

Pubblicato il 24/01/2022

N. 00129/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01079/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1079 del 2021, proposto da

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Chiaia Noya e Adriano Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento del Vice Capo Dipartimento del Personale dello Stato Maggiore dell'Esercito Italiano del 17 agosto 2021, prot.-OMISSIS-, notificato il 20 agosto 2021, recante rigetto dell'istanza di assegnazione temporanea nella sede di Bari, ai sensi dell'art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001, proposta dall'odierno ricorrente;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 l'avv. Donatella Testini e udito per la parte ricorrente il difensore avv. Adriano Garofalo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Espone preliminarmente il ricorrente – Caporal Maggiore Capo dell'Esercito Italiano, attualmente in servizio presso l'82° Reggimento Fanteria “-OMISSIS-”, in Barletta – di essere coniugato, con due figlie in tenera età.

Con istanza del 10 giugno 2021, il sig. -OMISSIS-chiedeva, ai sensi dell'art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001, di essere assegnato, in via temporanea, in una sede lavorativa in Bari, al fine di avvicinarsi alla città dove si trova il luogo di lavoro della moglie, madre delle sue due figlie.

Con provvedimento notificato il 20 agosto 2021, il Dipartimento del Personale dello Stato Maggiore dell'Esercito Italiano l'anzidetta richiesta, a fronte della rilevata insussistenza dei presupposti *“perché possa concedersi l'assenso alla temporanea assegnazione (2^ condizione) intimamente connessa con le esigenze di Forza Armata nella specie non soddisfatte, in ragione della carenza, presso la sede richiesta, della possibilità di collocare utilmente l'istante alla luce dell'incarico da questi posseduto e per il quale è stato formato (fuciliere)”*.

Rilevava, inoltre, l'Amministrazione militare che l'interessato, presso la sede di Bari, non avrebbe trovato *“utile collocazione organica, in ragione della carenza di posti occupabili quale “fuciliere”. Situazione che non consente l'assegnazione dell'istante*

per il periodo temporale previsto dalla norma invocata, pena l'ingenerarsi di evidenti criticità organico funzionali non sostenibili per gli enti interessati, derivanti dall'eventuale assegnazione in altra posizione organica, circostanza che costringerebbe l'Amministrazione a riqualificare l'istante in altro incarico ed a sostenere, pertanto, oneri finanziari e strumentali non derivanti da esigenze di natura pubblicistica e, come tali, non giustificabili”.

2. Queste le censure articolate con il presente mezzo di tutela avverso l'anzidetta determinazione:

2.1) *Errata applicazione dell'art. 45, comma 31-bis, del D.Lgs. 29 maggio 2017, n. 95, come introdotto dall'art. 40, comma 1, lettera q), del D.Lgs. 27 dicembre 2019, n. 172.*

Nell'osservare come l'Amministrazione, nel gravato provvedimento, abbia sostenuto che *“per il personale militare trova applicazione l'integrazione di cui all'art. 45, comma 31-bis, del D.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, aggiunta dall'art. 40, comma 1, lettera q), del D.Lgs. 27 dicembre 2019 n. 172, secondo cui “il diniego è consentito per motivate esigenze organiche e di servizio” e non più per “esigenze eccezionali” di cui alla disciplina di carattere generale”*, assume parte ricorrente che le disposizioni sopra indicate non trovino applicazione, relativamente al personale militare.

Il comma 31-bis dell'art.45 del D.Lgs n. 95 del 2017, introdotto dal comma 1, lettera q), dell'art. 40 del D.Lgs. n.172 del 2019, ha, infatti, carattere derogatorio rispetto alla disciplina generale, rappresentata dall'art. 42-bis del D.Lgs n. 151/2001: e troverebbe applicazione, secondo la prospettazione di parte, esclusivamente nei confronti delle Forze di Polizia (e non anche, quindi, con riferimento al personale militare).

2.2) *Sui motivi dichiarati ostativi all'accoglimento dell'istanza: eccesso di potere per illogicità e falsità dei presupposti. Eccesso di potere per sviamento e presupposizione. Violazione dell'art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001. Eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione. Eccesso di potere carente e presupposta istruttoria.*

Nel ribadire che la presentazione dell'istanza anzidetta abbia trovato

fondamento nell'esigenza di ricongiungimento al nucleo familiare (insediato a Bari), il ricorrente evidenzia che le disposizioni applicabili escludono che l'assegnazione a diversa sede di servizio debba necessariamente avvenire con riferimento al medesimo incarico (nella fattispecie: fuciliere) rivestito, ma possa riguardare (anche) uno di natura equivalente dal punto di vista retributivo (in proposito, soggiungendosi come, dallo stesso gravato provvedimento, emerga la disponibilità, in Bari, di posizioni di graduato).

