

R.G. n. 1165/2023

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO

Sezione lavoro

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Milano, Luigi Pazienza, nella prosecuzione
del verbale di udienza del 11.07.2023 ;

visto l'art. 429 c.p.c.

pronuncia la seguente

SENTENZA

nella controversia individuale di lavoro

Tra

, rappresentato e difeso dagli Avv.ti G. Tescione e G.

Corriere;

e



MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, in
persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso ex art. 417 bis c.p.c.
dall'Avv. E. Romano.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato in data 8.02.2023, il ricorrente ha convenuto in giudizio il Ministero dell'Istruzione formulando le seguenti conclusioni: “ previa declaratoria del diritto del ricorrente al conferimento di un incarico di supplenza fino al termine delle attività didattiche ovvero dell'incarico annuale dalla prima fascia delle GPS incrociate su posto di sostegno nella classe di concorso “B012 - LABORATORI DI SCIENZE E TECNOLOGIE CHIMICHE E MICROBIOLOGICHE” e “ADSS - SOSTEGNO SCUOLA SECONDARIA II GRADO” della Provincia di Milano, condannarsi il Ministero al riconoscimento dell'intero punteggio che avrebbe maturato per l'incarico annuale ai fini dell'aggiornamento della suddetta graduatoria o del diverso punteggio ritenuto di giustizia e per l'effetto ordinare all'amministrazione resistente l'assegnazione di tale incarico secondo le preferenze espresse ed il punteggio vantato; vittoria delle spese e del compenso professionale del giudizio, oltre rimborso forfettario del 15%, IVA e CPA, con attribuzione al sottoscritto procuratore antistatario ai sensi del DM 55/14, art. 4, comma 1-bis”. Nel merito previa declaratoria del diritto del ricorrente al conferimento di un incarico di supplenza fino al termine



delle attività didattiche ovvero dell'incarico annuale dalla prima fascia delle GPS incrociate su posto di sostegno nella classe di concorso "B012 - LABORATORI DI SCIENZE E TECNOLOGIE CHIMICHE E MICROBIOLOGICHE" e "ADSS - SOSTEGNO SCUOLA SECONDARIA II GRADO" della Provincia di Milano, condannarsi il Ministero al riconoscimento dell'intero punteggio che avrebbe maturato per l'incarico annuale ai fini dell'aggiornamento della suddetta graduatoria o del diverso punteggio ritenuto di giustizia e per l'effetto ordinare all'amministrazione resistente l'assegnazione di tale incarico secondo le preferenze espresse ed il punteggio vantato oltre al pagamento del risarcimento dei danni patrimoniali subiti dal ricorrente, per effetto dell'illegittimo comportamento della P.A. da quantificarsi nelle retribuzioni non percepite ai sensi del vigente CCNL ovvero nella minore o maggiore somma ritenuta di giustizia; 2. vittoria delle spese e del compenso professionale del giudizio, oltre rimborso forfettario del 15%, IVA e CPA, con attribuzione al sottoscritto procuratore antistatario ai sensi del DM 55/14, art. 4, comma 1-bis".

Il Ministero resistente si è costituito in giudizio sia nella fase cautelare che nella fase di merito chiedendo il rigetto delle domande.

Nel corso del giudizio il ricorrente ha rinunciato alla istanza cautelare.

Con le note difensive la difesa della ricorrente ha precisato le domande nei seguenti termini: " previa disapplicazione dell'art 12 O.M. (legge 20 marzo 1865 n. 2248, art. 5, all. E E d.lgs. n. 165 del 2001, articolo 63, comma 1,) ordinarsi



l'attribuzione dell'intero punteggio che il ricorrente avrebbe maturato per l'incarico annuale ai fini dell'aggiornamento della suddetta graduatoria o del diverso punteggio ritenuto di giustizia nonché il pagamento, a titolo risarcitorio, di una somma parametrabile a quanto il lavoratore avrebbe percepito ove fosse stato legittimamente assunto”.

Appare evidente che il ricorrente con le note conclusive ha precisato la domanda insistendo nella richiesta di condanna del Ministero resistente al riconoscimento del punteggio per l'incarico perso ed alla attribuzione di un importo a titolo esclusivamente risarcitorio: per tali ragioni, trattandosi di domande risarcitorie, non sussiste la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri docenti che si sono visti assegnare gli incarichi pretesi dal ricorrente.

