Pubblicato il 12/11/2018

N. 01048/2018 REG.PROV.CAU.
N. 01937/2018 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1937 del 2018, proposto da Andrea Pulito, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Doria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Comando Generale della Guardia di Finanza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale n., 6;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione n. 222367 del 24.7.18, emanata dal Comando Generale della Guardia di Finanza;

e per la condanna

dell'amministrazione a disporre il trasferimento per la sede di Taranto o in subordine per una sede Pugliese quanto più vicina al domicilio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Guardia di Finanza - Comando Generale;
Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;
Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;
Visti tutti gli atti della causa;
Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018 il dott. Giovanni Tulumello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato che con precedenti ordinanze n. 1271/2017 e n. 355/2018 (quest'ultima confermata in sede di appello cautelare), rese nel giudizio n. 2145/2017, questa Sezione aveva riconosciuto la fondatezza degl'interessi di entrambe le parti, ed individuato il bilanciamento fra gli stessi, conforme al paradigma normativo della fattispecie, nel trasferimento dell'odierno ricorrente in occasione del primo avvicendamento di personale presso l'unità nella quale lo stesso presta attualmente servizio (sul cui presupposto aveva respinto la domanda cautelare);
considerato che rispetto allo stato fattuale e giuridico su cui poggia il ridetto giudicato cautelare l'odierno ricorrente, con il ricorso oggi in esame, deduce due significative sopravvenienze:
la nascita della secondogenita nel mese di settembre 2018;

il fatto che "*alla sede di Pantelleria era stato già assegnato un militare pochi giorni prima dell'ordinanza 355 del 27.10.17 e nonostante l'avvenuto avvicendamento nelle more, di ben cinque militari*" [tale circostanza è stata dedotta nell'odierno ricorso, e non contestata dall'amministrazione resistente: né nei precedenti atti endoprocedimentali che hanno ritenuto di non dover decidere sulle relative istanze che chiedevano l'esecuzione del giudicato cautelare, invitando l'interessato a formulare una nuova istanza (note n. 360540 del 29.11.2017 e n.386989 del 22.12.2017); né nel provvedimento impugnato, reso sulla nuova istanza a quel punto formulata; né nelle difese, scritte od orali, nel presente giudizio];

ritenuto che alla luce del riferito quadro processuale e fattuale, nonché delle considerazioni che seguono, le censure dedotte nel ricorso in esame appaiono assistite da significativi profili di fondatezza, considerato che:

1) quanto ai primi due motivi di ricorso, il provvedimento impugnato, anche alla luce dell'attività procedimentale ad esso prodromica, appare adottato in evidente violazione del richiamato giudicato cautelare, dal momento che l'interesse genitoriale del ricorrente, assistito da elevato livello di protezione da parte della norma primaria (nonché, come si dirà, dalla Costituzione), non è stato vagliato secondo la regola conformativa posta dalle citate ordinanze cautelari, adottate sul presupposto del prossimo – rispetto alla loro adozione - soddisfacimento dell'interesse del ricorrente, alla luce della natura delle esigenze organizzative allora allegate dall'amministrazione, e in quella sede giurisdizionale ritenute solo parzialmente (e condizionatamente) ostative al trasferimento;

2) anche volendo prescindere del tutto dalla vicenda della violazione del giudicato cautelare, il provvedimento impugnato appare autonomamente contrario al paradigma normativo regolante l'esercizio del relativo potere (terzo motivo di ricorso), alla luce del sottostante quadro fattuale, considerato che:

2.1. lo stesso contiene una motivazione che non tiene luogo delle sopravvenienze, e che appare meramente reiterativa di generiche e non insuperabili circostanze organizzative, peraltro sostanzialmente identiche a quelle già ritenute solo parzialmente e condizionatamente ostative in presenza di un ben più attenuato spessore delle esigenze genitoriali del ricorrente, avuto riguardo:

