

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## Tutela ex art. 700 c.p.c. nel processo del lavoro

L'adozione del provvedimento ex art. 700 cpc pretende pertanto l'accertamento della emergenza di un *periculum in mora* e di un *fumus boni iuris*. Nel quadro delle problematiche giuslavoristiche, tuttavia, ognuno di quei requisiti risulta essere stato problematicizzato, registrandosi semmai un contrasto ancora non sopito tra indirizzi giurisprudenziali e dottrinali di cui pare opportuno dar contezza, sia pure sommario, in questa sede e nei limiti di rilevanza nell'economia del presente giudizio.

Infatti, per quanto concerne il *periculum in mora*, non è mancato chi, specie in passato, abbia ritenuto detta condizione assorbita dal riscontro del *fumus boni iuris*; che è quanto, del resto in linea con la giurisprudenza maggioritaria, non si ritiene di poter condividere, apparendo corretto semmai affermare la necessità per l'autorità giudiziaria adita ex art. 700 c.p.c. di cercare il fondato motivo per il ricorrente di temere che durante il tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Il *periculum in mora* sia esso pericoloso di infruttuosità (ovvero il pericolo che nelle more di svolgimento di un giudizio ordinario sopravvengono circostanze tali da pregiudicare irrimediabilmente la possibilità di attuazione della sentenza, sicché la cautela si connota in siffatta ipotesi di una valenza conservativa) oppure pericolo da tardività (connesso con il pregiudizio derivante dalla permanenza di una situazione antigiusdica con conseguente funzione anticipatoria del provvedimento cautelare), secondo una ben nota lezione è rappresentato non dal pericolo di danno generico cui si può avviare con la tutela ordinaria; semmai dal pericolo di quell'ulteriore danno

*marginale che il ritardo connesso allo svolgimento del processo ordinario potrebbe determinare.*

*Ebbene, mentre il fumus boni iuris opera comunque all'interno delle allegazioni utili anche al giudizio di merito, viceversa il periculum attiene a fatti diversi e quindi ulteriori rispetto a quelli da provare in quel giudizio, essendo viceversa tipici del procedimento cautelare. Del resto, la valutazione del pericolo non è stereotipata dal legislatore mediante una valutazione in astratto, semmai impone al giudice di valutarne la sussistenza nella singola fattispecie.*

*Diviene, in quest'ottica, necessario allora verificare la natura del danno allegato, ricercarne la possibilità qualificazione in termine di gravità ed irreparabilità; il che può ritenersi in relazione a diritti infungibili e solo eccezionalmente per quanto concerne i diritti di credito (e cioè nella misura in cui i relativi proventi siano necessari ad assicurare il bene dell'esistenza libera e dignitosa di cui all'art. 36 Cost). D'altra parte non sarebbe sufficiente allegare la possibilità di una lesione, ovvero una lesione non concreta ed attuale, bensì futura (in relazione ad esempio alle prestazioni previdenziali, alla possibile esclusione dalla partecipazione ad un concorso): l'azione cautelare non può assolvere una funzione preventiva di lesioni giuridiche connesse a futuri comportamenti da parte di terzi. Sicché è solo entro limiti che è dato adire il Giudice ex art. 700 cpc e comunque è possibile per detta autorità provvedere in quella sede.*

### **Tribunale di Lecce, sentenza del 19.10.2016**

*...omissis...*

osserva quanto segue

Parte ricorrente ha adito questo Tribunale chiedendo obbligarsi Miur e USR Puglia, ambito territoriale di Lecce ovvero tutti gli altri ambiti territoriali della Puglia ad attribuire alla ricorrente nell'ambito della fase C della procedura di mobilità degli insegnanti della scuola primaria per l'a.s. 2016/17, l'ambito della provincia di Lecce 0020 in luogo di quello assegnato (Veneto, ambito 0017) su posto comune o in subordine l'ambito delle regione Puglia viciniore spettante in ragione del punteggio, del diritto di precedenza e dell'ordine delle preferenze espresse in domanda ovvero in ulteriore subordine ordinarsi la ripetizione delle operazioni di modalità della fase C degli insegnanti della scuola primaria; il tutto con vittoria di spese da distrarsi alla difesa antistataria.

