

Pubblicato il 21/12/2020

N. 08180/2020REG.PROV.COLL.

N. 03842/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Ai sensi degli artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 3842 del 2020, proposto dal signor -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Tedeschi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Guardia di Finanza - Comando Generale, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna (Sezione prima) n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Guardia di Finanza - Comando Generale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020 – svoltasi in video-conferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con l. n. 27 del 2020 - il consigliere Emanuela Loria;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente contenzioso ha ad oggetto il provvedimento prot. n. 0319434/2019 dell'11 novembre 2019, con il quale è stata respinta l'istanza del ricorrente, maresciallo della Guardia di Finanza, di assegnazione temporanea dal Nucleo di -OMISSIS- presso i Nuclei PEF di -OMISSIS- o di -OMISSIS- o di -OMISSIS- ovvero presso le Tenenze della provincia di -OMISSIS-, ai sensi dell'art. 42-bis d.lgs. n. 151 del 2001, presentata per poter prestare la sua attività lavorativa in una sede più vicina al luogo di residenza della figlia, minore di anni tre.

2. Il provvedimento impugnato - comunicato all'interessato in data 25 novembre 2019, previo preavviso di rigetto (atto anch'esso impugnato) – in motivazione ha constatato che il Nucleo PEF di -OMISSIS- “presenta una connotazione di prioritaria importanza operativa, essendo deputato allo svolgimento di complesse e delicate attività di natura economico-finanziaria (settore altamente tecnico che costituisce la preminente attività di servizio del Corpo); registra rilevanti deficit di effettivi nel ruolo Ispettori e in quelli I.S.A.F. Tali disavanzi sono, in termini percentuali, rispettivamente circa sei e tre volte superiori a quelli mediamente registrati dal Corpo a livello nazionale; è inquadrato in contesti (provinciale e regionale) parimenti deficitari nella categoria di riferimento e complessivamente; - il Maresciallo Capo (...) è qualificato “Investigatore Economico Finanziario” ed è inquadrato presso la Sezione Riciclaggio del Gruppo Tutela Economia, articolazione deputata allo svolgimento di indagini nello specifico settore, nonché nel contrasto ai reati di natura economica, ove lo stesso è proficuamente impiegato in ragione del profilo specialistico posseduto; RILEVATO che l'eventuale avvicendamento del militare: - accrescerebbe ulteriormente le carenze di effettivi che connotano il predetto Reparto; - comporterebbe la necessità di sostituire lo stesso con altra unità,

circostanza difficilmente verificabile in ragione dell'esiguità di risorse disponibili, o che, in alternativa, determinerebbe la corresponsione di oneri finanziari, ai sensi della Legge 26 marzo 2001, n. 86;

RITENUTO, in ragione di quanto precede, che l'istanza in esame non possa trovare accoglimento alla luce del descritto quadro di eccezionalità e criticità, riconducibile alla peculiarità dell'articolazione di appartenenza, alla natura strategica delle attività di servizio alla stessa demandate, nonché alla significativa carenza che connota tanto il Reparto quanto i sovraordinati Comandi, circostanze che non appaiono pertanto assimilabili a fisiologiche o ordinarie problematiche organizzative. Tale situazione rende, di fatto, il militare difficilmente sostituibile e, pertanto, la sua movimentazione costituirebbe un ulteriore pregiudizio alla funzionalità ed efficienza nell'espletamento delle attività istituzionali del Reparto;".

3. L'adito T.a.r. ha respinto il ricorso.

Per il primo Giudice, la motivazione contenuta nel provvedimento dà ampiamente conto delle ragioni che giustificano la reiezione dell'istanza: l'Amministrazione vuole evitare che l'eventuale avvicendamento del militare accresca "ulteriormente le carenze di effettivi che connotano il reparto"; inoltre, essa segnala che altrimenti si troverebbe nella necessità di sostituire il militare con un'altra unità, "circostanza difficilmente verificabile in ragione dell'esiguità delle risorse disponibili".

3. Avvero la sentenza oggetto del gravame in trattazione, ha proposto appello l'interessato, domandandone la sospensione, in sede cautelare, e la riforma, nel merito.

4. In data 28 maggio 2020 si sono costituite in giudizio le Amministrazioni appellate.

5. Alla camera di consiglio del 9 luglio 2020, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., constatata la sussistenza dei requisiti previsti dalla norma indicata, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. L'odierna controversia concerne l'ambito e i limiti di applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 42 bis - Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche – del d.lgs. n. 151 del 2001, recante il testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità.

