

N. R.G. 10202/2015



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO**

Sezione Lavoro

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Fabrizio Scarzella  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA CONTESTUALE, ex. art. 429 e 281 sexie cpc**

nella causa iscritta al n. r.g. **10202/2015** promossa da:

**[REDACTED]** (c.f. GBGHTM78T04Z326F ), con il patrocinio degli avv. RUSSO MICHELE e  
CIOFFI FABIO (CFFFBA77D08F839W) PIAZZA DEL FANTE, 2 00195 ROMA; ,

ATTORE;

RICORRENTE

contro

FONDAZIONE IRCCS CA' GRANDA - OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO (C.F. ), con il  
patrocinio dell'avv. **[REDACTED]** e **[REDACTED]**

**[REDACTED]**, 4 20122 MILANO; **[REDACTED]**

**[REDACTED]** 4 20122 MILANO;

CONVENUTO

**CONCLUSIONI**

Le parti hanno concluso come da conclusioni rassegnate negli atti introduttivi.



**CONCISA E CONTESTUALE ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO  
DELLA DECISIONE**

La domanda in esame è fondata.

In via preliminare di merito va innanzitutto evidenziato, secondo recente e autorevole giurisprudenza di legittimità, in materia del tutto sovrapponibile a quella in esame, che *"il diritto del genitore o del familiare lavoratore, che assiste con continuità un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dall'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato, giacché esso - come dimostrato anche dalla presenza dell'inciso ove possibile - può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento tra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive od organizzative del datore di lavoro e per tradursi - soprattutto nei casi in cui si sia in presenza di rapporto di lavoro pubblico - in un danno per l'interesse della collettività, gravando sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto.."* (v. Cass. n. 18223/2011).

Per quanto concerne, più in specifico, la disciplina prevista dall'art. 42 bis d.lg. n. 151 del 2001 va .."premesso che il beneficio di cui all'art. 42-bis, d.P.R. 26 marzo 2001 n. 151 - consistente nella possibilità per il pubblico dipendente con un figlio di età inferiore a tre anni di chiedere l'assegnazione ad una sede di servizio nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa - non costituisce un diritto incondizionato del dipendente, ma è rimesso ad una valutazione relativamente discrezionale dell'Amministrazione ed è soggetto ad una duplice condizione, in quanto la norma lo consente " subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione ... detta duplice condizione è tassativa, nel senso che in caso contrario il beneficio non può essere concesso, con la conseguenza che, pur quando ricorra il requisito della vacanza e disponibilità del posto, il beneficio può essere negato



in considerazione delle esigenze di servizio della struttura di provenienza e di quella di destinazione (cfr. Cons. Stato, III, n. 1677/2014 e n. 6031/2014)” (v. Consiglio di Stato 3805/2015).

“La disposizione richiamata mira prioritariamente a garantire la tutela della genitorialità, sia pure in una prospettiva di comparazione con l'interesse all'organizzazione ad al buon funzionamento degli uffici.. *la complessa ponderazione degli interessi*, implicata dalla disposizione richiamata, *deve trovare adeguata esplicitazione nella motivazione del provvedimento impugnato, senza che la mera considerazione delle vacanze in organico possa valere a giustificare la compressione delle prioritarie esigenze di salvaguardia della genitorialità*, specie ove sussistano scoperture in organico anche presso la sede richiesta dal dipendente” (v. tar –lazio 8163/2013); “...*in ragione della natura e della particolare delicatezza dell'interesse privato a presidio del quale la norma è stata dettata, l'eventuale diniego va necessariamente preceduto da una valutazione comparativa degli interessi contrapposti con l'obbligo, per il datore di lavoro, di verificare se sia prioritaria la tutela dell'integrità dei figli e della famiglia o la garanzia delle esigenze di servizio che il mantenimento del dipendente nell'ufficio di provenienza intende soddisfare; di tale bilanciamento tra contrapposti interessi va dato conto nella motivazione del provvedimento in maniera adeguata*” (v. tar Ancora n. 266/2015).

Il Tribunale adito, in materia, statuiva, con sentenza del 16.4.2014, che “l'esercizio della facoltà pubblicistica trova limite nel carattere non arbitrario e strumentale delle proprie decisioni, sostanziandosi, nel caso di specie, la verifica del rispetto di tale limite nell'onere di motivazione del diniego di assegnazione temporanea di guisa che, attraverso il riscontro della congruenza e della consistenza delle ragioni addotte (evidentemente riferite agli interessi generali di cui è portatrice la Pubblica Amministrazione) risulti controllabile da parte del lavoratore e, successivamente, sindacabile in sede giurisdizionale, la correttezza del suo operato; .. *l'onere di motivazione del dissenso dell'Amministrazione di provenienza ...non puo' esaurirsi in motivazioni di stile o apparenti, dovendosi "analizzare con particolare attenzione la*



*situazione dell'ufficio di provenienza, dandone specificatamente conto nella motivazione*, al fine di consentire la valutazione se ed in che termini l'accoglimento della domanda porterebbe all'ufficio di appartenenza un concreto, effettivo e irrimediabile disagio, tale da indurre a ritenere che esigenze di servizio debbano prevalere sulla tutela della maternità, costituzionalmente sancita, e dell'unità familiare, previste dalla norma di cui è invocata l'applicazione" (Trib. Novara, 29 giugno 2009) e di quello di destinazione, attraverso il deposito di idonea documentazione attestante l'insussistenza di posti vacanti e disponibili in organico presso la sede di destinazione”.