Le domande formulate dal ricorrente sono fondate e meritano di essere accolte secondo le argomentazioni che seguono.

Premessa la generale ammissibilità degli strumenti informatici nel processo di formazione della decisione delle PP.AA., la giurisprudenza amministrativa che si ritiene condivisibile è costante nel riconoscere rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, a due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della



scelta e degli esiti affidati all'algoritmo. c) la verifica e la sindacabilità in sede giurisdizionale dei dati immessi e dei criteri utilizzati (cfr Cons St sentenze nn 2270/19; 8472/19; 8473/19; 8474/19 e 881/20). Sul versante della piena conoscibilità, un rilievo fondamentale assume il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa Amministrazione titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso.

Nel merito, il ricorrente lamenta di essere stato vittima di un errore consumato nello svolgimento della procedura informatica utilizzata dal Ministero resistente per l'attribuzione delle supplenze.

L'Ordinanza Ministeriale n. 112 del 6.5.2022 ha disciplinato le "Procedure di aggiornamento delle graduatorie provinciali e di istituto di cui all'articolo 4, commi 6-bis e 6-ter, della legge 3 maggio 1999, n. 124 e di conferimento delle relative supplenze per il personale docente ed educativo" e all'art. 12, sul "Conferimento delle supplenze annuali e sino al termine delle attività didattiche", ha previsto che le operazioni di conferimento delle supplenze di cui all'articolo 2, comma 4, lettere a) e b) (annuali e sino al termine delle attività didattiche, ossia fino al 31 agosto o fino al 30 giugno) sono effettuate ordinariamente con modalità informatizzata (art. 12, comma 1) hanno titolo a conseguire le predette supplenze esclusivamente gli aspiranti, utilmente collocati nelle GA. (Graduatorie Ad Esaurimento) e in subordine nelle GPS (Graduatorie per le Supplenze), che hanno presentato istanza finalizzata al



conferimento degli incarichi in esame con modalità telematica attraverso il sistema informativo del Ministero (art. 12 comma 2) e che attraverso la procedura informatizzata gli aspiranti possono indicare, con preferenza sintetica o analitica, tutte le sedi di organico relative a ciascun grado di istruzione richiesto.

Nel conferimento delle supplenze, il sistema informatico è programmato in modo che si tenga conto delle disponibilità che si determinino fino al termine del 31 dicembre, effettivamente esistenti in relazione ai diversi turni di nomina, come registrate dall'ufficio scolastico territorialmente competente (art. 12 comma 3). La mancata presentazione dell'istanza costituisce rinuncia al conferimento degli incarichi a tempo determinato di cui all'articolo 2, comma 4, lettere a) e b) da tutte le graduatorie cui l'aspirante abbia titolo per l'anno scolastico di riferimento (art. 12, comma 4, 1° periodo). Costituisce altresì rinuncia, limitatamente alle preferenze non espresse, la mancata indicazione di talune sedi/classi di concorso/tipologie di posto. Pertanto, qualora l'aspirante non esprima preferenze per tutte le sedi e per tutte le classi di concorso/tipologie di posto cui abbia titolo e al proprio turno di nomina non possa essere soddisfatto in relazione alle preferenze espresse, sarà considerato rinunciatario con riferimento alle sedi e alle classi di concorso/tipologie di posto per cui non abbia espresso preferenza. Ne consegue la mancata assegnazione dell'incarico a tempo determinato dalle graduatorie per le quali sia risultato in turno di nomina per l'anno scolastico di



riferimento (art. 12, comma 4, 2°-4° periodo) Gli uffici scolastici territorialmente competenti, a seguito delle istanze presentate con le previste modalità informatiche, assegnano gli aspiranti alle singole istituzioni scolastiche attraverso una procedura automatizzata nell'ordine delle classi di concorso o tipologia di posto indicato e delle preferenze espresse sulla base della posizione occupata in graduatoria.

