



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 128 del 15 dicembre 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

Alla Corte costituzionale la norma sul trasferimento temporaneo per esigenze familiari in una ipotesi in cui il coniuge dell'interessato presta servizio presso una sede che non si trova nella medesima regione presso cui si chiede il trasferimento.

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza non definitiva 15 novembre 2023, n. 9795 Pres. Greco, Est. Tulumello

Vigili del fuoco (corpo dei) – Assegnazione temporanea per la cura del figlio – Presupposto – Sede di servizio del coniuge - Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42-bis, comma 1, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (recante "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 mago 2000, n. 53"), inserito dall'art. 3, comma 105, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, per violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, nella parte in cui subordina la possibilità di ottenere il trasferimento funzionale alla tutela delle esigenze familiari al fatto che il coniuge del richiedente abbia la propria attività lavorativa (e non l'attività lavorativa o la residenza del nucleo familiare, ove le nozioni non coincidano) nella stessa Provincia o Regione ove è ubicata la sede di servizio presso la quale si domanda il trasferimento (1).

(1) I. – Con la sentenza non definitiva in rassegna, la terza sezione del Consiglio di Stato, dopo aver escluso la possibilità di praticare un'interpretazione adeguatrice dell'art. 42-bis, comma 1, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, evidenziando che l'elemento della sede di servizio del coniuge, probabilmente conforme - quale parametro di riferimento per individuare la localizzazione territoriale del nucleo familiare, e le relative esigenze di unità e stabilità - ad un criterio di normalità sociale al momento dell'introduzione della disposizione normativa (circa un ventennio or sono), e dunque tale da costituire in modo non irragionevole il perno della disciplina della tutela del nucleo familiare in relazione agli spostamenti dettati da esigenze lavorative dei suoi

componenti adulti, si presta ora - anche a seguito dei mutamenti indotti negli ultimi due decenni (non escluso quello relativo al c.d. lavoro a distanza), e comunque alla maggiore facilità di spostamenti quotidiani fra regioni limitrofe - ad applicazioni che possono tradire o frustrare l'intenzione del legislatore, con violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione. Il Consiglio di Stato, nell'occasione, ha chiarito che oggetto della tutela di tale norma è la stabilità del nucleo familiare, e segnatamente dei figli infratreenni, altrimenti soggetti a cambi di residenza nel primo (e più delicato, sotto il profilo psicologico e materiale) periodo di vita: cambi di residenza ingiustificati e sproporzionati tenuto conto della possibilità di conciliare esigenze lavorative e tutela del nucleo familiare in situazioni di pendolarismo quotidiano anche extraregionale. L'applicazione letterale della disposizione in esame condurrebbe invece ad un risultato esattamente opposto a quello che essa intende tutelare. Più nello specifico, secondo il Consiglio di Stato, l'unica soluzione alternativa ipotizzabile, ove si volesse applicare la disposizione nel suo significato testuale, sarebbe quella per cui il nucleo familiare dovrebbe mutare residenza in funzione della sede di servizio di uno dei coniugi: il che appare una conseguenza sproporzionata, comportante lo sradicamento del nucleo familiare medesimo, laddove residenza familiare e sede (o sedi) di servizio, pur se collocati in Regioni diverse (ma limitrofe), sono compatibili con spostamenti quotidiani, che non alterano il radicamento territoriale del nucleo familiare.

II. – La vicenda contenziosa che ha condotto al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato muove dall'impugnazione, in primo grado, del provvedimento di rigetto dell'istanza di trasferimento temporaneo, ai sensi dell'art. 42-*bis* del d.lgs. n. 151 del 2001, al Comando dei Vigili del fuoco di Napoli, avanzata da un vigile del fuoco.

Tale diniego era stato pronunciato per due ordini di ragioni: i) perché "il coniuge dell'interessata attualmente presta servizio presso" una sede si trova fuori dalla regione Campania (che raggiunge quotidianamente dal luogo di comune residenza), che non consentirebbe di ritenere perfezionato il presupposto del trasferimento, che l'indicata disposizione indica nella comune Regione di servizio (e non di residenza); ii) perché "nella sede di Napoli non vi era alla data dell'istanza, e non vi è ancora oggi, disponibilità di posti vacanti di corrispondente posizione retributiva, anche considerando i posti extra organico...". Il ricorso è stato accolto con sentenza T.a.r. per la Toscana, sez. I, 28 luglio 2022, n. 964, con conseguente annullamento dell'impugnato diniego.

Avverso la predetta sentenza ha interposto appello il Ministero dell'interno e, nell'ambito del relativo giudizio, si è innestato il deferimento alla Adunanza plenaria, con il quale terza sezione del Consiglio di Stato ha chiesto di pronunciarsi sul seguente predetto quesito.