Sul punto, anche il Tribunale di Busto Arsizio, con sentenza n. 499/2014, statuiva che “l'art. 42 bis d.lg. n. 151 del 2001 pone sul datore di lavoro pubblico l'onere di giustificare anticipatamente il diniego all'assegnazione temporanea domandata da un dipendente, in modo tale che, attraverso la verifica sotto il profilo della congruenza e della consistenza delle ragioni concrete addotte sia verificabile da parte del lavoratore e, successivamente, sindacabile in sede giurisdizionale, la correttezza del suo operato, a pena di condanna giudiziale all'assegnazione presso la sede di destinazione domandata” (v. T. Busto Arsizio n. 499/2014).

Nel merito la domanda avanzata dal ricorrente ai sensi dell'art. 42 bis L. n. 151/2001 appare fondata visto che l'azienda ospedaliera di destinazione, a seguito della nuova richiesta di assegnazione temporanea avanzata dal ricorrente con lettera del 19.4.2015, in data 4.6.2015 assentiva alla istanza “subordinatamente all'assenso da parte dell'azienda” resistente (v. doc. n. 8 di parte ricorrente); che l'azienda resistente non rispondeva alla identica richiesta avanzata dal ricorrente con lettera del 19.4.2015 (v. doc. n. 7 di parte ricorrente); che la resistente, così facendo, violava il precetto contenuto nell'art. 42 bis L. n. 151/2002 che prevede la comunicazione della motivazione dell'eventuale dissenso al richiedente entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza; che la tesi giuridica sostenuta sul punto dalla resistente non è dirimente visto che l'azienda, con comunicazione del mese di aprile del 2015 (v. doc. n. 10 di parte resistente), faceva altresì presente, nel ribadire il rigetto della domanda, oltre alla



mancanza dell'assenso della azienda di destinazione la durata temporanea del rapporto di lavoro della moglie del ricorrente, la cui scadenza era pervista per il mese di giugno 2015 (v. doc. n. 10 di parte resistente); che, pertanto, la richiesta avanzata dal ricorrente in data 21.4.2015, ricevuta dalla resistente il 3.6.2015, attestando la durata a tempo indeterminato del nuovo rapporto di lavoro reperito dalla moglie, integrava una nuova e diversa domanda di assegnazione temporanea rispetto alla precedente, essendo fondata su ulteriori elementi fattuali; che la condotta tenuta dalla resistente appare contraria al precetto contenuto nell'art. 42 bis L. n. 151/2001 anche qualora si ritenesse che l'azienda, a seguito del diniego comunicato al ricorrente con lettera del 6.3.2015, non fosse tenuta a ribadire nuovamente la propria contrarietà stante la persistenza delle identiche ragioni organizzative precedentemente comunicate al lavoratore e la contestuale volontà del ricorrente di fruire di congedo parentale a decorrere dal 15.6.2015 (v. par. 15 della memoria); che, infatti, l'azienda resistente, con la comunicazione del 6.3.2015, motivava in maniera del tutto generica il proprio diniego facendo riferimento a non meglio precisate e quantificate - in relazione ad esempio all'entità numerica dell'eventuale scopertura organica- "attuali esigenze organizzative e funzionali" e a una non meglio giustificata, anche sotto il profilo causale, "non disponibilità del posto che si renderebbe temporaneamente libero"; che nel caso di specie l'obbligo previsto dall'art. 42 bis L. n. 151/2001 in capo al datore di lavoro di motivare il proprio dissenso e di comunicarlo tempestivamente all'istante appare sicuramente disatteso visto che l'azienda resistente specificava le ragioni sottese all'atto impugnato soltanto in sede processuale; che, infatti, in base a quanto espressamente stabilito dalla norma in esame, il singolo datore di lavoro ha l'obbligo di motivare il proprio dissenso entro il termine di trenta giorni dalla richiesta avanzata dal lavoratore al fine evidente di consentirgli di verificare l'effettiva sussistenza e rilevanza delle ragioni opposte alla propria istanza anche al fine di valutare l'eventuale opportunità di una azione giudiziale; che, in caso contrario, in caso cioè di ritenuta validità giuridica di un diniego espresso dal datore di lavoro entro il termine di legge in maniera generica



