

Avvocato Giancarlo Visciglio

Iscritto all'Ordine degli Avvocati di Lecce

TRIBUNALE DELLA SPEZIA

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART. 700 C.P.C.

PER: PASQUARIELLO Maddalena, nata a Caserta l'1.08.1983 e residente a _____ in via _____ n. _____ (PSQMDL83M41B963G), rappresentata e difesa dall'Avv. Giancarlo Visciglio del Foro di Lecce (c.f.: VSCGCR70T03C978S) in virtù di procura alle liti apposta su foglio separato ex art. 83 III comma c.p.c., da intendersi in calce al presente atto anche ai sensi dell'art. 18, co. 5, D.M. Giustizia n. 44/2011, come sostituito dal D.M. Giustizia n. 48/2013, fax 0832947570 - P.E.C. visciglio.giancarlo@ordavvle.legalmail.it;

CONTRO: il MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO (di seguito M.I.M.), in persona del Ministro in carica *p.t.* (c.f.: 80185250588).

* * *

FATTO

1. La Ricorrente, assunta in data 11.11.2022 con contratto a tempo determinato finalizzato al ruolo, ai sensi dell'art. 59 co. 9 bis del D.L. 73/2021, è docente di scuola secondaria di II° presso l'I.I.S. "Einaudi - Chiodo" della Spezia, con completamento presso l'I.T.C. "A. Fossati - M. Da Passano" della Spezia, per l'insegnamento su posto comune della c.d.c. B022, Laboratori di tecnologie e tecniche delle comunicazioni multimediali (all. 1.1).
2. Avendo fruito, per l'a.s. 2022/23, della maternità anticipata e dei congedi per la nascita della sua secondogenita (_____ n. il _____), ha ottenuto la proroga del contratto di assunzione per l'a.s. 2023/24, ai sensi dell'art. 19, co. 2.1, D.M. 108/2022, e ha ripreso servizio presso il medesimo istituto il giorno 7.9.2023 (all. 1.2).
3. La prof.ssa Pasquariello è madre della piccola _____, n. a _____ il _____ il cui padre, Ferrara Angelo (all. 1.3), svolge l'attività di Capitano dello yacht BEYOND presso il Porto Turistico Marina D'Arechi di (v. all. 1.4, contratto d'assunzione dell'8.5.2023 a firma del sig. Julian Edward Metcalfe, di facile comprensibilità per quanto redatto in lingua inglese, da cui si evince che il sig. Angelo Ferrara "*Capitano del suddetto yacht BEYOND è soggetto al contratto di equipaggio da me firmato il 1 maggio 2023 per un periodo di 12*

¹ Art. 19, co. 2, D.M. 108/2022 (Trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato): "2. ... Il rinvio del percorso di formazione e prova per giustificati motivi normativamente previsti comporta la reiterazione dell'anno di prova come regolamentato dall'articolo 438 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e dall'articolo 1, comma 116, della legge 13 luglio 2015, n. 107."

Via T. Colaci n. 124 Copertino (Lecce)

Telefono e Fax 0832.947570

Mobile: 333.6381025

E-Mail: avv.gianc.visciglio@tiscali.it

PEC: visciglio.giancarlo@ordavvle.legalmail.it



mesi. Il contratto verrà automaticamente rinnovato per ulteriori 12 mesi. Il suddetto yacht BEYOND ha sede a Salerno, Porto Turistico Marina d'arechi dove ho stipulato in data 1 settembre 2019 un contratto di locazione pluriennale per una durata di 20 anni").

4. In data 23.6.2023, la ricorrente inoltrava agli AA.TT. di Salerno, Caserta e Napoli² del Ministero dell'Istruzione e del Merito, domanda di assegnazione temporanea ex art. 42 bis cit. chiedendo, in via gradata, di essere assegnata ad una sede di servizio ubicata nella Regione Campania (isole escluse) e, in questa, in via preordinata e gradata, nelle province di 1) Salerno; ...; 4) Caserta e 5) Napoli (all. 2).

5. Con la domanda richiedeva il beneficio *“in caso di indisponibilità di posti per un triennio continuativo, anche “in modo frazionato”, su posto temporaneamente vacante e disponibile, per il solo a.s. 2023/24 o per frazione di esso, come previsto dalla Legge e fatto salvo il diritto di conferma per gli anni successivi”*.

6. La domanda veniva inoltrata anche all'A.T. della Spezia, tenuto a comunicare, ex art. 42-bis, l'assenso o gli eventuali motivi del dissenso.

7. Nonostante il chiaro disposto dell'art. 42 bis, co. 1, del d.lgs.151/01 [*“L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda”*], nessuno degli Ambiti Territoriali interessati esitava la domanda della Ricorrente, che ne deduceva il rigetto dal silenzio dell'Ufficio.

8. Da ricerche effettuate sull'albo *on line* del M.I.M., la ricorrente verificava la sussistenza di diversi posti comuni di scuola secondaria di II, c.d.c. B022, **vacanti e disponibili**, sia alla data di presentazione che in pendenza della stessa, e, in particolare:

1. quanto alla provincia di Salerno, di **1 posto** presso l'I.C. *“Pacinotti”* di Scafati, residuo dalle operazioni di mobilità fin dal 24.5.2023 (v. nota 11038 del 24.05.2023, all. 3), poi riservato alle immissioni in ruolo in data 18.7.2023 (v. nota 16663 di pari data, all. 4) e, infine, alla stipula di contratti a tempo determinato (v. all. 10, prot. 19205 del 31.8.2023 attestante la durata “annuale” del posto -i.e.: al 31.08.2024- e, dunque, la sua vacanza e disponibilità);
2. quanto all provincia di Caserta, di **1 posto** presso l'I.C. *“O. Conti”* di Aversa, residuo dalle operazioni di mobilità (v. prot. 9566 del 24.5.2023, all. 5), riservato alle

² L'istanza veniva trasmessa anche agli AA.TT. di Avellino e Benevento, nelle cui province, allo stato, è venuto meno l'interesse a fruire del beneficio data la sussistenza del posto nelle province di Salerno, Caserta e Napoli.



- immissioni in ruolo in data 18.7.2023 (all. 6) e, successivamente, alle operazioni di mobilità annuale (v. nota 16211 del 10.08.2023, all. 7);
3. quanto alla provincia di Napoli, di 8 posti, di cui 7 residuati dalle operazioni di mobilità e riservati anch'essi alle immissioni in ruolo (1 posto presso l'I.S.I.S. "Pacioli" di Sant'Anastasia, 2 presso l'I.S. "Casanova - Napoli" di Napoli, 1 presso l'I.P.S.E.O.A. "Rossini" di Napoli, 1 presso I.T.G.C. "Archimede" di Napoli, 1 presso l'ITI "Elia - Castellammare" di Castellammare, come da pubblicazione del 18.07.2023, all. 6) e 1 posto presso l'I.S. "Europa" di Pomigliano D'Arco, riservato alle operazioni di mobilità annuale (v. prot. 10789 del 10.09.2023, all. 8).
9. Sussistevano, quindi, tutti i presupposti previsti dalla Legge per l'accoglimento della domanda, inclusi i posti, vacanti e disponibili, assegnabili ex art. 42 bis del D.lgs. 151/2001, per un intero triennio, ovvero in "modo frazionato" – fino al 31.8.2024 (fine dell'anno scolastico) o al 30.6.2024 (fine delle attività didattiche) – prorogabile fino alla scadenza del triennio prevista dalla Legge, in caso di richiesta di conferma.
10. Depongono per la piena accoglibilità della domanda dell'odierna ricorrente i numerosi precedenti con cui, anche nel corso del corrente anno scolastico, gli AA.TT. di Perugia, Grosseto, Ragusa, Treviso, Lucca, Bologna, Brindisi, Caserta e Verona, Terni, Prato e Taranto, hanno riconosciuto il beneficio, sul posti dello stesso tipo di quelli indicati dalla ricorrente, sia per un triennio (all. 9; in particolare decr. prot. 2671 del 3.08.2022, dell'A.T. di Verona che dispone "l'assegnazione temporanea triennale") che per un solo anno, salvo il diritto di conferma per gli anni successivi (ancora all. 9).
11. Di qui la presente istanza di tutela giudiziale in via d'urgenza, atteso l'evidente buon diritto dell'istante e l'imminente *periculum*.
12. In mancanza di un provvedimento che solo la presente procedura d'urgenza è in grado di utilmente assicurare, dati i tempi di un giudizio ordinario, la ricorrente è infatti costretta a prestare servizio in provincia della Spezia, con conseguente disgregazione del nucleo familiare ed esposizione dei due figli minori (di 2 anni e 7 mesi la prima, e di soli 6 mesi la seconda), al rischio di gravi ed irreparabili pregiudizi. Risulterebbe senz'altro irrimediabilmente pregiudicato il diritto dei minori di ricevere accudimento da entrambi i genitori, nell'ambito di un nucleo familiare coeso ed unito, in un momento particolarmente delicato per la sua crescita e per l'armonioso sviluppo della sua personalità.
13. L'interesse all'assistenza morale e materiale della prole per i primi anni di vita, rischia di risultare definitivamente compromesso nel tempo tecnico necessario per l'esaurimento



