

Publicato il 11/05/2022

N. 03719/2022REG.PROV.COLL.

N. 07515/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7515 del 2021, proposto da Ministero dell'Economia e delle Finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza - Comando Regionale della Guardia di Finanza -OMISSIS-, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi 12,

contro

il signor -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariapaola Marro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in -OMISSIS-, via Primaticcio 8,

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la -OMISSIS- n. -OMISSIS-, resa tra le parti e concernente un trasferimento temporaneo ai sensi dell'art. 42-bis del decreto legislativo n. 151/2001.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2022 il Cons. Stefano Filippini e udito l'avv. Patrizia Perugini in sostituzione dell'avv. Mariapaola Marro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Finanziere Scelto -OMISSIS-, in data 4.11.2019 ha presentato un'istanza, ai sensi dell'art. 42 *bis* del D.Lgs. n. 151/2001, volta a ottenere il trasferimento temporaneo dal Comando Regionale -OMISSIS- G. di F. – Gruppo Pronto Impiego di -OMISSIS- – ad un reparto ubicato nell'ambito della provincia di -OMISSIS-, al fine di poter assolvere alle proprie funzioni genitoriali nei confronti del figlio minore nato il 09.03.2019. L'Amministrazione, all'esito dell'istruttoria, con determinazione n. 146744 in data 10.06.2020, ha rigettato l'istanza di impiego.

Avverso tale determinazione l'interessato ha proposto ricorso al T.A.R. -OMISSIS- eccependo violazione di legge ed eccesso di potere sotto più profili.

Il TAR ha prima concesso la misura cautelare e poi, con la sentenza n. -OMISSIS-, in epigrafe indicata, ha annullato l'atto amministrativo sul rilievo che lo stesso è motivato con argomenti che, pur presenti, non integrano “quella eccezionalità” di condizioni organizzative che consente all'Amministrazione, gravata dal relativo onere probatorio, di negare legittimamente il beneficio.

Ha proposto appello il Ministero dell'Economia e delle Finanze, lamentando: violazione e falsa applicazione degli artt. 42 *bis* d.lgs. 151/2001 e 45, comma 31 bis del d.lgs. n. 95/2017; invasione della sfera discrezionale dell'amministrazione ed erronea valutazione degli atti di causa. In particolare, il gravame evidenzia che il testo base dell'art. 42 *bis*, comma 1, del d.lgs. n. 151/2001 (T.U. delle disposizioni

legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), nella sua formulazione originaria, prevede che il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche possa richiedere l'avvicinamento temporaneo a sede prossima alla famiglia (subordinatamente alla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione) con la precisazione che *“L'eventuale dissenso deve essere motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali”*. Tuttavia, il legislatore ha successivamente avvertito la necessità di valorizzare - nell'ambito del contesto normativo - la specificità delle Forze armate e di polizia attraverso la previsione di cui all'art. 45, comma 31 bis del D.lgs. n. 95/2017 (inserito dall'art. 40, comma 1, lett. q), del D.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172, pubblicato sulla gazzetta ufficiale in data 05.02.2020 e pertanto in vigore dal 20.02.2020), secondo cui *“...al fine di assicurare la piena funzionalità delle amministrazioni di cui al presente decreto legislativo, le disposizioni di cui all'art. 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...”*. E dunque, la normativa applicabile al provvedimento amministrativo di causa non prevedeva più, al fine di legittimare il diniego di riavvicinamento al figlio, la ricorrenza di situazioni eccezionali, essendo sufficienti *“motivate esigenze organiche o di servizio”*; esigenze che nella specie l'Amministrazione aveva effettivamente rappresentato, ma che il TAR aveva giudicato inidonee ad integrare quell'eccezionalità richiesta dalla normativa base sopra richiamata.

Si è costituito l'appellato con memoria difensiva che, nel chiedere il rigetto del gravame, ha affermato che comunque la motivazione adottata dall'Amministrazione in sede di diniego è stata generica (non precisandosi l'entità delle vacanze in -

OMISSIS- e rivestendo il militare un profilo generico, facilmente sostituibile, mentre in -OMISSIS- vi sono esigenze di copertura posti).

Questo Consiglio, nel provvedere sull'istanza cautelare, pure proposta dall'appellante, con ordinanza del 14 settembre 2021, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata, sul rilievo che il provvedimento amministrativo appariva supportato da adeguata motivazione, mentre le argomentazioni contenute nella sentenza appellata non si attagliavano al caso di specie, nel quale comunque ricorrevano le particolari esigenze di servizio della sede di appartenenza, tali da giustificare il diniego di trasferimento temporaneo; né quest'ultimo poteva essere assimilato al trasferimento a tempo determinato di cui l'interessato aveva già beneficiato in passato, avendo quest'ultimo breve durata.

Sulle difese e conclusioni in atti, la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 26 aprile 2022.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Come affermato dall'appellante, e già ritenuto da questo Consiglio in sede cautelare, l'introduzione della previsione normativa di cui all'art. 45, comma 31 *bis* del d.lgs. n. 95/2017 (inserito dall'art. 40, comma 1, lett. q), del d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172, pubblicato sulla gazzetta ufficiale in data 05.02.2020 e pertanto in vigore dal 20.02.2020), ha modificato, per le Forze armate e di polizia, le condizioni di applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 42-*bis*, comma 1, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, prevedendo che l'Amministrazione di appartenenza possa negare il beneficio "... *per motivate esigenze organiche o di servizio...*", superando quindi il precedente regime che limitava la possibilità di diniego ai soli casi di esigenze eccezionali.

Dunque, a far data dal 20 febbraio 2020, a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 172 del 2019, le ragioni di servizio che ostano all'assegnazione temporanea del

personale militare o delle forze di polizia, pur dovendo essere effettive e adeguatamente rappresentate, non devono più avere il detto carattere della eccezionalità.

Quanto al provvedimento di causa, è fondamentale rimarcare che la determina di rigetto è stata adottata in data 10 giugno 2020 e richiama espressamente l'art. 45, comma 31 bis del d.lgs. n. 95/2017, indicando come ostative le preminenti esigenze della sede di titolarità la quale, pur non presentando una scopertura elevata o patologica, presenta comunque un significativo vuoto di organico ed è ubicata in un contesto connotato da peculiari esigenze operative.

Si è dunque in presenza di motivazione effettiva e non illogica, relativa ad istanza di trasferimento temporaneo di durata ben maggiore rispetto a quelli di cui in precedenza l'interessato aveva beneficiato (peraltro sulla base di pressanti esigenze connesse alla salute e alla gravidanza della coniuge).

L'appello va dunque accolto.

Sussistono tuttavia, ad avviso del Collegio, adeguate ragioni, stante la peculiarità della vicenda, per disporre la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado 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 Roma nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Francesco Frigida, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Filippini

IL PRESIDENTE
Giovanni Sabato

IL SEGRETARIO