attraverso formule di stile e/o apparenti, il singolo lavoratore sarebbe sempre costretto ad adire la competente autorità giudiziaria anche soltanto in via esplorativa per conoscere, in maniera specifica e dettagliata, le eventuali effettive ragioni organizzative ostative alla sua istanza con conseguente sopportazione di oneri di spesa e processuali ingiustificati e per fini estranei a quelli previsti dal nostro ordinamento giuridico ; che nel caso di specie, come statuito dalla sopra richiamata giurisprudenza di merito, l'azienda avrebbe pertanto dovuto, nella comunicazione adottata il 6.3.2015, "analizzare con particolare attenzione la situazione dell'ufficio di provenienza, dandone specificatamente conto nella motivazione, al fine di consentire la valutazione se ed in che termini l'accoglimento della domanda porterebbe all'ufficio di appartenenza un concreto, effettivo e irrimediabile disagio, tale da indurre a ritenere che esigenze di servizio debbano prevalere sulla tutela" della paternità, "costituzionalmente sancita, e dell'unità familiare, previste dalla norma di cui è invocata l'applicazione"; che è in ogni caso irrilevante la concomitante presentazione, da parte del ricorrente, di una richiesta di congedo parentale trattandosi di istituto distinto da quello in esame per la natura giuridica, per i presupposti fattuali, per la diversa durata e per la diversa entità del compenso previsto.

Il ricorso in esame appare fondato anche nel merito visto che la resistente, anche in giudizio, non prova, in maniera sufficientemente attendibile, come era suo onere, ex. art. 2697 c.c, la sussistenza di ragioni organizzative, gestionali e funzionali prevalenti rispetto al diritto alla genitorialità azionato dal ricorrente in ricorso e di entità tale da giustificare il rigetto, "de plano", dell'istanza avanzata da quest'ultimo tenuto conto che i testi [REDACTED] e [REDACTED] non erano in grado di confermare in causa il numero dei dipendenti a tempo indeterminato cessati nel 2015; che l'azienda resistente, nel 2015, procedeva alla "stabilizzazione" di circa una novantina di lavoratori somministrati (v. dich. [REDACTED]); che ancora oggi l'azienda attinge alla graduatoria dei lavoratori risultati idonei all'esito del concorso pubblico bandito sulla gazzetta ufficiale il 8.6.2012 per procedere all'assunzione di nuovi lavoratori a tempo



indeterminato (v. dich. ██████████); che l'organico del O.S.S., da marzo a settembre 2015, cresceva di due unità con orario "full time"; che il ricorrente non veniva mai assegnato alla centrale di sterilizzazione, ove sono addetti quattro O.S.S., a causa del suo mancato inserimento nel percorso formativo previsto (v. dich. ricorrente e ██████████); che gli O.S.S., presso la resistente, sono fra loro fungibili (v. dich. ██████████); che la stessa resistente, a fronte delle esigenze familiari dedotte dal lavoratore, consigliava a quest'ultimo – o quantomeno prospettava (v. dich. ██████████ e doc. 12 di parte resistente) -di usufruire del congedo parentale previsto dalla legge nel medesimo periodo senza addurre, anche per ragioni di mera opportunità, specifiche ragioni organizzative che avrebbero sconsigliato il relativo godimento (v. ██████████).

Da quanto appena esposto appare pertanto evidente, anche ai sensi dell'art. 2729 c.c., che la stessa resistente non riteneva l'eventuale prolungata assenza del ricorrente dal lavoro ostativa al buon andamento della propria organizzazione sanitaria e che in giudizio non sono in ogni caso allegare e provate circostanze idonee a dimostrare, in maniera sufficientemente specifica ed attendibile, l'effettiva configurabilità di rilevanti problemi o disagi organizzativi, gestionali e funzionali direttamente connessi all'eventuale accoglimento della richiesta tempestivamente presentata dal ricorrente, prima del compimento di tre anni di età del figlio, ai sensi dell'art. 42 bis L. n. 105/2001, anche in relazione alla "non disponibilità del posto" da lui occupato "ai fini di una nuova assunzione", avuto anche riguardo al periodo di assenza nel frattempo fruito dal ricorrente per congedo parentale e alla indimostrata concomitante verifica di eventuali ingenti disservizi organizzativi.

Da quanto esposto discende pertanto l'accoglimento del ricorso con conseguente illegittimità del diniego impugnato e con condanna dell'azienda resistente ad acconsentire all'istanza di assegnazione temporanea richiesta dal ricorrente, per il periodo massimo di tre anni, presso l'azienda ospedaliera regionale "San Carlo" di Potenza.



Quanto fin qui esposto è assorbente rispetto all'esame delle restanti istanze ed eccezioni, anche istruttorie, delle parti, avuto anche riguardo alla richiesta produzione in giudizio, da parte del ricorrente, di un certificato medico del 10.12.2015.

Compensi professionali liquidati nella misura indicata in dispositivo, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'esito e della esigua durata della causa (poco più di quattro mesi dal deposito del ricorso).

**P.Q.M.**

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

dichiara illegittimo il diniego del nulla osta all'assegnazione temporanea richiesta dal ricorrente ai sensi dell'art. 42 bis DLG n. 151/2001 e per l'effetto condanna Fondazione Irccs Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico, in persona del legale rappresentante pro-tempore, ad acconsentire all'istanza di assegnazione temporanea, per il periodo massimo di tre anni, richiesta dal ricorrente presso L'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza, oltre al rimborso dei compensi professionali liquidati in complessivi euro 3000,00, oltre accessori di legge

Milano, 05/02/2016

Il Giudice  
dott. Fabrizio Scarzella

