

Avvocato Giancarlo Visciglio

Iscritto all'Ordine degli Avvocati di Lecce

TRIBUNALE DI SPOLETO

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

CON ISTANZA EX ART. 700 C.P.C.

PER: **SCALORA Nadia**, nata a Siracusa il 14.09.1979 e residente a _____ in via _____, n. _____ (SCLNDA79P54I754Q), 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: MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO, in persona del Ministro *pro tempore* (c.f.: 80185250588).

IN FATTO

La Ricorrente è docente di scuola secondaria II, titolare su c.d.c. A045 (Scienze Economico - Aziendali) presso l'I.O. "Salvatorelli - Moneta" di Marsciano, in provincia di Perugia (all. 1.1).

La stessa è coniugata con sig. Italia Salvatore il quale, già dipendente della "Gelateria e pasticceria Mangiafico srl" dal 4.4.2023 al 31.05.2023 (all. 1.4), esercita oggi l'attività di impiegato alle dipendenze della CON.PRI. s.r.l. in Priolo Gargallo (SR) (all. 1.3).

La ricorrente, altresì, unitamente al proprio coniuge, per effetto del decreto del Tribunale per i Minorenni di Catania n. _____ A.B. e del successivo nulla osta del 24.2.2023, è identificata quale famiglia affidataria del piccolo _____, nato a _____ l' _____, entrato in famiglia in data _____ (all. 1.2).

In ragione di tanto, con decreto prot. 3018 del 15.03.2023 a firma del D.S. dell'I.S. "Salvatorelli - Moneta" di Marsciano, è stata anche ammessa a fruire dal 17.3.2023 al 16.6.2023 dell'astensione per affidamento prevista dagli articoli 16, 26 e 31 del D.Lgs. 151/01, Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità (all. 1.5).

In data 4.5.2023, essendo in possesso dei presupposti soggettivi per il riconoscimento dei benefici previsti dall'art. 42 bis del D.Lgs. 151/2001, applicabile anche in caso di adozione e affidamento, ai sensi dell'art. 45 co. 2-bis medesimo decreto, inoltrava gli AA.TT. di Siracusa, Ragusa e Catania del Ministero dell'Istruzione e del Merito (di seguito, per brevità, M.I.M.), domanda di assegnazione temporanea ex art. 42 bis cit.,

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



chiedendo di essere “... assegnata ad una sede di servizio ubicata nella Regione Sicilia (isole escluse) e, in questa, in via preordinata e gradata, nelle province di **1) Siracusa;** **2) Ragusa** (limitatamente ai comuni di Ispica, Pozzallo e Modica) e **3) Catania** (limitatamente ai comuni di Catania, Misterbianco, Gravina di Catania, Sant’Agata li Battiati, San Gregorio di Catania, San Giovanni la Punta, Aci Castello, Mascalucia e Acireale) su posto di scuola secondaria II grado, c.d.c. A045, ovvero, in subordine, su posto di pari posizione retributiva (anche per mansioni diverse dall’insegnamento), presso gli Uffici Scolastici delle province di Siracusa e Catania, nell’ordine di priorità espresso.” (all. 2).

Con la predetta domanda precisava che il beneficio si richiedeva “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”.

La suddetta istanza veniva inoltrata anche all’A.T. di **Perugia**, tenuto, ex art. 42-bis [“previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione”], a comunicare l’assenso o gli eventuali motivi del dissenso (all. 2).

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 Uffici coinvolti ha esitato l’istanza della Ricorrente, che ne ha dedotto il rigetto dal silenzio degli stessi.

