

Pubblicato il 11/06/2024

N. 00744/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00578/2024 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 578 del 2024, proposto da

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

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Stato Di Bari, domiciliataria ex lege in Bari, via Melo, 97;

per l'annullamento

del diniego all'istanza assegnazione ex art. 42-bis. D.lgs. n. 151/01 - personale militare – di cui al provvedimento del Di.Pe. dello S.M.E. prot. n. M_D AB62BE8 REG2024 0030032 del 08.04.24, notificato il 10.04.2024.

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 6 giugno 2024 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'istante, militare dell'Esercito italiano, con incarico di "Fuciliere", in servizio effettivo dal 16.3.2010 presso l'-OMISSIS- in Barletta espone:

- che il coniuge, da cui ha avuto una figlia nata il 4.3.2021, esercita la sua attività lavorativa di dipendente a tempo indeterminato presso una società privata, con sede in Racale (LE);

- che con istanza del 16.1.2024 ha chiesto, ai sensi dell'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001, di essere assegnato, in una sede lavorativa (E/D/R/C) presente in Lecce per avvicinarsi alla città (e provincia) dove è presente il luogo di lavoro (Racale) della moglie.

- con atto del 2.2.2024, notificato il 6.2.2024 il Dipartimento del Personale (Di.Pe.) dell'Esercito Italiano comunicava, ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241/90, l'esistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza;

- dopo le interlocuzioni istruttorie con provvedimento del 8.4.24, notificato il 10 aprile 2024, il Vice Capo Dipartimento del Personale dello Stato Maggiore dell'Esercito, comunicava il non accoglimento dell'istanza presentata dal Gr. Ca. -OMISSIS- sulla scorta delle seguenti ragioni.

7.a.) In primo luogo richiamava la normativa di riferimento e rappresentava che i benefici di cui all'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/01, finalizzati alla tutela della genitorialità e l'infanzia, possano essere concessi "all'esito di una valutazione discrezionale delle Pubbliche Amministrazioni" e che per il personale militare tale valutazione debba essere fatta con maggior ponderatezza delle esigenze organizzative della Forza Armata, in ragione dei suoi compiti istituzionali di difesa. Richiamava, quindi, la normativa del

Codice dell'Ordinamento Militare applicabile alla fattispecie.

7.b) In secondo luogo rappresentava che per il personale militare troverebbe 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 portata dall'art. 42-bis del D.lgs. n. 151/01.

7.c) In terzo luogo secondo luogo (pag. 2) rappresentava che presso gli E/D/R/C dislocati nella provincia di Lecce (Lecce, Otranto e Surbo) «... le 690 posizioni organico – retributive per la categoria Graduati risultano tutte utilmente occupate. Peraltro, non sussiste la possibilità di collocare utilmente l'interessato anche con il proprio profilo professionale di "Fuciliere", in ragione della carenza di posizioni occupabili»;

7.d) Infine, rappresentava che "... nelle citate sedi sono presenti ulteriori U.O. a carattere interforze, la cui alimentazione avviene tramite canali non ordinari, sulla base di specifiche richieste di personale e previa verifica del possesso di determinati requisiti, necessari per l'assolvimento del compito chiesto, nel caso di specie non assolti in considerazione delle limitazioni di impiego derivanti dalla finalità perseguita con l'eventuale assegnazione temporanea, ovvero la tutela della genitorialità".

L'istante quindi ha impugnato gli atti in epigrafe deducendo seguenti motivi:

A sostegno dell'impugnazione interposta ha dedotto le seguenti censure, così rubricate:

1. Sulla inapplicabilità, al caso di specie 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;
2. Sulla ritenuta esistenza di motivi ostativi di natura organizzativa:

Violazione art. 42-bis d.lgs. n.151/2001. 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 art. 3 della legge n. 241/90. Eccesso di potere per omessa valutazione comparativa delle esigenze contrapposte. Eccesso di potere per sviamento e ingiustizia manifesta. Violazione art. 3 Convenzione sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20.11.1989 e ratificata con legge 176/1991;

3. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta. Eccesso di potere per carenza di presupposti. Eccesso di potere per perplessità ed incomprendibilità della motivazione.

