

Pubblicato il 24/04/2023

N. 04163/2023REG.PROV.COLL.

N. 00733/2021 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 733 del 2021, proposto da Ministero dell'Economia e delle Finanze, Comando Generale della Guardia di Finanza - Roma, in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*contro*

Daniele Cavalli, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Fiore Tartaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00770/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Daniele Cavalli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2023 il Cons. Stefano Filippini e udito l'avvocato Pierpaolo De Vizio per Angelo Fiore Tartaglia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso al Tar per la Liguria il maresciallo ordinario della Guardia di finanza Daniele Cavalli, all'epoca in servizio presso il Nucleo PEF di Genova, ha impugnato gli atti con i quali era stata respinta, sulla base di ritenute "eccezionali esigenze di servizio", l'istanza del 16.1.2019 con la quale aveva richiesto l'assegnazione temporanea, ai sensi dell'art. 42 – bis d.lgs. 151/01, ad una sede di servizio ubicata nella Provincia di Parma, ove la coniuge svolge la propria attività lavorativa e ciò in ragione della presenza di una figlia minore di anni tre.

L'amministrazione intimata resisteva al ricorso. Il Tar, con ordinanza 20 novembre 2019 n. 274 accoglieva la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato ma il Consiglio di Stato, con ordinanza 21 febbraio 2020 n. 491, riformava la precedente ordinanza del TAR Liguria.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tar ha accolto il ricorso nel merito, annullato il diniego impugnato e accertato il diritto del ricorrente a godere del beneficio di cui all'art. 42 – bis d.lgs. 151/01, condannando l'amministrazione al pagamento delle spese di lite. Invero, ad avviso del primo giudice:

- la norma invocata dal militare, nella formulazione applicabile *ratione temporis* (non trovando applicazione nella specie il disposto della l'art. 45, comma 31-bis, D.Lgs. 29 maggio 2017, n. 95, come modificato dall'art. 40, comma 1, lett. q), D.Lgs. 27 dicembre 2019, n. 172) prevedeva, in ragione della temporaneità del beneficio e della esigenza di tutela della infanzia, che il diniego dovesse essere limitato a casi ovvero esigenze eccezionali;
- il solo addurre la carenza di personale non è sufficiente a denegare il beneficio, sia in quanto il reparto di appartenenza non è quello che vanta le

maggiori scoperture di organico, sia in quanto l'amministrazione ha concesso il beneficio ad altri militari in condizione analoga a quella del ricorrente.

Avverso tale pronuncia hanno proposto appello le Amministrazioni indicate in intestazione che, lamentando la violazione e falsa applicazione art. 42 bis d.lgs. 151/2001, l'invasione della sfera discrezionale dell'amministrazione e l'erronea valutazione degli atti di causa, hanno dedotto i profili che possono riassumersi nei termini seguenti:

- la pretesa vantata dal militare non costituisce un diritto soggettivo, ma un interesse legittimo;
- nel caso di specie il reparto di appartenenza registrava un rilevante deficit organico nel ruolo Ispettori e lo specifico ruolo ricoperto dal Cavalli presso il II Drappello della Sezione Verifiche Complesse (settore altamente tecnico che costituisce la preminente attività di servizio del Corpo e nel cui ambito il militare ha maturato un'adeguata esperienza) lo rende insostituibile;
- i colleghi in servizio a Genova e trasferiti altrove appartenevano a uffici\ gruppi differenti , meno oberati;
- nessuno dei militari presi a riferimento dal ricorrente per evidenziare una disparità di trattamento è stato in realtà "trasferito" al di fuori della Regione ligure con la procedura di causa, bensì in esecuzione di differenti procedimenti, per situazioni non comparabili;
- il beneficio invocato non esclude comunque un adeguato spazio di discrezionalità per l'Amministrazione, nella specie validamente esercitata.

Con l'atto di appello veniva anche avanzata istanza di sospensiva cautelare della sentenza impugnata; richiesta che veniva però rigettata da questo Consiglio, con ordinanza resa all'esito dell'udienza del 23 febbraio 2021, atteso che "nella fattispecie non paiono ravvisabili esigenze organizzative di natura straordinaria ostative al trasferimento di cui è controversia".

Si è costituito l'appellato, deducendo che i coniugi Cavalli sono genitori della piccola Matilde nata a Parma il 31.12.2018, la quale risiede, unitamente alla madre, a Parma in Viale Duca Alessandro n. 22; ricorrono dunque i requisiti di legge per ottenere il beneficio richiesto, mentre sono infondati gli argomenti dell'appello, non ricorrendo le esigenze eccezionali di servizio che, sole, in base alla normativa temporalmente applicabile, risultavano ostative all'ottenimento del trasferimento di specie.

Sulle difese e conclusioni in atti, la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 4 aprile 2023.

## DIRITTO

L'appello è infondato.

L'originaria impugnazione del militare era rivolta avverso un diniego di assegnazione temporanea ai sensi dell'art. 42 – bis d.lgs. 151/01. Detta norma contempla la possibilità per il genitore di figlio minore di tre anni di ottenere una assegnazione temporanea in un ufficio della Provincia in cui il coniuge svolge la propria attività lavorativa. La previsione, recita: *“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”*.

Ciò posto, nella specie risultano infondate le censure di appello inerenti alla non corretta valutazione delle ragioni a suo tempo espresse per il diniego dall'Amministrazione appellante.

Invero, 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 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.

Nello specifico, il provvedimento amministrativo impugnato, da un lato, si limita ad evidenziare le carenze di organico che affliggerebbero il reparto di appartenenza del ricorrente, mentre, dall'altro lato, si limita ad osservare come il militare abbia "maturato una adeguata esperienza che gli consente di fornire un valido apporto nell'espletamento degli incarichi istituzionali concorrendo in maniera determinante al perseguimento degli obiettivi del reparto", sicché tale circostanza lo renderebbe "di fatto" insostituibile.

Ma tale valutazione, è stata giustamente considerata apodittica dal Tar, non comprendendosi come un elemento di normale preparazione professionale possa contribuire in modo determinante al perseguimento degli obiettivi di un grosso reparto, composto da ben 195 persone inquadrato nella qualifica ispettori; invero, in un contesto di organico così ampio, una persona di adeguata preparazione professionale non può ragionevolmente risultare determinante per il raggiungimento degli obiettivi del reparto, salvo del tutto peculiari evenienze, nella specie non dimostrate. Né appare dirimente la specifica

qualifica professionale, atteso che, in relazione al mar. Cavalli, l'amministrazione della Guardia di finanza non ha dimostrato la ricorrenza di particolari e insostituibili competenze, ostative alla concessione del beneficio, bensì soltanto un disagio e/o una difficoltà nell'organizzazione del servizio.

Del resto, il parere, negativo, espresso in merito al trasferimento da parte del Comandante del Nucleo di polizia economico-finanziaria di Genova (quello dove è in forza l'odierno appellato) evidenzia come il Cavalli abbia "maturato una adeguata esperienza che gli consente di fornire un valido apporto nell'espletamento degli incarichi istituzionali assegnati al reparto". Nessuna valutazione di eccezionalità o indispensabilità viene espressa dal superiore diretto del ricorrente, che si limita a fare riferimento alla carenza di personale. La valutazione di indispensabilità del ricorrente compare soltanto, in maniera peraltro sempre apodittica, nel corso dei pareri che i vari superiori hanno espresso sulla vicenda.

Ciò posto, il Collegio ritiene di dover dare continuità alla giurisprudenza di questo Consiglio (si veda, nel senso indicato, CdS, Sez. II, n. 8527/2022) secondo cui il solo addurre la carenza di personale non sia sufficiente a denegare il beneficio, sia in quanto il reparto di appartenenza non è quello che vanta le maggiori scoperture di organico, sia in quanto l'amministrazione ha concesso il beneficio ad altri militari in condizione non molto dissimile da quella del ricorrente (come nel caso dell'ispettore Travagliati e del Maresciallo Pontillo) o comunque per ipotesi comunque subordinate al potere valutativo dell'Amministrazione.

E, se deve considerarsi, come dedotto dall'Amministrazione appellante, che la giurisprudenza, condivisibilmente, ha espresso il principio della autonomia dei trasferimenti giustificati con causali differenti, è altrettanto vero che la sussistenza delle carenze di organico e la rilevanza delle stesse non possono che

essere valutate in ragione anche del numero complessivo di trasferimenti che l'amministrazione, pur avendo la facoltà di denegare, nondimeno ha a vario titolo accolto.

I citati precedenti trasferimenti, pertanto, rendono evidente come l'assenza di un ispettore non sia stata ritenuta per altri – e dunque ben difficilmente potrebbe esserlo per il ricorrente – determinante per la funzionalità del servizio.

Né, come detto, risultano evidenziate peculiarità del ruolo o delle competenze o della posizione del Cavalli tali da rendere la sua vicenda non confrontabile, in alcun modo, con quelle dei militari che, invece, a vario titolo, hanno ottenuto di allontanarsi dalla sede genovese.

In definitiva, se deve ritenersi, conformemente alla giurisprudenza condivisa dal Collegio (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), d'altra parte deve ribadirsi che l'Amministrazione è comunque tenuta, nell'apprezzamento delle eccezionali esigenze ostative (che per le ragioni di specificità relative all'ordinamento militare possono anche riguardare motivate esigenze di servizio inerenti alla struttura di attuale servizio), ad un obbligo motivazionale particolarmente stringente (in considerazione dell'esigenza di dare protezione a valori di rilievo costituzionale), ed a limitare

il dissenso a casi o a esigenze eccezionali congruamente illustrate, potendo negarsi il trasferimento soltanto ove lo impongano prevalenti esigenze di servizio nell'ufficio o reparto di appartenenza dell'istante.

Del resto, questo Consiglio ha già affermato che la norma di specie 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 (CdS, Sez. IV, 12.4.2019, n. 2380), cosa che, come innanzi esposto, non è avvenuta nel caso di specie.

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. Ma tale disposizione, pur evidentemente volta a salvaguardare le ragioni di servizio nell'impiego del personale in un settore peculiare, quale è quello delle forze di polizia, per le quali il legislatore ha ritenuto necessario adottare una norma derogatoria *ad hoc* limitativa del beneficio, come accennato non è applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame.

E comunque, la stessa 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.

L'appello, in definitiva, va rigettato.

Sussistono tuttavia, ad avviso del Collegio, adeguate ragioni per disporre la compensazione delle spese di lite del grado.

P.Q.M.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  
Stefano Filippini

IL PRESIDENTE  
Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO

