

## ***42 BIS: vacillano le tesi contrarie delle Amministrazioni e del Consiglio di Stato***

E' ormai un "ammutinamento" dichiarato quello dei T.A.R. nei confronti dell'insostenibile e superata tesi del Consiglio di Stato, contraria all'applicazione del beneficio in esame alle forze di polizia ad ordinamento civile e militare.

### **1. PREMESSA**

Il Decreto Legislativo 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", all'art. 42-bis (Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche) dispone 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. 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".

### **2. PRESUPPOSTI PER FRUIRE DELL'ASSEGNAZIONE TEMPORANEA**

Per poter fruire del beneficio in esame è necessario che:

- a. entrambi i genitori siano lavoratori;
- b. esista un figlio di età inferiore ai 3 anni;
- c. nella sede di servizio richiesta, ubicata nella provincia o regione ove lavora l'altro coniuge, esista un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva.

L'assegnazione, anche in modo frazionato, non può superare complessivamente i 3 anni. Se viene, quindi, concessa l'assegnazione temporanea quando il bambino ha 1 anno, la stessa potrà estendersi per un periodo complessivo di 3 anni e cioè fino a quando il bambino avrà 4 anni di età.

A tal proposito si è espresso il Dipartimento della Funzione Pubblica con nota n. 192/04 del 04/05/2004, il quale, al quesito del Ministero dell'Interno concernente "l'ambito temporale del beneficio, ovvero se l'assegnazione temporanea in esame debba essere, in ogni caso, limitata fino al compimento dei tre anni di età dei minori" ha fornito il proprio parere, stabilendo che "Al riguardo, lo scrivente Dipartimento è dell'avviso che il limite di età (...figli al di sotto dei tre anni), stabilito dalla disposizione, è il requisito soggettivo che dà diritto al beneficio, determinandone l'arco temporale entro il quale va fatta la richiesta e non il limite entro cui deve necessariamente concludersi l'assegnazione provvisoria".

### 3. LE POSIZIONI ASSUNTE DALLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Il Consiglio di Stato si è più volte espresso sulla materia (l'ultima nel 2007), con una posizione di assoluta chiusura, confermando l'inammissibilità delle richieste pervenute da FF.PP., FF.AA. e magistrati, sulla base dei seguenti assunti:

- a. "Il destinatario del beneficio in oggetto è in realtà il solo personale civile dipendente delle pubbliche amministrazioni disciplinate dal D.Lvo n. 165 del 2001. (cfr. IV Sez. n. 7472 del 2005)" (Cons. Stato, Sez. IV, 10-07-2007, n. 3876, cfr. Guardia di Finanza);
- b. la riferibilità dello stesso testo normativo solo a passaggi fra amministrazioni diverse, ovvero anche a trasferimenti dall'una all'altra sede di lavoro, nell'ambito della medesima Amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 28-12-2005, n. 7472, cfr. Carabinieri).

L'interpretazione del Consiglio di Stato è stata successivamente e reiteratamente disapplicata dai vari T.A.R. che hanno affrontato la particolare tematica, ritenendola *contra legem* e disconoscendo con veemenza quanto affermato da quella Sezione (IV) del Consiglio di Stato, ritenuto oramai non più sostenibile sulla base della nuova disciplina dei contratti di Polizia ad ordinamento civile e militare. Si riportano i passi più significativi delle sentenze dei principali T.A.R.:

- a. T.A.R. Lazio Roma - Sez. I ter - Sent. 26 gennaio 2010, n. 953 (cfr. Polizia di Stato):

Il giudice amministrativo conferma, ancora una volta, l'applicabilità dell'art. 42-bis alle FF.PP., richiamando incisivamente la normativa, posteriore alle sentenze del Consiglio di Stato, (art. 14 del D.P.R. n. 170 del 2007 e art. 18 del D.P.R. n. 51 del 2009), nella quale si fa espresso riferimento all'applicabilità del D.Lgs. 151/2001 alle Forze di Polizia ad ordinamento civile e militare.