dell'iter processuale ordinario. Il danno essenzialmente non patrimoniale cui potrebbe andare incontro il minore in assenza dell'accudimento quotidiano da parte dei genitori nei primi anni di vita, peraltro, sarebbe anche di difficile liquidazione per equivalente.

14. I tempi del giudizio ordinario, inducono a ritenere che verrebbe frustrata l'efficacia pratica della decisione finale nelle more dell'accertamento definitivo del merito.

IN DIRITTO

Il Fumus boni iuris

Il Decreto Legislativo 26 marzo 2001 n. 151 – Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, **fonte di legge di rango primario**, prevede le seguenti disposizioni.

“Articolo 1 - Oggetto: 1. Il presente testo unico disciplina i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla maternità e paternità di figli naturali, adottivi e in affidamento, nonché il sostegno economico alla maternità e alla paternità. 2. Sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite da leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione.”. Ai sensi del comma 2 della suddetta disposizione, pertanto, è autorizzata la sola deroga in melius del Decreto Legislativo n. 151/2001. La tutela offerta dal Legislatore attraverso tale corpo normativo è **incomprimibile**, costituendo quel minimale livello per il prestatore di lavoro al di sotto del quale si versa in violazione di legge.

*“Articolo 42-bis – Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche (testo della norma in vigore dal 28/08/2015, a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 14, co. 7, Legge 7 agosto 2015, n. 124, n.d.r.): 1. Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, può essere assegnato, a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa, subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione. **L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda.** 2. Il posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione”.*

La *ratio* della norma è quella di tutelare i valori inerenti alla famiglia, al fine di assicurare la cura dei figli minori in tenerissima età con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa,



garantiti dagli art. 29, 30 e 31 Cost. che, nel postulare i diritti-doveri dei genitori di assolvere gli obblighi loro assegnati nei confronti della prole, promuovono e valorizzano gli interventi legislativi volti a renderne effettivo l'esercizio. Lungi dal mirare a riconoscere un beneficio al lavoratore, dunque, l'art. 42 bis D.lgs. n. 151/2001, **nell'interesse esclusivo del minore**, ha la finalità precipua di favorire il ricongiungimento di entrambi i genitori ai figli ancora in tenera età e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nei primi anni di vita, garantendo la massima unità familiare (salvo l'unica ipotesi idonea a legittimare il dissenso, della sussistenza di “*casi o esigenze eccezionali*” che, nella specie, come vedremo, non sussistono) e salvaguardando esclusivamente le esigenze organizzative e funzionali della P.A. allorché pone quale condizione di applicabilità del beneficio la “*sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva*”.

Il Legislatore, per il raggiungimento di tale scopo, con una scelta politica netta in favore della famiglia, nel prevedere che il “*Il genitore con figli minori fino a tre anni ..., può essere assegnato, ..., anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni”*”, da un lato, **ha previsto che la domanda possa essere presentata entro i tre anni di vita del bambino** (v., sul punto, *ex plurimis*: Tribunale di Savona, ord. 20.12.2017: “*La giurisprudenza è, infatti, concorde nell'identificare nel compimento del terzo anno di età del bambino il dies ad quem per la proposizione della domanda e non quello per il godimento del beneficio (Cons. Stato n. 1677 del 8 aprile 2014; n. 3 del 10 gennaio 2014). Ciò significa che è possibile usufruire dell'assegnazione temporanea, in modo frazionato o meno, come previsto dalla norma, anche successivamente al compimento del terzo anno di età del bambino e fino a tre anni complessivi di assegnazione*”)]; dall'altro, **ha stimato in tre anni (solari), fruibili anche “in modo frazionato”**³, la durata massima del beneficio, non riducibile, né comprimibile in ragione dell'inderogabilità *in peius* della norma (art. 1, co. 2 del D.Lgs. 151/2001).

Il beneficio ha quindi **durata triennale**, come chiarito dai pareri n. 192 e 4496 del 2004 resi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica⁴, in cui si chiarisce che “*L'espressione utilizzata dal legislatore “per un periodo complessivo non*

³ **Tribunale di Roma, Ord. Col. 02.03.2016** in atti: “*all'esito di una interpretazione letterale nonché logica dell'art. 42 bis cit. non si può infatti che ritenere che il limite dei tre anni di età del minore sia solo una condizione per la presentazione della domanda di assegnazione; tanto è vero che non avrebbe avuto alcun senso prevedere la possibilità di frazionamento dell'assegnazione nonché il limite temporale costituito dal fatto che i singoli periodi, sommati, non possono superare i tre anni ... se il compimento da parte del minore del terzo anno d'età fosse già stato posto come limite temporale*” (conforme a Tribunale di Lecce, ord. del 9.9.2009 Giud. Mainolfi e Tribunale di Brindisi ord. 13.10.2014 Giud. Mattei).

⁴ Edito in “FUNZIONE PUBBLICA – ANNO X - N. 2 / 2004 – Periodico della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica.



superiore a tre anni” definisce... la durata massima “tre anni” dell’agevolazione, senza alcun riferimento all’età dei minori” (all. 11).

Il beneficio può concedersi e fruirsi anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni (cfr. C.d.S., Sent. 51/2014 REG.PROV.COLL., n. 8021/2013 REG.RIC: *“l’espressione “in modo frazionato” indica che il beneficio può essere suddiviso (a richiesta del soggetto interessato) in periodi non immediatamente consecutivi fra loro – i quali vanno sommati fra loro fino al raggiungimento della durata complessiva di tre anni”. Se non altro per questa via, dunque, può accadere che il triennio di godimento si prolunghi oltre il compimento del terzo anno di età del bambino. Si deve inoltre considerare che nell’arco dei primi tre anni di vita del bambino la madre usufruisce di un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro (tre mesi dal parto) e che può usufruire di altri periodi di astensione facoltativa, durante i quali non vi sarebbe motivo di chiedere il beneficio di cui all’art. 42bis. Verosimilmente è anche con riguardo a queste evenienze che il legislatore ha ritenuto opportuno chiarire che il trasferimento temporaneo può essere usufruito “in modo anche frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni”*).

