



TRIBUNALE ORDINARIO di NAPOLI

Sezione LAVORO

Il Tribunale in composizione collegiale nelle persone dei seguenti magistrati:

DOTT. MARIA VITTORIA CIARAMELLA **Presidente**

DOTT. GIOVANNA PICCIOTTI **Giudice Relatore**

DOTT. MARIA ROSARIA PALUMBO **Giudice**

esaminati gli atti del reclamo n. RG 100/2022 LAVORO proposto

da

IL RECLAMANTE, rappresentato e difeso dall'avv. GAETANO GALOTTO presso cui elettivamente domicilia in via S. C. PARADISO, 10, 80138 NAPOLI, CN

RECLAMANTE

C O N T R O

LA RECLAMATA, rappresentata e difesa dall'avv. GELSOMINA D'ANTONIO presso cui elettivamente domicilia in via S. C. PARADISO, 10, 80138 NAPOLI, CN

RECLAMATA

avverso l'ordinanza di rigetto del ricorso cautelare emessa dal giudice del lavoro del Tribunale di Napoli in data 10-11-2021;

uditi i procuratori delle parti;

a scioglimento della riserva di cui all'udienza del 14-2-2022

OSSERVA

Il Tribunale in composizione collegiale giudica il reclamo fondato in quanto l'istanza cautelare, contrariamente a quanto rilevato dal primo giudice, appare assistita da entrambi i requisiti del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*.

Oggetto del giudizio è l'accertamento della illegittimità del diniego opposto dalla RECLAMATA alla richiesta del proprio dipendente di assegnazione temporanea ex art. 2103-bis del CCNL.

art. 42 bis del dlgs 151/2001, in relazione alla nascita del secondo figlio, all'epoca della richiesta ancora minore di tre anni.

Il diniego dell'amministrazione si fonda sulla avvenuta consumazione del periodo complessivo di tre anni previsto dalla legge di cui il dipendente ha già interamente fruito per il primo figlio.

L'ordinanza ex art. 700 c.p.c. del 14-2-2022, disattendendo la tesi attorea, ha rigettato la domanda assumendo che il beneficio possa essere riconosciuto per un periodo massimo di tre anni avuto riguardo all'arco lavorativo del dipendente, essendo, piuttosto, indifferente il numero dei figli.

Ritiene il Collegio, allo stato della presente cognizione a carattere sommario, salva ogni più approfondita valutazione propria della eventuale fase di merito a cognizione piena, di doversi discostare dalla soluzione accolta dal giudice di prime cure.

La cifra della controversia è, evidentemente, l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 42 bis del d.lgs 151/2001 se, cioè, la norma intenda porre un limite temporale assoluto ovvero riconoscere il beneficio, per la durata complessiva di tre anni, ma avuto riguardo a ciascun figlio.

La norma prevede che *“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”.

Alla stregua dei canoni di esegesi, non sembra che il dato letterale sia effettivamente esaustivo rispetto al quesito che si dibatte, non senza dimenticare, poi, che, tra le varie interpretazioni in astratto possibili delle fonti legislative, l'interprete deve, in ogni caso, privilegiare quella più conforme alla Costituzione (v. Corte Cost. n.418/1996; Cass. n. 14900 del 22-10-2002).

Secondo l'interpretazione che si intende disattendere la norma in questione, nel riconoscere la possibilità di usufruire del beneficio “anche in modo frazionato” nell'arco della vita lavorativa del dipendente, prevede, espressamente, “un periodo complessivamente non superiore a tre anni”; che, pertanto, il periodo di tre anni di assegnazione temporanea ad altra sede previsto dalla norma costituisce la durata massima dell'agevolazione, consentendo al lavoratore di gestire detto periodo in relazione alle proprie esigenze, indipendentemente dal numero dei figli.

Tale soluzione non sembra conformarsi ai principi costituzionali che la norma intende tutelare.

Ai fini di un più ordinato iter argomentativo, appare opportuno rammentare –nei limiti di quanto più rileva nella controversia in esame- natura e presupposti del beneficio.

Occorre, quindi, prendere atto del fatto che la norma non configura, in favore del dipendente genitore interessato, un diritto assoluto -e tanto meno potestativo- nei confronti della Amministrazione datoriale alla propria ‘assegnazione’ ad una sede di servizio diversa da quella di appartenenza e, in particolare, dislocata nella Regione o Provincia ove ha piuttosto sede di servizio l’altro genitore.