Non avendo (ad oggi) rinvenuto posti vacanti e disponibili, anche temporaneamente, in provincia di Siracusa (prima scelta della ricorrente, rispetto alla quale si riserva separato giudizio ove, nelle more, dovessero sopravvenirne), tuttavia, da ricerche effettuate sull’albo *on line* del M.I.M., la ricorrente ha potuto verificare la sussistenza, in provincia di Ragusa e Catania, fin da prima delle operazioni di mobilità/trasferimento, di diversi posti di scuola secondaria II, c.d.c. A045, **vacanti e disponibili** alla data di presentazione della domanda e in sua pendenza, e, in particolare:

- per la provincia di Ragusa, di un posto vacante e disponibile nel Comune di Ispica (v. nota prot. 1923 dell’11.05.2023, all. 3);
- per la provincia di Catania, di due posti, vacanti e disponibili rispettivamente presso l’I.P. “Mangano” e l’I.T.I. “Cannizzaro” di Catania (v. pubb. del 18.05.2023, all. 4).

Sussistevano, quindi, i posti vacanti e disponibili previsti dalla Legge, idonei per essere assegnati alla ricorrente ex art. 42 bis del D.lgs. 151/2001, per un intero triennio continuativo o anche solo per un intero anno scolastico o sua frazione (fino al 31.8.2024



o al 30.6.2024, fine delle attività didattiche), ovverosia “*in modo frazionato*” come previsto dalla norma.

Depongono per la piena accoglibilità della domanda dell’odierna ricorrente i numerosissimi provvedimenti resi, nel corso dell’anno scolastico in corso, dagli AA.TT. Perugia, Ragusa (coinvolti anche nel presente giudizio), Grosseto, Treviso, Lucca, Bologna, Brindisi, Caserta e Verona, ma anche Terni, Prato e Taranto, che hanno riconosciuto il beneficio in parola, sulla stessa tipologia di posti documentati dalla ricorrente, sia per un triennio (all. 5 e, in particolare, decr. prot. 2671 del 3.08.2022, dell’A.T. di Verona dove è disposta: “...*l’assegnazione temporanea triennale* ...” e quindi per un intero triennio già dal primo decreto) che per un solo anno, salvo il diritto di conferma per gli anni successivi (v. sempre all. 5).

Di qui la presente istanza di tutela giudiziale, in via d’urgenza, atteso l’evidente buon diritto dell’istante ed il *periculum* ad essa sotteso.

Non va sottaciuto infatti che, avendo trovato nella famiglia dei coniugi Italia–Scalora un ambiente idoneo, con persone in grado di provvedere al suo mantenimento, all’educazione, all’istruzione e alle relazioni di affetto che i genitori biologici non hanno potuto assicurargli, la separazione dalla famiglia affidataria esporrebbe il minore al rischio di danni psico-fisici difficilmente immaginabili e quantificabili.

In mancanza di un provvedimento di assegnazione, che solo la presente procedura d’urgenza è in grado di utilmente assicurare, dati i tempi tecnici di un giudizio ordinario, pertanto, la ricorrente sarebbe costretta a rientrare in servizio presso la scuola di attuale titolarità in provincia di **Perugia**, con conseguente disgregazione del nucleo familiare ed esposizione del minore al rischio di gravi ed irreparabili pregiudizi. Nel qual caso risulterebbe senz’altro irrimediabilmente pregiudicato il diritto del minore di ricevere accudimento da entrambi i genitori affidatari, 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.

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, i cui tempi inducono a ritenere che verrebbe frustrata l’efficacia pratica della decisione finale nelle more dell’accertamento definitivo del merito.

Il danno essenzialmente non patrimoniale cui potrebbe andare incontro il minore in assenza dell’accudimento quotidiano da parte di entrambi i genitori affidatari, sarebbe anche di difficile liquidazione per equivalente.

*** * ***



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**, stabilisce 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, quindi, è autorizzata **la sola deroga in melius** del Decreto Legislativo n. 151/2001, di tal che, 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”.*

“Art. 45. Adozioni e affidamenti: ... 2-bis. Le disposizioni di cui all’articolo 42-bis si applicano, in caso di adozione ed affidamento, entro i primi tre anni dall’ingresso del minore nella famiglia, indipendentemente dall’età del minore.”.