Giova a questo punto rilevare che l’art. 42bis del D.lgs. 151/2001, per la sua applicabilità, prevede il possesso, da parte del dipendente pubblico, di taluni **presupposti**. Dal punto di vista **soggettivo** è previsto: **a)** che il dipendente presti servizio presso una Pubblica Amministrazione (*“Il genitore... dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*); **b)** che sia genitore di un figlio di età inferiore a tre anni; **c)** che l’altro genitore eserciti l’attività lavorativa nella provincia/regione in cui è richiesto il ricongiungimento.

Dal punto di vista oggettivo, invece, è richiesta: 4) la sussistenza di un posto vacante e disponibile; 5) l’assenso della p.a. di provenienza e destinazione.

In ragione dei confliggenti interessi di rango costituzionale e sussistendo tutti i presupposti di Legge, il co. 1 dell’art. 42-bis D.lgs. 151/01 prevede in capo all’amministrazione l’**obbligo di comunicazione dei motivi del dissenso entro trenta giorni** [*“L’eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L’assenso o il dissenso devono essere comunicati all’interessato entro trenta giorni dalla domanda”*].

La completezza e puntualità della motivazione costituisce, dunque, il mezzo di tutela del lavoratore, in grado di consentire a lui e, in caso di contrasto, al Giudice, di verificare l’effettività delle ragioni addotte dal datore di lavoro, per ritenere prevalenti le **eccezionali** esigenze di servizio rispetto a quelle di tutela dell’unità familiare.



Non ogni motivazione, dunque, è idonea a legittimare il dissenso ma, per via della nuova formulazione della norma in vigore dal 24.8.2015, essa deve essere limitata a “**casi o esigenze eccezionali**”, non più identificabili né con mere ragioni organizzative, né col disagio all’attività della p.a..

*** * ***

LA SUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI, SOGGETTIVI ED OGGETTIVI, PREVISTI DALL’ART. 42 BIS DEL D.LGS. 151/2001. VIOLAZIONE DELL’ART. 42 BIS D.LGS. 151/01 IN RELAZIONE ALL’OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DEL DISSENSO.

Nel caso di specie va subito rilevata la sussistenza di tutti i presupposti previsti dalla Legge.

Quanto ai **presupposti soggettivi**, è infatti documentato che la ricorrente, dipendente di una pubblica amministrazione, alla data della domanda fosse madre di un bimbo di età inferiore a tre anni [la piccola nata a il] e che il padre svolgesse, come tuttora svolge, l’attività lavorativa in provincia di Salerno.

Quanto ai **presupposti oggettivi** ha altresì dimostrato la sussistenza del posto vacante e disponibile al momento della presentazione della domanda (23.6.2023) e in sua pendenza. Sussistevano infatti: **1 posto** in provincia di Salerno presso l’I.C. “Pacinotti” di Scafati vacante e disponibile già per le immissioni in ruolo e infine messo a disposizione delle stipule dei contratti a T.D. (v. all. 3: nota prot. 11038 del 24.05.2023; all. 4: nota del 16663 del 18.07.2023; all. 10: prot. 19205 del 31.8.2023); **1 posto** in provincia di Caserta presso l’I.C. “O. Conti di Aversa (all. 5: prot. 9566 del 24.5.2023; all. 6: pubblicazione del 18.07.2023; all. 7: prot. 16211 del 10.08.2023) e **8 posti**, meglio individuati nella parte in fatto, in provincia di Napoli (all. 6: pubblicazione del 18.07.2023; all. 8: prot. 10789 del 10.8.2023).

I suddetti posti, dai quali il Ministero avrebbe potuto attingere per concedere il beneficio in favore della ricorrente (salvo, come previsto dall’art. 42 bis cit., opporre esigenze di carattere eccezionale idonee a legittimare il dissenso che, invero, non risultano espresse) sono stati riservati ad altre operazioni – immissione in ruolo, assegnazione provvisoria e stipule dei contratti a tempo determinato – fuorché all’applicazione dell’art. 42 bis cit. che, per i valori costituzionali che mira a tutelare, non ammette negoziazioni di alcun genere sul beneficio che tende ad assicurare, se non in senso più favorevole.

L’utilità dei suddetti posti per l’assegnazione richiesta dalla ricorrente è evidente atteso che, alla data di presentazione della domanda, non risultavano ancora riservati ad alcuna operazione.



Quanto al posto disponibile in provincia di Salerno presso l'I.C. "Pacinotti" di Scafati, peraltro, la sua vacanza e disponibilità è attestata, senza tema di smentita, dalla stessa prot. 19205 del 31.8.2023 (all. 10), da cui emerge l'assegnazione del posto a supplenza con contratto di tipo "ANNUALE", ovvero fino al 31.8.2024.

Sul punto è opportuno rilevare che, ai sensi dell'art. 4, co. 1 e 2, della L. n. 124 del 1999, recante disposizioni in materia di supplenze: "1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente **vacanti e disponibili** entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo. 2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario".

La Suprema **Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, con Sentenza n. 22552 del 7 novembre 2016**, ha poi ancora più chiaramente affermato che: "Le supplenze annuali (c. 1), cosiddette su "organico di diritto", riguardano posti disponibili e vacanti, con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto): si tratta di posti che risultano effettivamente vacanti entro la data del 31 dicembre e che rimarranno scoperti per l'intero anno, perché relativi a sedi disagiate o comunque di scarso gradimento, per i quali non vi siano domande di assegnazione da parte del personale di ruolo. La scoperta di questi posti si manifesta solo dopo l'esaurimento delle procedure di trasferimento, assegnazione provvisoria, utilizzazione del personale soprannumerario e immissioni in ruolo, mediante assegnazione delle supplenze."

In questo senso, **Tribunale di Monza, ord. 5991/21 dell'1.12.2021, e Tribunale di Brescia, ord. del 16.12.2020, RG. 1937/20**, che si producono.

La Giurisprudenza ha osservato che, in presenza di una domanda di assegnazione ex art. 42 bis D.Lgs. 151/2001, sussistendo posti vacanti e disponibili, dare priorità ad altre operazioni non costituisca esigenza di carattere eccezionale idonea a legittimare il dissenso.



La Corte d'Appello Venezia, con sentenza del 12.10.2022, n. 487, ha statuito che *“Dunque, alla luce del criterio di specialità prevale il diritto all'assegnazione temporanea, ossia la norma volta a proteggere l'unità familiare, rispetto all'interesse organizzativo dell'ente di appartenenza”*.

I posti riservati alle immissioni in ruolo debbono ritenersi utili ai fini dell'assegnazione in quanto *“vacanti e disponibili”*, poiché si tratta *“di posti previsti in pianta organica privi di titolare e che l'Amministrazione, prevedendone l'accantonamento al fine delle nuove immissioni in ruolo, ha dimostrato di avere intenzione di coprire; la circostanza che il CCNI preveda che essi siano accantonati per essere assegnati a personale da inserire in ruolo proveniente da concorso e/o da GAE non li rende infatti già destinati ad uno specifico titolare, ma piuttosto permette di identificarli come “disponibili”; non si comprende, infatti, perché l'istituto dell'assegnazione temporanea dovrebbe essere disposto solamente in relazione a posti dell'organico di diritto che perdano il titolare, e non anche a quelli nei quali un titolare non sia stato ancora identificato”* (Tribunale di Venezia, Sent. n. 300 del 28.4.2022, R.G. 1660/21).

Quella di dare scorrimento alle graduatorie concorsuali ai fini delle successive assunzioni, non costituisce esigenza eccezionale idonea a legittimare il diniego del beneficio. Sul punto la recentissima T. di Bergamo, ord. n. cronol. 2598/2023 del 25/05/2023 RG n. 850/2023, richiamando Tribunale Roma, 25/05/2021, n. 5073, ha condivisibilmente statuito in caso analogo che: *“Sennonché l'Amministrazione deduce la indisponibilità dei posti vacanti a seguito del generale accantonamento disposto dall'amministrazione in vista dello scorrimento della graduatoria relativa al concorso per n. 800 posti di assistente giudiziario e sino alla concorrenza di n. 337 posti. Ebbene, ritiene allo stato il giudicante che tale accantonamento generalizzato disposto dall'amministrazione ai fini della “pianificazione assunzionale in atto ed in particolare allo scorrimento finale della graduatoria” suddetta, non possa costituire quell'esigenza eccezionale” che sola legittimerebbe l'Amministrazione a negare l'assegnazione provvisoria richiesta su posti risultati vacanti.”*.