III. – L'*iter* argomentativo del giudice rimettente si è così articolato:

- a) in relazione alla motivazione che deve supportare l'indicazione delle eccezionali ragioni organizzative che possono opporsi all'accoglimento dell'istanza di trasferimento in parola, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. sez. II, 29 maggio 2023, n. 5223, vedi anche *infra* § w4) ha recentemente ricordato che *"la disposizione, malgrado sia evidentemente volta a salvaguardare le ragioni di servizio nell'impiego del personale in settori peculiari dell'Amministrazione per i quali il legislatore ha ritenuto necessario adottare una norma derogatoria ad hoc, non spinge il favor per le esigenze di servizio sino al punto di consentire una motivazione generica inerente a tali ragioni senza che esse risultino particolarmente gravi, stante il rilievo costituzionale degli interessi tutelati dall'art. 42-bis, comma 1, cit., che deve trovare un necessario bilanciamento, anche in sede motivazionale, con le esigenze di servizio dell'Amministrazione delle forze di polizia e della difesa (cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 aprile 2023, n. 4163; *idem*, 20 gennaio 2023, n. 686; *idem*, 5 ottobre 2022, n. 8527); neppure la norma speciale per le forze di polizia e gli appartenenti all'amministrazione della difesa, il comma 31-bis dell'art. 45 del d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, "spinge il favor per le esigenze di servizio dell'Amministrazione sino al punto di consentire una motivazione generica inerente alle ragioni di servizio che faccia riferimento alle scoperture di organico, senza che queste ultime risultino particolarmente gravi, o in generale si richiami alle funzioni svolte dal reparto di attuale assegnazione del dipendente, senza evidenziare specifiche ragioni, anche legate ai compiti svolti da colui che richiede il trasferimento temporaneo. Ciò in considerazione delle anzidette esigenze di tutela di valori aventi rilievo costituzionale, che devono trovare un necessario bilanciamento, anche in sede motivazionale, con le esigenze di servizio dell'Amministrazione delle forze di polizia"* (Cons. Stato, sez. II, n. 4163 del 2023 cit.);
- b) ciò premesso il giudice di appello ha esaminato il secondo motivo di appello, che censura la sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto l'istanza di trasferimento conforme alle condizioni poste dal citato art. 42-bis del d.lgs. n. 151 del 2001, ancorché la sede di servizio del coniuge fosse in Regione diversa da quella verso la quale si chiede il trasferimento (e nella quale è però residente il nucleo familiare);
- b1) a tal riguardo la terza sezione ha ritenuto che la sentenza del Consiglio di Stato, 29 luglio 2022, n. 6713, richiamata dall'appellante non fosse conferente, perché tale pronuncia è relativa a fattispecie in cui l'interessato già lavorava nella stessa Regione del coniuge in punto di fatto si osserva che l'interessata, al momento della presentazione dell'istanza, era residente insieme ai propri figli e al coniuge, il quale ha la propria sede di lavoro in una regione limitrofa, ove si reca giornalmente. Pertanto il vigile del fuoco ha chiesto il trasferimento in un reparto di Napoli per potersi ricongiungere con il suo nucleo familiare;
- b2) pertanto è stato ritenuto che la questione di diritto devoluta con il mezzo in esame imponesse di sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale dell'art. 42-bis, comma 1, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (recante "Testo unico

delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53"), inserito dall'art. 3, comma 105, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, per violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, nella parte in cui subordina la possibilità di ottenere il trasferimento funzionale alla tutela delle esigenze familiari al fatto che il coniuge del richiedente abbia la propria attività lavorativa (e non l'attività lavorativa o la residenza del nucleo familiare, ove le nozioni non coincidano) nella stessa Provincia o Regione ove è ubicata la sede di servizio presso la quale si domanda il trasferimento;