7. La disposizione in esame 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 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”.

8. Si tratta, dunque, di un istituto a carattere prettamente temporaneo, che non incide in maniera definitiva sulla sede di assegnazione di chi ne beneficia, poiché il relativo beneficio cessa automaticamente con il superamento dell'età indicata dalla legge, e il cui scopo evidente è quello di agevolare l'espletamento delle responsabilità genitoriali nell'arco temporale in cui il minore è appena nato e di fruire, al contempo, del relativo status.

9. La sua finalità si iscrive, quindi, nel solco della tutela costituzionale (art. 30 e 31 Cost.) e sovranazionale (art. 24, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, ratificata dall'Italia con legge del 27 maggio 1991, n. 176, depositata presso le Nazioni Unite il 5 settembre 1991) della genitorialità e del correlato interesse del minore a beneficiarne.

10. La norma individua il suo ambito soggettivo di applicazione, attraverso il richiamo effettuato dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, a “tutte le amministrazioni dello Stato”, essendo altresì pacificamente assodata la sua operatività anche nei casi di mobilità interna ad una stessa amministrazione.

10.1. L'ampiezza di questo richiamo è in grado di dissipare ogni dubbio circa l'ambito applicativo della misura prevista a tutela della genitorialità, in ragione del canone ermeneutico sancito dall'art. 12 disp. prel. c.c. che richiama quale regola cardinale dell'interpretazione giuridica il “senso... fatto palese dal significato proprio dalle parole secondo la connessione di esse”, che, nel caso in esame è obiettivamente univoco.

10.2. Tale considerazione, sulla sua ampia portata applicativa, risulta corroborata dalle disposizioni costituzionali e sovranazionali sopra richiamate.

10.3. Rileva al riguardo anche il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost.), per rilevare che l'istituto si applica per tutti i dipendenti dello Stato (v. anche l'art. 42 bis cit. e l'art. 1493 cod. ord. mil., approvato con il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66).

10.4. Va rimarcato che, per un primo orientamento (Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2007, n. 2007; Sez. VI, 25 maggio 2010, n. 3278; Sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7506; Sez. III, 26 ottobre 2011, n. 5730, nonché Sez. III, 29 agosto 2018, n. 5068; Sez. III, 21 marzo 2019, n. 1896, che hanno richiamato i precedenti), si dovrebbero ritenere escluse dall'applicazione dell'istituto dell'assegnazione temporanea le Amministrazioni che svolgano compiti nei settori della pubblica sicurezza e della tutela dell'ordine pubblico.

Tuttavia, in considerazione del dato testuale delle disposizioni in questione e dei principi costituzionali ed europei sopra richiamati, e rimeditata la questione controversa, il Collegio condivide e fa proprio l'orientamento per il quale le disposizioni sull'assegnazione temporanea trovano applicazione per i dipendenti di tutte le Amministrazioni dello Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; 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; Sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2113; Sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2426; Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6016; Sez. III, 16 ottobre 2013, n. 5036; Sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3683; Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2730).

11. Assodato, dunque, che non vi sono preclusioni all'applicazione della normativa de qua, scaturenti dalla specialità dell'amministrazione di appartenenza del dipendente che richiede il beneficio, va rimarcato come, per alcuni dei settori ai quali si è fatto appena riferimento, l'operatività dell'istituto è rimessa ad un delicato bilanciamento che l'Amministrazione deve effettuare in concreto.

11.1. Le disposizioni sopra richiamate non attribuiscono un diritto soggettivo, bensì un interesse legittimo (Cons. Stato, Sez. IV, ord. 28 aprile 2017, n. 1802; Sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2113; Sez. III, 3 agosto 2015, n. 3805; Sez. III, 5 dicembre 2014, n. 6031; Sez. III, 8 aprile 2014, n. 1677), demandando all'Amministrazione il potere di disporre la fruizione del beneficio, purché non vi ostino "casi o esigenze eccezionali".

Per il personale ricadente nell'ambito di applicazione del codice dell'ordinamento militare [e per quello appartenente alla Guardia di finanza sulla base dell'estensione sancita dall'art. 2136, comma, 1, lett. ff), del medesimo codice], ad esempio, rilevano vari criteri, sulla base dei quali va valutato se accordare o negare il beneficio, più ampio di quello delineato dal solo art. 42 bis, perché, accanto alla necessità, richiamate da quest'ultima norma, rilevano:

a) la "sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva";

b) il "previo assenso delle amministrazioni di provenienza e destinazione", che potrà essere negato soltanto ove si opponga un dissenso "motivato e limitato a casi o esigenze eccezionali" (Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2015, n. 3805), si richiede, altresì, in virtù del menzionato art. 1493, la ponderazione "del particolare stato rivestito" dal militare.