In particolare, il ricorrente lamenta che non è gli stata contestata dall'Amministrazione la vacanza di posti in organico, nella medesima posizione retributiva di parte ricorrente (Graduato Capo), presso un Ente dislocato nella richiesta sede di Lecce, essendosi - invece - concentrate le ragioni di diniego sulla "carenza di posizioni occupabili nel proprio profilo professionale" di fuciliere presso la possibile ed alternativa sede di destinazione, inadeguate ai fini in questione, vieppiù in ragione della temporaneità del trasferimento e della funzione dell'istituto invocato.

Ha citato giurisprudenza amministrativa a supporto, anche di questo Tribunale.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa.

Il ricorrente ha successivamente svolto e ribadito le proprie difese.

Alla camera di consiglio del 6 giugno 2024, è stato dato avviso ex art. 60 Cod. Proc. Amm.; quindi, la causa è stata introitata per la decisione.

1. Il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

La controversia si incentra sull'applicabilità nel caso di specie dei benefici previsti dall'art. 42-bis del d.lgs. n. 151/2001.

La predetta norma, in uno spirito di particolare favore per il genitore

dipendente e per il figlio minore, prevede la possibilità per il pubblico dipendente, con un figlio di età inferiore a tre anni, di chiedere l'assegnazione temporanea, anche in modo frazionato e per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, ad una sede di servizio nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa.

2. Tale disposizione è pacificamente applicabile anche al personale delle forze armate ed è rivolta a dare protezione a valori di rango costituzionale (cfr. T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 7 luglio 2021, n. 1663; Cons. Stato Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1366; Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6577; Sez. II, 26 agosto 2019 n. 5872; Sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993; Sez. IV, 14 ottobre 2016, n. 4257).

Pertanto, ogni eventuale limitazione o restrizione nell'applicazione del beneficio a favore del dipendente, deve essere sorretta da una motivazione stringente, in grado di fare emergere con chiarezza le ragioni effettive che inducono a ritenere prevalenti le ragioni di servizio sul bisogno assistenziale addotto alla base della richiesta di assegnazione temporanea.

In ogni caso, poi, un provvedimento di segno negativo deve essere, oltreché motivato, “limitato a casi o esigenze eccezionali”, come chiarito testualmente dalla suddetta disposizione (in termini TAR per la Calabria, Reggio Calabria, 22.7.2019, n. 461; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, n. 899 del 16.4.2018 e TAR Lombardia, Milano, Sez. III, n. 1171 del 25.5.2017).

3. Tale orientamento è stato ribadito più di recente anche dal Consiglio di Stato (Sez. V, 7.2.2022, n. 811) il quale ha rilevato che l'art. 42-bis del D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche), come modificato dall'art. 14, comma 7, della L. n. 124 del 2015, 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 D.lgs. 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”.

Infatti, quando una norma (come appunto l'indicato art. 42-bis) fa riferimento specifico, ai fini della delimitazione del suo ambito di applicazione, all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, essa si deve intendere applicabile al personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni, così come ivi individuate, nella massima ampiezza dell'estensione di tale categoria (Consiglio di Stato, Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6016).

In tal senso, peraltro, è ormai intervenuto un espresso riferimento normativo costituito dall'art. 40, comma 1, lett. q), d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172 che ha aggiunto il comma 31 bis all'art. 45 del d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95 (“Disposizioni in materia di revisione dei ruoli delle Forze di polizia, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a, della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”), ai sensi del quale “Al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui al presente decreto legislativo, le disposizioni di cui all'articolo 42-bis, comma 1, del decreto legislativo 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”.

4. Nel caso di specie, non si rinvencono le condizioni, prescritte dalla legge, per sorreggere il provvedimento di diniego dell'assegnazione temporanea.