- c) il T.a.r., nella sentenza oggetto di appello, ha praticato un'interpretazione adeguatrice di tale disposizione nella sua applicazione al caso di specie, osservando che essa non deve "essere interpretata in senso strettamente letterale a pena di avallare situazioni palesemente irragionevoli come quella in cui il coniuge lavori a pochi chilometri dalla sede in cui viene richiesto il trasferimento ma questa si trovi oltre il confine di una diversa regione";
- d) secondo il consiglio di Stato tale interpretazione non può essere condivisa, in ragione della sua contrarietà al dato testuale: il quale fa espresso riferimento, quale elemento che dà titolo al richiesto trasferimento (nella medesima Provincia o Regione), alla sede di servizio del coniuge, e non alla sua (e del nucleo familiare) residenza;
- e) nondimeno, l'applicazione al caso di specie del criterio testuale stabilito dalla disposizione in esame condurrebbe ad un esito irragionevole, e dunque contrario all'art. 3 della Costituzione, nonché contrastante con la tutela costituzionale della famiglia recata dagli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione;
- f) esclusa la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, perché impedita dal chiaro tenore letterale della disposizione, l'applicazione di quest'ultima è del resto ineludibile per la definizione del giudizio, posto che da essa dipende l'accoglimento o il rigetto dell'appello proprio sulla residua questione - condizionante la pretesa dell'interessata al bene della vita - della spettanza o meno del trasferimento per motivi familiari in relazione alla sussistenza del presupposto legittimante;
- g) sul piano della non manifesta infondatezza va considerato, anche in chiave evolutiva, che l'elemento della sede di servizio del coniuge, probabilmente conforme - quale parametro di riferimento per individuare la localizzazione territoriale del nucleo familiare, e le relative esigenze di unità e stabilità - ad un criterio di normalità sociale al momento dell'introduzione della disposizione di cui si discute, e dunque tale da costituire in modo non irragionevole il perno della disciplina della tutela del nucleo familiare in relazione agli spostamenti dettati da esigenze lavorative dei suoi componenti adulti, si presta ora - anche a seguito dei mutamenti indotti negli ultimi due decenni (non escluso quello relativo al c.d.

lavoro a distanza), e comunque alla maggiore facilità di spostamenti quotidiani fra regioni limitrofe - ad applicazioni che, come nel caso di specie, possono tradire o frustrare l'intenzione del legislatore, con violazione degli indicati parametri di costituzionalità;

- h) sul punto viene richiamata la sentenza della Corte costituzionale 13 ottobre 2022, n. 209 (in *Foro it.*, 2022, I, 3181), la quale ha osservato che *“in un contesto come quello attuale, infatti, caratterizzato dall’aumento della mobilità nel mercato del lavoro, dallo sviluppo dei sistemi di trasporto e tecnologici, dall’evoluzione dei costumi, è sempre meno rara l’ipotesi che persone unite in matrimonio o unione civile concordino di vivere in luoghi diversi, ricongiungendosi periodicamente, ad esempio nel fine settimana, rimanendo nell’ambito di una comunione materiale e spirituale”*;
- i) si tratta di una conseguenza applicativa esattamente contraria alla *ratio* del citato art. 42-bis, come ricordato dal Consiglio di Stato (cfr. sez. II, 10 agosto 2023, n. 7725) secondo cui: *“È considerazione di intuitiva consistenza, infatti, quella in forza della quale qualsivoglia garanzia di parità nell’accudimento dei figli non può trovare effettiva esplicazione se il nucleo familiare è diviso e distante per esigenze lavorative dei genitori. In tale ottica, agevolare l’avvicinamento delle sedi di lavoro costituisce l’antecedente logico, prima che giuridico, di tutto il sistema delle tutele, vero e proprio presupposto “logistico” delle stesse, in assenza del quale esse finiscono per “gravare” (tale divenendo a quel punto l’espressione più consona) esclusivamente su quello tra i genitori che ha la possibilità “fisica” di prendersi cura dei figli (...)”*
- j) nel caso di specie il giudice rimettente valorizza la circostanza che il nucleo familiare in questione non ha *“potuto stabilire la casa familiare a Firenze in quanto priva di legami familiari sul posto e, soprattutto, in ragione del precario stato di salute in cui versa il figlio maggiore... che non consente di esporre il bambino ad alcun tipo di stress o cambiamento emotivo (o di abitudini) tale da alterare il suo già delicato quadro clinico”*;
- k) la giurisprudenza ha messo in evidenza come *“la ratio del citato art. 42 bis (sia) finalizzata al soddisfacimento di esigenze di vicinanza di entrambi i coniugi lavoratori alla residenza del figlio minore di età non superiore agli anni tre”* (cfr. T.a.r. del Lazio, sez. I quater, 24 agosto 2006, n. 7417). La disposizione, d'altra parte, si applica anche ai figli successivi al primo, e può dunque essere invocata più volte dal medesimo dipendente (Cons. Stato, sez. II, n. 7725 del 2023, cit.);
- l) in sede di applicazione della disposizione in esame, la giurisprudenza — evidenziando come la stessa, attraverso la tutela del nucleo familiare, sia funzionale principalmente alla protezione dei figli minori — non ha mancato di ricordare che *“le esigenze del minore trovano un’esplicita tutela non solo a livello costituzionale (si veda, ad esempio, l’articolo 31 della Costituzione), ma anche in fonti di rango sovranazionale, quali la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), precisamente all’art.24, e la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del*

20.11.1989 (ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176) all'art. 3" (T.a.r. per la Lombardia, sez. IV, 2 marzo 2023, n. 532);

