

Pubblicato il 06/07/2023

N. 00970/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00676/2023 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 676 del 2023, proposto da

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Chiaia Noya e Adriano Garofalo, con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Chiaia Noya in Bari, via Manzoni, n. 15;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria *ex lege* in Bari, via Melo, n. 97;

per l'annullamento

- del provvedimento del Vice Capo Dipartimento del Personale dello Stato Maggiore dell'Esercito Italiano del 11.05.2023, prot. n. M_D AB62BE8 REG2023 0040710, notificato il 16.05.2023 (all. 1), portante il rigetto dell'istanza di assegnazione temporanea in una sede di Lecce, ai sensi dell'art. 42bis del D.lgs. n.

151/01, proposta dal Graduato Capo -OMISSIS-;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché non conosciuti dal ricorrente.

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 28 giugno 2023 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano;

Dato avviso ai sensi dell'art. 60 Cod. Proc. Amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Il ricorrente espone, in particolare, che:

- è Graduato Capo dell'Esercito Italiano, in servizio effettivo dal 4 febbraio 2018 presso l'82° Rgt. Fanteria "Torino" in Barletta con incarico di "fuciliere";

- la moglie, con la quale ha avuto una figlia minore, nata il 29 febbraio 2020, esercita la sua attività lavorativa di dipendente a tempo indeterminato in Lecce;

- con istanza del 22 febbraio 2023 ha chiesto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 42-*bis* del decreto legislativo n. 151/2001, di essere assegnato, in via temporanea, in una sede lavorativa "*in Lecce per avvicinarsi alla città (e provincia) dove è presente il luogo di lavoro (Lecce) della moglie, madre di sua figlia*";

- con atto del 23 marzo 2023, il Dipartimento del Personale (Di.Pe.) dell'Esercito Italiano ha comunicato, ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, l'esistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza;

- con provvedimento in data 11 maggio 2023, prot. n. M_D AB62BE8 REG2023 0040710, notificato il 16 maggio 2023, il Vice Capo Dipartimento del Personale dello Stato Maggiore dell'Esercito, richiamando

“i motivi già rappresentati in sede di preavviso di rigetto”, ha opposto diniego all’istanza presentata dal Graduato Capo ricorrente.

L’Amministrazione - preso atto (cfr. il preavviso di rigetto, cui il diniego rinvia) che *“nel caso in esame il Graduato ha dimostrato di possedere i requisiti soggettivi/oggettivi di cui al precedente alinea”,* cioè *“(essere pubblico dipendente, altro genitore del minore esercitante attività lavorativa in provincia/regione diversa da quella dell’istante, figlio minore di anni 3)”* - ha motivato le determinazioni negative adottate *“in ragione della carenza, presso la sede richiesta, della possibilità di collocare utilmente l’istante alla luce del profilo professionale da questi posseduto e per il quale è stato formato (fuciliere)”* (cfr. il preavviso di rigetto) nonché ancora (si vedano il preavviso e il diniego) della non sussistenza della *“possibilità di collocare utilmente l’interessato in ragione della carenza di posizioni occupabili nel proprio profilo professionale”, id est di fuciliere, evidenziando, poi, in particolare, che:*

- *“nella citata sede sono presenti ulteriori U.Q. a carattere interforze, la cui alimentazione avviene tramite canali non ordinari, sulla base di specifiche esigenze rappresentate 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 d’impiego derivanti dalla finalità perseguita con l’eventuale assegnazione temporanea, ovvero la tutela della genitorialità”;*

- *“La rilevata situazione, nel necessario bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco di natura privatistica e pubblicistica, non consente al momento la definizione in senso favorevole dell’istanza. L’eventuale assegnazione del Graduato, per il periodo previsto dalla normativa invocata, determinerebbe evidenti criticità sotto il profilo organico, funzionale, operativo e/o di necessaria riqualificazione/formazione dell’istante a premessa dell’abilitazione ad altra mansione, i cui oneri risulterebbero né sostenibili né giustificabili per l’Amministrazione in alcun modo”.*

1.1 - Il ricorrente ha impugnato, domandandone l’annullamento, il succitato provvedimento del Vice Capo Dipartimento del Personale dello Stato Maggiore dell’Esercito Italiano in data 11 maggio 2023, prot. n. M_D

AB62BE8 REG2023 0040710 nonchè tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

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 incomprensibilità della motivazione.*

In particolare, il ricorrente ha lamentato, essenzialmente, che nella fattispecie concreta in esame, non è 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.

1.2 - Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa.

1.3 - Il ricorrente ha successivamente svolto e ribadito le proprie difese.

1.4 - All'udienza in camera di consiglio del 28 giugno 2023, è stato dato avviso *ex art. 60 Cod. Proc. Amm.*; indi, la causa è stata introitata per la decisione.

2. - Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

2.1 - Fondante e assorbenti sono le censure con cui il ricorrente deduce, essenzialmente, l'inadeguatezza degli opposti rilievi di natura mansionistica (profilo professionale di "*fucliere*") e la genericità della motivazione.

2.2 - Invero, il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dalle precedenti pronunce di questo Tribunale, rese in fattispecie analoghe (in particolare, T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Prima, 29 marzo 2021, n. 544, T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Prima, 12 gennaio 2023, n. 85).

2.3 - Anche 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", il che depone per l'inadeguatezza di eventuali opposti profili di natura mansionistica (T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Prima, 29 marzo 2021, n. 544)>> (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" presso la possibile ed alternativa sede di destinazione, inadeguate ai fini in questione. 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).

2.4 - 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.

3. - In ultimo, *<<è opportuno evidenziare che, come precisato dal Dipartimento della Funzione Pubblica (nota n. 192 del 4.5.2004), "l'ambito temporale del beneficio, ovvero se l'assegnazione temporanea in esame debba essere, in ogni caso, limitata fino al compimento dei tre anni di età dei minori" va inteso nel senso che "il limite di età (... figli al di sotto dei tre anni), stabilito dalla disposizione, è il requisito soggettivo che dà diritto al beneficio, determinandone l'arco temporale entro il quale va fatta la richiesta e*

non il limite entro cui deve necessariamente concludersi l'assegnazione provvisoria”.

Dunque, la circostanza che il ricorrente abbia proposto l'istanza prima che la figlia compisse i tre anni di vita rende l'istanza ancora esaminabile>> (T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Prima, 29 marzo 2021, n. 544; in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Seconda, 18 settembre 2020, n. 1011, con cui si è concluso, anche con il richiamo a giurisprudenza del Consiglio di Stato - “C.d.S, III, 10.1.2014, n. 51”, “C.d.S, III, 8.4.2014, n. 1677” - che “quello dei tre anni di età del minore rappresenti unicamente il dies ad quem di formulazione dell'istanza ex art. 42 bis l. citata (che oltre tale termine non può pertanto più essere formulata), e non anche il limite oltre il quale il beneficio non possa più utilmente essere concesso>>)>> (T.A.R. Puglia, Bari, Sezione Prima, 12 gennaio 2023, n. 85).

4. - In conclusione, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento del provvedimento impugnato, nei sensi di cui in motivazione.

5. - 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) accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto, nei sensi espressi in motivazione.

Spese compensate.

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 nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte ricorrente e i soggetti nominati.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2023 con
l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirèe Zonno, Consigliere

Maria Luisa Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO

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