Fondate e assorbenti sono le censure con cui il ricorrente deduce, essenzialmente, l'eccesso di potere che vizierebbe il diniego impugnato alla luce della successiva individuazione di alcune posizioni per il profilo professionale di "fuciliere" rivestito dal ricorrente presso la sede di Lecce.

In particolare, secondo il ricorrente tra i due provvedimenti con il quali l'amministrazione ha dichiarato che le 690 posizioni di "graduato" esistenti in Lecce sono "tutte utilmente occupate" (il preavviso di rigetto del 2.2.2024 e il provvedimento di rigetto del 8.4.2024), in data 15.3.2024, sarebbe stata adottata dallo steso DiPe., la "Circolare per i trasferimenti a istanza di parte con carattere ordinario" per l'anno 2024, in cui sono poste a concorso le disponibilità di posti esistenti sul territorio nazionale.

Da tale circolare, a pag. 96, si ricaverebbe l'esistenza nell' "elenco delle sedi, incarichi/posizioni organiche disponibili categoria graduati", presso le sedi dell'Esercito Italiano di Lecce, di 10 posti liberi di graduato.

Tale assunto, ribadito anche nel corso della camera di consiglio, merita adesione posto che non sono emersi elementi di segno contrario atti a smentire tale elemento di novità, il quale rende necessario un riesame della richiesta del graduato alla luce di tali sopravvenienze.

5. Inoltre, in disparte la contestata questione dell'applicabilità per il personale militare dell'art. 45 comma 31 bis del decreto legislativo 29 maggio 2017, n. 95, aggiunto dall'art. 40, comma 1 lettera q) del decreto legislativo 27 dicembre 2019 n. 172 (secondo cui "il diniego è consentito per motivate esigenze organiche e di servizio" e non più per "esigenze eccezionali" come previsto nella disciplina, di carattere generale, di cui al predetto art. 42-bis - cfr. il preavviso di rigetto, che, comunque, non spinge il favor per le esigenze di servizio dell'Amministrazione al punto di consentire una motivazione generica inerente alle ragioni di servizio, come

pure - in ogni caso - avvenuto nel caso in esame), si osserva che “l’art. 42 bis del decreto legislativo n. 151/2001 espressamente subordina l’assegnazione temporanea “alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione” (T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Prima, 12 gennaio 2023, n. 85).

Orbene, nella fattispecie concreta in esame, non è stata adeguatamente contestata dall’Amministrazione la vacanza di posti in organico, nella medesima posizione retributiva di parte ricorrente, presso un Ente dislocato nella richiesta sede di Lecce, essendosi - invece - concentrate le ragioni di diniego sulla mancanza della mansione di “fuciliere” con la qualifica di graduato, presso la possibile ed alternativa sede di destinazione, inadeguate ai fini in questione.

6. Neppure la motivazione del diniego ha adeguatamente effettuato l’indefettibile valutazione comparativa tra i contrapposti interessi pubblici e privati (di rilievo costituzionale), anche in ragione del carattere temporaneo della fruizione del beneficio de quo e del congiunto interesse alla tutela della paternità e della maternità (“la cui esplicazione è ancor più forte e sentita nei primi anni di vita” - T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Prima, 29 maggio 2023, n. 828), essendosi l’Amministrazione limitata a fare generico riferimento al “necessario bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco di natura privatistica e pubblicistica”, che tuttavia - come dedotto dal ricorrente - la P.A. non ha realmente compiuto: invero, “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” (T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Seconda, 24 gennaio 2022, n. 129).

7. Di conseguenza, l’impugnato diniego va annullato e, quale obbligo

conformativo, l'Amministrazione dovrà riesaminare la domanda del ricorrente alla luce delle statuizioni oggetto della presente sentenza.

8. Sussistono i presupposti di legge per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettera f), e 9, paragrafi 2 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, e all'articolo 2-septies, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Desirée Zonno, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Blanda

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO

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