2.3) Sulla ritenuta esistenza di motivi ostativi di natura organizzativa: Violazione dell'art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001. Eccesso di potere per carenza dei presupposti. Eccesso di potere per insufficienza, illogicità e perplessità della motivazione. Eccesso di potere per contraddittorietà e falsità dei presupposti. Eccesso di potere per irragionevolezza. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per omessa valutazione comparativa delle esigenze contrapposte. Eccesso di potere per sviamento e ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con legge n. 176 del 1991.

Il provvedimento oggetto di censura risulta, comunque, in contrasto con le statuizioni dell'art. 42-bis del D.Lgs. n. 151 del 2001.

Tale norma consente il diniego di trasferimento temporaneo soltanto per casi o esigenze eccezionali che comportano, per l'Amministrazione, l'onere di motivare l'eventuale diniego con riferimenti specifici e parametrati alla professionalità del militare ed alla conseguente sua insostituibilità nella sede di appartenenza.

Nella fattispecie all'esame, è stata dall'Amministrazione evocata la sola carenza di posti nella sede auspicata, ma non anche la presenza di criticità organiche nei ruoli della sede di appartenenza.

Nella gravata determinazione, in particolare, non sarebbero ravvisabili i seguenti elementi:

- indicazione di criticità organica della sede di appartenenza (Barletta);

- indicazione di criticità organica nell'ambito territoriale del comando direttamente superiore a quello di appartenenza;
- esistenza di peculiari esigenze operative della sede di appartenenza che consiglino oggettivamente la partenza del ricorrente;
- indicazione della circostanza che l'interessato svolga un ruolo di primaria importanza nell'ambito della sede di appartenenza che lo renda insostituibile;
- inserimento del ricorrente in un programma o in una missione speciale ad altissima valenza operativa.

Sarebbe, inoltre, mancata alcuna ponderazione comparativa fra le esigenze organizzative dell'Amministrazione (peraltro, genericamente enunciate) ed il diritto del richiedente, caratterizzato dal primario rango costituzionale riservato alla tutela delle genitorialità.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

3. L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

4. La rilevata sussistenza dei presupposti indicati all'art. 60 c.p.a. consente di trattenere la presente controversia – portata all'odierna Camera di Consiglio ai fini della deliberazione dell'istanza cautelare dalla parte ricorrente incidentalmente proposta – ai fini di un'immediata definizione nel merito.

Prevede infatti la disposizione da ultimo citata che, *“in sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata”*.

Nel precisare che le parti presenti all'odierna Camera di Consiglio sono state al riguardo sentite, il ricorso all'esame si rivela fondato.

5. Come rivelato dal contenuto dell'avversata determinazione, l'Amministrazione ha negato la provvisoria assegnazione a sede diversa, rispetto a quella di appartenenza, dell'odierno ricorrente (genitore di due figli, entrambi in tenera età), in applicazione dell'art. 45, comma 31-*bis*, del D.lgs. 29 maggio 2017, n. 95 (come modificato dall'art. 40, comma 1, lett. *q*), del D.Lgs. 27 dicembre 2019, n. 172), il cui perimetro di operatività, ad avviso del Collegio, va limitato ai soli appartenenti alle "Forze di polizia" (in termini, cfr. sentenza di questa Sezione, 27 settembre 2021, n. 1395).

Tale disposizione prevede che, *"al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui al presente decreto legislativo"* (ovvero: le "Forze di polizia"), le previsioni di cui all'art. 42-*bis* del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 *"si applicano esclusivamente in caso di istanza di assegnazione presso uffici della stessa Forza di polizia di appartenenza del richiedente, ovvero, per gli appartenenti all'Amministrazione della difesa, presso uffici della medesima. Il diniego è consentito per motivate esigenze organiche o di servizio"*.

6. Se il chiaro tenore normativo della previsione di legge, come sopra riportato, esclusivamente concerne gli appartenenti alle "Forze di polizia" (dimostrandosi insuscettibile di trovare applicazione, in ragione della specialità della norma, anche nei confronti del personale delle "Forze armate": cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2021, n. 196; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 937), va, conseguentemente, escluso che il richiamo ad essa – operato nella gravata determinazione – sia corretto.