- m) analogamente si è pure affermato che l'istituto del trasferimento temporaneo disciplinato dal citato art. 42-bis "ha la funzione di agevolare la cura dei minori nella primissima infanzia, e quindi protegge i valori della famiglia, e più in generale della genitorialità, tutelati dall'art. 30 della Costituzione, per cui è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli", e dal successivo art. 31, "per cui la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo". 15.3. Nello stesso senso, sono poi le norme di trattati internazionali ai quali l'Italia aderisce, in primo luogo l'art. 24 della Carta di Nizza, per cui i bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere... In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente...". Contenuto analogo ha l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni unite 5 settembre 1991 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176 (...)" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1418);
- n) dalla richiamata giurisprudenza si ricava che oggetto della tutela sia la stabilità del nucleo familiare, e segnatamente dei figli infratreenni, altrimenti soggetti a cambi di residenza nel primo (e più delicato, sotto il profilo psicologico e materiale) periodo di vita: cambi di residenza ingiustificati e sproporzionati tenuto conto della possibilità di conciliare esigenze lavorative e tutela del nucleo familiare in situazioni di pendolarismo quotidiano anche extraregionale;
- o) l'applicazione letterale della disposizione in esame alla fattispecie dedotta condurrebbe invece ad un risultato opposto a quello che essa intende tutelare; per cui il collegio, preclusa la possibilità di praticare un'interpretazione adeguatrice, ha sollevato l'indicata questione incidentale di legittimità costituzionale.

III -. Per completezza si segnala quanto segue:

- p) sul tema del contrasto a misure che possano penalizzare coloro che decidono di unirsi in matrimonio o di costituire una unione civile, si veda Corte cost., 13 ottobre 2022, n. 209 (in *Foro it.*, 2022, I, 3181), che ha affermato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, 2° comma, quinto periodo, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, nella l. 22 dicembre 2011 n. 214, come modificato dall'art. 1, comma 707, lett. b), l. 27 dicembre 2013 n. 147, nella parte in cui stabilisce che, nel caso in cui i componenti del nucleo familiare abbiano stabilito la dimora abituale e la residenza anagrafica in immobili diversi situati nel territorio comunale, le

agevolazioni per l'abitazione principale e per le relative pertinenze in relazione al nucleo familiare si applicano per un solo immobile;

q) sui benefici previsti dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 e, in particolare, su quello di cui all'art. 42 *bis*, avuto riguardo al personale delle forze armate e di polizia si vedano:

q1) Cons. Stato, Ad. plen., 28 dicembre 2022, n. 17 (oggetto della News UM n. 15 del 31 gennaio 2023), che ha risposto ad alcuni quesiti inerenti alla disciplina dei congedi parentali e, segnatamente, alla nozione di "lavoratrice non dipendente", con i conseguenti effetti sulla fruizione, da parte dell'altro genitore, dei riposi giornalieri di cui agli artt. 39 e 40 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (recante "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53");

q2) Cons. Stato, sez. II, 10 agosto 2023, n. 7725, che, in tema di assegnazione temporanea *ex art. 42-bis* del d.lgs. n. 151 del 2001, ha osservato come *"la creazione di una dimensione familiare equilibrata e ispirata all'eguaglianza di genere in senso sostanziale, superando il modello del cosiddetto "male breadwinner", oramai inadeguato anche sotto il profilo economico... costituisce un modo per garantire anche indirettamente maggiori probabilità per la madre di accedere o conservare il lavoro extradomestico. Da qui la necessità, anche sotto tale profilo, di agevolare ogni misura che consenta il possibile affiancamento alla stessa del padre del minore"*. La decisione (dopo aver richiamato la decisione della Corte di giustizia UE, 16 luglio 2015, n. C-222/14, la direttiva 2010/18/EU, contenente il nuovo accordo quadro in materia di congedi parentali, la direttiva n. 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, c.d. "Work-life Balance", sul congedo di paternità obbligatorio) osserva che *"la possibilità – recte, doverosità – di vagliare comunque all'attualità le esigenze organizzative o di servizio di ogni successiva istanza di assegnazione temporanea esclude alla radice qualsivoglia possibile conseguenza discriminatoria tra dipendenti. Per contro, eventuali profili di illegittimità costituzionali paiono piuttosto ravvisabili proprio in una lettura della norma che imponga di scegliere quale figlio accudire, di fatto limitando la tutela al primogenito o al primo per il quale venga avanzata la relativa richiesta, con palese svantaggio per tutti gli altri"*;

q3) Cons. Stato, sez. II, 29 maggio 2023, n. 5223, si sofferma sulla novella legislativa dettata dal D.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172, che ha introdotto il comma 31-*bis* nell'art. 45 del D.lgs. 29 maggio 2017, n. 95 in tema di diniego dell'assegnazione temporanea (vedi *infra* § s). La decisione sottolinea che il citato comma 31-*bis*, il quale detta una disposizione specifica per le forze di polizia e gli appartenenti all'amministrazione della difesa, che consente di respingere le richieste di trasferimento temporaneo ai sensi dell'art. 42-*bis*, comma 1, del D.lgs. n. 151 del 2001 "per motivate esigenze organiche o di servizio", senza riferimento