Ancora, il T. di Patti, con ord. del 16/05/2023 RG n. 422/2023, ha affermato: *“...tenuto conto della richiamata natura dell'istituto in esame, non potrebbe comunque sostenersi che i diritti dallo stesso previsti possano recedere di fronte a scelte organizzative dell'amministrazione non supportate da specifici elementi che consentano di qualificarle quali misure finalizzate a fronteggiare esigenze di natura grave ed eccezionale. In particolare, la scelta organizzativa di destinare alle assegnazioni provvisorie soltanto un numero limitato*



di posti rispetto alle vacanze disponibili in organico non appare giustificata da alcuna ragione organizzativa e, in ogni caso, tenuto conto della richiamata natura dell'istituto in commento, appare contraria alle previsioni dell'art. 42 bis l. cit., ove non specificamente giustificata da esigenze gravi ed eccezionali.”.

L'accantonamento dei posti per altre operazioni comporta la violazione dell'art. 42 bis cit., poiché determina la sterilizzazione della portata applicativa della norma.

Sul punto, il **Tribunale di Palermo, sentenza n. 2909/21 del 6.7.2021, resa nel giudizio R.G. 3511/19**, che si deposita, ha infatti rilevato che *“l'accantonamento dei posti residuati all'esito dei trasferimenti provinciali per le programmate immissioni in ruolo nella percentuale legittimamente prevista dalla contrattazione collettiva va considerato recessivo rispetto alla tutela del figlio minore del dipendente prevista dall'articolo 42 bis del decreto legislativo 151 del 2001. D'altra parte, è del tutto evidente che l'indisponibilità di questa categoria di posti (pacificamente vacanti) deriva dalla contrattazione collettiva che non tiene in considerazione un diritto previsto dalla legge la cui tutela viene relegata ad una fase della procedura di mobilità (quella dell'assegnazione provvisoria) successiva rispetto all'assegnazione di tutti i posti vacanti e disponibili, con la conseguenza che la tutela del diritto sancito dall'articolo 42 bis viene relegata ad un contesto concorsuale che, per il tenore della disposizione legislativa che lo prevede, gli è del tutto estraneo”.*

Nondimeno, il **Tribunale di Monza, con ord. coll. del 4.1.2021, resa nel giudizio RG 1887/2020**, che si deposita, ha rilevato: *“Il mancato accantonamento ex ante di posti per i docenti titolari dei requisiti di cui all'art. 42bis ne sterilizza in concreto la portata applicativa, risultando del tutto illegittimo. Come anticipato, la norma tutela interessi particolarmente sensibili, di rilievo costituzionale che, per le ragioni dianzi enunciate, in assenza di motivi eccezionali di dissenso, devono essere ritenuti dal MIUR prevalenti e non soccombenti rispetto al buon andamento della pubblica amministrazione ed, in particolare, alle immissioni in ruolo latamente considerate. A tal proposito, infatti, il Ministero evidenziava come, all'esito dei trasferimenti del 07/07/2020, non residuassero posti vacanti e disponibili da destinare alle assegnazioni temporanee ex art. 42bis poiché già destinati alle immissioni in ruolo (cfr. pag. 11 memoria). Un simile modus operandi risulta del tutto illegittimo nella misura in cui accorda concreta prevalenza alla gestione delle immissioni in ruolo dei docenti -e, dunque, al buon andamento dell'Amministrazione scolastica- rispetto alla tutela dei minori in tenerissima età, figli di docenti assegnati a plessi lontani dal nucleo familiare, che, all'opposto, per le ragioni dianzi enunciate, non può ritenersi soccombente.”.*



Sempre sugli accantonamenti, **il Tribunale di Palermo, con la recentissima sentenza n. 3029 del 16/10/2020, R.G. n. 13913/2018** che si deposita, ha rilevato che *“...l'accantonamento di posti residuati all'esito dei trasferimenti provinciali per le programmate immissione in ruolo (art. 8 CCNI mobilità 2017/18), nella percentuale legittimamente prevista dalla contrattazione collettiva (art. 470, d.lgs. 297/1994), va considerato recessivo rispetto alla tutela del figlio minore del dipendente prevista dall'art. 42 bis, d.lgs. 151/2001 (...): d'altra parte, è del tutto evidente che l'indisponibilità di questa categoria di posti (pacificamente vacanti) deriva da una contrattazione collettiva che non tiene in considerazione un diritto previsto dalla legge, la cui tutela (lungi dall'essere “integrata”, come sostiene il Ministero), invero, viene relegata ad una fase della procedura di mobilità (quella delle assegnazioni provvisorie) successiva rispetto all'assegnazione di tutti i posti vacanti e disponibili (in definitiva tutelando il diritto di cui all'art. 42 bis, d.lgs. 151/2001 in un contesto concorsuale cui è, per il tenore della disposizione legislativa che lo prevede, del tutto estraneo)”* (conforme a **Tribunale di Palermo, ord. cronol. 35529 del 23/10/2020 RG n. 8231/2020-1, G.d.L. Montalto**).

Anche il **Tribunale di Catania, con ord. del 05.05.2020** (conformemente a **T. Palermo, ord. coll. dell'11.2.2019**) in atti, ha affermato: *“...risulta evidente l'irrelevanza dei rilievi dell'Amministrazione relativi al tipo di posto disponibile, e segnatamente se su organico di diritto o “di fatto”, risultando peraltro documentalmente la disponibilità di posti “vacanti e disponibili”, per come attestato nel corso delle operazioni di mobilità intervenute dopo la presentazione dell'istanza. Infatti, da un lato, erano vacanti i posti poi assegnati con le assegnazioni provvisorie, e che, d'altra parte, non possono che ritenersi in atto vacanti e disponibili anche quelli che l'Amministrazione dichiara di dover accantonare per le future immissioni in ruolo.”*.

Peraltro, stante la richiesta della ricorrente di accesso al beneficio anche in modo frazionato (anche per una frazione del triennio), la verifica della sussistenza del presupposto oggettivo non avrebbe neppure dovuto concentrarsi esclusivamente sui posti tecnicamente vacanti, ma avrebbe dovuto estendersi anche a quelli disponibili per il solo anno scolastico 2023/24, ovvero fino al 30 giugno o 31 agosto 2024.

Il **T.A.R. del Lazio, con ordinanza n. 5998/2021 REG.PROV.CAU., resa nel giudizio iscritto al n. 09416/2021 REG.RIC.** (confermata con sentenza non appellata n. 6872/2022, v. rispettivamente all. 12 e all. 13), nell'esaminare il ricorso proposto da un Vigile del Fuoco avverso il diniego dell'assegnazione ex art. 42 bis del D.lgs. 151/2001, ha infatti ritenuto non



convincente “ai fini della non utilizzabilità di detti posti, opporre la circostanza che si tratti di scopertura soltanto temporanea di posti in organico (e quindi non propriamente “vacanti”), atteso che lo stesso trasferimento ai sensi dell’articolo 42-bis richiesto dal ricorrente, a propria volta, ha carattere temporaneo e può essere fruito anche in via frazionata, per periodi di tempo più ristretti rispetto al triennio (e quindi conciliabili con l’eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede)”.

