

Pubblicato il [REDACTED]

N. 00 [REDACTED] 2025 REG.PROV.COLL.
N. 00 [REDACTED] 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 585 del 2024, 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 legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria
ex lege in Ancona, corso Mazzini, 55;

per l'annullamento

previa sospensione

del provvedimento del Dipartimento Impiego del Personale dello Stato
Maggiore dell'Esercito Italiano, prot. n. M_D AB62BE8 REG [REDACTED]
dell'[REDACTED] di diniego assegnazione temporanea ai sensi dell'art. 42-*bis* del
D.Lgs. n. 151/2001.

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 nell'udienza pubblica del giorno [REDACTED] il dott. Tommaso
Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente, graduato scelto dell'Esercito Italiano in servizio presso il [REDACTED] Rgt. "[REDACTED]" impugna il provvedimento dello Stato Maggiore dell'Esercito - Dipartimento per l'Impiego del Personale indicato in epigrafe, recante il rigetto dell'istanza di assegnazione temporanea presso un reparto dell'Esercito dislocato a [REDACTED], presentata dal ricorrente ai sensi dell'art. 42-*bis* del D.Lgs. n. 151/2001.

2. In punto di fatto il graduato scelto -OMISSIS-espone:

- di essere coniugato con la signora -OMISSIS- (la quale svolge attività lavorativa presso una ditta di [REDACTED]), con cui ha avuto un figlio, nato l'[REDACTED];
- di avere presentato l'istanza di assegnazione temporanea presso un reparto dell'Esercito dislocato a [REDACTED] in modo da avvicinarsi al luogo dove è stabilita la residenza del nucleo familiare;
- di essersi visto notificare, in data 26 settembre 2024, il preavviso di diniego, fondato sulle seguenti ragioni: i) anche per il personale militare troverebbe applicazione la novella di cui all'art. 45, comma 31-*bis*, del D.Lgs. n. 95/2017, introdotta dall'art. 40, comma 1, let. q), del D.Lgs. n. 172/2019, secondo cui "... *Il diniego è consentito per motivate esigenze organiche e di servizio...*" e non più unicamente per esigenze eccezionali, come prevede invece a livello generale l'art. 42-*bis*; ii) impossibilità di collocare utilmente il militare presso il reparto di Rimini alla luce del profilo professionale dallo stesso posseduto ("operatore comunicazioni operative"); iii) deficitaria situazione organica presso il [REDACTED] [REDACTED] per quanto concerne l'incarico in questione;
- di avere presentato le proprie osservazioni e di avere altresì formulato istanza di accesso agli atti al fine di conoscere la situazione organica del reparto di appartenenza (tale istanza è stata accolta, limitatamente alla situazione organica del ruolo Graduati e dell'incarico di "operatore comunicazioni operative");
- di essersi visto infine notificare il diniego di assegnazione temporanea, il quale, oltre che sulle medesime ragioni indicate nel preavviso di diniego, si fonda sulle ulteriori seguenti considerazioni: i) nel caso del personale militare le istanze *ex art. 42-bis* vanno esaminate con maggiore ponderatezza, tenendo conto del particolare *status* dei militari e delle esigenze operative delle Forze Armate; ii) nella specie tali esigenze impongono di non privare il [REDACTED]

■ già in situazione di criticità organica, di un'ulteriore unità lavorativa, tenuto anche conto del fatto che l'interessato non trova utile collocazione presso il reparto di ■

3. Ritenendo illegittimo il predetto diniego il graduato scelto -OMISSIS-lo impugna deducendo le seguenti censure:

a) violazione dell'art. 45, comma 31-*bis*, del D.Lgs. n. 95/2017, introdotto dall'art. 40, comma 1, let. q), del D.Lgs. n. 172/2019.

In parte qua il ricorrente evidenzia, in sintesi, che, come ritenuto da una ormai consolidata giurisprudenza (*ex plurimis*, Cons. Stato, n. 9552/2023), la novella di cui al comma 31-*bis* dell'art. 45 del D.Lgs. n. 95/2017 si applica solo alle Forze di Polizia, siano esse a ordinamento civile che militare, e non anche al personale delle Forze Armate che non svolge compiti di polizia. Fra l'altro, poiché l'art. 45, comma 31-*bis*, è una norma eccezionale che deroga alla disposizione di carattere generale di cui all'art. 42-*bis* del D.Lgs. n. 151/2001, la sua applicazione analogica al di fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore è vietata ai sensi dell'art. 14 delle preleggi;

b) violazione dell'art. 42-*bis* del 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 L. n. 241/1990. 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 novembre 1989 e ratificata con L. n. 176/1991.

Con il secondo motivo il ricorrente contesta le asserite ragioni organizzative della Forza Armata che osterebbero all'accoglimento della sua istanza, evidenziando che:

- la concessione del beneficio previsto dall'art. 42-*bis* del D.Lgs. n. 151/2001 presuppone la presenza sia di requisiti soggettivi in capo al richiedente (i quali nella specie non sono messi in dubbio dallo Stato Maggiore dell'Esercito), sia di requisiti oggettivi. Questi secondi riguardano: i) l'esistenza, nella sede di assegnazione richiesta dal dipendente, di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva; ii) quando il movimento interessa amministrazioni diverse, il consenso dell'ente di provenienza e di quello di destinazione. Quando il movimento riguarda invece uffici della stessa amministrazione, l'assenza di casi o esigenze eccezionali che giustificano il

diniego;

- nella specie, lo S.M.E. ha negato l'assegnazione temporanea in quanto presso la sede di [REDACTED] vi sarebbe una carenza assoluta di disponibilità di posizioni occupabili nel profilo professionale posseduto dal ricorrente, omettendo però di verificare se esistono posizioni di analogo profilo retributivo. Inoltre è stata evidenziata la situazione di sottoalimentazione organica del [REDACTED], relativamente al profilo di "operatore comunicazioni operative";

- tali motivazioni sono però insufficienti a legittimare il diniego qui impugnato. Per quanto riguarda il primo requisito, infatti, l'art. 42-*bis* parla di "corrispondente posizione retributiva" e non di "incarico" o di "profilo professionale", per cui la corrispondenza "in concreto" fra le mansioni svolte presso l'amministrazione di provenienza e quelle da svolgere presso l'amministrazione di destinazione può venire in rilievo solo se l'assegnazione è richiesta presso un'altra amministrazione (la quale non può essere costretta a modificare la propria pianta organica solo per consentire il trasferimento temporaneo del dipendente di un'altra amministrazione). Nella sede di [REDACTED] esistono invece numerosi posti vacanti per la posizione retributiva in cui è inquadrato il ricorrente (Graduato scelto). Per quanto riguarda il secondo requisito, lo S.M.E. non ha dato conto dell'esistenza di casi o di esigenze eccezionali, avendo comprovato solo una situazione di sottoalimentazione del [REDACTED] che tuttavia non attinge livelli critici (si parla del 6% di carenza organica per il ruolo di Graduato e del 31% di carenza per l'incarico specifico di "operatore comunicazioni operative"). Al riguardo va ricordato che con la sentenza n. 961/2020, i cui principi sono stati recepiti anche da numerose sentenze successive del G.A., il Consiglio di Stato ha cercato di individuare alcune fattispecie tipiche, seppure non tassative, nelle quali si possa ravvisare l'esistenza di casi o esigenze eccezionali. Per quanto di interesse nel presente giudizio, il livello di scopertura critico è stato individuato nella percentuale del 40% dei posti in organico per una determinata qualifica, mentre altre ipotesi che potrebbero astrattamente rilevare attengono allo specifico incarico ricoperto dal dipendente (il quale non potrebbe essere utilmente svolto da nessun altro militare);

- nel caso odierno nessuno di tali presupposti è però ravvisabile, vista la percentuale di scopertura dichiarata dalla stessa amministrazione e tenuto conto del fatto che il ricorrente non svolge alcuna mansione infungibile (essendo di fatto impiegato quale "[REDACTED]" nella Compagnia in cui è

inquadrate) e non è impegnato in missioni operative o in altre analoghe attività. Va inoltre considerato che, come reso noto dall'amministrazione, presso il [REDACTED] esistono ben 233 posizioni organiche di "operatore comunicazioni operative", per cui il trasferimento temporaneo del ricorrente aggraverebbe le carenze organiche del Reggimento solo dello 0,45%;

- in ogni caso lo S.M.E., pur dichiarandolo, non ha di fatto compiuto alcun bilanciamento dei contrapposti interessi, dimenticando la *ratio* che è alla base dell'art. 42-*bis* del D.Lgs. n. 151/2001 e trincerandosi dietro generiche esigenze funzionali del reparto di appartenenza del dipendente.

4. Per resistere al ricorso si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa, ribadendo la legittimità dell'operato dello Stato Maggiore dell'Esercito.

Con ordinanza n. 10/2025 il Tribunale aveva accolto la domanda cautelare, ma tale provvedimento è stato riformato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1028/2025 (la riforma, peraltro, si fonda solo sul profilo dell'assenza del *periculum in mora*, motivata dal giudice di secondo grado in ragione della distanza chilometrica esistente fra Pesaro e Rimini).

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica dell'[REDACTED] 2025.

5. Il ricorso merita accoglimento, ritenendo l'odierno Collegio di confermare quanto statuito dal T.A.R. in sede cautelare con riguardo al *fumus boni iuris* (mentre il profilo del *periculum in mora* non è più rilevante in sede di merito).

5.1. Va anzitutto osservato, in punto di fatto, che il Ministero della Difesa non ha smentito il ricorrente nella parte in cui il Graduato scelto -OMISSIS- dichiara di svolgere presso il [REDACTED] l'incarico di "[REDACTED]" (ossia un incarico del tutto routinario e non specialistico). Né è stata smentita l'affermazione secondo cui presso il reparto di [REDACTED] esistono posti vacanti del ruolo di Graduato scelto.

5.2. Passando invece a trattare dei profili di diritto si deve anzitutto evidenziare che il provvedimento impugnato si fonda su un presupposto fondamentale, ossia che la novella di cui al D.Lgs. n. 172/2019 si applica anche al personale militare (tesi non a caso ribadita anche negli scritti difensivi del Ministero della Difesa). Questo presupposto, ad avviso del Tribunale, ha condizionato in maniera decisiva la decisione avversata dal Graduato scelto -OMISSIS-, ancorché nel provvedimento (e poi negli scritti difensivi dell'amministrazione) siano richiamate anche alcune disposizioni del D.Lgs. n. 66/2010 che legittimerebbero comunque un'applicazione più restrittiva dell'art. 42-*bis* nei riguardi del personale militare. Partendo proprio da

quest'ultimo profilo, è certamente vero che il personale militare possiede uno *status* del tutto peculiare rispetto al personale civile delle amministrazioni pubbliche, ma l'art. 1493, comma 1, C.O.M. non stabilisce alcuna specifica limitazione alla fruizione dei benefici di legge previsti per consentire l'esercizio pieno della genitorialità da parte del personale militare. La norma, in effetti, ha natura meramente programmatica e comunque va interpretata nel senso che la fruizione dei benefici in parola deve avvenire tenendo conto dello *status* peculiare del personale militare (e così, ad esempio, il fatto che un militare sia stato assegnato temporaneamente presso una diversa sede di servizio ai sensi dell'art. 42-*bis* non osta all'impiego dell'interessato negli ordinari servizi di caserma, in missioni internazionali al seguito del reparto in cui presta servizio, in operazioni di soccorso alla popolazione in occasione di calamità, etc.).

In ogni caso, e con questo si passa a trattare del profilo dirimente della vicenda, la disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 42-*bis* del D.Lgs. n. 151/2001, il quale subordina la possibilità di negare l'assegnazione temporanea alla comprovata sussistenza di “...*casi o esigenze eccezionali*...”. Non è invece applicabile al personale militare, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, la disciplina derogatoria introdotta di cui all'art. 45, comma 31-*bis*, del D.Lgs. n. 95/2017, visto che tale *corpus* normativo si applica solo alle Forze di Polizia, siano esse a ordinamento civile che militare. Va infatti ricordato che il D.Lgs. n. 95/2017 è stato adottato in forza della delega di cui all'art. 8, comma 1, let. a), della L. n. 124/2015, in cui non si menziona mai il personale delle Forze Armate. Stesso discorso vale per il decreto “correttivo” n. 172/2019. Per cui se il legislatore delegato avesse dettato disposizioni applicabili anche al personale militare sarebbe incorso in un evidente eccesso di delega. Ma, peraltro, è sufficiente la piana lettura dell'art. 45, comma 31-*bis*, per rendersi conto che le relative disposizioni si applicano solo alle Forze di Polizia.

Da ciò consegue che il diniego di assegnazione temporanea del personale militare non può essere fondato su “...*motivate esigenze organiche o di servizio*...”, essendo necessario il *quid pluris* di cui all'art. 42-*bis*.

5.3. Altro profilo criticabile del provvedimento impugnato risiede nel fatto che lo Stato Maggiore dell'Esercito ha preteso di valutare la concreta impiegabilità del ricorrente presso la sede di [REDACTED] tenendo conto del suo profilo professionale, laddove l'art. 42-*bis* parla espressamente di “...*corrispondente posizione retributiva*...”. Ora, e soprattutto quando il trasferimento temporaneo

riguarda uffici della medesima amministrazione, è arduo sostenere che il concetto di “corrispondente posizione retributiva” comprende anche lo specifico incarico ricoperto dal richiedente, dovendosi quantomeno dimostrare (il che non è avvenuto nella specie) che un Graduato scelto a cui è assegnato l’incarico di “operatore comunicazioni operative” percepisce un trattamento economico diverso rispetto ad un qualsiasi altro Graduato scelto. Peraltro, come detto, il ricorrente sostiene di non svolgere in concreto l’incarico per il quale è stato addestrato e qualificato, per cui *a fortiori* il diniego impugnato appare immotivato sotto il profilo in esame.

5.4. Resta da esaminare l’ultimo profilo rilevante, ossia l’effettiva sussistenza di un caso eccezionale, il che nella specie riguarderebbe la situazione organica del [REDACTED]. Al riguardo va premesso che il Collegio non condivide la sentenza del Consiglio di Stato n. [REDACTED]/2020 nella parte in cui è stata apoditticamente fissata una percentuale di scopertura minima (40%) in presenza della quale si possa definire “critica” la situazione dell’amministrazione “cedente”, mentre sicuramente condivisibile è lo sforzo ermeneutico profuso dal giudice amministrativo di ultima istanza per individuare altre situazioni che possono dirsi eccezionali. Fra queste, con riguardo al caso di specie, rilevano le ipotesi in cui il militare richiedente l’assegnazione temporanea possenga un incarico pressoché insostituibile (si pensi, ad esempio, agli artificieri, ai piloti di caccia da guerra, agli addetti al puntamento di sistemi missilistici di ultima generazione, etc.) e/o sia impiegato (o ne sia previsto l’imminente impiego) in attività operative di particolare delicatezza (ad esempio, missioni internazionali, esercitazioni in ambito NATO, etc.).

Nella specie, però, il Ministero non ha addotto al riguardo alcuna specifica situazione ostativa che interessi il Graduato scelto -OMISSIS-, per cui anche sotto questo profilo il diniego è immotivato.

6. Per tutte le suesposte ragioni il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato. In esecuzione della presente sentenza lo Stato Maggiore dell’Esercito dovrà dunque celermente rideterminarsi sulla domanda presentata dal ricorrente, tenendo conto dei principi di diritto di cui ai precedenti paragrafi e del disposto dell’art. 10-*bis* della L. n. 241/1990 (nella parte in cui la norma dispone che “...*In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell’esercitare nuovamente il suo potere l’amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti*

dall'istruttoria del provvedimento annullato...'). Va infine ricordato che, in caso di accoglimento dell'istanza, il triennio di assegnazione temporanea decorre dalla data del provvedimento, visto che l'art. 42-*bis* non lega il periodo massimo di permanenza presso la sede di assegnazione al compimento del terzo anno di vita del minore. Del resto qualsiasi altra interpretazione in molti casi priverebbe di concreta utilità il trasferimento, quando lo stesso venga disposto a molti mesi di distanza dalla data di presentazione della domanda (e la vicenda del ricorrente rientra proprio in tale casistica, visto che il figlio del Graduato scelto -OMISSIS-compirà tre anni il prossimo XXXXXXXXXX).

Le spese del giudizio si possono tuttavia compensare, anche alla luce dell'esito della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei termini di cui in motivazione e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitanio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Tommaso Capitanio

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO