza del *periculum in mora*.

“Non qualsiasi violazione di diritti del lavoratore legittima il ricorso alla procedura d'urgenza, dovendosi altrimenti ritenere che per queste tipologie di controversie il pregiudizio imminente ed irreparabile risulterebbe automaticamente in virtù della materia trattata, con la conseguente inevitabile ammissibilità della fase cautelare ed utilizzazione dell'art. 700 c.p.c. come forma alternativa di tutela giurisdizionale. È, dunque, indispensabile che il ricorso indichi dettagliate ragioni di urgenza, ulteriori rispetto a quelle rappresentate dalla natura della causa, che giustifichino l'utilizzazione della misura cautelare” (Tribunale di Bergamo, decreto di rigetto 5521/2019).

Ne consegue che chi *ricorre* all'art. 700 c.p.c. ha l'onere specifico di allegare la natura del pregiudizio temuto e le ragioni della sua gravità ed irreparabilità per consentire al giudicante di verificare se si prospetti una “situazione limite”, cui porre rimedio con un immediato intervento giudiziario.

Nella fattispecie in esame, al contrario, non solo la candidata ha ricevuto proposta di assunzione a tempo indeterminato nella Regione scelta e per la tipologia di posto per cui ha concorso, ma la **provincia di assegnazione corrisponde alla terza preferenza manifestata.**



Relativamente alle preferenze espresse ed al requisito del *fumus boni iuris* il Tribunale di Brescia, in sede di ricorso cautelare su vertenza analoga concernente la medesima procedura concorsuale, osserva che *“non sono specificati concretamente i vizi da cui sarebbe affetta la procedura concorsuale relativamente alla designazione della ricorrente alla sede nella provincia di Brescia, sede che -in ogni caso- rientra nel novero delle preferenze espresse dalla docente.... La carenza del requisito del fumus boni iuris comporta la necessità di rigettare il ricorso, rendendo superfluo l'esame del periculum in mora”* **(doc.7)**

Non si vede, in definitiva, quale sia il pregiudizio grave e irreparabile che costituisce presupposto della invocata tutela cautelare.

Tanto premesso e chiarito, voglia il Giudice adito *contrariis reiectis*, considerata la condotta processuale delle parti, accogliere le seguenti

Conclusioni

- 1) In ogni caso e nel merito dichiarare l'infondatezza del ricorso per difetto dei suoi presupposti;
- 2) Con vittoria di spese e, in estremo subordine, compensazione delle stesse in considerazione della natura della vertenza.

Milano, 01.02.2021

Il funzionario
Gabriella Eleonori

Si producono in copia i seguenti documenti:

- delega alla difesa
- nota Avvocatura dello Stato e ricorso
- 1) Doc.1 – Bando di concorso straordinario docenti scuola primaria e infanzia 2018
- 2) Doc.2 – Decreto USR Lombardia n. 2364 del 31.07.2019
- 3) Doc.2 bis – Allegato al decreto n.2364
- 4) Doc.3 – Decreto USR Lombardia 19221 del 18-08-2020
- 5) Doc.3bis – Allegato al Decreto USR Lombardia 19221 del 18-08-2020
- 6) Doc.4 – Decreto USR Lombardia 19500 del 24-08-2020
- 7) Doc.4bis – Allegato al Documento 6 Decreto USR Lombardia 19500 del 24-08-2020
- 8) Doc.5 – Decreto n. 2420 del 28.08.2020
- 9) Doc.5 bis – Allegato al decreto n. 2420 del 28.08.2020



- 10) Doc.6 – Decreto USR Lombardia n. 2353.17-08-2020
- 11) Doc.6 bis – Allegato al decreto USR Lombardia n.2353 del 17.08.2020
- 12) Doc. 7 – Ordinanza di rigetto del Tribunale di Brescia RG 1894/2020