Viene sancito, infatti, che le "norme, entrambe di analogo tenore, che individuano una serie di disposizioni che si applicano al personale delle Forze di Polizia ad ordinamento civile "oltre a quanto previsto dal d.lgs. n.151 del 2001". Il che, ad una agevole lettura, comporta la oramai pacifica applicabilità al personale di cui è questione anche della disciplina recata dal citato D. L. vo n. 151 del 2001, e quindi del suo art. 42 bis... l'indirizzo restrittivo del Giudice di appello può appunto essere superato proprio in ragione del disposto delle richiamate disposizioni dei sopravvenuti citati D.P.R. n. 170 del 2007 e n. 51 del 2009".

- b. T.A.R. Toscana Firenze Sez. I Sent., 15 aprile 2009, n. 632 (cfr. Polizia di Stato):

Con tale importante Sentenza, il giudice amministrativo ha stabilito che:

1. l'istituto introdotto dall'art. 42 bis, se certamente riguarda il caso più complesso e oneroso, sotto il profilo organizzativo, della mobilità tra amministrazioni, non può non riguardare anche l'ipotesi minore della mobilità interna alla medesima amministrazione" (ex pluribus T.A.R. Emilia - Romagna, Bologna, sez. II, 15.1.2007 n. 7; T.A.R. Trieste - sentenza n. 706/2004; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 01 dicembre 2005, n. 12729; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 04 gennaio 2006, n. 57; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 14 febbraio 2008, n. 1349);

2. "Sotto altro profilo, l'esclusione del personale militare dall'ambito dei destinatari della disposizione in esame non appare giustificata".

Il giudice amministrativo fa un'ampia e comparata analisi normativa dalla quale emerge con chiarezza l'applicabilità del beneficio anche alle Forze di Polizia ad ordinamento civile e militare: "Il richiamo operato dall'art. 42 bis all'art. 1 comma 2 del testo normativo recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" non consente di differenziare il personale in relazione alle amministrazioni statali di appartenenza (ad esempio, per quanto riguarda il caso di specie, militari o non). Diverso sarebbe stato se la norma avesse, ad esempio, citato l'art. 3 del D.Lgs. n. 165/2001, che specificamente riguarda il "Personale in regime di diritto pubblico" ed annovera, al primo comma, "i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il

personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287"; se il legislatore avesse inteso escludere il personale predetto dall'applicazione del beneficio di cui si tratta non avrebbe avuto certo difficoltà a citare la disposizione appena richiamata; e neppure avrebbe incontrato difficoltà di formulazione della norma ove avesse voluto limitare un'eventuale esclusione al solo personale militare. In assenza di un tale supporto risulta forzato pretendere di introdurre distinzioni tra il personale delle pubbliche amministrazioni che in realtà contrastano con il dato testuale".

c. T.A.R. Lazio Roma Sez. I Sent., 14 febbraio 2008, n. 1349 (cfr. CSM):

"Come noto, questo Tribunale amministrativo ha già accolto ricorsi analoghi a quello in esame, con pronunce, che, tuttavia, sono state successivamente riformate dal Consiglio di Stato (cfr. in particolare, la decisione n. 1069/2007 della IV Sezione, che ha riformato la sentenza n. 57 del 4 gennaio 2006).

Il Collegio ritiene tuttavia di ribadire l'orientamento espresso in tali pronunce, in quanto le motivazioni del Supremo Consesso, come si vedrà, non sono in contrasto con esse".

d. T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 24-08-2007, n. 8126 (cfr. Pol.Pen.):

"Deve essere in primo luogo ricordato, infatti, che la disposizione di cui si discute rientra fra le norme dettate a tutela di valori costituzionalmente garantiti, inerenti la famiglia ed in particolare la cura dei figli minori fino a tre anni di età, con entrambi i genitori impegnati in una attività lavorativa (attività che solo ove svolta - quanto meno - nella stessa "Provincia o Regione" - può prestarsi a forme di coordinamento fra i genitori, tali da consentire la cura ottimale dei figli).