Se ne trae un'attenzione rafforzata, da parte del legislatore, alle esigenze organizzative dell'amministrazione delle Forze armate (nonché delle Forze di polizia ad ordinamento civile e militare), coerente del resto con altri aspetti, già esaminati da un precedente di questo Consiglio, al quale si rimanda (Sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4993).

11.2 Tale esigenza viene avvertita, in linea generale, per tutti i settori dell'amministrazione più strettamente correlati alla difesa della Patria, alla pubblica sicurezza e all'ordine pubblico, in quanto preordinati alla tutela di interessi primari e perciò connotati da forti elementi di specialità.

Come già rilevato da questo Consiglio nel precedente poc'anzi richiamato, "l'osmosi con gli istituti dettati per gli impieghi civili alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni è mediata, filtrata e conformata da un principio generale di preservazione delle specificità settoriali delle Forze Armate e di tutti i Corpi di Polizia, traggiate non come valore finale in sé, bensì come ineludibile esigenza strumentale, necessaria per consentire l'ottimale perseguimento delle peculiari e delicate funzioni loro proprie (ossia la difesa militare dello Stato per terra, mare ed aria e la prevenzione e repressione, anche con l'uso della forza, dei reati)".

L'assunto evidenziato è stato ribadito anche in altri successivi precedenti di questo Consiglio (ex aliis, Sez. II, 26 agosto 2019, n. 5872).

11.3 Può, dunque, porsi come ulteriore punto fermo, nell'interpretazione e applicazione della normativa in questione, 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.

Per esse, infatti, dovrà precipuamente tenersi conto di quegli elementi collegati al corretto ed efficiente svolgimento delle funzioni perseguite, che diviene dunque il criterio orientativo per riempire di contenuto la locuzione "casi ed esigenze eccezionali", enucleata dal legislatore, quale contraltare della finalità di tutela della genitorialità e del minore, per consentire, talvolta, la manifestazione di un "mancato accoglimento" legittimo dell'istanza del lavoratore.

12. Operate queste puntualizzazioni, circa l'ambito di applicazione dell'istituto in esame e, specialmente, dei suoi limiti, va osservato come si siano affermati in seno a questo Consiglio tre diversi orientamenti su cosa debba intendersi per "casi ed esigenze eccezionali".

12.1. Secondo un primo orientamento – seguito specialmente in passato (Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2015, n. 3805, anche se, nel caso concretamente esaminato, sussistevano eccezionali ragioni organizzative, sussistendo una scopertura di organico del 50% del totale; Sez. IV, 10 luglio 2013 n. 3683; sez. IV, ord. 5 febbraio 2013, n. 405; sez. II, parere 23 novembre 2011, n. 536/2010) – si ritiene che l'Amministrazione possa rifiutare l'assegnazione temporanea se vi siano "prevalenti esigenze organizzative e di servizio", ossia ragioni consistenti anche in mere carenze di organico nella sede a qua, la cui valutazione sarebbe rimessa all'ampia discrezionalità dell'amministrazione, sindacabile soltanto in caso di manifesta irragionevolezza, travisamento dei fatti e difetto di motivazione.

12.2. Per una seconda tesi di segno diametralmente opposto, invece, l'Amministrazione non può limitarsi ad argomentare il diniego, opponendo mere ragioni organizzative, dovendo, provare, invece, in ragione dell'eccezionalità del rigetto dell'istanza, esclusivamente, la sussistenza di una situazione di indispensabilità del lavoratore presso quella sede di servizio, che si correla, ad es., alla specifica professionalità da questi vantata (Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6577; Sez. IV, 7 giugno 2019, n. 2896; Sez. IV, 31 maggio 2019, ord. n. 2730; Sez. IV, 24 maggio 2019, ord. n. 2638; Sez. IV, 14 settembre 2018, ord. n. 4348; Sez. IV,

31 agosto 2018, ord. n. 4011; Sez. IV, 4 maggio 2018, ord. n. 1971; Sez. VI, 1° aprile 2019, ord. n. 1703; Sez. IV, 16 febbraio 2018, ord. n. 717; Sez. VI, 2 novembre 2017, n. 5063; Sez. III, 1° aprile 2016, n. 1317).