L'assegnazione dell'incarico sulla base delle preferenze espresse nella domanda comporta l'accettazione della stessa. Degli esiti dell'individuazione viene data pubblicazione da parte degli uffici all'albo on line (art. 12, comma 5). L'assegnazione dell'incarico rende le operazioni di conferimento di supplenza non soggette a rifacimento. La rinuncia all'incarico preclude, altresì, il rifacimento delle operazioni anche in altra classe di concorso o tipologia di posto. *Le disponibilità successive che si determinano, anche per effetto di rinuncia, sono oggetto di ulteriori fasi di attribuzione di supplenze nei riguardi degli aspiranti collocati in posizione di graduatoria successiva rispetto all'ultimo dei candidati trattato dalla procedura (art. 12, comma 10).*

Gli aspiranti che abbiano rinunciato all'assegnazione della supplenza conferita o che non abbiano assunto servizio entro il termine assegnato dall'Amministrazione non possono partecipare ad ulteriori fasi di attribuzione delle supplenze di cui al presente articolo anche per disponibilità sopraggiunte, per tutte le graduatorie cui hanno titolo per l'anno scolastico di riferimento (art. 12, comma 11).



Il successivo art. 14 comma 1 dell'O.M. 112 /2022 cit. precisa che “la stipula del contratto di lavoro costituisce condizione necessaria per la presa di servizio” e conferma “In caso di assegnazione dell'incarico di supplenza da GA. e GPS: a) la rinuncia, prevista all'articolo 12 comma 11, all'assegnazione della supplenza o la mancata assunzione di servizio entro il termine assegnato dall'Amministrazione, comporta la perdita della possibilità di conseguire supplenze di cui all'articolo 2, comma 4, lettere a) e b), sia sulla base delle GA. che dalle GPS, nonché, in caso di esaurimento o incapacità delle medesime, sulla base delle graduatorie di istituto, per tutte le classi di concorso e posti di insegnamento di ogni grado d'istruzione cui l'aspirante abbia titolo per l'anno scolastico di riferimento...”.

L'art. 12 dell'O.M. 112/2022 citato, quindi, per un verso impone agli aspiranti supplenti di presentare una apposita domanda per partecipare alla procedura di conferimento delle supplenze annuali e sino al termine delle attività didattiche. Per l'altro, statuisce che la mancata presentazione della istanza costituisce rinuncia e impedisce il conferimento di incarichi a tempo determinato per l'intero anno scolastico di riferimento e per tutte le graduatorie ove il docente è inserito.

Ai sensi del medesimo art. 12, poi, in sede di compilazione della domanda, ogni aspirante supplente inserisce le proprie preferenze nell'ordine e secondo le tipologie più gradite. E' espressamente prevista la facoltà di indicare, con preferenza sintetica o analitica, tutte le sedi di organico relative a ciascun grado



di istruzione richiesto e il docente è avvertito che (anche) la mancata indicazione di talune sedi/classi di concorso/tipologie di posto (e non solo la omessa presentazione della istanza) costituisce rinuncia al conferimento di incarichi di supplenza, in questo caso solo per le sedi e tipologie di posto non espresse (art. 12 comma 4).

La disposizione, ancora, prosegue chiarendo che l'aspirante che ha indicato nella domanda solo talune sedi/posti e al proprio turno di nomina non può essere soddisfatto in relazione alle preferenze espresse (poiché sono disponibili solo sedi/tipologie di posto non indicate nella domanda), sarà considerato rinunciatario in relazione alle sedi/posti in quel momento disponibili e da lui non indicate. Ne consegue ulteriormente che il candidato, essendo considerato rinunciatario rispetto alla supplenza proposta, sarà escluso dalla assegnazione di incarichi a tempo determinato per l'anno scolastico di riferimento e per la graduatoria ove è risultato in turno di nomina.

Pertanto, il docente essendo stato già trattato/lavorato dalla procedura ed essendo considerato rinunciatario rispetto alle sedi non indicate nella domanda (le sole disponibili al suo turno di nomina), sarà escluso da successive convocazioni/turni di nomina e non potrà ottenere l'assegnazione di supplenze dalla graduatoria ove è risultato in turno di nomina. Rimane ferma per il docente la possibilità di ricevere l'assegnazione di incarichi a tempo determinato da altre graduatorie (GA., GPS per altre classi di concorso o graduatorie di istituto) ove fosse inserito.