L’art. 42 bis cit. è **pienamente applicabile al comparto scuola** della P.A. in ragione dell’esplicito ed inequivoco richiamo operato dall’art. 12 del vigente CCNL relativo al personale del Comparto Scuola (“Al personale dipendente si applicano le vigenti disposizioni in materia di tutela della maternità contenute nel D. L.gs. n. 151/2001”) e



dall'altrettanto esplicita ed inequivoca indicazione *desumibile dal richiamo ivi operato – senza esclusioni o eccezioni – alle “... amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni”* (id est: *“per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi inclusi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative...”*).

Come è di immediata percezione, 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., i quali, 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 rendere effettivo l'esercizio di tale attività.

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, non sussistono, non essendo stata opposta alcuna motivazione) 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”*.

Per il raggiungimento di tale scopo il Legislatore, 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 vada 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”**¹, **la durata massima del beneficio**, che, in ragione dell'inderogabilità in

¹ **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*



peius della norma (art. 1, co. 2 del D.Lgs. 151/2001), non può essere né ridotta, né compressa.

Della **durata triennale del beneficio**, peraltro, non può dubitarsi anche alla luce dei chiarissimi pareri n. 192 e 4496 del 2004 resi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica, a firma del dott. Francesco Verbaro², in cui si chiarisce che *“L’espressione utilizzata dal legislatore “per un periodo complessivo non superiore a tre anni” definisce... la durata massima “tre anni” dell’agevolazione, senza alcun riferimento all’età dei minori”* (all. 6).

Sempre sulla fruibilità del beneficio, poi, va rilevato che il triennio può essere goduto anche **“in modo frazionato”** e, dunque, non necessariamente in modo continuativo.

Come chiarito dal Consiglio di Stato, Sentenza n. 51/2014 REG.PROV.COLL., N. 8021/2013 REG.RIC, infatti: *“...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”.*

Va infine rilevato che, in ragione dei confliggenti interessi di rango costituzionale, il co. 1 dell’art. 42-bis D.lgs. 151/01 prevede che **il dissenso debba essere sempre specificamente motivato e comunicato 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, infatti, costituisce il mezzo di tutela del lavoratore in grado di consentire a quest’ultimo 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 può infatti trascurarsi che, per via della nuova formulazione della norma, la motivazione del dissenso deve **oggi** essere contenuta e limitata a **“casi o esigenze eccezionali”** tali 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).

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



non essere identificabili né con ragioni organizzative, né col mero disagio all'attività della p.a..

VIOLAZIONE DELL'ART. 42 BIS D.LGS. 151/01 NELLA PARTE IN CUI DISPONE L'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DEL DISSENSO ENTRO 30 GIORNI. LA SUSSISTENZA DI TUTTI I PRESUPPOSTI PER L'ACCOGLIMENTO DELLA DOMANDA E L'ILLEGITTIMITA' DEL DINIEGO IMPLICITO.

Il diritto di fruire del beneficio previsto dall'art. 42-bis del D.lgs. 151/01, appannaggio, come visto, anche dei genitori adottivi e affidatari, ai sensi dell'art. 45 co. 2 bis cit., è subordinato al possesso da parte del richiedente di determinati **presupposti soggettivi e oggettivi**, nel caso che occupa tutti sussistenti.

La Ricorrente, infatti, quanto ai presupposti soggettivi, ha dimostrato:

1. di essere dipendente di una Pubblica Amministrazione;
2. di aver presentato l'istanza "*entro i primi tre anni dall'ingresso del minore nella famiglia*" (ovvero in data 4.5.2023, a fronte dell'ingresso in famiglia in data), così rientrando nel limite temporale stabilito dall'art. 45 comma 2 bis del D.lgs. 151/2001 [*"2-bis. Le disposizioni di cui all'articolo 42-bis si applicano, in caso di adozione ed affidamento, entro i primi tre anni dall'ingresso del minore nella famiglia, indipendentemente dall'età del minore."*];
3. che il genitore affidatario svolgesse, come tuttora svolge, l'attività lavorativa in Sicilia, nelle cui province indicate ha chiesto il ricongiungimento.

