

TRIBUNALE CIVILE DI PADOVA

SEZIONE LAVORO

RICORSO EX ART.700 C.P.C.

Per la sig.ra **Silvia Papale** nata a Catania l'01.06.1978 e residente in Valverde (CT), via San Benedetto n.1/3, C.F. PPLSLV78H41C351V, elettivamente domiciliata in Padova presso la Cancelleria del Tribunale e rappresentata e difesa per procura in calce al presente atto dall'Avv. Dino Caudullo del Foro di Catania (C.F. CDLDNI73H18C351K – PEC dino.caudullo@pec.ordineavvocaticatania.it – fax 095444026)

CONTRO

Il Ministero dell'Istruzione dell'Università e Ricerca in persona del Ministro p.t. (C.F. 80185250588), l'Ufficio Scolastico Regionale del Veneto e l'Ufficio Scolastico Regionale della Sicilia in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t.

PREMESSE

La ricorrente è docente a tempo indeterminato di scuola primaria, immessa in ruolo nell'ambito della fase C del piano straordinario di assunzioni di cui alla L.107/2015, ed è titolare presso l'Istituto Comprensivo di San Martino di Lupari (PD), ove attualmente presta servizio.

In concomitanza delle operazioni di mobilità annuale (utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie) per l'a.s. 2016/2017, ricorrendone i presupposti, la ricorrente ha proposto istanza di assegnazione temporanea ai sensi dell'art.42 bis del D.Lvo 151/2001.

In particolare, la ricorrente è madre del piccolo Emanuele Bonforte, nato il 10/01/2015 ed il coniuge, Giovanni Bonforte (nato a Catania il 30/09/1968), svolge la propria attività lavorativa (commerciante) in Valverde (CT).



In seno all'istanza, la ricorrente ha quindi richiesto di essere assegnata temporaneamente ex art.42 bis del D.Lvo 151/2001 presso una delle sedi ricomprese nell'Ambito n.6 della Provincia di Catania.

In maniera del tutto illegittima, come infra si dirà, oltre che in evidente violazione dei generali principi di correttezza e buona fede, l'Amministrazione resistente non ha dato alcun riscontro alla predetta istanza.

In particolare, con l'entrata in vigore del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità si è voluto disciplinare, in maniera coerente ed uniforme, la materia dei congedi, riposi e permessi connessi alla paternità/maternità, allo scopo di fornire un concreto sostegno economico alle famiglie, nel pieno rispetto del dettato costituzionale (art. 31 Cost.).

L'art.3, comma 105, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (Legge finanziaria 2004) ha inserito nel D.Lgs. 26 marzo 2001, n.151 l'art. 42 bis, il quale prevede per i dipendenti pubblici una forma di mobilità volta a ricongiungere i genitori del bambino favorendo concretamente la loro presenza nella fase iniziale di vita del proprio figlio.

Il predetto art.42 bis, in particolare, espressamente dispone: *“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. L'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda”.

La disposizione in esame rientra tra le norme dettate a tutela dei valori costituzionalmente garantiti inerenti la famiglia, ed in particolare la cura dei figli minori fino a tre anni d'età con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa.

A fronte dei principi tutelati dalla norma, sebbene alla data di proposizione della domanda ex art.42 bis D.Lvo 151/2001 sussistessero i posti vacanti e disponibili previsti per le utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie (cfr. provvedimenti di assegnazione provvisoria effettuate presso l'Ufficio scolastico territoriale), quindi privi di titolare, appare fortemente lesivo dei diritti della ricorrente, e contrario alla richiamata disposizione normativa di rango primario, il diniego tacito opposto dall'Amministrazione.

Il silenzio, da intendersi come rifiuto, opposto dall'Amministrazione appare quindi illegittimo per violazione della norma di rango legislativo di cui all'art.42 bis D.L.vo 165/2001, cui deve riconoscersi il rango di norma imperativa in quanto volta alla tutela di interessi e principi costituzionalmente garantiti dagli art. 29, 30 e 31 Cost., i quali nel postulare i diritti-doveri dei genitori di assolvere gli obblighi loro incombenti nei confronti della prole, con ogni evidenza promuovono e valorizzano gli interventi legislativi volti – come appunto l'art. 42 bis d.lg. n. 151 del 2001 – a rendere effettivo l'esercizio di tale attività.



Come chiarito in giurisprudenza, in particolare, l'assenso dell'Amministrazione previsto dall'art. 42 bis, D.lgs. n. 151 del 2001, in tema di assegnazione temporanea dei pubblici dipendenti con figli minori fino a tre anni di età, non può che inserirsi nell'ottica della comparazione delle esigenze datoriali di funzionale organizzazione degli uffici con quelle del lavoratore tutelate dall'istituto *de quo* (T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 12 maggio 2008 , n. 249).