L'art. 12 comma 11 contempla, inoltre, una ulteriore terza ipotesi di rinuncia alla assegnazione della supplenza già conferita. Ai sensi del comma 5, con l'indicazione delle preferenze l'aspirante dichiara, sin dalla compilazione della domanda, di accettare l'assegnazione di incarichi presso le sedi/tipologie di posti espressi. L'algoritmo quindi assegna automaticamente l'incarico al docente quando una delle sedi preferenziali espresse nella domanda coincide con uno dei posti disponibili al suo turno di nomina. Può allora accadere che il candidato ci ripensi e rinunci all'incarico già attribuito dall'algoritmo oppure non assume servizio entro il termine assegnato dalla Amministrazione. In questa ipotesi il docente rinunciatario dell'incarico già assegnato viene escluso dalle successive operazioni di reclutamento per gli incarichi a tempo determinat per tutte le graduatorie cui abbia titolo (GA., GPS e graduatorie di istituto), anche per altre classi di concorso, e per l'intero anno scolastico di riferimento.

Dunque l'art. 12 dell'O.M. 112/2022 citato, per il caso di "mancata presentazione dell'istanza" o di "rinuncia all'incarico assegnato", prevede l'esclusione dall'intera procedura di conferimento degli incarichi di supplenza (annuali o fino al termine delle attività didattiche) per l'anno scolastico di riferimento e per qualsiasi graduatoria. La mancata indicazione di talune sedi/classi di concorso/tipologie di posto, invece, impedisce al docente di concorrere per le sedi non espresse, con l'ulteriore conseguenza che, se al suo turno di nomina sono disponibili solo sedi/posti non indicati, sarà escluso da successive convocazioni/assegnazioni di incarichi dalla graduatoria per la



quale ha partecipato al turno di nomina, mentre continuerà a concorrere nella procedura di reclutamento per altre graduatorie ove fosse inserito.

Venendo all'esame del caso che ci occupa, va osservato che il ricorrente nella sua istanza ha specificato la richiesta di una supplenza annuale nella graduatoria GPS -II fascia per l'insegnamento BO12- Laboratori di Scienze e tecnologie Chimiche e Microbiologiche- secondaria di secondo grado chiedendo come sede il Comune di Milano ed " uno spezzone orario minimo di 14 ore" e che all'esito dell'istanza il ricorrente assumeva con punti la posizione in graduatoria n. .

Orbene, sulla base della richiesta formulata dal ricorrente è pacifico che lo spezzone di 12 ore per l'istituto scolastico di Inveruno individuato dalla procedura informatica all'esito del secondo scorrimento GPS del 7.10.2022 non rientri nelle preferenze espresse dal ricorrente. È altresì pacifico che nel secondo scorrimento gli spezzoni di quindici ore presso gli Istituti Galilei e Molinari di Milano siano stati assegnati ai candidati effettivamente aventi diritto per punteggio superiore rispetto a quello assegnato al ricorrente e che successivamente tali docenti hanno però rinunciato a tali incarichi con conseguente riapertura delle disponibilità delle suddette posizioni per il terzo scorrimento. Peraltro è riconosciuto dal Ministero convenuto che nel terzo scorrimento GPS del 27.10.2022 l'algoritmo non ha analizzato la domanda del ricorrente che avrebbe avuto un riscontro positivo con le posizioni che si sono rese disponibili per effetto della rinuncia dei due assegnatari precedenti: in



sostanza è accaduto che nel valutare le varie domande in occasione del turno di nomina del 27.10.2022 l'algoritmo è ripartito dall'ultimo aspirante che ha ottenuto la nomina anziché ripartire dalla posizione successiva a quella del rinunciatario. Pertanto, gli spezzoni presso l'Istituto "Galilei" di Milano e il "Molinari" di Milano sono stati attribuiti nel processo di nomina del 27/10/2022 alla posizione n. 127, con punti 39,5 e alla posizione n. 128, con punti 39,5.