12.3 Vi è infine una terza impostazione, intermedia, la quale ritiene che le 'ragioni eccezionali', alle quali la P.A. può ancorare il diniego, possano essere correlate anche ad esigenze organizzative non direttamente riferite al lavoratore che ha proposto l'istanza, purché tali esigenze siano oggettivamente non comuni e connotate da un'evidente rilevanza, come, ad es., in presenza di marcate carenze di organico (Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2019, ord. n. 5708; Sez. VI, 1° ottobre 2019 n. 6577; Sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3198; Sez. IV, 7 luglio 2017, ord. n. 2877; Sez. IV, 19 maggio 2017, ord. n. 2140; Sez. IV, 26 maggio 2017, ord. n. 2243; Sez. IV, 28 aprile 2017, ord. n. 1802).

13. Nel valutare le questioni controverse, il Collegio rileva che vi è stato un notevole contenzioso in tema di applicazione dell'art. 42 bis del d.lg. n. 151 del 2001.

Ciò è senz'altro dipeso non solo dalla estrema sinteticità della disposizione legislativa e dalla estrema varietà dei casi concreti (in correlazione alle esigenze organizzative dei vari uffici pubblici), ma anche dalla mancata emanazione di atti generali – anche di natura regolamentare – aventi per oggetto regole e criteri orientativi, per valutare in concreto quali siano le esigenze organizzative da soddisfare, in sede di valutazione delle singole istanze.

L'Amministrazione appellata, per orientare i propri uffici e ridurre il contenzioso, ben può emanare atti generali, se del caso anche di natura regolamentare, ai sensi dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988.

14. Ciò posto, il Collegio ritiene maggiormente persuasivo l'indirizzo 'intermedio', poiché la disamina della normativa che disciplina l'istituto dell'assegnazione temporanea non contiene elementi idonei a corroborare né la prima né la seconda delle impostazioni prima passate in rassegna.

14.1. Circa il 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 - va evidenziato che una simile lettura della locuzione "casi o esigenze eccezionali" la svuota di significato dal punto di vista letterale e logico giuridico.

Pur se vi è una diffusa situazione di sotto-organico per le Amministrazioni pubbliche, risulta dirimente che, nella stragrande maggioranza dei casi, a fronte di lacune di organico non particolarmente pronunciate, i profili organizzativi e di garanzia del corretto dispiegarsi del servizio sono fronteggiabili dall'amministrazione con gli ordinari strumenti giuridici di cui essa dispone.

Innanzi a un tale stato di cose, i valori presidiati dalla normativa a tutela della genitorialità (e dei minori di tenera età) debbono trovare dunque preminenza, potendo quelli sottostanti alle peculiari funzioni svolte dalle amministrazioni di Polizia essere salvaguardati mediante la riorganizzazione del servizio offerto.

14.2. Circa il secondo orientamento - che ritiene debbano essere valorizzati, quale ragione ostativa, soltanto specifici aspetti della professionalità o delle abilità possedute dal militare si da renderlo oggettivamente insostituibile – il Collegio rileva che esso restringe eccessivamente il novero delle ipotesi che potrebbero determinare il rifiuto dell'applicazione della assegnazione temporanea.

L'orientamento in questione, in modo del tutto antitetico a quello precedente, non valorizza le peculiarità delle amministrazioni che svolgono funzioni correlate alla difesa, all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza, operando, di fatto, una piana equiparazione fra queste e quelle attratte dal legislatore nel novero del c.d. pubblico impiego privatizzato.

14.3. La disposizione in esame, allora, in una all'interpretazione accolta dal terzo degli orientamenti richiamati, 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.

15. Al fine di fornire maggiore concretezza a tale ultimo approdo ermeneutico, il Collegio, senza pretesa di completezza, ritiene di esemplificare alcuni casi in cui possa ravvisarsi quella eccezionalità che consente all'Amministrazione, gravata dal relativo onere probatorio, di negare legittimamente il beneficio (fermo restando, ovviamente, che l'insussistenza dell'altro requisito, ossia il "posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva", preclude in radice la fruizione del beneficio):