Nel confermare l’ordinanza, il **Consiglio di Stato, con ordinanza n. 377/2022 REG.PROV.CAU. N. 10245/2021 REG.RIC.** (all. 14), censurando la tesi dell’Amministrazione resistente, secondo cui i posti indicati dal ricorrente non integrassero il requisito del “*posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva*” previsto dall’art. 42-bis del d.lgs. n. 151/2001, in quanto le disponibilità si erano determinate per effetto di trasferimenti temporanei che non intaccavano la conservazione, da parte dei soggetti trasferiti, della sede giuridica d’appartenenza, ne ha rilevata l’infondatezza “*sia alla luce del contrario indirizzo espresso da questo giudice di appello (Cons. Stato, sez. II, n. 475/022; id., sez. VI, n. 3059/2021 e sez. IV n. 138 e 201/2021), sia in considerazione del fatto che il trasferimento ai sensi dell’articolo 42-bis è fruibile anche in via frazionata, per periodi di tempo più ristretti rispetto al triennio e, quindi, conciliabili con l’eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede*”.

Come meglio chiarito dal **T.A.R. del Lazio con la Sentenza n. 6872/2022** di conferma dell’ordinanza cautelare (all. 13): “4.3 Una siffatta tesi trova conferma nella lettera dell’art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001, laddove si stabilisce che il beneficiario possa essere assegnato “anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a 3 anni”. In altre parole, se temporaneamente un posto è scoperto, sempre temporaneamente potrà essere occupato, mentre la tesi dell’Amministrazione sarebbe valida nel caso, diverso da quello in esame, di una nuova assegnazione, destinata ad occupare un posto vacante in via definitiva. 4.4 Ancora, l’opportunità di “allineare” la durata dei trasferimenti temporanei in entrata ed in uscita risponde ancor prima ad una semplice logica di buon andamento della P.A., anche alla luce del rilievo costituzionale dei valori coinvolti, quali quelli familiari e della genitorialità. 4.5 Una siffatta soluzione, la cui considerazione è stata pretermessa dall’Amministrazione, consente invero la fruizione del beneficio di legge di cui all’art. 42-bis, senza sacrificare in alcun modo le esigenze di servizio della P.A.”.



Anche i posti temporaneamente “vacanti e disponibili”, pertanto, possono utilizzarsi per l’assegnazione ex art. 42 bis della ricorrente in via frazionata, in quanto **compatibili con l’eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede.**

Tale orientamento è stato di recente abbracciato dal **Tribunale di Catania con le ordinanze del 17/1/2023 e 27/2/2023** (all. 15 e all. 16), dal **Tribunale di Enna con ordinanza del 16/02/2023** (all. 17), dal **Tribunale di Trapani, con ordinanza collegiale del 15/06/2023 RG n. 644/2023 Repert. n. 692/2023 del 16/06/2023** (all. 18), il quale ultimo ha condivisibilmente osservato “*che l’individuazione dei posti “vacanti e disponibili” richiesti dall’art. 42 bis D. Lgs 151/2001 non possa essere realizzata solo con riferimento alle vacanze del c.d. organico di diritto, ma debba tenere conto anche delle vacanze del c.d. organico di fatto. Ad una interpretazione fondata sul mero dato letterale dell’art. 42-bis, D. Lgs. n. 151/2001 - secondo cui, laddove subordina l’assegnazione temporanea alla sussistenza di un posto “vacante e disponibile”, la norma farebbe esclusivo riferimento al c.d. "organico di diritto" - ritiene il Collegio preferibile, in quanto maggiormente aderente allo spirito della legge - tenuto conto del carattere temporaneo dell’assegnazione, della possibilità che la stessa possa essere goduta anche in modo frazionato, delle esigenze preminenti di tutela del minore, nonché della previsione che il dissenso sia limitato a casi o esigenze eccezionali - la diversa soluzione interpretativa più estensiva secondo cui il concetto di posto “vacante e disponibile” nell’ambito della normativa speciale di cui all’art. 42 bis non richiede necessariamente che vi sia una scopertura in organico definitiva, ma che, anche in via di mero fatto, sussista un posto temporaneamente vacante e disponibile, utile ai fini dell’assegnazione temporanea in questione, soluzione peraltro adottata dalla stessa amministrazione scolastica in altri ambiti territoriali (v. all. 12 reclamo). Sul punto si condivide l’indirizzo espresso dalla più recente giurisprudenza amministrativa, la quale ha evidenziato che “non appare a un primo esame convincente, ai fini della non utilizzabilità di detti posti, opporre la circostanza che si tratti di scopertura soltanto temporanea di posti in organico e quindi non propriamente "vacanti", atteso che lo stesso trasferimento ai sensi dell’articolo 42-bis richiesto dal ricorrente, a propria volta, ha carattere temporaneo e può essere fruito anche in via frazionata, per periodi di tempo più ristretti rispetto al triennio (e quindi conciliabili con l’eventuale rientro del personale di ruolo al momento fuori sede)” (T.A.R. Lazio Roma, ord. n. 5998/2021, confermata da Cons. Stato ord. n. 377/2022); “Una siffatta tesi trova conferma nella lettera dell’art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001, laddove si stabilisce che il beneficiario possa essere assegnato "anche in modo frazionato e per un*



periodo complessivamente non superiore a 3 anni". In altre parole, se temporaneamente un posto è scoperto, sempre temporaneamente potrà essere occupato, mentre la tesi dell'Amministrazione sarebbe valida nel caso, diverso da quello in esame, di una nuova assegnazione, destinata ad occupare un posto vacante in via definitiva" (T.A.R. Lazio Roma, sent. n. 6872 del 27/05/2022), indirizzo pure sposato da una parte della giurisprudenza di merito (Trib. Catania ord. 17/1/2023; Trib. Catania, ord. 27/2/2023, Trib. Enna, ord. 16/02/2023)".

Da quanto premesso riviene allora l'illegittimità dell'implicito rigetto per **omessa comunicazione dei motivi del dissenso** da parte degli AA.TT. di Salerno, Caserta e Napoli del M.I.M., che non hanno esitato l'istanza, omettendone l'istruttoria.

Tale violazione di Legge non è immune da conseguenze giuridiche.

La norma, infatti, dispone che "*L'eventuale dissenso **deve** essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali. L'assenso o il dissenso **devono** essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda*", e non esonera l'amministrazione dall'obbligo di comunicare i motivi del dissenso in nessun caso, neppure in quello di insussistenza del posto, di cui il richiedente ha sempre diritto di essere informato.

L'implicito rigetto dell'istanza, quindi, mancando una valida motivazione del dissenso e l'indicazione delle esigenze eccezionali idonee a legittimarlo, è illegittimo e gravemente lesivo del diritto della ricorrente di ricongiungere la famiglia accanto al minore, come sancito e tutelato dall'art. 42 bis del D.Lgs. 151/01, *lex specialis inderogabile in peius* per il chiaro disposto di cui all'art. 1, co 2 ["*Sono fatte salve le condizioni di maggior favore stabilite dalle leggi, regolamenti, contratti collettivi, e da ogni altra disposizione*"] e rilevato dalla più Giurisprudenza.