Il sistema informatico ha iniziato la ricerca degli assegnatari cui destinare le disponibilità sopravvenute partendo da una posizione inferiore, non considerando il ricorrente come punto di partenza. In altri termini la procedura di assegnazione governata dall'algoritmo informatico redatto e gestito dal Ministero e regolata dall'art. 12 dell'Ordinanza 112/22 è strutturata in modo tale che se al momento della convocazione di un docente per una specifica classe di concorso in base al suo posto in graduatoria non sia disponibile alcun posto nelle sedi o per la tipologia di contratto indicate dal docente fra le sue opzioni il Ministero non convoca quel docente e prosegue nella graduatoria, offrendo ed assegnando il posto in questione ad un docente collocato in posizione inferiore nella graduatoria relativa a quella specifica classe di concorso, ma che aveva indicato quella scuola fra le opzioni. Ove successivamente alla detta convocazione si rendano disponibili altri nuovi posti nella classe di concorso in questione, il Ministero deve effettuare una nuova convocazione e, ripercorrendo dall'inizio la graduatoria, deve proporre ed assegnare i detti posti al docente con maggior punteggio in quella classe di



concorso, che abbia indicato le dette sedi ("Nel conferimento delle supplenze, il sistema informatico è programmato in modo che si tenga conto delle disponibilità che si determinino fino al termine del 31 dicembre, effettivamente esistenti in relazione ai diversi turni di nomina".)

In definitiva, l'ordinamento prevede un sistema che consente al singolo docente, in relazione alle scuole e alla tipologia di contratto indicata, di ottenere la supplenza più favorevole nel caso di punteggio superiore rispetto ad altri candidati.

In questo quadro, il programma informatico redatto dal Ministero che gestisce le convocazioni, contrariamente a quanto avrebbe dovuto avvenire in base alle norme citate, ove in sede di convocazioni successive alla prima siano emerse nuove supplenze in una determinata classe di concorso/materia, non ha convocato il docente con maggior punteggio nella graduatoria relativa a quella classe di concorso, che ha indicato tali sedi nelle sue opzioni e che non ha ancora ricevuto alcuna proposta, ma ha proseguito nella graduatoria dall'ultimo docente che aveva ottenuto una supplenza nella precedente convocazione, assegnando la nuova supplenza al candidato con punteggio immediatamente successivo. In altre parole, il programma ha saltato i docenti, come il ricorrente, collocati in posizione superiore nella graduatoria, ma che non avevano ancora ricevuto nelle precedenti convocazioni alcuna proposta in quanto, in quelle convocazioni, non vi erano posti disponibili fra le opzioni da loro indicate.



Non vi è alcun dubbio che gli spezzoni assegnati nel terzo scorrimento sono entrambi di quindici ore e, dunque, rientrano nelle preferenze formulate dal ricorrente. L'istituto E. Molinari è stato selezionato dal ricorrente nelle venti sedi di preferenza ed entrambi gli istituti si trovano nel Comune di Milano. Dalla documentazione prodotta dalla difesa dell'istante si evince che il periodo di presa in carico delle posizioni del terzo scorrimento GPS va dal 27.10.2022: nel bollettino delle nomine pubblicato il 27.10.2022 sono evidenziati i nominativi dei docenti preferiti al ricorrente, ossia [] che era collocato alla posizione n. [] in graduatoria con punti [] nonché [] che era collocata al n. [] in graduatoria con punti [].

Sul punto va necessariamente disapplicato l'art. 12, comma 10, dell'O.M. 12/2022 secondo cui "le disponibilità successive che si determinano, anche per effetto di rinuncia, sono oggetto di ulteriori fasi di attribuzione di supplenze nei riguardi degli aspiranti collocati in posizione di graduatoria successiva rispetto all'ultimo dei candidati trattato dalla procedura". La disposizione, meramente regolamentare, non esenta l'attività dell'Amministrazione dal giudizio di illegittimità per violazione di superiori principi costituzionali e norme di rango primario: Il Ministero resistente si è affidato, ai fini del conferimento degli incarichi di supplenza per l'a.s. 2022/2023, ad un algoritmo che ha operato in maniera tale da conferire tali incarichi, senza alcun legittimo motivo, a docenti con punteggi inferiori, in violazione del principio meritocratico e del principio



costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, mirante alla individuazione del candidato più idoneo al posto da ricoprire.