a) 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 (in attesa di specifiche determinazioni regolamentari generali o della singola Amministrazione), 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; tale criterio corrisponde, ad avviso del Collegio, a quei "casi ed esigenze eccezionali", perché impedisce la fruizione del beneficio laddove si palesi la necessità di evitare che la sede di appartenenza venga sguarnita oltremodo, al di là di quella che può essere una contingente e fronteggiabile carenza di personale, oppure si prospetti la necessità di evitare che la qualifica di appartenenza non sia oltremodo depauperata di unità, il che, pur a fronte della presenza in servizio di altro personale con diversa qualifica, non consentirebbe un equilibrato funzionamento dell'unità operativa di appartenenza;

b) 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 lettera a); invero, la descritta situazione di sottorganico generalizzato, ancorché non direttamente riferibile alla sede di servizio dell'istante, renderebbe, nondimeno, eccessivamente difficoltosa all'amministrazione la riorganizzazione funzionale dell'attività istituzionale, ove fosse necessario attingere alla sede di assegnazione del lavoratore per colmare i vuoti di organico che persistono nelle sedi limitrofe della stessa area di riferimento;

c) 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: si pensi all'ipotesi in cui l'unità impiegata nella sede di appartenenza si trovi a fronteggiare emergenze di tipo terroristico (come nel caso scrutinato da Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3198), 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;

d) quando, effettivamente, l'interessato 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; in questo caso, la ragione ostativa andrà ravvisata non nel possesso in sé di una particolare qualifica da parte dell'interessato, ma nel fatto che quella qualifica sia necessaria nell'ambito di specifiche operazioni in essere o nell'ambito di operazioni che è ragionevole prevedere dovranno essere espletate (a cagione del contesto ambientale che implica lo svolgimento di quel servizio o l'impiego di militari o agenti dotati di quella qualifica; di un criterio storico-statistico, quando quel genere di attività è stata già espletata in passato nell'ambito di quella sede di servizio e l'amministrazione attesti possa verificarsi in futuro, perché non collegata con un'esigenza del tutto irripetibile);

e) quando il ricorrente, 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 (salvi, ovviamente, i profili di riservatezza che dovessero emergere per la tutela della suddetta operazione).

16. Applicando le coordinate finora esposte al caso in esame, va osservato quanto segue.

16.1. Con un unico articolato motivo di appello, l'interessato si lamenta per la erronea interpretazione dell'art. 42 bis del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, fornita dall'amministrazione e dal T.a.r., con riferimento al limite per la concessione del beneficio dato dalle "eccezionali esigenze ostative al trasferimento". Premessa l'estensione della disposizione a tutte le Amministrazioni dello Stato e la sua funzionalizzazione alla tutela del minore e all'effettivo esercizio dei doveri parentali verso la prole, con il richiamo agli artt. 29, 30 e 31 Cost., l'appellante ritiene che l'amministrazione sia incorsa nella violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del

1990, nell'eccesso di potere, nel difetto e nella incongruità della motivazione, nella carenza di istruttoria, nella contraddittorietà e illogicità.

In particolare, le esigenze addotte dall'Amministrazione costituirebbero ragioni di diniego manifestamente generiche, oltretutto apparenti, non ancorate a valutazioni concrete e pertanto classificabili come mere clausole di stile, non verificabili in giudizio e, soprattutto, non integranti quei "casi ed esigenze eccezionali" invece espressamente richiesti dalla nuova formulazione dell'art. 42-bis, d.lgs. n. 151 del 2001. Donde il difetto di motivazione e gli ulteriori vizi rubricati.

16.2. Inoltre, nel fare riferimento all'inquadramento del dipendente presso la Sezione Riciclaggio del gruppo Tutela Economia, come investigatore economico-finanziario, senza dunque accennare all'assegnazione temporanea ad altro Reparto (c.d. "Gruppo -OMISSIS-") e alle nuove mansioni ivi svolte e dunque allo "spazio" da questi effettivamente ricoperto in organico ovvero alla concreta impossibilità di coprire quel posto con personale già in forza all'Ufficio emiliano, ovvero con altro che chieda di essere temporaneamente assegnato alla sede di -OMISSIS-, l'Amministrazione non ha reso percepibile quale sia l'effettivo pregiudizio per l'interesse pubblico in caso di distacco del dipendente.

16.3. Inoltre, pur ammettendo la valenza meramente endoprocedimentale dei pareri della linea gerarchica, parte appellante lamenta il fatto che l'amministrazione non abbia tenuto conto del fatto che essi siano stati concordi nell'affermare l'insussistenza di circostanze ostative all'accoglimento della domanda, atteso che la concessione del beneficio invocato non avrebbe potuto produrre pregiudizi di carattere operativo, né determinare effetti a catena sull'organizzazione e sulla gestione delle attività istituzionali, nonché sulla corretta funzionalità ed efficienza del Reparto.

16.4. L'interessato rileva, inoltre, la contraddittorietà e la illogicità della motivazione del provvedimento, laddove si fa riferimento alle vacanze di organico nelle sedi richieste nel posto/ruolo attualmente da lui rivestito e, nonostante ciò consentirebbe di rendere ammissibile il trasferimento ex art. 42 bis, d.lgs. n. 251/2001 e ss.mm.ii., il Comando Generale della Guardia di Finanza nega egualmente il diritto del militare al trasferimento presso la sede di lavoro più vicina alla propria figlia minore, cui potersi ricongiungere, affermando apoditticamente che le esigenze di servizio dei prefati Uffici indicati in domanda sono di fatto secondarie rispetto a quelle della sede di appartenenza del dipendente.

17. Le censure possono essere trattate congiuntamente, attenendo tutte alla adeguatezza e logicità della motivazione e alla completezza dell'istruttoria svolta.

17.1. Ritiene il Collegio che il provvedimento gravato in primo grado - pur dando conto di una situazione di deficit di risorse, sia nel contesto provinciale che in quello regionale, sia esponendo un rilevante deficit di effettivi sia nella categoria di pertinenza del lavoratore che in quelle I.S.A.F. e il notevole disavanzo nel ruolo appuntati - finanziari, dieci volte superiore a quello mediamente registrato dai reparti del Corpo nazionale, sia dando conto, infine, della "connotazione prettamente operativa" del reparto, e dunque pur dando atto delle obiettive e notevoli difficoltà organizzative da affrontare anche nel quotidiano - non si sia basato su una adeguata motivazione.

17.2. In particolare, non è stato quantificato in percentuale il rilevante deficit di effettivi sia nella categoria di interesse che in quelle I.S.A.F., né è stato precisato in che modo questo incida sul lavoro della sede di effettiva assegnazione dell'appellante; non è stata quantificata, sempre in termini percentuali, la lamentata carenza in ambito provinciale e regionale; non è stato esplicitato in cosa consista la connotazione prettamente operativa cui ci si riferisce nel provvedimento e in che modo l'appellante sia connesso a questa funzione del reparto.

Ne discende un deficit motivazionale del provvedimento, che – fermo restando che in questa sede non può essere valutato se l'istanza originaria possa o meno essere accolta - non consente di verificare l'effettiva eccezionalità della situazione richiamata quale causa ostativa alla concessione del beneficio.

18. In riforma della sentenza appellata, il ricorso originario va dunque accolto, per difetto di motivazione del provvedimento gravato.

19. L'Amministrazione, con un ulteriore impegno istruttorio e motivazionale, è dunque chiamata a riesaminare l'istanza dell'interessato alla luce dei principi suesposti, per verificare se effettivamente ricorrano "casi o esigenze eccezionali" che legittimino il rigetto dell'istanza.

Beninteso, nel dare esecuzione alla presente sentenza, l'Amministrazione ben può emanare atti generali – anche di natura regolamentare – per individuare i criteri per valutare quali siano le esigenze organizzative da soddisfare, in sede di valutazione delle singole istanze: l'individuazione di tali criteri potrà non solo agevolare la migliore valutazione dei casi concreti, ma anche prevenire disparità di trattamento e ridurre il notevole contenzioso che è disceso dall'entrata in vigore dell'art. 42 bis.

A tal fine, il Collegio – nell'esercizio dei propri poteri conformativi - fissa il termine di sessanta giorni, decorrente dalla pubblicazione della presente sentenza, entro il quale potrà essere emanato il provvedimento determinativo di tali criteri generali.

Decorso tale termine, l'Amministrazione potrà comunque emanare tale provvedimento, ma entro i successivi trenta giorni comunque dovrà essere definita l'istanza dell'appellante, pur in assenza di atti di natura generale.

20. Le spese dei due gradi del giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) accoglie l'appello in epigrafe n. 3842 del 2020 e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'amministrazione soccombente al pagamento delle spese dei due gradi del giudizio a favore dell'appellante, liquidandole nell'ammontare complessivo di euro 2.000,00 (duemila), oltre accessori come per legge.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, 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 parte appellante.

Così deciso dal Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020 – svoltasi in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con l. n. 27 del 2020 - con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Emanuela Loria Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

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