La mancata motivazione del dissenso è motivo sufficiente a giustificare l'accoglimento del ricorso in quanto esclude la sussistenza di motivi di servizio e di esigenze eccezionali prevalenti su quella di ricongiungimento familiare (cfr., tutte in atti: **T. di Bergamo, ord. del 24.11.2021, R.G. 1199/21**: "*l'omessa adozione di un provvedimento di diniego motivato preclude il sindacato giudiziale sulla legittimità e sulla correttezza delle decisione dell'ente datoriale pubblico di non dare corso alla richiesta assegnazione*"; **T. di Monza, con Ord. Coll. del 4.1.2021, R.G. 1887/2020**, in atti: "*L'esternazione espressa e tempestiva delle eventuali ragioni di dissenso consente, invero, il controllo giurisdizionale sulla relativa legittimità impedendo che arbitri o dinieghi privi di fondamento possano compromettere la*



concreta operatività della norma ed il delicatissimo equilibrio con essa perseguito dal Legislatore. Per le suesposte motivazioni va innanzitutto stigmatizzato il silenzio (rigetto) serbato dagli AA.TT. di Milano e Monza sull'istanza della ricorrente; in assenza di un provvedimento di diniego motivato, infatti, al Tribunale è preclusa qualsiasi valutazione circa la correttezza della decisione sul punto.”; **T. di Padova, ord. del 12.10.2020, R.G. 1825/20, G.d.L. dott. Perrone**: “nel caso di specie è pacifico che nel termine di 30 giorni dalla domanda l'amministrazione datrice di lavoro non ha esplicitato il proprio dissenso, e nemmeno ha indicato quali sarebbero le esigenze eccezionali che impedirebbero l'assegnazione temporanea della ricorrente; -perciò solo la domanda deve essere accolta, essendo a questo punto precluso al giudice qualsivoglia sindacato circa le ragioni del diniego implicitamente opposto”; **T. di Palermo, ord. coll. dell'11.2.2109, RG. 13775/2018**, in atti: “l'omessa esplicitazione delle ragioni del rigetto, da parte dell'ambito territoriale di Palermo e dell'U.S.R. Sicilia, sopra menzionata, sarebbe già sufficiente a far ritenere la probabile fondatezza della pretesa della reclamante, anche considerando che le argomentazioni successivamente addotte dal ministero in giudizio (mancanza del posto vacante e disponibile) non possono condividersi per le ragioni dette.”; **T. di Roma, Ord. Coll. 13.02.2017** in atti: “In assenza di un tempestivo provvedimento di diniego motivato sarebbe peraltro preclusa al Tribunale una valutazione circa la correttezza della decisione dell'amministrazione di dar corso ad altri trasferimenti anziché accogliere l'istanza della odierna Ricorrente. Non sono infatti esplicitate le ragioni di servizio che avrebbero impedito di dar corso alla richiesta di assegnazione temporanea. La mancata risposta del MIUR sulla predetta istanza nei termini di legge consentirebbe già di escludere la sussistenza di motivi di servizio prevalenti sulla richiesta di assegnazione temporanea del ricorrente ad altra sede, diversa da quella dove attualmente presta servizio”; nonché **T. di Bolzano, ord. 22.1.2018**; **T. di Milano, ord. 5.12.2016**, **T. di Milano** ordd. 9.10.2015 e 2.12.2016, **T. di Torino, ord. 11.7.2016, R.G.L. 4561/2016**, **T. di Catania, ord. del 29.6.2018**, in atti.

Dall'omessa comunicazione dei motivi del dissenso da parte degli AA.TT. di Salerno, Caserta e Napoli, pertanto, consegue l'esclusione della sussistenza di “esigenze eccezionali” prevalenti su quella di ricongiungimento familiare.

Il Ministero convenuto, in ogni caso, riservando i posti ad altre operazioni e omettendo di valutare l'assegnazione di una sede ai docenti richiedenti il ricongiungimento familiare, ha posto l'istruttoria dell'istanza della Ricorrente, senza che vi fosse una ragione di carattere eccezionale, **in coda** a tutte le operazioni di copertura di sede, facendo ricorso ad un **modus**



operandi palesemente illegittimo, in quanto idoneo a condurre, come di fatto ha condotto, alla “sostanziale vanificazione della norma in commento, dovendosi ritenere altamente improbabile che, al termine delle operazioni di mobilità provinciali ed interprovinciali, residuino posti disponibili nell’organico di diritto” (ex plurimis: **T. di Catania, ord. del 5.5.2020 cit.**; nello stesso senso **T. di Palermo, ord. 14.9.2020**: “Non può quindi condividersi il rilievo dell’Amministrazione relativo al fatto che non possono essere assegnati ex art. 42 bis i posti oggetto dell’assegnazione provvisoria prevista dal CCNI, poiché i due diversi istituti si pongono su due diversi piani di tutela, come tali non assimilabili, e perché il primo deve ritenersi operare in modo prioritario, in aderenza al sovraordinato rango della normativa legislativa che lo prevede e degli interessi protetti, di rango costituzionale.”; in senso conforme anche **T. Palermo, ord. coll. 11.2.2019, Pres. Civiletti, Rel. P. Marino**: “Non appare, pertanto, legittimo che l’assegnazione temporanea ex art. 42 bis venga postergata alle altre operazioni di assegnazione dei docenti sulla scorta del CCNI e sulla scorta di un credito concorsuale, come ritenuto dall’Amministrazione. In tal modo, del resto, l’Amministrazione ha negato e nega di fatto, illegittimamente, l’applicabilità dell’art. 42 bis cit. al settore scolastico.”; **T. Firenze, ord. 9.2.2017 in atti**: “Trattasi di operazione illegittima, non prevista da alcuna norma, che può portare ad una sostanziale disapplicazione dell’art.42 bis, con la conseguenza di dare priorità a ipotesi di assegnazione provvisoria previste dalla contrattazione collettiva a discapito dell’assegnazione de qua prevista per legge, a tutela di beni di rilevanza costituzionale particolarmente valorizzati dal legislatore.”; **Tribunale di Bari, Ord. Coll. 20/03/2012** in atti, in cui è dato leggersi che l’aver “... accordato priorità all’istruttoria delle istanze di assegnazione provvisoria– non può ritenersi persuasiva, in quanto tale modus operandi si risolve nella costante disapplicazione della disposizione legislativa di cui all’art. 42 bis, ancorché non recepita dall’O.M. n. 64 del 2011 (il vigente CCNI: n.d.r.)]”.

È utile, infine, rilevare come la Giurisprudenza più recente si sia espressa favorevolmente in casi identici a quello di cui si controverte in questa sede, di docenti assunti ai sensi dell’art. 59 cit. (su tutte Tribunale di Firenze, ord. del 16.12.2022, rg. 2219/22; su casi analoghi, per quanto di altro comparto della P.A., cfr. Tribunale di Torino, decreto n. 12838 del 3.7.2023, rg. 2799/23; Tribunale di Roma, ord. n. 84167 del 9.8.2023, RG n. 22741/23, in atti)

Conclusivamente, pare evidente che l’art. 42 bis cit. sia stato totalmente sterilizzato e disapplicato con la destinazione dei posti alle altre, diverse operazioni di cui si è detto.



Il tutto, si ribadisce, pur avendo la ricorrente richiesto un beneficio al quale il Legislatore ha riservato il massimo rilievo, al punto di limitare il dissenso alla sola ipotesi di sussistenza di **casi o esigenze eccezionali** che, nel caso che occupa, non sono state neppure opposte.

Quanto sopra, senza inversione degli oneri probatori, posto che incombe sulla P.A. l'onere di provare l'insussistenza del posto con la produzione di un prospetto dei posti disponibili all'inizio dell'anno scolastico e con la prova della loro copertura.

Va infatti rilevato che l'onere della prova è ripartito tra le parti in modo che l'attore debba provare i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio e il convenuto quelli modificativi, impeditivi o estintivi. I fatti costitutivi del diritto all'assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/2001 sono pacificamente rappresentati dai presupposti soggettivi previsti dalla norma, nel qual caso tutti documentalmente provati (l'essere dipendente di una P.A. in possesso della professionalità corrispondente al posto da ricoprire; genitore di un bambino di età inferiore a tre anni; lo svolgimento da parte dell'altro genitore del bambino di un'attività lavorativa nella provincia o Regione in cui si chiede il ricongiungimento). L'insussistenza del posto, invece, si configura come fatto impeditivo del diritto all'assegnazione, come causa della sua esclusione (non come fatto costitutivo negativo), ragion per cui, l'onere di provare la sussistenza dell'impedimento oggettivo sotteso al rigetto della domanda grava sul datore di lavoro ai sensi dell'articolo 2697 c.c., co. 2.