Tanto si ricava sia dall’utilizzazione del verbo “può” -impiegato nella norma per identificare la natura del potere, non già del dovere, dell’Amministrazione datoriale-, che a tutt’evidenza non coincide con un ‘deve’, sia dalla previsione, in favore dell’Ufficio costituente sede di servizio *a quo*, della possibilità di un “*previo assenso*” (che ovviamente implica la possibilità anche di un simmetrico ‘dissenso’).

Sempre dal punto di vista esegetico, poi, la norma impone (peraltro in ovvia coerenza con il principio ormai assolutamente generalizzato del dovere di motivazione dei provvedimenti a contenuto totalmente o parziale negativo) che l’eventuale diniego di una tale assegnazione sia dall’Amministrazione datoriale “*motivato*”, senza, tuttavia, alcuna specificazione in ordine a quali fatti o circostanze devono segnatamente formare oggetto di una tale motivazione ovvero essere nella stessa contenuti.

In proposito, appare, però significativo che l’art. 14, comma 7, della legge n. 124/2015 ha aggiunto alla previsione dell’obbligo di motivazione l’ulteriore condizione che il rigetto sia “limitato a casi ed esigenze eccezionali”.

Ritiene, pertanto, il Collegio che nell’ipotesi di applicazione dell’art. 42-*bis*, che colloca il diniego in un ambito di chiara residualità (“*eventuale dissenso*”), limitandone l’opponibilità alla richiesta di trasferimento a “*casi o esigenze eccezionali*”, la motivazione dell’atto non può omettere di dare conto, nel quadro della ponderativa comparazione fra l’interesse pubblico e le ragioni di tutela della famiglia (*rectius*: della genitorialità e dei figli minori), della eventuale subvalenza di queste ultime.

Aderendo, quindi, agli arresti della giurisprudenza, in particolare amministrativa – dinanzi alla quale si registra il più nutrito contenzioso- si afferma, in via generale, quanto alla esplicitazione motivazionale delle ragioni a fondamento del denegato trasferimento, che vada escluso che la peculiare qualificazione del dipendente, quand’anche effettivamente rilevante, sia *ex se* sufficiente a validamente supportare il diniego, laddove non formino oggetto di congrua emersione non soltanto la specifica infungibilità del lavoratore stesso (in ragione, appunto, delle funzioni e/o dell’incarico rivestiti presso la sede di servizio *a qua*), ma anche le concrete esigenze organizzative dell’Amministrazione che rischiano di essere compromesse per effetto della diversa adibizione operativa del dipendente.

Queste ultime, in particolare, non possono essere allegate in modo generico, ma necessitano dell’immanente conforto di dimostrabili ed oggettivi elementi di valutazione, suscettibili di consentirne la sindacabilità della sede giurisdizionale sotto i

profili del corretto apprezzamento delle circostanze fattuali, nonché della congruità e della ragionevolezza del percorso logico seguito dall'Amministrazione.

Con riferimento alle “esigenze eccezionali” che possono determinare il provvedimento di diniego, si è, infatti, affermato, da un lato, che l'Amministrazione deve opporre una reale difficoltà conseguente allo spostamento dell'istante e non segnalare disagi o inconvenienti che sono sempre conseguenti al trasferimento di un dipendente da un reparto che così aumenta di una unità la scopertura dell'organico (Tar Trento, 29.1.2019 n. 27; Tar Lazio, Sez. I bis, 15 gennaio 2018, n. 423); dall'altro, che la scopertura dell'organico del reparto di provenienza non può giustificare, di per sé solo, l'adozione di un provvedimento di diniego, seppure costituisce l'argomento principale che l'Amministrazione nell'ambito di una complessiva valutazione può opporre ad una richiesta come quella di cui qui si controverte (Tar Lazio 972/2022 n. 1516).

Tali eccezionali circostanze debbono, in altri termini, riguardare –come si è detto– la specifica posizione lavorativa del dipendente, sicché si rende necessario, affinché la domanda possa essere legittimamente rigettata, che venga comprovata l'indispensabilità e/o insostituibilità del dipendente medesimo il cui trasferimento potrebbe arrecare irrimediabile pregiudizio all'amministrazione (Tar Bolzano, 19 dicembre 2018, n. 358; Cons. Stato, sez. III, 1 aprile 2016, n. 1317; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4.5.2018, n. 1208; v. anche per la casistica più dettagliata, con riferimento alle percentuali di scopertura e alle condizioni di emergenza ovvero di insostituibilità per peculiarità della qualifica o della professionalità, Cons. Stato 11-2-2022 n. 1025; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1368; id. Sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1418; id. sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; id 24-1-2022 n. 475).