All'uopo espone come, insegnante di ruolo di scuola primaria assunta a tempo indeterminato con decorrenza giustificata a.s. 2015/16 nella fase C del piano straordinario del 2015 ex l. 13.7.15 n. 107, abbia invano partecipato alla mobilità territoriale per l'assegnazione dell'ambito a livello nazionale dei docenti assunti nell'a.s. 2015/16 nelle fase B e C da GAE (ART. 1 co. 108 l. 107.2015) evidenziando il diritto di precedenza ex art. 33, V e VII, l. 104.1992 quale familiare unico e convivente in grado di assistere il fratello in condizione di handicap grave; di avere dichiarato di valere insegnare su posto comune; come ex art. 13 ccni 8, 4, 16 nella fase A, qualora i genitori siano impossibilitati a prevedere all'assistenza del figlio disabile grave perché totalmente inabili, è riconosciuta la precedenza anche ad uno dei fratelli/sorelle in grado di prestare assistenza, conviventi con il disabile; come non sia stata rispettata la collocazione in graduatoria risultando assegnati nella provincia di Taranto posti a personale che poteva vantare solo 19 punti: che sussiste il pericolo connesso al pregiudizio alla assistenza del fratello disabile; di essere coniugata con due figli minori.

Fissata la comparizione personale delle parti si è costituito il Ministero convenuto e l'Ufficio VI ambito territoriale per la provincia di Lecce lamentando l'infondatezza del ricorso.

È stato quindi integrato il contraddittorio nei confronti dei controinteressati.

La cognizione cautelare è naturalmente sommaria, nel senso che pretende una istruttoria (in ordine ai fatti che ne costituiscono l'oggetto e quindi alle fonti di convincimento del giudice adito) meno completa ed approfondita rispetto al modus operandi sotteso dal 11 libro del codice di rito.

Siffatti caratteristiche appaiano più accentuate nella cognizione cautelare rispetto a tutte le altre cognizioni sommarie non cautelari che viceversa sono funzionali ad un accoglimento anticipato della domanda, quand'anche in termine parziale, a condizione che le prove offerte siano tali da far ritenere il fondamento della pretese.

La differenza tra tutela sommaria cautelare e non insiste in particolare su una diversità di formazione, in quanto è il periculum in mora a giustificare ed imporre una celerità dell'istruttoria da condurre nei limiti sufficienti a ritenere il fumus boni iuris del diritto azionato; sicché il periculum squalifica l'istruttoria cautelare nel senso che ne legittima una sommaria (lì dove sommarietà non può essere sinonimo di superficialità).

L'adozione del provvedimento ex art. 700 cpc pretende pertanto l'accertamento della emergenza di un periculum in mora e di un fumus boni iuris. Nel quadro delle problematiche giuslavoristiche, tuttavia, ognuno di quei requisiti risulta essere stato problematicizzato, registrandosi semmai un contrasto ancora non sopito tra indirizzi giurisprudenziali e dottrinali di cui pare opportuno dar contezza, sia pure sommario, in questa sede e nei limiti di rilevanza nell'economia del presente giudizio.

Infatti, per quanto concerne il periculum in mora, non è mancato chi, specie in passato, abbia ritenuto detta condizione assorbita dal riscontro del fumus boni iuris; che è quanto, del resto in linea con la giurisprudenza maggioritaria, non si ritiene di poter condividere, apparendo corretto semmai affermare la necessità per l'autorità giudiziaria adita ex art. 700 cp.c. di cercare il fondato motivo per il ricorrente di temere che durante il tempo necessario per far valere il diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

Il periculum in mora sia esso pericoloso di infruttuosità (ovvero il pericolo che nelle more di svolgimento di un giudizio ordinario sopravvengono circostanze tali da pregiudicare irrimediabilmente la possibilità di attuazione della sentenza, sicché la cautela si connota in siffatta ipotesi di una valenza conservativa) oppure pericolo da tardività (connesso con il pregiudizio derivante dalla permanenza di una situazione antigiusdica con conseguente funzione anticipatoria del provvedimento cautelare), secondo una ben nota lezione è rappresentato non dal pericolo di danno generico cui si può avviare con la tutela ordinaria; semmai dal pericolo di quell'ulteriore danno marginale che il ritardo connesso allo svolgimento del processo ordinario potrebbe determinare.