Il sistema così strutturato che preferisce docenti con punteggio inferiore è contrario ai principi di imparzialità e buona amministrazione di cui all'art.97 Cost. che senz'altro si coniugano con il principio meritocratico, in applicazione del quale l'assegnazione degli incarichi di insegnamento deve avvenire garantendo la scelta del candidato in graduatoria che abbia maturato il punteggio più elevato nella classe di concorso individuata regolarmente nella domanda di supplenza annuale; e ciò, a prescindere dal momento in cui la sede per quella classe, si sia resa disponibile, sempre nell'arco temporale di vigenza della graduatoria.

Il Ministero resistente non fornisce peraltro alcun elemento che possa qualificare la posizione del ricorrente come rinunciataria: unica ipotesi quest'ultima in cui è legittima l'attribuzione delle disponibilità successive a docenti con minor punteggio. Pertanto, non vi sono elementi per valutare, in termini di rinuncia, la posizione del ricorrente, sulla sede relativa alla classe di concorso di cui alla domanda, non avendo espresso in tali termini la propria volontà, né espressamente né tacitamente. La mancata disponibilità di sedi nel primo turno di nomina, in quanto circostanza di fatto, esterna alla volontà del ricorrente, pur impedendo oggettivamente di ricevere una proposta di assunzione, non consente di valutare la sua posizione come rinunciataria, ben potendo (e anzi dovendo) egli ricevere le proposte di supplenza su sedi



richieste nella domanda, qualora successivamente disponibili. Non risulta dall'esame della normativa di legge e regolamentare alcuna previsione espressa che estenda la portata della c.d. "rinuncia alla sede", per cui la mancata indicazione di una sede tra le preferenze preclude l'assegnazione di incarichi su tali sedi, fino a ricomprendere anche una rinuncia alle stesse sedi richieste come di preferenza, ma nelle successive fasi di attribuzione degli incarichi. La mancata accettazione di un incarico annuale su sedi non incluse non può considerarsi come una implicita rinuncia all'assegnazione, posto che appunto tale proposta di assegnazione non si è mai verificata. La scelta di circoscrivere le preferenze geografiche su cui presentare domanda non può tuttavia avere l'effetto, in assenza di previsioni normative e regolamentari in tal senso, di limitare la domanda anche alla fase di assegnazione degli incarichi e anche con riferimento alle sedi indicate come preferenze, precludendo l'accesso alle fasi successive a quella di assegnazione di incarichi annuali prima del 31 agosto in caso di mancata disponibilità delle sedi "preferite" per i primi turni di assegnazione dell'incarico. La norma è chiara nel circoscrivere gli effetti della rinuncia alle sole sedi non oggetto di preferenza espressa, (la rinuncia, infatti, opera "*limitatamente alle preferenze non espresse*" ed il candidato "*sarà considerato rinunciatario con riferimento alle sedi e alle classi di concorso/tipologie di posto per cui non abbia espresso preferenza*") per cui alcuna esclusione per i successivi turni di nomina appare ammissibile, ai sensi di tale disposizione, con riferimento ai posti invece oggetto di preferenza e che,



pur non disponibili nel primo turno di nomina, si rendano vacanti in turni successivi, in assenza di rinuncia espressa.

Pertanto non vi è alcun dubbio che il ricorrente al turno del 27.10.2022 avesse maturato il diritto all'incarico di docenza sino al 30.06.2023 per 15 ore per l'insegnamento BO12- Laboratori di Scienze e tecnologie Chimiche e Microbiologiche- scuola secondaria di secondo grado

La Suprema Corte, in ipotesi di violazione del diritto di prelazione nell'assunzione, ossia in fattispecie analoga a quella in esame, ha affermato che l'inadempimento del debitore-datore di lavoro, perfezionato con l'assunzione di soggetto diverso rispetto all'avente diritto ricorrente, costituisce fonte di responsabilità risarcitoria con conseguente obbligo di risarcire il relativo pregiudizio economico parametrabile a quanto il lavoratore avrebbe percepito ove fosse stato legittimamente assunto spettando, invece, al debitore- datore di lavoro l'onere di provare i fatti riduttivi del diritto al risarcimento, ivi compresi quelli che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, dal momento che tale prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., compete al debitore che pretende di non risarcire in tutto o in parte, in quanto eccezione diretta a far valere un fatto idoneo a paralizzare l'azione risarcitoria del creditore (v. Cass.14/5/2020, n. 11737).