all'eccezionalità di tali esigenze prevista in via ordinaria, dimostra "senza ombra di dubbio che il provvedimento di diniego deve essere motivato";

q4) Cons. Stato, sez. II, 24 aprile 2023, n. 4163, secondo cui la disposizione dell'art. 42-bis, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001 (che consente di negare l'assegnazione temporanea per motivate esigenze organiche o di servizio, senza riferimento all'eccezionalità di tali esigenze prevista in via ordinaria) "*non spinge il favor per le esigenze di servizio dell'Amministrazione sino al punto di consentire una motivazione generica inerente alle ragioni di servizio che faccia riferimento alle scoperture di organico, senza che queste ultime risultino particolarmente gravi, o in generale si richiami alle funzioni svolte dal reparto di attuale assegnazione del dipendente, senza evidenziare specifiche ragioni, anche legate ai compiti svolti da colui che richiede il trasferimento temporaneo.*

Ciò in considerazione delle anzidette esigenze di tutela di valori aventi rilievo costituzionale, che devono trovare un necessario bilanciamento, anche in sede motivazionale, con le esigenze di servizio dell'Amministrazione delle forze di polizia";

q5) Cons. Stato, sez. II 3 dicembre 2021, n. 8051, il quale afferma che il beneficio in questione può essere concesso anche al volontario in forma prefissata (VFP) il quale, "*sebbene non sia titolare di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non può essere considerato un soggetto estraneo alla compagine amministrativa quanto piuttosto un militare già integrato nei ranghi dell'Amministrazione al pari, mutatis mutandis, dei militari inseriti stabilmente in ruolo*". Pertanto "*anche il volontario in ferma prefissata appartiene all'apparato organizzativo dell'Amministrazione militare cosicché se è lecito da lui attendersi il pieno possesso dei requisiti soggettivi anzidetti ai fini della sua presa di servizio, in uno all'esatto espletamento dei compiti impartiti, non può non assicurarsi in suo favore anche il rispetto delle prerogative previste dall'ordinamento per coloro che appartengono alla medesima compagine organizzativa sia pure in forma stabile*";

q6) Cons. Stato, sez. IV, 1 dicembre 2020, n. 7619, il quale, prendendo spunto dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 172 del 2019, secondo cui le ragioni di servizio che impediscono l'assegnazione temporanea del personale militare o delle forze di polizia, non devono più avere il carattere della eccezionalità, ha precisato che:

I) "*il trasferimento disposto ai sensi dell'art. 42 bis del d.lgs. n. 151 del 2001, non attribuisce alcuna aspettativa (né tampoco alcun diritto) legittimamente tutelata alla stabilizzazione della sede di servizio a cui si è soltanto temporaneamente assegnati in relazione e nel limite, stabilito dal legislatore, dei tre anni di età della prole, per cui, una volta superato detto limite, la scelta dell'amministrazione di far rientrare il militare nella sede di servizio originaria... è legittima e, anzi, doverosa*";

II) "*nell'interpretazione e applicazione della normativa in questione, vige il principio secondo cui le misure di sostegno alla maternità e alla paternità vanno*

applicate tenendo conto delle specificità settoriali delle Forze armate e di tutti i Corpi di polizia, ad ordinamento militare e civile, giacché si tratta di settori dell'amministrazione strettamente preordinati alla tutela di interessi pubblici primari (difesa della Patria, pubblica sicurezza e ordine pubblico) e perciò connotati da forti elementi di specialità”;

III) “la delicatezza degli interessi pubblici sottesi fa sì che la mobilità sul territorio sia uno degli elementi caratterizzanti lo status di militare, per cui non può essere considerato come assoluto il diritto all'unità familiare”;

IV) “il trasferimento del militare per ridislocazione o per soppressione del reparto di appartenenza integra un ordine militare, al quale, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, le garanzie partecipative di cui alla legge n. 241 del 1990 non si applicano a meno che il destinatario del provvedimento non dimostri in giudizio il carattere vessatorio del trasferimento”;

q7) Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961, ribadisce che, nell'interpretazione e applicazione della normativa in questione, deve essere osservato il principio secondo cui le misure di sostegno alla maternità e paternità vanno applicate tenendo conto delle specificità settoriali delle Forze armate e di tutti i Corpi di polizia, ad ordinamento militare e civile.