L'interpretazione razionale della norma impone di ritenere, infatti, che tale requisito non sia funzionale a consentire all'Amministrazione di esprimere valutazioni meramente arbitrarie, come quella evidenziata facendo riferimento a situazioni di organico ormai superate e non più attuali, perché diversamente il requisito della motivazione del dissenso che ne implica la sindacabilità, non avrebbe senso alcuno.

Esso, pertanto, non può che essere considerato funzionale a consentire all'Amministrazione di esprimere le esigenze datoriali che non possono che essere quelle di servizio, ovvero di corretta e funzionale organizzazione degli uffici di appartenenza del prestatore di lavoro.

Ma a ben vedere, essendo l'istanza inoltrata in occasione delle operazioni di utilizzazione ed assegnazione provvisoria, e quindi in presenza di numerosi posti vacanti destinati proprio alla mobilità temporanea (nella specie annuale), non poteva ragionevolmente opporsi alcun rifiuto, tantomeno tacito, da parte dell'Amministrazione resistente.

E' stato inoltre ritenuto, che la disciplina dell'art. 42 bis T.U. 151/2001 configura un diritto soggettivo in capo allo stesso lavoratore richiedente e non una mera facoltà in capo all'amministrazione di concedere discrezionalmente il trasferimento di sede, alla luce del principio di



completezza dell'ordinamento giuridico che non ammette vuoti normativi né norme inutili o ridondanti.

Quanto sopra trova anche conferma in due pronunce del TAR Friuli Venezia Giulia che, per ben due volte (sentenza 706/2004 e 240/2005), con riferimento al medesimo ricorrente, ha annullato due distinti provvedimenti con i quali veniva negata la concessione del beneficio in argomento.

In particolare il giudice amministrativo, facendo espresso richiamo al precetto posto dall'art.31 della Costituzione, ha evidenziato come *“l'amministrazione, nell'utilizzo del suo potere discrezionale di valutare la domanda della richiedente,deve analizzare con particolare attenzione la situazione dell'ufficio di provenienza onde verificare, dandone specificatamente conto in motivazione, se ed in che termini l'accoglimento della domanda della ricorrente porterebbe all'ufficio di appartenenza un concreto, effettivo ed irrimediabile disagio, tale da indurre a ritenere che le esigenze di servizio debbano avere priorità rispetto alla tutela della maternità costituzionalmente sancita”*.

La citata pronuncia del Tar Friuli si adatta pienamente alla vicenda per cui è causa, dove l'Amministrazione non ha per nulla analizzato, se ed in che termini l'accoglimento della domanda della ricorrente avrebbe portato all'ufficio di appartenenza un concreto, effettivo ed irrimediabile disagio.

Emerge, quindi, come gli elementi che devono essere sottesi alla motivazione del dissenso appaiono necessariamente connessi ad un *“disagio”* per l'Amministrazione tale da prevalere rispetto alla tutela costituzionalmente prevista in favore della famiglia, il che di certo restringe l'ambito di discrezionalità proprio dell'Amministrazione che, di fatto, potrà manifestare il proprio dissenso ad una assegnazione temporanea solo in



relazione ad specifici ed oggettivi impedimenti; oggettivi impedimenti che, di fatto, non sono stati minimamente manifestati.

Oltre che del tutto illogico, irragionevole ed illegittimo per come sopra evidenziato, il diniego opposto alla richiesta della ricorrente, deve ritenersi anche in contrasto con i principi di correttezza e buona fede.

Difatti, è ben noto ormai, che anche in materia di pubblico impiego, il datore di lavoro pubblico nella gestione del rapporto di lavoro agisce con le prerogative ed i poteri del datore di lavoro privato.

Né può negarsi che l'atto con il quale il datore di lavoro pubblico procede alla concessione o meno dell'assegnazione temporanea di cui all'art.42 bis del D.Lgs. 151/2001, possa qualificarsi atto di natura privatistica di gestione del rapporto di lavoro.

Come costantemente affermato in giurisprudenza, nell'ambito del rapporto di lavoro "privatizzato" alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il giudice sottopone a sindacato l'esercizio dei poteri, esercitati dall'amministrazione nella veste di datrice di lavoro, sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede, siccome regole applicabili anche all'attività di diritto privato alla stregua dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 cost. (Cassazione civile, sez. lav., 30/12/2009, n. 27888).