2.1.1. alla qualifica del ricorrente (che è un semplice finanziere), e alla impossibilità – rispetto al parametro normativo, come pacificamente interpretato dalla giurisprudenza richiamata *infra* – di ritenere legittimamente ostativo al richiesto trasferimento il rilievo – contenuto nella motivazione del provvedimento impugnato - secondo cui "*l'eventuale avvicendamento del militare determinerebbe un disavanzo di effettivi nel ruolo Appuntati/Finanzieri*";

2.1.2. al fatto che lo stesso provvedimento impugnato riconosce che il ricorrente è "*prevalentemente impegnato nei quotidiani servizi di vigilanza presso la caserma (sede del Reparto) e presso il locale scalo aeroportuale*", pur proseguendo con la generica affermazione secondo la quale "*un suo eventuale movimento comporterebbe grave pregiudizio alla funzionalità dell'articolazione in parola*": rimanendo però del tutto privo di una reale motivazione quanto alla (meramente ipotetica e teorica) infungibilità mansionale attuale;

2.2. lo stesso appare altresì insanabilmente viziato dai dedotti profili di "*illogicità e contraddittorietà della motivazione, incentrata a sua volta su*

requisiti extra legem", laddove indica fra le ulteriori ragioni che ostano al richiesto trasferimento:

2.2.1. la circostanza che questo "*comporterebbe la necessità di sostituire il richiedente con altra unità, con conseguente corresponsione di oneri finanziari ai sensi della legge n. 86 del 29 marzo 2001, attesa l'impossibilità di procedere ad avvicendamenti alla stessa sede*": così ponendo in comparazione interessi normativamente non comparabili;

2.2.2. l'esigenza di prevenire, mediante il diniego in esame, "*dinamiche di mobilità incontrollate che potrebbero compromettere l'efficienza e l'efficacia dell'azione del Corpo nel comparto operativo di riferimento*", così confondendo l'(ipotetico) abuso del diritto con la tutela dei diritti in presenza delle condizioni legittimanti previste dalla legge;

2.3. i richiamati passaggi motivazionali, sintomatici di un'applicazione non consapevole del relativo parametro normativo, evidenziano la fondatezza dell'argomentazione difensiva con cui si deduce che il provvedimento impugnato, come del resto tutti i precedenti atti adottati dall'amministrazione resistente nei confronti dell'odierno ricorrente, appaiono ispirati – alla luce delle circostanze di fatto - a princìpi opposti a quelli elaborati in materia dall'univoco indirizzo giurisprudenziale secondo cui (*ex plurimis*):

2.3.1. le ordinarie esigenze di servizio non possono costituire motivi ostativi al riconoscimento del beneficio di cui all'art. 42 bis del D.Lgs. n. 151/2001 atteso che tale disposizione normativa è stata introdotta dal legislatore a tutela dei minori (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 21/09/2018, n. 2118);

2.3.2. l'amministrazione deve opporre una reale difficoltà conseguente allo spostamento dell'istante e non segnalare quei disagi o inconvenienti che – come nel caso della motivazione del

provvedimento impugnato - sono sempre conseguenti al trasferimento di un dipendente da un reparto che così aumenta di un'unità la scopertura dell'organico (T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 08/10/2018, n. 742);

2.3.3 In materia di trasferimento del dipendente di amministrazioni pubbliche, genitore con figli minori fino a tre anni di età, di cui all'art. 42 bis del D.Lgs. n. 151/2001 le esigenze organizzative legate alle deficienze di organico non sono sufficienti ai fini del diniego dell'istanza, ove non siano accompagnate da un'adeguata motivazione che dia conto della peculiare professionalità ovvero specializzazione delle prestazioni resa del soggetto istante, tali da renderlo difficilmente sostituibile (T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 01/08/2018, n. 1494);

2.3.4. La norma di cui all'art. 42 bis, comma 1 del D.Lgs n. 151/2001, strumentale alla tutela di valori costituzionali di ragno primario legati alla promozione della famiglia ed al diritto-dovere di provvedere alla cura dei figli applicabile anche al personale delle forze di polizia deve essere interpretata nel senso di ritenere che i "casi o esigenze eccezionali" legittimanti il diniego di trasferimento non possano di norma identificarsi con le carenze di organico dell'amministrazione cedente (T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 12/06/2018, n. 1178);

2.3.5. l'esercizio del limitato potere discrezionale che l'art. 42-*bis* cit. configura in capo all'amministrazione è correlato ad un obbligo motivazionale particolarmente stringente, in considerazione dell'esigenza di dare protezione a valori di rilievo costituzionale (Cons. Stato, sez. IV, n. 2426/2015);

ritenuto, quanto al *periculum in mora*, che la natura degl'interessi del ricorrente, ed il loro rango costituzionale e convenzionale, qualificano come non altrimenti riparabile il pregiudizio sofferto dallo stesso in esecuzione del provvedimento impugnato, anche alla luce della peculiarità della vicenda che per effetto della mancata ottemperanza al giudicato cautelare ha visto una ulteriore fase di compressione dei diritti del ricorrente;

rilevato, quanto alla misura da adottare, che il ricorrente ha chiesto a questo Tribunale di "*disporre la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, ovvero l'adozione delle misure cautelari idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*";

considerato che l'art. 55, primo comma, cod. proc. amm. consente "*l'emanazione di misure cautelari, (…..) che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*", così prevedendo "*l'atipicità del contenuto delle misure cautelari"* e la *"naturale finalizzazione della misura cautelare ad anticipare in via interinale l'adozione delle misure adottabili con la decisione definitiva*" (Cons. Stato Sez. V Ord., 24/10/2011, n. 4677);

rilevato, ai fini della perimetrazione *per relationem* dei poteri cautelari in funzione della finalizzazione degli stessi alla pronuncia di merito, che l'odierno ricorrente ha altresì chiesto che oltre all'annullamento del provvedimento venga ordinato "*alla P.A. di disporre il trasferimento per la sede di Taranto* …..", proponendo in tal modo un'azione di condanna - – ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. *c)*, cod. proc. amm. – al "rilascio di uno specifico provvedimento", e comunque all' "adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio"

considerato che ai fini della delibazione della sommaria fondatezza di tale azione occorre verificare, sia pure a livello di cognizione sommaria, (non soltanto l'illegittimità delle ragioni del diniego, ma anche) la sussistenza degli elementi legittimanti il riconoscimento della spettanza del bene della vita, allo scopo di accertare la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 31, comma 3, cod. proc. amm., richiamato dal predetto art. 34;

rilevato, quanto a tale profilo, che per costante giurisprudenza nella fattispecie dedotta il limitato margine di discrezionalità dell'amministrazione (oltre il quale il relativo potere è vincolato) si limita alla verifica di due condizioni: che nella sede di destinazione vi sia un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva (condizione tassativa e propedeutica rispetto alla seconda, nel senso che mancando tale presupposto il beneficio non può essere concesso, indipendentemente dalla sussistenza del secondo); che non vi siano esigenze di servizio della struttura di provenienza aventi le caratteristiche ostative sopra descritte (T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 01/06/2018, n. 448);

ritenuto che nel caso di specie la prima condizione – peraltro propedeutica, come riferito, all'esame della seconda - appare incontestata (essendo rimasta del tutto estranea alla motivazione del provvedimento reiettivo impugnato, che si diffonde unicamente sulla seconda); mentre la seconda risulta riscontrata in positivo, nonostante la contraria motivazione, alla luce delle considerazione sviluppare in sede di esame del *fumus boni iuris*, non residuando allo stato ulteriori margini di esercizio della discrezionalità (TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 8 giugno 2011, n. 1428), anche alla luce dell'obbligo di *clare loqui* gravante sull'amministrazione

trattandosi del secondo provvedimento e del secondo esame giurisdizionale relativi alla medesima vicenda (peraltro in relazione a fattispecie caratterizzata da un accesso temporalmente circoscritto e limitato al bene della vita);

considerato che il procedimento amministrativo culminato con l'adozione del provvedimento impugnato, pur se relativo a situazioni giuridiche soggettive la cui tutela è caratterizzata da evidenti esigenze di celerità (in relazione all'arco temporale triennale cui le stesse si riferiscono), è stato attivato con istanza pervenuta all'amministrazione il 15 gennaio 2018, ed è stato esitato con il provvedimento impugnato, adottato il 24 luglio 2018, nonostante la fase relativa alla controdeduzioni del ricorrente alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza abbia occupato quindici giorni (dal 7 al 22 maggio);

rilevato, ai fini della scelta della misura da adottare in funzione delle concrete esigenze di tutela e delle domande presentate, che la tutela del ricorrente è – come già accennato - temporalmente circoscritta al primo triennio di vita della secondogenita, il cui decorso è già iniziato, onde - in ipotesi di mera sospensione cautelare dell'impugnato provvedimento di diniego - ogni ulteriore adempimento consequenziale, anche ove in tesi estremamente sollecito, determinerebbe comunque - anche alla luce del pregresso - la produzione di un pregiudizio irreparabile all'interesse della minore;

ritenuto, conseguentemente, che vada sospesa l'efficacia del provvedimento impugnato, peraltro affetto – ad una cognizione sommaria - da probabile nullità per violazione del giudicato cautelare, e che l'amministrazione debba altresì disporre con immediatezza il trasferimento del ricorrente presso un reparto

insistente nella città di Taranto ovvero, in assenza di posti disponibili nella qualifica alla data di presentazione dell'istanza respinta con il provvedimento impugnato (15 gennaio 2018) e sempre che tali posti non si siano resi disponibili successivamente, nel reparto con posti attualmente disponibili nella qualifica collocato alla minor distanza chilometrica dalla città di Taranto;

ritenuto altresì che in vista dell'udienza di merito appare necessario, ai fini della cognizione piena dei fatti di causa, acquisire dal Comando Generale della Guardia di Finanza tutti gli atti del procedimento amministrativo relativo alla domanda di trasferimento e alle connesse istanze presentate del ricorrente, nonché l'elenco dei trasferimenti – anche temporanei - di militari con qualifica uguale od equiparata a quella del ricorrente disposti in favore del reparto di Pantelleria ove lo stesso presta attualmente servizio, nonché l'elenco dei trasferimenti – anche temporanei - di militari con qualifica uguale od equiparata a quella del ricorrente disposti in favore dei reparti esistenti nella città e nella Provincia di Taranto, in entrambi i casi considerando l'arco temporale che va dalla data della notificazione del ricorso n. 2145/2017, e fino alla data dell'adozione del provvedimento impugnato nel presente giudizio (24 luglio 2018);

a tale adempimento l'amministrazione onerata provvederà nel termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o notificazione della presente ordinanza;

ritenuto infine che le spese della fase cautelare, liquidate come in dispositivo, debbano essere poste a carico dell'autorità emanante, resistente nel giudizio, secondo la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima),
Accoglie la domanda cautelare in esame e per l'effetto:
sospende l'efficacia del provvedimento impugnato;
dispone che l'amministrazione provveda all'immediato trasferimento del ricorrente come indicato in motivazione;
fissa gli incombenti istruttori di cui in motivazione;
fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 10 dicembre 2019, ore di rito.
Condanna il Comando Generale della Guardia di Finanza al pagamento delle spese della presente fase cautelare, che liquida in complessivi euro settecento/00, oltre accessori come per legge, da distrarsi in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.
La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.
Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente
Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore
Sebastiano Zafarana, Primo Referendario

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giovanni Tulumello	**Calogero Ferlisi**

IL SEGRETARIO