Ebbene, mentre il fumus boni iuris opera comunque all'interno delle allegazioni utili anche al giudizio di merito, viceversa il periculum attiene a fatti diversi e quindi ulteriori rispetto a quelli da provare in quel giudizio, essendo viceversa tipici del procedimento cautelare. Del resto, la valutazione del pericolo non è stereotipata dal legislatore mediante una valutazione in astratto, semmai impone al giudice di valutarne la sussistenza nella singola fattispecie.

Diviene, in quest'ottica, necessario allora verificare la natura del danno allegato, ricercarne la possibilità qualificazione in termine di gravità ed irreparabilità; il che può ritenersi in relazione a diritti infungibili e solo eccezionalmente per quanto concerna i diritti di credito (e cioè nella misura in cui i relativi proventi siano necessari ad assicurare il bene dell'esistenza libera e dignitosa di cui all'art. 36 Cost). D'altra parte non sarebbe sufficiente allegare la possibilità di una lesione, ovvero una lesione non concreta ed attuale, bensì futura (in relazione ad esempio alle prestazioni previdenziali, alla possibile esclusione dalla partecipazione ad un concorso): l'azione

cautelare non può assolvere una funzione preventiva di lesioni giuridiche connesse a futuri comportamenti da parte di terzi. Sicché è solo entro limiti che è dato adire il Giudice ex art. 700 cpc e comunque è possibile per detta autorità provvedere in quella sede.

Una volta ritenuto necessario il riscontro del periculum in mora, occorre verificare il connesso onere probatorio. In proposito, si deve affermare la necessità per parte ricorrente di provare con particolare rigore la situazione di urgenza.

Periculum in mora nella fattispecie in esame emergente in considerazione della distanza significativa tra luogo di residenza e sede assegnata con conseguente incidenza sulla sfera personale e familiare.

Rilevato che parte ricorrente non può avvalersi del diritto di precedenza ex art. 13 CCNI non risultando convivente con il familiare di...OMISSIS...si deve osservare come parte ricorrente - insegnante di ruolo di scuola primaria, assunta a tempo indeterminato con decorrenza giuridica a.s. 2015/16 nella fase C del piano straordinario ex l. 13.7.15 n. 17 - abbia formulato domanda di mobilità territoriale per l'assegnazione di posto comune dell'ambito a livello nazionale dei docenti assunti nell'a.s. 2015/16 indicando nell'ordine Puglia ambito 0020 Puglia ambito 0019, Puglia ambito 0018, 0017, 0011, 0012, 0023, 0022, 0021, 0007, 0003, 0006 etc.

La ricorrente è stata quindi destinataria dell'assegnazione all'ambito 0017 Veneto, benché risulti assegnato personale su posto comune nell'ambito 0021 Puglia con punteggio inferiore (senza diritto di precedenza) rispetto a quello allegato da parte ricorrente (2uuuu) e documentato all'odierna udienza.

Che è quanto integra violazione della regolamentazione della formazione delle graduatorie nella procedura concorsuale de qua con pregiudizio dei principi di buon andamento ed imparzialità che devono connotare l'azione della Pa.

La reciproca soccombenza (non emergendo alcun diritto di precedenza ed un punteggio utile all'assegnazione dell'ambito territoriale Puglia - Lecce) giustifica la compensazione delle spese di lite.

pqm

il tribunale dichiara la illegittimità delle assegnazione della ricorrente all'ambito territoriale Veneto in luogo di ambito territoriale Puglia nel rispetto delle principio di scorrimento della graduatoria e dell'ordine di preferenze espresse nella domanda di trasferimento e condanna la Amministrazione convenuta all'assegnazione della parte ricorrente nell'organico di una sedi disponibili nell'ambito territoriale Puglia nei termini supra evidenziati.

Spese compensate.

Manda alla Cancellazione per gli adempimenti di rito.

Depositata in Cancelleria il 19/10/2016