La Suprema Corte in modo condivisibile ha da tempo riconosciuto il diritto al risarcimento del danno da perdita della retribuzione affermando che "il lavoratore può agire a titolo di risarcimento del danno ex articolo 1218 per il



mancato guadagno da perdita delle retribuzioni fin dal momento in cui si accerti che l'assunzione fosse dovuta, detratto l' aliunde perceptum, qualora risulti anche in via presuntiva che l'interessato sia rimasto privo di occupazione o sia stato occupato ma condizioni deteriori" (Cass. Civ. sez. lav. ord. n. 16665/2020) o il docente abbia percepito ulteriori retribuzioni. In mancanza di tale prova l'Amministrazione sarà tenuta a corrispondere al docente "scavalcato" in graduatoria una somma corrispondente alle retribuzioni che avrebbe percepito.

Sul punto va osservato che da un lato, il ricorrente ha provato di aver espresso preferenza per l'incarico assegnato ai concorrenti con punteggio inferiore; dall'altro, l'Amministrazione non ha provato l'avvenuto avveramento delle condizioni richieste affinché lo stesso potesse considerarsi rinunciataro, con conseguente diritto alla nomina dei candidati preferiti. Non può dubitarsi dell'esistenza di un nesso causale fra l'inadempimento datoriale ed il danno patrimoniale lamentato dal ricorrente, essendo presumibile con sufficiente grado di certezza che, in assenza della condotta illegittima dell'Amministrazione, il ricorrente avrebbe conseguito l'incarico di supplenza sino al termine delle attività didattiche e le relative retribuzioni, anche in considerazione del fatto che l'attribuzione del bene al quale l'istante aspirava era la risultante della applicazione di criteri fissi e predeterminati ai quali l'Amministrazione aveva vincolato la propria discrezionalità.



Il danno patrimoniale subito dal ricorrente può, dunque, essere liquidato assumendo come parametro l'ammontare delle retribuzioni perdute dal 28.10.2022 al 30.06.2023 calcolate su un incarico di quindici ore settimanali.

E' fondata, ad avviso del Tribunale, anche la domanda diretta ad ottenere l'attribuzione del punteggio complessivo che sarebbe stato conseguito se al ricorrente fosse stato attribuito l'incarico di supplenza da cui è stato illegittimamente escluso, prevedendo la Tabella allegata all'Ordinanza Ministeriale n. 112/2022 il riconoscimento di 2 punti per ogni periodo di servizio di durata superiore a 16 giorni sino ad un massimo di 12 punti.

Tale domanda va qualificata come domanda di risarcimento del danno in forma specifica, volta ad ottenere la condanna a riconoscere gli effetti favorevoli perduti a causa dell'inadempimento del Ministero agli obblighi derivanti dalla normativa sul conferimento degli incarichi di supplenza. Al riguardo, rileva il Tribunale che la giurisprudenza della Suprema Corte (v. Cass. 9/1/ 2019, n. 268, nonché, in tema di promozioni interne, Cass. 22/10/ 2019, n. 26966), a fronte di procedure selettive nel rapporto di lavoro, riconosce a chi si duole della violazione delle regole che il datore è tenuto ad osservare, sia la pretesa all'adempimento, sia quella al risarcimento del danno, quest'ultima esercitabile anche in forma specifica, essendo da tempo pacifico che tale rimedio sia parimenti ammesso in ambito di inadempimento di obbligazioni e dunque di responsabilità contrattuale (v. Cass. 2/7/ 2010, n. 15726; Cass. 30/7/2004, n. 3004). La Suprema Corte ha, inoltre, evidenziato che la domanda di