L'onere della prova, altresì, incombe su parte datoriale anche in ragione “*del principio – riconducibile all'art. 24, Cost. e al divieto di interpretare la Legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente, ove i fatti possano essere noti solo all'imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere della prova negativa*” (Cass. Civ., sent. 20484/2008).

Porre a carico del lavoratore l'onere di provare l'insussistenza del posto, significherebbe gravarlo di un onere eccessivamente gravoso che finirebbe per impedirgli, di fatto, l'esercizio dell'azione. Come è di immediata apprezzabilità, una tale scelta sarebbe in palese violazione del principio di vicinanza alla prova (ormai pacificamente ribadito da anni dalla stessa Corte di Cassazione⁵), in chiaro contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 della CEDU, essendo improponibile che il lavoratore possa essere in grado di portare nel giudizio, talvolta anche d'urgenza, i dati di fatto utili a

⁵ *Ex multis*: Cass. civ. Sez. III, 31/03/2016, n. 6209 (rv. 639386); Cass. civ. Sez. III, 25/03/2016, n. 5961 (rv. 639331); Cass. civ. Sez. V, 09/03/2016, n. 4623; Cass. civ. Sez. lavoro, 14/01/2016, n. 486 (rv. 638521); Cass. civ. Sez. V, 02/12/2015, n. 24492.



conoscere la sussistenza o a valutare la vacanza o meno del posto di lavoro, peraltro in una struttura macroeconomica nazionale, retta da una normativa complessa ed intricata, come quella scolastica, predisposta dallo stesso datore di lavoro e sconosciuta al docente.

In materia di oneri probatori e di principio di vicinanza alla prova, infatti, la **Corte di Cassazione, Civile, Sez. Lav., sentenza 20484/2008**, ha da tempo rilevato che *“La ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio – riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente ove i fatti possano essere noti solo all'imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l'onere della prova negativa.”*⁶

La citata pronuncia ha trovato applicazione, per quel che maggiormente qui interessa e rileva, anche in riferimento all'ipotesi di assegnazione del posto di lavoro. **Cassazione Civile, Sezione Lavoro, con sentenza n. 15406/2009**, ha infatti ribadito che *“In tema di riparto dell'onere della prova in ordine alla richiesta del lavoratore di promozione automatica ai sensi dell'art. 2103, cod. civ., grava sul datore di lavoro la prova che il lavoratore sostituito aveva diritto alla conservazione del posto, dovendosi ritenere che tale fatto abbia carattere impeditivo e non costitutivo negativo, in quanto previsto come causa di esclusione del diritto all'assegnazione definitiva per insussistenza della vacanza del posto e rispondendo la suddetta ripartizione dell'onere probatorio - attesa la piena disponibilità e prossimità della circostanza solamente in capo al datore di lavoro - alla finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore”*.

Tirando le fila del discorso, il rifiuto immotivato opposto dal M.I.M. è illegittimo e del tutto avulso dalla *ratio* della disposizione invocata, non potendosi rilevare, nel caso concreto, l'espressione di un dissenso che, a seguito della novella introdotta all'art. 42 bis dalla L. 124/2015, avrebbe dovuto essere motivato limitatamente a “casi o esigenze eccezionali”, che non possono coincidere né con il regolare corso delle operazioni di mobilità, né con la necessità di copertura delle sedi secondo le disposizioni della contrattazione collettiva, corpo

⁶ Conforme a Corte di Cassazione, Sezione 2 civile, Sentenza 17 aprile 2012, n. 6008; Trib. di Monza, Ord. 3124/10 del 20/12/2010 in atti, quest'ultima su questione identica.



normativo di rango inferiore rispetto al Decreto Legislativo 151/2001, inderogabile in *peius* ai sensi dell'art. 1, co. 2, D.lgs. 151/2001.

Merita infatti rilevare che il bene tutelato dall'art. 42 bis del D.lgs. 151/01 non è certo quello di garantire ai genitori del minore la sede di lavoro nel luogo ove lavora l'altro genitore per tre anni, bensì quello di salvaguardare l'integrità psico fisica del minore in tenera età.

Proprio per questo, il comportamento assunto dal Ministero convenuto non pare adeguato allo spirito della norma.

Contrasta, infatti, con la *ratio legis* e, soprattutto con gli obblighi assunti in sede internazionale ed europea, il rifiuto di rendere disponibile uno dei posti richiesti dalla Ricorrente sul presupposto di una errata interpretazione del beneficio rivendicato, a prescindere dalle superiori esigenze di tutela dei fanciulli.

Invero, proprio il contemperamento delle esigenze di tutela del fanciullo, sancite dalla Costituzione e dalla Convenzione dei diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia, con quelle del buon andamento della amministrazione ex art. 97 C., ha imposto la emanazione della citata disposizione di legge.

L'operato del M.I.M. collide con l'art. 24, co. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., la quale stabilisce che “*In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente*”, e con l'art. 2, della L. n. 176/91, di ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti del fanciullo, che sancisce **divieto di discriminazione e pone una garanzia di tutela per ogni fanciullo sottoposto alla giurisdizione dello Stato.**

Peraltro, la mancata motivazione del dissenso nella presente fattispecie collide:

- con l'obbligo assunto ex art. 3 citata legge di ratifica ed esecuzione, da valere per tutte le decisioni relative alle condizioni di vita dei fanciulli, anche prese in sede amministrativa, secondo cui l’*“interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”*;
- con l'obbligo assunto nell'articolo 4 citata legge di ratifica ed esecuzione che impone allo Stato di adottare, oltre ai provvedimenti legislativi, anche gli idonei atti amministrativi al fine di garantire e dare attuazione alle disposizioni della Convenzione;
- con l'obbligo assunto per rendere operativa la previsione dell'art. 7 citata legge che assicura il diritto del fanciullo ad essere allevato dai genitori e di conoscerli;



- con l'obbligo assunto all'art. 18, che affida agli Stati il compito di garantire che entrambi i genitori possano provvedere all'educazione e allo sviluppo del fanciullo nonché ottemperare alla loro responsabilità di allevare i figli.

Queste, dunque, le ragioni alla presente azione.

*** * ***

Il periculum in mora

Il pericolo che dalla presente vicenda possa derivare alla prole della ricorrente un pregiudizio grave ed irreparabile, vertendo su posizioni soggettive dotate di rilievo e protezione costituzionale, è imminente.

Si consideri, infatti, che l'immotivato diniego del beneficio ha comportato il rientro della Ricorrente nella sede di servizio in provincia della Spezia, situazione immediatamente idonea a comprimere il diritto all'unità familiare e ad impedire, obiettivamente, salvo il ricorso a soluzione tampone quali, ad esempio, il congedo parentale, alla famiglia di prestare il dovuto accudimento ai minori.

Nel qual caso, la distanza tra la sede di servizio della ricorrente e la Campania (ove il coniuge lavora e vive), comporta il **venir meno per i minori della figura materna**, certamente infungibile in questa delicatissima fase della sua vita.

Del tutto impraticabile, peraltro, si presenterebbe la soluzione di trasferirsi in provincia alla Spezia con i minori posto che, nella circostanza, questi verrebbero **privati del supporto e della presenza del padre**, necessitato per ragioni lavorative a rimanere in Campania, e vedrebbe comunque **stravolgersi radicalmente l'habitat domestico e familiare** in cui attualmente vive; senza dimenticare che per la ricorrente verrebbero meno anche tutti quegli aiuti, materiali e non, che in Campania possono esserle assicurati da familiari e amici più stretti.

Non può infatti trascurarsi che, ai sensi dell'art. 24, co. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., *“I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere...”*, e, ai sensi del successivo comma 3, hanno *“diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”*.