Segnatamente, l'art. 42-*bis* prevede che il genitore con figli minori fino a tre anni di età, dipendente di Pubbliche Amministrazioni, comprese le Amministrazioni dello Stato (art. 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165), anche ad ordinamento militare, seppur *"tenendo conto del particolare stato rivestito"* (art. 1493, comma 1, del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante Codice dell'Ordinamento militare), può essere assegnato a richiesta di parte

(anche in modo frazionato) *“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”,* ciò *“subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione”*.

La disposizione, ulteriormente, precisa che *“l'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali”*.

La finalità della previsione di legge in rassegna – preordinata alla tutela dell'interesse alla genitorialità ed al correlato soddisfacimento dell'interesse della prole in minore età – appieno sono sussumibili nel quadro delle generali previsioni costituzionali (artt. 30 e 31 della Costituzione) e sovranazionali di protezione (art. 24, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, stipulata a New York nel 1989 e ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176).

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.).

Quanto sopra posto, l'art. 42-*bis* del D.Lgs. 26 marzo 2001 n. 151, considerata la peculiare rilevanza degli interessi in gioco, ha stabilito che,

ferma restando il riscontro della sussistenza di un *“posto vacante e disponibile di corrispondente posizione”* (e non di “identica” posizione e/o qualificazione funzionale), il diniego dell’assegnazione provvisoria si connota, di norma, con carattere di assoluta “eventualità”: e necessita, comunque, di adeguata motivazione, in quanto *“limitato a casi o esigenze eccezionali”*.

Per le sole forze di polizia, l’art. 45, comma 31-*bis*, del D.Lgs. 29 maggio 2017, n. 95, consente, diversamente, di denegare la richiesta adibizione ad altra sede di servizio, al ricorrere di *“motivate esigenze organiche o di servizio”*.

7. Quanto alla vicenda all’esame, la resistente Amministrazione:

- se, da un lato, ha erroneamente applicato, come dianzi rilevato, una disposizione operante per le sole Forze di Polizia;
- ha, d’altro canto, omesso di esplicitare la presenza – e la specifica consistenza – di taluno dei *“casi o esigenze eccezionali”*, in rapporto al *“particolare stato rivestito”* dal militare, suscettibili di rendere recessiva l’altrimenti preminente considerazione della tutela del minore.

Il provvedimento gravato, in modo peraltro perplesso e contraddittorio, pur ammettendo la disponibilità di un *“posto vacante e disponibile”*, ha, nondimeno, escluso che nella richiesta sede di Bari sia, in atto, rinvenibile la scopertura di un posto di “fuciliere”.

Ad avviso del Collegio, quello di “fuciliere” non costituisce affatto un incarico particolare, né indica una peculiare qualificazione infungibile del militare, integrando mero elemento esplicitativo *“della comune qualità generica del soldato di fanteria armato di fucile, ossia fornito dell’armamento di base”*; dovendo, in tal senso, escludersi che *“una tal qualifica, non particolarmente specialistica, giammai possa precludere ex se l’applicazione dell’art. 42-bis d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151”* (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 1395/2021 cit.).

In generale, quanto alla esplicitazione motivazionale delle ragioni a fondamento del denegato trasferimento, va escluso che la peculiare qualificazione del militare, 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 militare 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 di legittimità sotto i profili del corretto apprezzamento delle circostanze fattuali, nonché della congruità e della ragionevolezza del percorso logico seguito dall'Amministrazione.

A fortiori, nell'ipotesi di applicazione dell'art. 42-*bis* del D.Lgs. n. 151 del 2001 – 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.

8. Nell'escludere che il gravato provvedimento rechi una puntuale emersione delle ragioni ostative al denegato trasferimento dell'odierno ricorrente, peraltro richiesto a titolo di “assegnazione provvisoria” al fine di avvicinarsi alla residenza del nucleo familiare, ritiene il Collegio che il presente gravame meriti accoglimento, con conseguente annullamento del provvedimento gravato e degli atti ad esso connessi, non avendo l'Amministrazione dimostrato l'impiego essenziale del militare 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.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.
Il contributo unificato va rifuso, in applicazione dell'art. 13, comma 6-*bis*.1, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il gravato provvedimento di diniego e gli atti ad esso connessi.

Condanna l'Amministrazione della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, al pagamento delle spese di lite, in favore del ricorrente sig. --OMISSIS- in misura pari ad € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre accessori come per legge e refusione del contributo unificato, ove versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Alfredo Giuseppe Allegretta, Presidente FF

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

Lorenzo Ieva, Referendario

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Alfredo Giuseppe Allegretta

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.