In relazione alla locuzione “casi ed esigenze eccezionali” la decisione ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali affermati in seno al Consiglio di Stato su cosa debba intendersi per “casi ed esigenze eccezionali”:

i) un primo orientamento - che ritiene rilevanti, ai fini del diniego del beneficio, mere ragioni organizzative, molto spesso coincidenti con la carenza di personale rispetto alla pianta organica prevista presso la sede di assegnazione dalla quale il lavoratore si intende allontanare in via temporanea – che però, osserva la quarta sezione svuota la locuzione “casi o esigenze eccezionali” di significato dal punto di vista letterale e logico giuridico. In tali casi osserva il giudice di appello, a fronte di lacune di organico non particolarmente pronunciate, i profili organizzativi e di garanzia del corretto dispiegarsi del servizio sono agevolmente fronteggiabili dall'amministrazione con gli ordinari strumenti giuridici di cui essa dispone, per cui i valori presidiati dalla normativa a tutela della genitorialità (e dei minori di tenera età) devono trovare preminenza, potendo quelli sottostanti alle peculiari funzioni svolte dalle amministrazioni di Polizia essere salvaguardati mediante la riorganizzazione del servizio offerto;

ii) un secondo orientamento - che ritiene debbano essere valorizzati, quale motivo ostativo, soltanto specifici aspetti della professionalità o delle abilità possedute dal militare si da renderlo oggettivamente insostituibile – che però (rileva il collegio) restringe eccessivamente il novero delle ipotesi che potrebbero determinare il rifiuto dell'applicazione della assegnazione temporanea;

iii) un terzo orientamento (condiviso dal giudice) secondo cui la predetta locuzione va intesa in un'accezione che consenta alle Amministrazioni di tenere conto di esigenze organizzative anche non direttamente o esclusivamente connesse con le competenze professionali dell'istante e con l'insostituibilità delle mansioni da questi svolte in sede, ma neppure banalmente riferite alla mera scopertura di organico che, ove si mantenga entro un limite numerico tutto sommato contenuto, appaia fronteggiabile con una migliore riorganizzazione del servizio e, dunque, con gli ordinari strumenti giuridici previsti dall'ordinamento, senza che venga perciò negata al lavoratore-genitore la tutela approntata dall'ordinamento.

A tale riguardo, al fine di fornire maggiore concretezza a tale ultimo approdo ermeneutico, il giudice di appello ha fornito alcune esemplificazioni delle ipotesi in cui possa ravvisarsi quella eccezionalità che consente all'Amministrazione, gravata dal relativo onere probatorio, di negare legittimamente il beneficio:

- quando la sede di assegnazione sia chiamata a fronteggiare una significativa e patologica scopertura di organico, che, in mancanza di un dato normativo di supporto, il collegio individua, equitativamente, nella percentuale pari o superiore al 40% della dotazione organica dell'ufficio di assegnazione, che potrà essere presa in considerazione, ai fini del diniego, sia riferendola a tutte le unità di personale assegnate a quella sede sia riferendola al solo personale appartenente al medesimo ruolo del soggetto istante;
- quando, pur non essendovi una scopertura come quella descritta in seno alla sede di appartenenza dell'istante, nondimeno, nell'ambito territoriale del comando direttamente superiore a quello di appartenenza (ad es., l'ambito provinciale, ove la singola sede faccia gerarchicamente riferimento ad un comando provinciale) si ravvisino, all'interno della maggioranza delle altre sedi di servizio, scoperture di organico valutate secondo i parametri indicati alla precedente punto;
- quando la sede di assegnazione, pur non presentando una scopertura significativa e patologica, qual è quella innanzi indicata, presenta comunque un vuoto di organico, ed è ubicata in un contesto connotato da peculiari esigenze operative;
- quando, effettivamente, l'istante svolge un ruolo di primaria importanza nell'ambito della sede di appartenenza e non sia sostituibile con altro personale presente in essa o in altra sede da cui sia possibile il trasferimento;
- quando l'interessato, pur non in possesso di una peculiare qualifica, è comunque impiegato in un programma o in una missione speciale ad altissima valenza operativa, dalla quale l'amministrazione ritenga non possa essere

proficuamente distolto, che deve essere compiutamente indicata nel provvedimento;

q8) T.a.r. per le Marche, 29 dicembre 2017, n. 944 (in *Foro it.* 2018, III, 97), secondo cui è legittimo il provvedimento con cui l'amministrazione pubblica rigetta la richiesta di esonero del dipendente, avente un soggetto disabile a carico, dai turni di lavoro notturno, allorché tali turni non presentino carattere continuativo, non integrando di conseguenza le nozioni di "lavoratore notturno" e "lavoro notturno" ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 26 novembre 1999, n. 532, bensì siano limitati a pochi giorni in ogni mese, sub specie di pronta reperibilità in situazioni di emergenza;