Ha altresì dimostrato la sussistenza, al momento della domanda, prima che venissero avviate le operazioni di mobilità/trasferimento, dei posti vacanti e disponibili, di cui **uno** nel Comune di Ispica per la provincia di Ragusa (all. 4) e **due** presso l'I.P. "*Mangano*" e l'I.T.I. "*Cannizzaro*" nel comune di Catania per tale provincia (all. 5).

L'utilità dei suddetti posti per l'assegnazione richiesta dalla ricorrente è pacifica atteso che, alla data di presentazione della domanda (4.5.2023), non risultavano ancora accantonati per alcuna operazione.

In effetti non v'è dubbio, da un lato, che alla data della domanda il M.I.M. fosse pienamente consapevole della sussistenza dei posti vacanti e disponibili, atteso che, con decreto n. 36 dell'1.3.2023 (all. 7), nello stabilire le modalità di presentazione delle domande di mobilità, aveva fissato al 27.04.2023 il termine per la comunicazione a



S.I.D.I. (Sistema Informativo dell'Istruzione), per i Dirigenti Scolastici, di quelli disponibili per l'a.s. 2023/24 (art. 2, pt. 4, lett. a); dall'altro, non esiste pubblicazione, precedente la domanda, di provvedimenti di accantonamento/riserva dei posti per altre operazioni.

Solo in data 11 e 18 maggio 2023, in pendenza della domanda di assegnazione ex art. 42 bis, gli AA.TT. di Ragusa e Catania hanno destinato i posti vacanti e disponibili alla mobilità del personale docente.

Il tutto omettendo, prima, durante e dopo la pubblicazione, di comunicare le ragioni del rigetto della domanda amministrativa *de qua* e di opporre una qualsivoglia esigenza, integrante quel carattere di eccezionalità idoneo a legittimare il diniego.

L'omessa comunicazione dei motivi del dissenso è illegittima per violazione del co. 1 dell'art. 42-bis 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"*].

La norma, in ragione degli interessi tutelati, **non esonera l'amministrazione dall'obbligo di comunicare i motivi del dissenso in nessun caso** (neppure in quello, comunque non attagliato alla fattispecie in esame, di insussistenza di posti, di cui il richiedente ha sempre diritto di essere informato).

L'implicito rigetto dell'istanza, essendosi verificata la condizione sospensiva prevista dall'art. 42 bis D.lgs. 151/01 (*id est*: la sussistenza del posto vacante e disponibile), mancando una valida motivazione del dissenso e l'indicazione delle esigenze eccezionali idonee a legittimarlo, è gravemente lesivo del diritto della ricorrente di ricongiungere la famiglia accanto al bambino, 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 da tutta la Giurisprudenza richiamata e allegata al presente atto.

Secondo la Giurisprudenza più recente, la mancata motivazione del dissenso è sufficiente a giustificare l'accoglimento del ricorso, escludendo la sussistenza di motivi di servizio e di esigenze eccezionali prevalenti su quella di ricongiungimento familiare.

In questo senso, si segnalano: **Tribunale di Bergamo, ord. del 24.11.2021, R.G. 1199/21** (all. 8): *"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"*.

Nello stesso senso si è pronunciato anche il **Tribunale di Monza** che, con **Ord. Coll. del 4.1.2021, R.G. 1887/2020** (all. 9), in atti, ha rilevato che: *"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.”.

E ancora: **Tribunale di Padova, ord. del 12.10.2020, R.G. 1825/20, G.d.L. dott. Perrone** (all. 10): *“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”* (nello stesso senso T. Padova, ord. 6117/22 del 9.12.2022, RG. 2038/22); **Tribunale di Palermo, ord. coll. dell'11.2.2109, RG. 13775/2018, Pres. Civiletti, Rel. P. Marino** (all. 11): *“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 Catania, ord. del 29.6.2018, GDL Digesu**: *“La mancata risposta sulla predetta istanza nei termini di legge, quindi, consente di escludere la sussistenza di motivi di servizio prevalenti sulla richiesta di assegnazione temporanea della ricorrente ad altra sede, diversa da quella dove attualmente presta servizio”*; **Tribunale di Roma, Ord. Coll. 13.02.2017, Pres. Pangia, Rel. Garzia** (all. 12): *“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”*; **Tribunale di Monza, sentenza 384 del 28.9.2017** in atti: *“In assenza di un provvedimento di diniego motivato al Tribunale è preclusa qualsiasi valutazione circa la correttezza della decisione del Ministero ...”*; **Tribunale di Bolzano, ord. 22.1.2018** in atti: *“Il mancato riscontro da parte del MIUR dell'istanza amministrativa presentata dal ricorrente, nei termini (30 giorni) e con le modalità previste dalla legge (motivazione scritta dell'eventuale dissenso limitato a casi o*



esigenze eccezionali) osta all'esame in questa sede delle argomentazioni difensive del convenuto, che sono evidentemente tardive. L'implicito rigetto tacito dell'istanza, contrastando con il dovere di esprimere entro 30 giorni l'eventuale dissenso motivato con riferimento a esigenze eccezionali previsto per legge, è preclusivo della possibilità di sindacato da parte del giudice rispetto alle argomentazioni addotte dal Ministero resistente nella sola fase giudiziaria.”; **Tribunale di Milano, ord. 5.12.2016, est. dott. Mariani, RG n. 11795/2016** in atti: “A fronte di tali confliggenti interessi (entrambi di rango costituzionale), la P.A., in caso di rifiuto dell’assegnazione, deve fornire specifica motivazione delle ragioni di carattere organizzativo che inducono a negare l’assenso all’assegnazione temporanea del dipendente [...]. Le argomentazioni addotte dal Ministero resistente solo nella fase giudiziaria non valgono in ogni caso a giustificare, ex post, il rigetto dell’istanza, secondo quanto argomentatamente deciso già da due precedenti di questo Tribunale (ord. 9 ottobre 2015, est. Bertoli, e ord. 2 dicembre 2016 est. Saioni). [...]. A nulla rileva poi che il Ministero adduca che i posti vacanti e disponibili indicati dal ricorrente in atti siano stati almeno in parte successivamente coperti; in assenza di un tempestivo provvedimento di diniego motivato, è infatti preclusa al Tribunale qualsiasi valutazione circa la correttezza della decisione dell’amministrazione di dar corso ad altri trasferimenti, anziché accogliere l’istanza della odierna Ricorrente”; **Tribunale di Milano** (v., ordd. 9.10.2015 e 2.12.2016 in atti), nonché a **Tribunale di Torino, ord. 11.7.2016, R.G.L. 4561/2016** (in atti), il quale, nell’accogliere la domanda cautelare, ha statuito che “la mancata risposta del MIUR sulla predetta istanza nei termini di legge consente 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”.

Da quanto sopra riassume, dunque, l’esclusione della sussistenza di “*esigenze eccezionali*” prevalenti su quella di ricongiungimento familiare.

Il tutto, in pregiudizio della Ricorrente che godeva e gode di un diritto di precedenza stabilito direttamente dalla Legge (art. 42 bis cit.), comprimibile solo per “*casi o esigenze eccezionali*” che, nel caso che occupa, non sono stati mai comunicati e devono pertanto ritenersi insussistenti.

All’uopo non può sottacersi come, in vicenda assolutamente identica a quella che occupa (di insegnante che, come la ricorrente, aveva richiesto il beneficio prima dello svolgimento delle operazioni di mobilità), il **Tribunale di Ravenna**, rispetto ai posti destinati a tali operazioni, **con ord. 21.12.2017 RG. 967/2017** (all. 13), ha condivisibilmente rilevato che: “*Resta il tema relativo alla mobilità annuale del personale. L’art. 42-bis è infatti pienamente idoneo ad influire su tali operazioni, nel senso che deve escludersi che, a fronte di una domanda ex art. 42-bis, sussistendone tutti i presupposti soggettivi e oggettivi, possa essere disposto un trasferimento di un docente in luogo dell’assegnazione provvisoria al genitore-lavoratore che ne ha fatto richiesta. Ma anche qui con il limite rappresentato dai diritti dei titolari dalle*



precedenze previste dalla legge che, come noto, sono disciplinate anche dai CCNI relativi alla mobilità. Si porrà, pertanto, una specifica questione di fatto al riguardo, che potrebbe anche condurre all'accoglimento della pretesa del genitore, laddove la P.A. non dovesse dimostrare che l'assegnazione ex art. 42-bis richiesta da uno specifico docente è stata disattesa non già per consentire il trasferimento di docenti titolari di diritti di precedenza nella scelta previsti dalla legge (si rinvia a quanto detto in tema di CCNI sull'applicazione, posto che il CCNI sulla mobilità ricalca generalmente l'ordine di precedenza previste dal primo), bensì per consentire il trasferimento di docenti privi di qualunque titolo di precedenza previsto dalla legge. **In quest'ultimo caso, infatti, verrebbe in rilievo il disposto di cui all'art. 42-bis, in quanto, se un posto vacante e disponibile vi era, lo stesso sarebbe dovuto essere – per legge – destinato al docente-genitore istante, salvo eccezionali ragioni organizzative, che non possono coincidere con il regolare corso delle operazioni di mobilità.** Nel caso di specie tutti e tre gli uffici richiesti (Ragusa, Catania e Siracusa) rappresentavano genericamente che non residuavano posti vacanti e disponibili all'esito delle assunzioni e delle operazioni di mobilità. Si tratta di una affermazione aspecifica e che non integra “casi o esigenze eccezionali”, perché nell'ambito delle operazioni di mobilità può bene essere stato violato l'art. 42-bis (che, in tali operazioni, non ha alcuna rilevanza, nemmeno in termini di riserva dei posti), dovendo essere la P.A. (per il principio di vicinanza della prova) a dimostrare che tutti i trasferimenti negli ambiti anelati dal genitore-istante ex art. 42-bis sono stati disposti esclusivamente in esecuzione di precedenza di scelta stabilite direttamente dalla legge. Ciò che invece, nel caso di specie, è sicuro (essendo stati attuati trasferimenti in tali ambiti) è che i posti vacanti e disponibili sussistevano al tempo della domanda e, dunque, sussisteva il presupposto oggettivo per l'accoglimento della stessa (gli altri presupposti pure sussistono e non sono stati contestati dalla difesa della resistente). In conclusione, sussiste il *fumus boni iuris*.”.

Va peraltro rilevato come, per quanto allo stato non siano stati ancora pubblicati posti vacanti e disponibili destinati ad altre operazioni (come, ad esempio, di immissione in ruolo, assegnazione provvisoria o stipula di contratti a tempo determinato di docenti precari), la Giurisprudenza abbia più volte osservato che, in presenza di una domanda di assegnazione ex art. 42 bis D.Lgs. 151/2001, quella di dare priorità alla mobilità non costituisca esigenza di carattere eccezionale idonea a legittimare il dissenso.

Anche i posti riservati alle immissioni in ruolo, infatti, come correttamente rilevato dal **Tribunale di Venezia con sentenza n. 300 del 28.4.2022, R.G. 1660/21** (all.14), 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".

Quella di dare scorrimento alle graduatorie concorsuali ai fini delle successive assunzioni, infatti, 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** (all. 15), richiamando **Tribunale Roma, 25/05/2021, n. 5073**, in caso analogo, ha condivisibilmente statuito che: *"L'art. 42 bis del d.lgs. 151/01, disciplina l'istituto dell'assegnazione provvisoria ad altra sede di servizio di dipendenti pubblici che siano genitori di prole di età inferiore a tre anni; con tale norma il legislatore ha inteso realizzare un giusto temperamento tra contrapposti beni di rango costituzionale, quale l'interesse alla genitorialità e quello correlato del minore a beneficiarne (art. 30 e 31 Cost.), e l'interesse generale al buon funzionamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Più precisamente, tale temperamento è realizzato attraverso il riconoscimento al pubblico dipendente non di un diritto, bensì di un interesse legittimo all'assegnazione provvisoria presso altra sede di servizio, avendo l'amministrazione la facoltà, e non il dovere di provvedere in tal senso. Tale discrezionalità amministrativa, tuttavia, non è illimitata, ma soggetta a stringenti condizioni volte a garantire la tutela preminente degli interessi coinvolti (quello appunto alla genitorialità ed alla salute dei minori), potendo la p.a. negare l'assegnazione al solo ricorrere di "casi o esigenze eccezionali", debitamente indicati. 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** (all. 16), 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."*