risarcimento del danno in forma specifica non pone alcun problema di estensione del contraddittorio, in quanto essa è destinata solo al riconoscimento giuridico di determinati effetti, idonei a rimediare al pregiudizio cagionato ed è priva di portata costitutiva, non attribuendo, in luogo di altri, quel determinato posto, ma soltanto dichiarativa (ove si manifesti con l'affermazione tout court del diritto a quegli effetti) o condannatoria (ove si imponga alla P.A. di procedere, nelle forme più idonee, alla mera assicurazione di quegli effetti). Tale domanda è diversa da quella di risarcimento della perdita di chance riconnessa ad illegittimità commesse nell'ambito di procedure selettive o concorsuali, in quanto la prima ha per oggetto la perdita della mera possibilità di conseguire un dato risultato utile ed è propria delle selezioni che si basano su valutazioni discrezionali, di idoneità o di merito, non ripetibili in sede giudiziale, per la spettanza esclusiva di esse a chi sia preposto alla loro conduzione, sicché è giustificato soltanto il rifacimento totale (domanda di adempimento) o appunto il ristoro per equivalente della perdita di chance (domanda di risarcimento). Il risarcimento in forma specifica, a differenza del risarcimento per equivalente della chance perduta, ha invece ad oggetto il riconoscimento degli effetti di un diritto che si assume spettasse pienamente e non la lesione della mera possibilità di perseguirlo e il giudizio va pertanto condotto secondo parametri di certezza e non di mera (e seppur alta) probabilità logica, sicché, in osservanza dell'art. 2697 c.c., è a carico di chi agisce la dimostrazione che, osservando i comportamenti dovuti, vi sia



certezza di raggiungimento del risultato utile perseguito partecipando alla selezione, mentre è a carico di chi resiste la prova dei corrispondenti fatti impeditivi, estintivi e modificativi (v. Cass 11/12/2019, n. 12489).

Poiché nel caso di specie l'Amministrazione era tenuta ad applicare criteri fissi e predeterminati, che non lasciavano alcun margine per valutazioni discrezionali, una volta accertato che il ricorrente aveva un punteggio superiore ai candidati nominati per il posto dallo stesso richiesto, può considerarsi provato, con il necessario grado di certezza proprio della ricostruzione ipotetica di un evento mancato e sulla base di criteri giuridico-convenzionali attinenti al riparto degli oneri probatori, che, ove l'Amministrazione avesse correttamente operato, osservando i comportamenti dovuti, il ricorrente avrebbe conseguito l'incarico richiesto, non risultando, d'altro canto, provati fatti idonei ad impedire l'effetto perseguito.

Per tali ragioni le domande devono essere accolte: il ricorrente aveva diritto ad un incarico di supplenza fino al termine delle attività didattiche per l'insegnamento specificato per quindici ore settimanali dal 28.10.2022 sino al 30.06.2023 e, per l'effetto, va condannato il Ministero resistente al pagamento a titolo di risarcimento del danno subito delle retribuzioni omesse dal 28.10.2022 al 30.06.2023, oltre gli interessi legali e la rivalutazione monetaria dalla data della presente decisione sino all'effettivo soddisfo; va condannato il Ministero resistente, altresì, al punteggio spettante in relazione a tale periodo temporale.



Sussistono i motivi previsti dalla normativa vigente per la compensazione della fase cautelare alla stregua del comportamento osservato dalle parti.

Le spese di lite del giudizio di merito, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza del Ministero resistente.

P.Q.M.

Il Giudice, Luigi Pazienza, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da , con ricorso depositato in data 8.02.2023, nei confronti del MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA,, così provvede:

- 1) dichiara che il ricorrente aveva diritto ad un incarico di supplenza fino al termine delle attività didattiche dal 28.10.2022 sino al 30.06.2023 per 15 ore settimanali per l'insegnamento BO12- Laboratori di Scienze e tecnologie Chimiche e Microbiologiche- scuola secondaria di secondo grado e, per l'effetto, va condannato il Ministero resistente al pagamento a titolo di risarcimento del danno subito delle retribuzioni omesse dal 28.10.2022 al 30.06.2023, oltre gli interessi legali e la rivalutazione monetaria dalla data della presente decisione sino all'effettivo soddisfo;
- 2) condanna, altresì, il Ministero resistente al riconoscimento in favore del ricorrente del punteggio spettante in relazione al periodo dal 28.10.2022 al 30.06.2023;
- 3) compensa tra le parti le spese di lite della fase cautelare;



4) condanna, altresì, il Ministero resistente al pagamento in favore del
ricorrente delle spese di lite del giudizio di merito, che liquida, in complessivi
Euro oltre IVA, CPA e rimborso delle spese generali nella misura del
15%, con distrazione in favore dei procuratori dichiaratisi anticipatari.

Milano, 11.07.2023

Il Giudice

(Luigi Pazienza)