Il pericolo di un danno grave e irreparabile – già preparato dallo stato sopra descritto e documentato – può dunque essere scongiurato solo dalla presente azione, posto che i **tempi di un giudizio di merito potrebbero aggravare la situazione e incidere significativamente sul beneficio**, quantomeno **differendone la fruizione oltre la fase più delicata dei primi**



anni di vita, nei quali è notoriamente più forte il bisogno delle cure e della presenza della madre e del padre in ogni momento della vita quotidiana e, corrispondentemente, maggiore l'impegno dei genitori, specie se vi è necessità di conciliare i tempi e le esigenze proprie della maternità con quelli di un'attività lavorativa svolta fuori sede, e comunque **oltre il periodo per quale il Legislatore ha inteso inequivocabilmente assicurarla**.

La volontà del Legislatore è stata infatti quella di creare, nell'esclusivo interesse del minore, un istituto volto a garantire il diritto del figlio, sia naturale che adottivo, a godere dell'assistenza materiale e affettiva di entrambi i genitori **durante i primi anni di vita del bambino**, i quali coincidono con la fascia d'età compresa tra **zero e sei anni** (a seconda, ovviamente, del momento in cui sarà presentata la domanda, nel senso che, se presentata un giorno prima del compimento del tre anni, il beneficio potrà godersi fino alla soglia dei sei), come desumibile dal fatto che la norma prevede sia il limite massimo entro cui presentare la domanda [quello dei primi tre anni di età del bambino di cui all'inciso "*Il genitore con figli minori fino a tre anni...*"], che la durata massima del beneficio [quella non superiore a tre anni di cui all'inciso "*... per un periodo complessivamente non superiore a tre anni*"].

L'unico strumento idoneo a tutelare la situazione dedotta in giudizio, dunque, è la tutela cautelare atipica del ricorso ex art. 700 c.p.c., essendo evidente che **il diritto azionato non è suscettibile di essere differito all'esito di un giudizio di merito** e che, nel tempo necessario a farlo valere in via ordinaria, esso è **minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, non risarcibile per equivalente monetario**, consistente nella **lesione del diritto alla salute e del diritto all'unità familiare** nei primissimi anni di vita della minore, che il Legislatore ha inteso tutelare allorquando ha elaborato la norma.

Non v'è dubbio, allora, sulla necessità dell'intervento urgente di Codesto Eccellentissimo Giudicante posto che **l'iter che conduce all'evento dannoso è già direttamente ed univocamente preparato dall'implicito rigetto dell'istanza**.

*** * ***

Per tutto l'ordine di ragioni sopra esposto la Ricorrente, ut *supra* rappresentata, domiciliata e difesa

CHIEDE

che l'Ill.mo Tribunale adito in funzione di Giudice del Lavoro, riconosciuta la propria competenza, previi gli incombeni di Legge e l'assunzione delle provvidenze ritenute di necessità, ove occorra, previa disapplicazione, in tutto o in parte, di ogni atto, anche di contenuto ignoto, in contrasto con la normativa primaria del Decreto Legislativo n. 151/2001,



in accoglimento dell'istanza cautelare proposta, per le ragioni sopra esposte con riferimento al *periculum in mora, contrariis reiectis*:

VOGLIA

- **in via principale**, **accertare e dichiarare** che la ricorrente ha diritto all'assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/01 su una sede di servizio ubicata in provincia di Salerno e, **per l'effetto, ordinare** al Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, di assegnarla a prestare servizio, per tre anni solari, su una sede ubicata nel comune di Scafati, in cui sussisteva il posto alla data della domanda o, **in subordine**, tenendo conto del principio di viciniorietà alla sede di lavoro dell'altro genitore, nella provincia di Salerno, anche in sovrannumero in caso di sopravvenuta indisponibilità di posti dovuta a causa non imputabile alla ricorrente;
- **in via subordinata**, **accertare e dichiarare** che la ricorrente ha diritto all'assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/01, su una sede di servizio ubicata in provincia di Caserta e, **per l'effetto, ordinare** al Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, di assegnarla a prestare servizio, per tre anni solari, su una sede ubicata nel comune di Aversa, dove sussisteva il posto alla data della domanda o, **in subordine**, tenendo conto del principio di viciniorietà alla sede di lavoro dell'altro genitore, nella provincia di Caserta, anche in sovrannumero in caso di sopravvenuta indisponibilità di posti dovuta a causa non imputabile alla ricorrente;
- **in via residuale**, **accertare e dichiarare** che la ricorrente ha diritto all'assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/01, su una sede di servizio ubicata in provincia di Napoli e, **per l'effetto, ordinare** al Ministero dell'Istruzione e del Merito, in persona del Ministro in carica *pro tempore*, di assegnarla a prestare servizio, per tre anni solari, su una sede ubicata in uno dei comuni di Sant'Anastasia, Napoli, Castellammare o Pomigliano D'Arco, dove sussisteva il posto alla data della domanda o, **in subordine**, tenendo conto del principio di viciniorietà alla sede di lavoro dell'altro genitore, nella provincia di Napoli, anche in sovrannumero in caso di sopravvenuta indisponibilità di posti dovuta a causa non imputabile alla ricorrente;
- **In ogni caso**, con vittoria di spese e competenze di lite, con distrazione.

Con riserva di qualsivoglia ulteriore azione, anche di risarcimento del danno.

Ai fini della determinazione del C.U. si dichiara che la presente controversia, di valore indeterminabile, è soggetta al pagamento del C.U. nella misura di € 259,00.

In via istruttoria si producono i seguenti documenti:



1. 1. contratto a tempo determinato finalizzato al ruolo, ai sensi dell'art. 59 co. 9 bis del D.L. 73/2021 del 11.11.2022; 2. proroga del contratto di assunzione per l'a.s. 2023/24; 3. Certificazioni attestanti la genitorialità della piccola e stato di famiglia; 4. Documentazione attestante l'attività lavorativa del padre della minore;
 2. domanda di assegnazione ex art. 42 bis D.lgs. 151/2001 del 23.6.2023;
 3. prot. 11038 del 24.05.2023 dell'AT di Salerno;
 4. prot. 16663 del 18.7.2023 dell'AT di Salerno;
 5. prot. 9566 del 24.5.2023 dell'AT. di Caserta;
 6. pubblicazione del 18.7.2023 dell'USR Campania;
 7. prot. 16211 del 10.08.2023 dell'AT di Caserta;
 8. prot. 10789 del 10.09.2023 dell'AT di Napoli;
 9. provvedimenti attestanti il riconoscimento stragiudiziale dell'assegnazione ex art. 42 bis;
 10. prot. 19205 del 31.8.2023 posto presso l'IC Pacinotti Scafati vacante e disponibile;
 11. pareri n. 192 e 4496 del 2004 resi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri;
 12. ordinanza T.A.R. Lazio n. 5998/2021 REG.PROV.CAU., 09416/2021 REG.RIC.;
 13. sentenza T.A.R. Lazio n. 6872/2022, 09416/2021 REG.RIC.;
 14. Consiglio di Stato, ordinanza n. 377/2022 REG.PROV.CAU. N. 10245/2021 REG.RIC.;
 15. Tribunale di Catania, ordinanza del 17/1/2023;
 16. Tribunale di Catania, ordinanza del 27/2/2023;
 17. Tribunale di Enna, ordinanza del 16/02/2023;
 18. Tribunale di Trapani, ordinanza collegiale del 15/06/2023 RG n. 644/2023 Repert. n. 692/2023 del 16/06/2023;
- giurisprudenza citata in ricorso in materia di assegnazione ex art. 42 bis cit..

Salvezze illimitate.

Copertino (LE), lì 7.9.2023

Avv. Giancarlo Visciglio