La disposizione di Legge qui invocata, pertanto, anche con il solo accantonamento dei posti per altre operazioni risulterebbe violata, posto che concorrerebbe a determinare una vera e propria sterilizzazione della portata applicativa della norma.

Sul punto, **Tribunale di Palermo, sentenza n. 2909/21 del 6.7.2021, resa nel giudizio R.G. 3511/19** (all. 17), 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** cit., 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** (all. 18) 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**) (all. 19), 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."*

Utili per il riconoscimento del beneficio, altresì, risultano i posti riservati alle assegnazioni provvisorie e, in via generale, tutti quelli appartenenti al c.d. organico di fatto, riservati alle stipule dei contratti a tempo determinato.

Proprio sul punto, *ex plurimis* (Trib. Catania ord. 17/1/2023, all. 20; Trib. Catania, ord. 27/2/2023, all. 21; Trib. Enna, ord. 16/02/2023, all. 22) la recentissima **Tribunale di Trapani, ord. collegiale del 15/06/2023 RG n. 644/2023 Repert. n. 692/2023 del 16/06/2023** (all. 23), ha condivisibilmente osservato: *"Ritiene il Collegio 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)”.

L'illegittimità del sistema utilizzato dal Ministero è quindi palese.

Il Ministero convenuto, riservando i posti ad altre operazioni 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.)]”.

L’art. 42 bis cit., nel caso che occupa, è stato totalmente sterilizzato 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 cui il Legislatore ha riservato il massimo rilievo, al punto di limitare il dissenso alla sola ipotesi di sussistenza di **casi o esigenze eccezionali**.

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 pubblico con contratto a tempo indeterminato; l’essere genitore di un bambino di età inferiore a tre anni; l’essere in possesso della professionalità corrispondente al posto da ricoprire; che l’altro genitore del bambino svolga 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 Cassazione³), 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 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.”*⁴

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”*.

³ *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.

⁴ 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.



Tirando le fila del discorso, è evidente che il rifiuto immotivato opposto dal M.I.M. sia 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 (T. di Ravenna cit.), né con la necessità di copertura delle sedi secondo le disposizioni della contrattazione collettiva, corpo 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.

La motivazione data dal M.I. 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.**

Pertanto, la motivazione adottata dal M.I. 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.

Di qui dunque la presente azione per il riconoscimento del beneficio invocato dalla ricorrente.

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 comporterà il rientro della Ricorrente (fino ad oggi in congedo parentale) nella sede di servizio e titolarità in provincia di Perugia, situazione immediatamente idonea a comprimere il diritto all'unità familiare e ad impedire, obiettivamente, alla famigli affidataria, di prestare il dovuto accudimento al minore.

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

Del tutto impraticabile, peraltro, si presenterebbe la soluzione di trasferirsi in provincia di Perugia con il minore posto che, nella circostanza, questi verrebbe **privato del supporto e della presenza dell'altro genitore affidatario**, necessitato per ragioni lavorative a rimanere in Sicilia, 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 Sicilia 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 può presentarsi 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, rassegna le seguenti

CONCLUSIONI



Voglia l'Ill.mo Tribunale adito in funzione di Giudice del Lavoro, ai sensi degli artt. 409 e ss. c.p.c., 669 bis e 700 c.p.c., previ accertamenti e dichiarazioni occorrente e, ove occorra, previa disapplicazione, in tutto o in parte, di tutti gli atti, anche di contenuto sin qui ignoto, *infra* menzionati e non, in contrasto con la normativa primaria del Decreto Legislativo n. 151/2001, *contrariis reiectis*,