Per altro verso, invece, l'indisponibilità di posti vacanti presso la sede di destinazione costituisce, per volontà espressa del legislatore, legittimo motivo di diniego di trasferimento temporaneo.

L'obbligo di motivazione del diniego -nell'accezione dianzi delineata- è evidente proiezione del cono d'ombra dettato dalla *ratio legis* del beneficio dell'assegnazione temporanea, quale è la tutela di valori costituzionali di rango primario, legati alla promozione della famiglia ed al diritto-dovere di provvedere alla cura dei figli.

Si tratta, infatti, di un istituto che ha funzione di agevolare la cura dei minori nella primissima infanzia, e quindi protegge i valori della famiglia, e più in generale della genitorialità, tutelati dall'art. 30 della Costituzione, per cui *"E' dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli"*, e dal successivo art. 31, per cui *"La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo"*.

Nello stesso senso, sono poi le norme di trattati internazionali ai quali l'Italia aderisce, in primo luogo l'art. 24 della Carta di Nizza, per cui *"i bambini hanno diritto*

alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere... In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente...".

Contenuto analogo ha l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni unite 5 settembre 1991 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176, per cui: *"In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati"*.

Né va pretermessa l'ulteriore preordinazione funzionale della disposizione al soddisfacimento di finalità di tutela della parità tra uomo e donna, affermata nella legislazione nazionale (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198) ed avente rilievo costituzionale (artt. 3, 29 e 37 della Costituzione) e sovranazionale (art. 9, 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; artt. 5, comma 1, lett. b), e 16, comma 1, lett. d), della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, stipulata a New York nel 1979 e ratificata con la legge 14 marzo 1985 n. 132), nella misura in cui la presenza di entrambi i genitori, nei primissimi anni di vita della prole, è suscettibile di ottimizzare i compiti di cura dei figli e di consentire un più assiduo impegno nei doveri genitoriali (art. 147 cod. civ.).

(v., sul punto, anche TAR Lombardia –Milano, Sez. III, 25 maggio 2017, n. 1181; Consiglio di Stato, sez. III, ord. 26 febbraio 2016, n. 685, Cons. St., sez. IV, 14.5.2015, n. 2426)

Non si configura, in altri termini, un beneficio per il lavoratore, quanto piuttosto per il minore, vero soggetto debole della tutela la cui realizzazione è affidata ai genitori, quand'anche entrambi impegnati in attività lavorativa.

Infatti, gli artt. 29, 30, 31 e 37 della Costituzione, 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.

Il prodotto della volontà legislativa è stato quindi 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, come confermato anche dal fatto che la norma è contenuta nell'ambito del Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, nel contesto della c.d. legge sui congedi parentali (L. 8.3.2000 n. 53).

Il precipitato logico giuridico delle premesse espresse è che il beneficio dell'assegnazione temporanea sembra dovere essere riconosciuto per ciascun figlio, in quanto ciascuno destinatario della tutela apprestata dalla legge.

Conforta l'opzione esegetica prescelta il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui, sulla specifica questione, si è espresso il principio per il quale il beneficio compete *ex novo* per ogni figlio di età inferiore a tre anni, senza, neppure, che abbia alcuna rilevanza per la nuova prole quanto fruito dal genitore per le sorelle e i fratelli maggiori (v. ex multis TAR Lombardia, 26 aprile 2021, n. 1042, TAR Lombardia, 9 dicembre 2021, n. 2748; TAR Lombardia, III, 10 aprile 2018. n. 962).

Nella fattispecie in esame, pacifica la ricorrenza degli altri presupposti di legge, ritiene il Collegio che l'avvenuta fruizione dell'assegnazione temporanea per un figlio non può costituire un valido motivo per respingere l'istanza ex art. 42 bis D. Lgs. 151/2001 proposta con riferimento a un secondo figlio, anch'esso presente nel nucleo familiare e in età inferiore a tre anni, come, invece, motivato nella comunicazione di diniego del 3-9-2021, oggetto di impugnazione.

Né sembra potere trovare legittimamente ingresso la diversa motivazione introdotta dalla ASL per la prima volta in sede difesa giurisdizionale ed afferente ad asserite necessità organizzative connesse all'emergenza epidemiologica che ha, come noto, avuto ripercussioni in modo particolare sul sistema sanitario.

