



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9079 del 2019, proposto dal Ministero dell'interno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in via digitale come da pubblici registri e domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Carlo Parente Zamparelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domiciliato in via digitale come da pubblici registri e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Emilia, 81;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria sezione staccata di Reggio Calabria n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2022 il Cons. Fabrizio D'Alessandri, nessuno essendo presente per le parti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Ministero dell'interno ha appellato la sentenza del T.A.R. Calabria, Sezione staccata di Reggio Calabria, n. -OMISSIS-, pubblicata il 22.7.2019.

In particolare, l'Agente di Polizia di Stato appellato ha chiesto, con istanza dell'11.12.2018, ai sensi dell'art. 42-*bis* del d.lgs. n. 151/2001, di essere assegnato temporaneamente al Commissariato di P.S. di -OMISSIS- ovvero al Distaccamento Stradale di -OMISSIS-, o, in via subordinata, presso la Questura di -OMISSIS-, essendo padre di figlia, nata il -OMISSIS-, e convivente, nella casa familiare di -OMISSIS- con la moglie, dipendente, con la qualifica di aiuto macellaio e con contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, con una società che gestisce supermercati, con sede in -OMISSIS-.

L'Amministrazione ha respinto l'istanza di assegnazione temporanea con il provvedimento -OMISSIS-prot. n. -OMISSIS- -OMISSIS-, che l'odierno appellato ha gravato dinanzi al T.A.R. Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria.

L'adito T.A.R., con la sentenza appellata, ha accolto il ricorso dell'Agente di Polizia per violazione dell'art. 42-*bis* del d.lgs. n. 151/2001.

La medesima decisione, dopo aver affermato che la norma in questione è applicabile anche al personale delle forze di Polizia di Stato, ha ritenuto non sussistessero le condizioni di legge per giustificare il diniego dell'assegnazione temporanea, rilevando, in particolare: *“l'Amministrazione si è limitata a riferire che il Commissariato di PS di -OMISSIS- registra una carenza – peraltro limitata al 4% del totale - nel ruolo di agenti ed assistenti e che la concessione del beneficio all'odierno ricorrente, determinerebbe un'ulteriore vacanza che pregiudicherebbe il regolare*

funzionamento dei servizi di istituto, in relazione alle esigenze organizzative e di servizio della sede di appartenenza.

In sostanza, nel motivare il diniego, l'amministrazione fa riferimento ad ordinarie esigenze di servizio, dovute alla diminuzione dell'organico in caso di trasferimento temporaneo del dipendente, che però, non esprimono esigenze talmente urgenti da giustificare il sacrificio del beneficio temporaneo richiesto dall'interessato e che, pertanto, non possono costituire motivi ostativi al riconoscimento del beneficio previsto dalla suddetta disposizione normativa, introdotta dal legislatore a tutela dei minori (in termini, Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 26 febbraio 2016 n. 685).

Difettano, dunque, nel gravato provvedimento riferimenti specifici e circostanziati alla professionalità dell'agente ... ed alla conseguente sua insostituibilità nel reparto dove presta servizio.

Anzi, dalla documentazione versata in atti dal ricorrente, si rileva non solo l'assoluta genericità delle mansioni da egli svolte a -OMISSIS-, ma anche che, in termini percentuali, la scopertura nel ruolo di agenti ed assistenti del Commissariato di PS di -OMISSIS- risulta inferiore rispetto a quella rilevata nelle sedi di -OMISSIS- e -OMISSIS-, a cui il ricorrente ha chiesto di essere temporaneamente assegnato”.

L'Amministrazione ha impugnato la sentenza lamentando:

- che il T.A.R. avrebbe affermato del tutto apoditticamente l'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 42-bis d.lgs. n. 151/2001 anche al personale militare e delle Forze di Polizia;
- che la motivazione della sentenza gravata sarebbe in contrasto con confliggenti esigenze operative e funzionali documentate dall'Amministrazione, avuto riguardo alla specifica emergenza criminale che affligge il territorio della piana di -OMISSIS- e trae alimento dalla utilizzazione del porto di -OMISSIS- quale canale di ingresso di armi e stupefacenti, obliterando del tutto anche la eccezionalità della situazione deficitaria di personale venuta a crearsi presso la sede di servizio del dipendente. La sentenza avrebbe travisato i dati indicati dall'Amministrazione relativamente alle dotazioni organiche delle sedi interessate dalla istanza di