In via cautelare e nel merito:

- **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 Ragusa, limitatamente ai comuni espressi nella domanda del 4.5.2023, 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 Ispica, in cui sussisteva il posto alla data della domanda, o, in subordine, nella provincia di Ragusa, limitatamente ai comuni espressi nella domanda del 4.5.2023, anche in sovrannumero in caso di sopravvenuta indisponibilità di posti dovuta a causa a lei non imputabile;
- **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 Catania, limitatamente ai comuni espressi nella domanda del 4.5.2023, 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 Catania, in cui sussisteva il posto alla data della domanda, o, in subordine, nella provincia di Catania, limitatamente ai comuni espressi nella domanda del 4.5.2023, anche in sovrannumero in caso di sopravvenuta indisponibilità di posti dovuta a causa a lei non imputabile;
- **In ogni caso**, con vittoria di spese e competenze di lite, con distrazione.

Con riserva di agire in separato giudizio in caso di sopravvenuta sussistenza/pubblicazione di posti vacanti e disponibili, anche temporaneamente, in provincia di Siracusa, prima provincia optata con la domanda del 4.5.2023 in atti.

Con riserva di ogni istanza istruttoria in ragione delle difese del convenuto Ministero e, all'esito, di ogni ulteriore azione, anche di risarcimento del danno.

Ai fini della determinazione del C.U. si dichiara che la presente controversia ha valore indeterminabile ed è esente dal pagamento del C.U. come da allegata dichiarazione.

In via istruttoria si producono i seguenti documenti:

1. 1.1: contratto di assunzione della Ricorrente presso l'I.O. "Salvatorelli - Moneta" di Marsciano (PG);



- 1.2: decreto del Tribunale per i Minorenni di Catania n. A.B., unitamente a nulla osta del e attestazione dell'ingresso in famiglia in data rilasciata dalla Città di Settore Politiche Sociali (prot.);
- 1.3: attestazione dell'attività lavorativa attuale svolta dal sig. Italia alle dipendenze della CON.PRI. s.r.l. in Priolo Gargallo (SR);
- 1.4: attestazione dell'attività lavorativa svolta dal sig. Italia dal 4.4.2023 al 31.05.2023 presso la “*Gelateria e pasticceria Mangiafico srl*”;
- 1.5: decreto prot. 3018 del 15.03.2023 di concessione dell'astensione per affidamento prevista dagli articoli 16, 26 e 31 del D.Lgs. 151/01;
2. domanda di ex art. 42 bis d.lgs. 151/2001 del 4.5.2023;
3. nota prot. 1923 dell'11.05.2023 dell'A.T. di Ragusa;
4. pubb. del 18.05.2023 dell'A.T. di Catania;
5. Provvedimenti di A.T. resi stragiudizialmente da altri ambiti territoriali del M.I.;
6. pareri n. 192 e 4496 della Presidenza del Consiglio dei Ministri;
7. decreto del M.I.M. n. 36 dell'1.3.2023;
8. T. Bergamo, ord. 24.11.2021;
9. T. Monza, ord. coll. 4.1.2021;
10. T. Padova, ord. 9.10.2020;
11. T. Palermo, ord. coll. 11.2.2019;
12. T. Roma, ord. coll. 13.2.2017;
13. T. Ravenna, ord. 21.12.2017;
14. T. Venezia, Sent. 300 del 28.4.2022;
15. T. Bergamo, ord. 25.5.2023;
16. T. Patti, ord. 16.5.2023;
17. T. Palermo, sent. 2909 del 6.7.2021;
18. T. Palermo, sent. 3029 del 16.10.2020;
19. T. Catania, ord. 5.5.2020;
20. T. Catania, ord. 17.1.2023;
21. T. Catania, ord. 27.2.2023;
22. T. Enna, ord. 16.2.2023;
23. T. Trapani, ord. coll. 16.6.2023;
- Giurisprudenza (cartella zippata).

Salvezze illimitate.

Copertino (LE), lì 10.7.2023

Avv. Giancarlo Visciglio