Nella specie, la motivazione tardivamente opposta dall'amministrazione datoriale a supporto del diniego non appare idonea ad inficiare il buon diritto dell'istante per due ordini di ragioni.

Ammettere che l'amministrazione possa addurre ragioni del tutto nuove e diverse rispetto a quelle indicate nel diniego al beneficio è, in primis, comportamento contrario ai principi civilistici di buona e fede e correttezza nonché di trasparenza dell'azione pubblica ex art. 97 cost.: esso vanifica del tutto il dettato della legge che imponendo l'obbligo di motivare l'eventuale diniego, logicamente, sottende che l'ente di appartenenza dia immediata contezza della prevalenza degli interessi pubblici rispetto a quelli posti in bilanciamento; ciò a fini della delibazione del corretto esercizio del potere discrezionale e del diritto di difesa del lavoratore interessato.

L'effettività della tutela, che la norma mira a garantire, sarebbe del tutto elisa laddove, pur in presenza dei requisiti di legge e, quindi, anche della disponibilità del posto, residuassero spazi ulteriori di discrezionalità nel concedere o meno il consenso, introducendo, a secondo della convenienza o delle considerazioni del momento, sempre nuove ragioni ostative all'assegnazione.

In questo senso deve intendersi la previsione della necessità di contestualmente motivare l'eventuale dissenso, di modo che in ordine alla effettività delle ragioni –che è bene rammentare devono esprimere esigenze realmente eccezionali, tali da giustificare il sacrificio della tutela del nucleo familiare- così come cristallizzate nel provvedimento datoriale sia possibile il sindacato sia da parte del lavoratore interessato che dell'organo giurisdizionale successivamente da questi adito.

Il successivo cambio di rotta –quand’anche si ritenesse ammissibile- è, poi, indice dell’inverosimiglianza delle ragioni surrettiziamente introdotte a paralizzare la pretesa del lavoratore, le quali, in ogni caso, per esaurirsi in definitiva nell’echeggiare luoghi comuni circa l’emergenza sanitaria, senz’altro soffrono, già nella genericità propria delle espressioni assertive, della non comprovata indispensabilità e/o insostituibilità del dipendente medesimo il cui trasferimento potrebbe arrecare irrimediabile pregiudizio all’amministrazione, senza contare il dato fattuale in ordine all’essere il dipendente assente dal servizio, perché in assegnazione provvisoria presso la *Commissione di*, già da tre anni.

In definitiva, ritiene il Collegio che il presente gravame meriti accoglimento non avendo l’Amministrazione dimostrato l’impiego essenziale del dipendente istante nella sede di appartenenza, in modo da rendere recessivi i sopra richiamati prevalenti interessi di rilievo costituzionale e sovranazionale alla tutela della genitorialità e dei fanciulli.

Sussiste, altresì, il *periculum in mora*, ovverosia il pregiudizio concreto ed irreparabile che gli interessi di rango costituzionale, quali la necessità di salvaguardare la unitarietà del nucleo familiare e la continuità dell’assistenza al minore, possano essere irrimediabilmente compromessi nelle more della definizione di un ordinario giudizio di cognizione.

Se, infatti, la finalità del legislatore è quella di favorire il ricongiungimento di entrambi i genitori ai figli ancora in tenera età e la loro contemporanea presenza accanto ad essi nella fase iniziale della loro vita, garantendo, in tal modo, la massima unità familiare, è fin troppo ovvio evidenziare che il mero trascorrere del tempo è ex se ostacolo alla effettività della tutela che sarebbe vanificata se intervenisse a distanza di anni rispetto alla nascita del minore.

L’ordinanza impugnata va, quindi, riformata con conseguente declaratoria del diritto di *Commissione di* alla fruizione dell’assegnazione temporanea come richiesto con la domanda del 13-5-2021.

La obiettiva controvertibilità e la novità della questione giuridica trattata, unitamente al segno della precedente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale in composizione collegiale, quale giudice del lavoro, in riforma dell’ordinanza ex art. 700 c.p.c. dichiara il diritto di *Commissione di* all’assegnazione provvisoria ex art. 42 bis del d.lgs 151/2001 presso la *Commissione di*, come da domanda del 13-5-2021; spese compensate.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 14 febbraio 2022.

Il Presidente

Dott. Maria Vittoria Ciaramella

Il Giudice est.

Dott. Giovanna Picciotti