assegnazione de qua, indebitamente valorizzando la fungibilità delle mansioni dell'istante per inferirne la inconfigurabilità nella fattispecie del presupposto della sua insostituibilità che legittimerebbe il diniego. Nella specificità della fattispecie, il diniego di assegnazione temporanea ha dato atto della indisponibilità, nella attuale sede di servizio del dipendente, del 4% della dotazione organica, della eccezionalità della situazione congiunturale e della impossibilità di depauperare ulteriormente la sede in relazione alla specificità delle funzioni assolte da tale ufficio. L'insostituibilità del dipendente, quale ragione grave ed eccezionale, legittimamente ostativa alla richiesta di assegnazione temporanea *ex art. 42-bis*, non può essere intesa in termini di infungibilità assoluta delle funzioni dallo stesso assolte, ma deve necessariamente ritenersi integrata anche dalla concreta e congiunturale impossibilità di sostituirlo per eccezionali carenze organiche ed emergenze organizzative, quali per l'appunto evidenziate nella fattispecie che ci occupa;

- che la sentenza gravata sarebbe illegittima nella parte in cui afferma “*il ricorrente va prontamente assegnato ad una delle sedi richieste sino allo spirare del termine previsto dalla legge*”, in quanto un siffatto ordine giudiziale ecceda i poteri consustanziali al sindacato di legittimità, risolvendosi in un'indebita sostituzione del potere giudiziale a quello amministrativo.

Si è costituito in giudizio l'Agente di Polizia di Stato, resistendo all'appello.

L'adito Consiglio di Stato, con ordinanza n. -OMISSIS-, ha rigettato l'istanza di sospensione cautelare dell'efficacia della sentenza gravata in base ai seguenti motivi: “*Considerato che l'appello richiama a sostegno, anche dell'invocata misura sospensiva, l'orientamento giurisprudenziale che esclude l'applicabilità dell'art. 42 bis D. Lgs. n. 151 del 2001 agli appartenenti alle Forze di Polizia (Consiglio di Stato, Sez. III, 21/03/2019, n. 1896; nonché, Consiglio di Stato, nn. 3876/2007, n. 3278/2010, n. 7506/2010 e n. 5730/2011); Rilevato, tuttavia, che, secondo più recenti precedenti di questo Consiglio, l'istituto è stato invece ritenuto applicabile anche al suddetto personale dello Stato (Consiglio di Stato, Sez. IV, 15/11/2019, ord. n. 5687; Consiglio di Stato, Sez. VI, 1/10/2019 n. 6577; Consiglio di Stato, Sez. IV,*

14/06/2019, ord. n. 3041; Consiglio di Stato, Sez. IV, 07/06/2019, ord. n. 2896; Consiglio di Stato, Sez. II, 26/08/2019 n. 5872; Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2113/2016; Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 3683/2013); Impregiudicato ogni esame del merito del presente appello, che richiede una ponderazione insuscettibile di essere svolta con la presente sede cautelare; Considerato che sul versante del periculum in mora l'istanza di sospensione non persuade, considerato che: - il Dirigente del Commissariato di P.S. di -OMISSIS- aveva espresso **PARERE FAVOREVOLE** all'assegnazione del dipendente, sottolineando "come l'eventuale accoglimento della suddetta istanza non vada a gravare sullo svolgimento quotidiano delle attività di questo Commissariato di Pubblica Sicurezza"; - dalla disamina degli atti processuali emerge che anche le possibili sedi di destinazione del militare soffrono di situazioni di sottorganico e sono situate in un'area che, parimenti, è notoriamente connotata da pervasivi problemi di criminalità organizzata (nota del Ministero dell'Interno n. 333-D/53209, data non leggibile); - l'interessato ha ulteriormente dedotto circa l'avvenuto trasferimento presso il Comando di -OMISSIS- di ulteriori agenti di Polizia, fornendo un sufficiente principio di prova; Ritenuto, infine, che nel bilanciamento tra le contrapposte posizioni, quella dell'amministrazione dell'Interno, collegata a delicati profili di tutela dell'ordine pubblico, in una zona notoriamente fortemente pervasa dalla criminalità organizzata, è pareggiata, non soltanto dalle presenza delle medesime esigenze di pubblico interesse presso le sedi richieste dall'interessato, ma, altresì, dalla circostanza che anche la tutela della genitorialità risulta corrispondere ad un interesse pubblico, oltre che di natura privata".

All'udienza pubblica del 20 settembre 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. L'appello si palesa infondato.
2. Infondata è la censura inerente all'inapplicabilità dell'art. 42-bis del d.lgs. n. 151/2001 agli appartenenti alle Forze di Polizia.

Come correttamente indicato nella sentenza di primo grado, la disciplina dettata dall'articolo in questione è applicabile anche agli appartenenti alle Forze di Polizia e in tal senso si è espressa anche l'ordinanza di rigetto della

misura cautelare in sede di appello, che in motivazione ha riportato diversi approdi giurisprudenziali, già riportati in parte motiva e a cui il Collegio in questa sede fa riferimento.

Tale orientamento è stato ribadito più di recente anche da questa Sezione (Cons. Stato, Sez. V, 7.2.2022, n. 811) la quale ha rilevato che *“l'art. 42-bis del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche), come modificato dall'art. 14, comma 7, della L. n. 124 del 2015, 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 D.Lgs. 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”*.

Infatti, quando una norma (come appunto l'indicato art. 42-bis) fa riferimento specifico, ai fini della delimitazione del suo ambito di applicazione, all'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, essa si deve intendere applicabile al personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni, così come ivi individuate, nella massima ampiezza dell'estensione di tale categoria (Consiglio di Stato, Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 6016).

Tale orientamento, che ritiene applicabile la suddetta norma anche alle Forze Armate e a quelle di Polizia ad ordinamento civile e militare, si è ormai affermato in giurisprudenza (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 7 luglio 2021, n. 1663; Cons. Stato Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 1366; Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 961; Cons. Stato, 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)

In tal senso, peraltro, è ormai intervenuto un espresso riferimento normativo costituito dall'art. 40, comma 1, lett. q), D.Lgs. 27 dicembre 2019, n. 172 che ha aggiunto il

comma 31 bis all'art. 45 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"), ai sensi del quale "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".

3) Sono da rigettare anche le censure di appello inerenti alla non corretta valutazione delle ragioni espresse per il diniego dall'Amministrazione appellante.

Il Collegio rileva la correttezza della motivazione della sentenza in esame che assume l'illegittimità della motivazione del diniego in quanto incentrata sull'esistenza di ordinarie esigenze di servizio, dovute alla diminuzione dell'organico in caso di trasferimento temporaneo del dipendente, senza fare specifico riferimento a esigenze di urgenza tale da giustificare il sacrificio del beneficio temporaneo richiesto dall'interessato e che, pertanto, non possono costituire motivi ostativi al riconoscimento del beneficio previsto dalla suddetta disposizione normativa, introdotta dal legislatore a tutela dei minori.

Nello specifico, il provvedimento gravato ha motivato il diniego di trasferimento con la motivazione che il Commissariato di P.S. Di -OMISSIS- presso la quale presta l'appellata servizio soffre di una carenza di organico del 4% per il personale appartenente al ruolo assistenti ed agenti, mentre l'organico complessivo presenta una situazione deficitaria del 26% della forza prevista dalla pianta organica; la concessione del beneficio, di cui all'art. 42-bis, determinerebbe una vacanza nell'organico. Inoltre, la questura di Taranto, indicata per la fruizione del beneficio, presenta un sovraorganico nel ruolo del dipendente del 4%.

Il medesimo provvedimento in sede motivazionale ha, altresì, indicato che il Questore di Reggio Calabria ha espresso parere negativo in merito alla richiesta in argomento tenuto conto che il Commissariato di P.S. di - OMISSIS- è fortemente impegnato nelle attività di contrasto alla criminalità organizzata, infatti nel contesto territoriale di pertinenza sono radicate famiglie di spicco dell'ndrangheta, evidenziando che le forze di Polizia sono fortemente impegnate su quel territorio in attività di lotta alla criminalità organizzata calabrese, stante l'influenza esercitata sulle attività economiche del porto che costituisce la principale porta d'ingresso per le armi e per le sostanze stupefacenti provenienti maggiormente dai paesi sudamericani ed africani.

Il Collegio evidenzia come secondo la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2.11.2017, n. 5063; T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento Sez. Unica, 29.1.2019, n. 27) che 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'auspicata assegnazione temporanea, 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.

L'esercizio del potere discrezionale della P.A. di diniego di trasferimento del pubblico dipendente è correlato ad un obbligo motivazionale particolarmente stringente, in considerazione dell'esigenza di dare protezione a valori di rilievo costituzionale.

Il dissenso delle Amministrazioni di provenienza e di destinazione deve essere limitato a casi o a esigenze eccezionali e deve essere congruamente motivato, potendo negarsi il trasferimento soltanto ove lo impongano prevalenti esigenze di servizio nell'ufficio o reparto di appartenenza dell'istante. La norma impone all'Amministrazione l'onere di motivare l'eventuale diniego con riferimenti specifici e circostanziati alla professionalità del militare istante e alla conseguente sua insostituibilità nel reparto di provenienza (Cons. Stato Sez. IV, 12.4.2019, n. 2380).

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che non risulti sufficientemente specifico, nè legittimo, il motivo di diniego relativo alle esigenze della struttura di attuale impiego.

Il Collegio non ignora che sul tema il legislatore è intervenuto, con una norma specifica per le forze di polizia e gli appartenenti all'amministrazione della difesa, il già richiamato d.lgs. 27.12.2019, n. 172, che ha aggiunto il comma 31-*bis* all'art. 45 del d.lgs 29.5.2017, n. 95. Quest'ultimo, ponendo un regime derogatorio rispetto a quello ordinario, ha previsto che nel caso di richieste ai sensi dell'art. 42-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 151/2001, "*Il diniego è consentito per motivate esigenze organiche o di servizio*", senza riferimento all'eccezionalità di tali esigenze prevista in via ordinaria.

Tale disposizione, pur evidentemente volta a salvaguardare le ragioni di servizio nell'impiego del personale in un settore peculiare, quale le forze di polizia, per le quali il legislatore ha ritenuto necessario adottare una norma

derogatoria ad hoc limitativa del beneficio, innanzitutto non è applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame.

Inoltre, la stessa non spinge il *favor* per le esigenze di servizio dell'Amministrazione arriva 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 dal richiedente il trasferimento temporaneo.

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

Nel caso di specie, peraltro, in senso contrario alle esigenze indicate nel provvedimento di diniego, si pone la circostanza che il dirigente del Commissariato di P.S. di -OMISSIS- ha espresso, con la nota prot.-OMISSIS-, parere favorevole alla richiesta di assegnazione temporanea, smentendo l'esistenza di ragioni che rendono indispensabile la presenza della parte appellata nella sede attuale ai fini delle esigenze organizzative e di servizio dell'unità interessata.

4) Da rigettare risulta, infine, la censura di appello relativa alla parte in cui la sentenza afferma che “il ricorrente va prontamente assegnato ad una delle sedi richieste sino allo spirare del termine previsto dalla legge”.

L'art. 34 (“Sentenze di merito”), comma 1, lett. c), c.p.a. prevede che il giudice in caso di accoglimento del ricorso può condannare l'amministrazione “all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile” e la lett. e) del medesimo comma dispone che il giudice “dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un

commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza”.

Tale previsione è fondata sull'esigenza espressa anche dall'art. 1 c.p.a. di assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto Europeo.

L'indicato art. 34 c.p.a., infatti, attribuisce al giudice della cognizione il potere, in passato spendibile solo nella successiva fase dell'ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese (c.d. "cognizione ad esecuzione integrata"), in coerenza con l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali.

5) Per quanto indicato l'appello deve essere rigettato.

Le specifiche circostanze inerenti al ricorso in esame costituiscono elementi che militano per l'applicazione dell'art. 92 c.p.c., come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a. e depongono per la compensazione delle spese del grado di giudizio di appello tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di lite.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di riproduzione e diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità del minore, dei soggetti esercenti la responsabilità genitoriale o la

tutela e di ogni altro dato idoneo ad identificare i medesimi interessati ivi citati.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Italo Volpe, Presidente FF

Francesco Frigida, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

Stefano Filippini, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Italo Volpe

IL SEGRETARIO

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