r) sull'istituto dei periodi di riposo previsti dall'art. 40, lett. c), del d.lgs. n. 151 del 2001 (ai sensi del quale "I periodi di riposo di cui all'articolo 39 sono riconosciuti al padre lavoratore ... c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente") vedi Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993. Nell'occasione il collegio ha osservato che *"la trasposizione in ambiente militare (ivi incluse le Forze di Polizia ad ordinamento militare), fra l'altro, degli istituti a tutela della paternità e maternità dettati dall'ordinaria disciplina privatistica del rapporto di lavoro (e, dunque, applicabili anche all'impiego alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, come noto retto da stilemi privatistici – cfr., del resto, gli artt. 2, comma 1, lett. e] del d.lgs. n. 151 del 2001 e 2, commi 2 e 3, t.u. n. 165 del 2001), sebbene sia in linea generale possibile giacché i militari sono pur sempre lavoratori dipendenti, è comunque in concreto limitata dalle eventuali "ulteriori esigenze di tutela, oltre a quelle organizzative comuni a tutte le pubbliche amministrazioni, funzionali alle peculiarità istituzionali delle Forze armate e di polizia"*.

Sulla base di tali premesse giunge alla conclusione che le istanze volte ad ottenere permessi e riposi a tutela della genitorialità debbono essere preliminarmente vagliate dall'amministrazione, titolare in proposito di un potere valutativo – da esercitare caso per caso in considerazione delle complessive esigenze degli uffici ed in base a criteri di rigorosa proporzionalità e di necessaria strumentalità – teso non a delibare l'an del diritto, per vero stabilito a monte dalla legge, bensì a conformarne il *quomodo* in relazione alla tutela di puntuali, oggettive ed ineludibili ragioni organizzative, operative o logistiche;

s) si riportano i testi delle norme di riferimento:

s1) art. 42-bis. del d.lgs 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53): "1. Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 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.

2. Il posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione”;

s2) art. 45, comma 31 *bis*, 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) il quale dispone che “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”;

t) sul tema si riporta, altresì, la più recente giurisprudenza di riferimento:

t1) Cons. Stato, sez. II, 3 novembre 2023, n. 9552, che con specifico riferimento al sopra citato art. 45, comma 31 *bis*, del d.lgs. 29 maggio 2017, n. 95, osserva che: *“anche l'art. 8, comma 1, lett. a), della relativa legge delega n. 124/2015, richiamato espressamente nel titolo del d.lgs. n. 95/2017, concerne per quanto qui di interesse le (sole) Forze di polizia (e non anche le Forze armate), devono condividersi le conclusioni del primo giudice circa l'inapplicabilità dell'art. 45, comma 31-bis, anche, per l'appunto, alle Forze armate, di talché il riferimento operato dalla norma agli appartenenti all'Amministrazione della difesa appare riferibile alle Forze di polizia facenti capo a detta Amministrazione, e quindi segnatamente all'Arma dei Carabinieri. Va da sé che in caso contrario si verterebbe in un'ipotesi di eccesso di delega”*;

t2) Cons. Stato, sez. II, 10 agosto 2023, n. 7725, secondo cui: *“L'art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001, laddove consente al dipendente pubblico con un figlio di massimo tre anni l'assegnazione temporanea per un periodo di tre anni presso una sede di servizio collocata nella medesima provincia o regione nella quale l'altro genitore lavora, può essere applicato anche ai figli successivi al primo”*;

t3) Cons. Stato, sez. II, 29 maggio 2023, n. 5223: *“In tema di trasferimenti del personale militare, la disposizione specifica per le Forze di Polizia e gli appartenenti all'Amministrazione della difesa, introdotta con D.lgs. 27 dicembre 1972, n. 172 che consente di respingere le richieste di trasferimento temporaneo ai sensi dell'art. 42-bis, comma 1, D.lgs. n. 151 del 2001 “per motivate esigenze organiche o di servizio”, senza riferimento all'eccezionalità di tali esigenze prevista in via ordinaria, dimostra senza*

ombra di dubbio che il provvedimento di diniego dev'essere motivato; tale disposizione, malgrado sia evidentemente volta a salvaguardare le ragioni di servizio nell'impiego del personale in settori peculiari dell'Amministrazione per i quali il legislatore ha ritenuto necessario adottare una norma derogatoria ad hoc, non spinge il favor per le esigenze di servizio sino al punto di consentire una motivazione generica inerente a tali ragioni senza che esse risultino particolarmente gravi, stante il rilievo costituzionale degli interessi tutelati dall'art. 42-bis, comma 1, del decreto sopra citato, che deve trovare un necessario bilanciamento, anche in sede motivazionale, con le esigenze di servizio dell'Amministrazione delle Forze di Polizia e della difesa”;