Una discriminazione, sotto tale profilo, del personale militare e degli appartenenti alle Forze di Polizia (peraltro pacificamente destinatari di altre norme a tutela della famiglia, come quella - inerente ai congiunti disabili - di cui all'art. 33, comma 5 L. n. 104/1992) presenterebbe, con ogni evidenza, problemi di costituzionalità.

Appare agevole, tuttavia, una interpretazione del più volte citato art. 42 bis D.Lgs. n. 151/2001 che escluda i problemi anzidetti e consenta una interpretazione estensiva, che non appare in contrasto con la lettera della legge".

#### 4. CONCLUSIONI

La "forzata" e ormai datata interpretazione del Consiglio di Stato, contraria all'applicazione del beneficio in esame al personale militare della Guardia di Finanza, appare oltremodo superata dalle recenti interpretazioni letterali della norma fornite da molti T.A.R., supportate dall'attuale normativa che rende sicuramente applicabile il D.Lgs. 151/2001 al personale militare.

Conseguentemente appare non conforme anche la circolare 74800/1240/5 in data 08.03.2004 del Comando Generale della Guardia di Finanza, che regola l'istituto in esame, di fatto censurata dalle richiamate recenti sentenze dei T.A.R.

Non resta altro che sperare nell'imminente "resa" del Consiglio di Stato a quelle che oramai si possono definire delle vere e proprie contestazioni dei vari T.A.R. interessati, abbandonando una posizione giurisprudenziale insostenibile e riacquistando, in tal modo, l'autorità persa.

Nelle more della definizione dello stridente contrasto giurisprudenziale sorto, si auspica, almeno nei casi in cui i due coniugi lavoratori siano entrambi appartenenti al medesimo

Corpo, una pronta sensibilità delle Amministrazioni all'emanazione di una favorevole ed immediata regolamentazione della materia.

Lungimirante ed apprezzabile, a tal proposito, si rivela la circolare n. 944001-1/T-16/Pers. Mar. del febbraio 2010 del Comandante Generale dei Carabinieri che ha affrontato positivamente sia le ipotesi di matrimoni tra appartenenti all'Arma sia il più diffuso caso di coniugi di carabinieri impegnati in diversa attività lavorativa.

Lungimirante in quanto:

- da un lato, risolve il problema alla radice, prevedendo, ben al di là della previsione normativa in esame, che la questione va risolta in via definitiva e non con un trasferimento temporaneo che certamente crea non pochi problemi all'amministrazione di appartenenza;
- dall'altro, affranca il Consiglio di Stato da una insostenibile situazione che mette in serie difficoltà la propria autorità.

Apprezzabile, in quanto prende coscienza che la "crescente presenza di coniugi di militari dell'Arma impegnati in attività lavorative sta generando, in numerosi casi, l'impossibilità di realizzare e vivere quell'unità familiare che è significativo presupposto di serena disponibilità ai servizio" e che pertanto è necessario "agevolare la ricomposizione dell'unità familiare e l'esercizio dell'importantissima funzione genitoriale".

Viene riconosciuto un principio fondamentale ma forse sottovalutato: la serenità familiare di un militare è "significativo presupposto di serena disponibilità al servizio". L'allarmante numero di suicidi nella Guardia di Finanza e nelle altre Forze di Polizia, unitamente alle innumerevoli separazioni coniugali, possono essere i sintomi di un diffuso malessere che può e deve essere risolto.

Uno scopo sicuramente la circolare l'ha già raggiunto: ha rafforzato il senso di appartenenza dei militari dell'Arma, nella consapevolezza che quantomeno si sta cercando di affrontare la problematica, ovviamente tenendo conto delle esigenze organizzative. *(di Filippo Lo Presti – Ficiesse - fonte [www.grnet.it](http://www.grnet.it))*