Pertanto, nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, l'atto del datore di lavoro incidente sulla prestazione lavorativa è un atto paritetico, sicché il Giudice del lavoro ne rileva i vizi secondo le categorie proprie del diritto civile mentre i motivi soggettivi rilevano solo in caso di illiceità. Tuttavia, l'interesse del dipendente al regolare adempimento, da parte del datore di lavoro delle norme procedurali, trova tutela negli obblighi di correttezza



e buona fede, che rilevano come limiti alla discrezionalità del datore di lavoro nell'adempimento dell'obbligazione e consentono al lavoratore di conseguire, in casi di violazione, il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale commisurato alla possibilità di conseguire il risultato (Tribunale Napoli, 10/01/2007).

In caso analogo, il Tribunale di Siracusa in composizione collegiale, con ordinanza del 28.10.2012, ha rilevato che

- l'art.42 bis del D.Lvo 151/2001 rientra tra le norme dettate a tutela dei valori costituzionalmente garantiti inerenti la famiglia, ed in particolare la cura dei figli minori fino a tre anni d'età con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa;

- la disposizione legislativa di cui trattasi ha quale finalità primaria quella di consentire ai bambini, ove possibile, di poter avere una maggiore presenza in casa del genitore lavoratore e quindi di garantire la massima unità familiare, rientrando tra le norme dettate a tutela dei valori inerenti la famiglia, ed in particolare la cura dei figli minori in tenerissima età con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa, garantiti dagli art. 29, 30, 31 e 37 Cost., i quali nel postulare i diritti-doveri dei genitori di assolvere gli obblighi loro incombenti nei confronti della prole, promuovono e valorizzano gli interventi legislativi volti – come appunto l'art. 42 bis d.lgs. n. 151 del 2001 – a rendere effettivo l'esercizio di tale attività.

Su identica questione, relativamente al comparto scuola, si sono recentemente espressi sia il Tribunale di Brescia che il Tribunale di Livorno.

In particolare, il Tribunale di Livorno con ordinanza cautelare del 20.10.2016 ha rilevato che la disposizione in esame è inserita nel T.U.



151/01 in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, con il quale il legislatore ha inteso perseguire una serie di importanti finalità, quale quella di tutelare la salute fisio-psichica della lavoratrice madre, quella di preservare la salute del nascituro e quella, infine, di 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.

Tale norma riconosce al dipendente pubblico, genitore di un figlio minore fino a tre anni, il diritto ad essere assegnato a richiesta, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore ai tre anni, ad una sede di servizio ubicata presso la stessa provincia o regione nella quale lavora l'altro genitore, subordinando tale diritto alla sussistenza di due condizioni cumulative: 1) la presenza di un "posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva" e 2) il previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione, con la precisazione che l'eventuale dissenso deve essere motivato e l'assenso o il dissenso devono essere comunicati all'interessato entro trenta giorni dalla domanda e limitato a casi o esigenze eccezionali (v. art 42 bis citato come modificato dall'art. 14 comma 7 l. 7 agosto 2015, n. 124, da ritenersi applicabile anche nel settore della scuola).

Né potrebbe obiettarsi, come correttamente rilevato dal Tribunale di Brescia (cfr. ordinanza cautelare del 16.03.2016), che nel comparto scuola l'unico istituto applicabile sarebbe l'assegnazione provvisoria disciplinata dal CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie, stante l'assoluta diversità delle finalità sottese ai due istituti.

Invero, l'utilizzazione e l'assegnazione provvisoria sono previste per il reimpiego del personale in soprannumero e per favorire la mobilità

pag. 8



territoriale di durata annuale, in ragione di specifiche e soggettive condizioni del richiedente, mentre, come si è visto, è totalmente diversa la finalità perseguita dal Legislatore con il citato art.42 bis.

A fronte di ciò, a nulla rileva, prosegue il Tribunale di Brescia, che il CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie non abbia recepito il predetto istituto disciplinato con legge.

Invero, l'art.42 bis non mira a 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 e proprio il contemperamento delle esigenze di tutela del fanciullo sancite dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva in Italia, con quelle del buon andamento della P.A. sancite dall'art.97 Cost., ha imposto l'emanazione della disposizione legislativa in esame.

Né potrebbe altresì sostenersi, che l'istituto dell'assegnazione provvisoria disciplinato dal CCNI darebbe comunque attuazione alla disposizione di favore prevista dall'art.42 bis, in quanto detta lettura si porrebbe in contrasto insanabile

- con l'art.2 della L. 176/91 di ratifica ed esecuzione della Convenzione europea dei diritti del fanciullo, che sancisce il divieto di discriminazione e pone una garanzia di tutela per ogni fanciullo sottoposto alla giurisdizione dello Stato;

- con l'obbligo assunto ai sensi dell'art.3 della predetta legge di ratifica, e 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 dev'essere una condizione preminente";



- con l'obbligo assunto nell'art.4 della legge di ratifica, che impone allo Stato di adottare, oltre che 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 di cui all'art. 7, 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 alle loro responsabilità di allevare i figli.

In ogni caso, qualora le previsioni di cui al CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie del 15.06.2016 dovessero ritenersi ostantive all'assegnazione temporanea richiesta, in quanto istituto non espressamente richiamato dalle norme pattizie, lo stesso dovrebbe ritenersi nullo in parte qua ex art.1418 cod. civ. per contrasto con norma imperativa (l'art.42 bis del D.Lvo 151/2001).

Sul periculum in mora

Considerato che il figlio della ricorrente è ancora in tenera età, l'eventuale proposizione di un giudizio di merito vanificherebbe del tutto le finalità della norma, la quale tende ad agevolare la famiglia nel periodo più delicato della vita dei figli.

La distanza tra la sede di residenza familiare (Valverde in provincia di Catania) e la sede di servizio (San Martino di Lupari in provincia di Padova), pari ad oltre 1000 km, impone alla ricorrente di non poter affrontare quotidianamente questo tragitto, togliendole la possibilità di assistere il proprio bambino, con le attenzioni ed il tempo che richiede la



tenera età dello stesso.

La durata media di un giudizio di merito, infatti, rende “altamente probabile” che lo stesso verrebbe definito quando il minore avrebbe un’età in cui è meno necessaria una maggiore presenza della figura materna, derivandone da ciò l’esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile che giustifica la domanda di provvedimento d’urgenza ex art.700 c.p.c..

Addirittura, il Tribunale di Siracusa con l’ordinanza collegiale del 29.10.2012, ha avuto modo di rilevare come “*i tempi dedicati ai quotidiani spostamenti per raggiungere la sede di lavoro e per fare rientro a casa a fine giornata finiscono col comprimere in modo apprezzabile i tempi dedicati dalla ricorrente alla cura del figlio*”.

Il Tribunale ha inoltre evidenziato che “*l’istituto invocato, consentendo l’avvicinamento del pubblico dipendente alla casa familiare, predispone una tutela forte a presidio di valori costituzionali quali il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 29 Cost.), le esigenze proprie del nucleo familiare, meritevole di provvidenze anche di tipo economico per l’adempimento dei propri compiti (art. 31 Cost.), la maternità e l’infanzia (art. 31 comma 2 Cost.)*”.

Ciò rende apprezzabile in questa sede il paventato pregiudizio che i tempi di un giudizio di merito possano significativamente incidere sulla funzione del beneficio, almeno riducendone considerevolmente la durata, ed in ogni caso differendone la fruizione oltre la delicata fase dei primi anni di vita del bambino, nei quali è notoriamente più forte il bisogno delle cure e della presenza della madre in ogni momento della vita quotidiana e corrispondentemente maggiore l’impegno materno – specie se vi è necessità di conciliare i tempi e le esigenze proprie della maternità con quelli di

pag. 11



un'attività lavorativa svolta fuori sede – sì da far apparire non suscettibile di riparazione economica il connesso pregiudizio”.

Pertanto, per quanto sopra esposto, si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, fissata l'udienza di comparizione delle parti, respinta ogni contraria istanza eccezione e difesa, e previa eventuale declaratoria di nullità del CCNI sulle utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie del 15.06.2016, dichiarare ex art.700 c.p.c. il diritto della ricorrente all'assegnazione temporanea ex art.42 bis D.Lgs. 151/2001 presso una sede scolastica ubicata in uno dei comuni indicati nell'istanza di assegnazione temporanea (Ambito n.6 provincia di Catania), ordinando all'Amministrazione resistente di porre in essere tutti i provvedimenti consequenziali.

Per le finalità di cui al D.P.R. 115/2002 come modificato dal D.L. 98/2011 conv. in L. 111/2011, si dichiara che il valore della controversia è indeterminabile ed è esente da contributo unificato come da autocertificazione in atti.

Con ogni statuizione in ordine alle spese, onorari e competenze di causa, di cui si chiede la distrazione ai sensi dell'art.93 cpc in favore del sottoscritto procuratore antistatario.

Si producono i seguenti documenti: domanda di assegnazione temporanea ai sensi dell'art.42 bis del D.Lvo 151/2001, autocertificazione del coniuge della ricorrente, autocertificazione stato di famiglia, provvedimenti dell'Ufficio scolastico provinciale di Catania di assegnazione provvisoria, CCNI utilizzazioni ed assegnazioni provvisorie, ordinanze cautelari dei Tribunali di Siracusa, Brescia e Livorno.

avv. Dino Caudullo