- t4) Cons. Stato, sez. II, 24 aprile 2023, n. 4163: *“Sussiste l’illegittimità della motivazione del diniego al trasferimento ex art. 42-bis del D.Lgs. n. 151/2001 qualora incentrata sull’esistenza di ordinarie esigenze di servizio, dovute alla sofferenza dell’organico in caso di trasferimento temporaneo del dipendente, senza fare specifico riferimento a esigenze di urgenza, complessità o impossibilità di soluzioni alternative tali da giustificare il sacrificio del beneficio temporaneo richiesto dall’interessato e che, pertanto, non possono costituire motivi ostativi al riconoscimento di una provvidenza normativa introdotta dal legislatore a tutela dei minori in tenera età”;*
- t5) Cons. Stato, sez. II, 5 ottobre 2022, n. 8527: *“L’art. 42-bis - anche dopo la novella operata dall’art. 14, comma 7, della legge n. 124/2015 - non attribuisce all’interessato un diritto soggettivo ad ottenere l’assegnazione temporanea ex art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001, ma un interesse legittimo che può trovare concreta attuazione solo al termine di una specifica attività della Pubblica Amministrazione volta, prioritariamente, alla verifica della sussistenza delle condizioni per il raggiungimento di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco e della sussistenza dei presupposti di legge, a maggior ragione allorquando il beneficio de quo venga richiesto da un militare. L’Amministrazione deve sempre e comunque operare una valutazione discrezionale dell’Amministrazione, che a tal fine deve comunque: a) accertare l’esistenza nella sede di destinazione di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva (trattasi di una condizione tassativa, nel senso che in caso contrario il beneficio non può essere concesso); b) verificare che vi sia l’assenso dell’Amministrazione di provenienza e di quella di destinazione; il consenso può essere negato per esigenze eccezionali. Queste ultime, per le ragioni di specificità relative all’ordinamento militare, possono anche riguardare motivate esigenze di servizio inerenti alla struttura di provenienza”;*
- t6) Cons. Stato, sez. III, 11 febbraio 2022, n. 1024: *“Nell’ambito delle Forze Armate il trasferimento ex art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001 deve essere negato quando la sede di assegnazione, pur non presentando una scopertura significativa e patologica presenta comunque un vuoto di organico, è ubicata in un contesto connotato da peculiari esigenze operative: si pensi all’ipotesi in cui l’unità impiegata nella sede di appartenenza si trovi a fronteggiare emergenze di tipo terroristico oppure pervasivi fenomeni di criminalità organizzata di stampo mafioso, o sia di supporto a reparti impiegati in missioni all’estero,*

sempre che non vi siano nello stesso comprensorio del comando gerarchicamente superiore altre sedi dalle quali sia possibile attingere, temporaneamente, un agente in sostituzione;”

- t7) Cons. Stato, sez. II, 7 febbraio 2022, n. 811: *“L’espressione “posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retribuitiva”, utilizzata nell’art. 42-bis del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, ai fini del trasferimento temporaneo del genitore con figli minori fino a tre anni, deve intendersi non solo come presenza nel reparto di destinazione di un posto scoperto in organico, ma anche la disponibilità di quel posto, nel senso che lo stesso non sia temporalmente già ricoperto da personale disponibile ad altro titolo;”*
- t8) Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1418: *“Con riguardo al caso della Polizia di Stato, l’assegnazione provvisoria ai sensi dell’art. 42-bis del D.lgs. n. 151 del 2001 può essere disposta. In proposito, la lettera dell’art. 42-bis non prevede in modo espresso alcuna esclusione nell’ambito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Vale allora la regola interpretativa in virtù della quale fra due interpretazioni in astratto ugualmente sostenibili, si deve scegliere quella conforme alla Costituzione. È quindi sicuramente conforme ai citati artt. 30 e 31 Cost. - oltre che alle norme internazionali citate - un’interpretazione che estende, e non restringe, l’ambito di applicabilità di un istituto a tutela della genitorialità e dell’infanzia, tutela dalla quale, a ben vedere, dipende nel lungo periodo la stessa sopravvivenza della collettività nazionale come tale, e quindi dell’elemento personale dello Stato. L’interpretazione restrittiva, inoltre, introdurrebbe una disparità di trattamento fra dipendenti pubblici, con potenziale violazione anche dell’art. 3 Cost.”;*
- t9) Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1359 osserva che *“L’applicazione dell’art. 42-bis del D.lgs. n. 151/2001 non vada temperata con altri interessi pure di rango costituzionale, come la difesa della Patria di cui all’art. 52 Cost, compito istituzionale delle Forze armate, e il buon andamento dell’amministrazione, tutelato dall’art. 97 Cost. Il temperamento va però cercato nelle soluzioni applicative, e non nell’esclusione dell’istituto”.*