

Polizia, assegnazione temporanea figli minori



T.A.R.
PER LA REGIONE LAZIO
SEZIONE PRIMA TER
Sentenza del 04 febbraio 2013

Un Agente scelto della Polizia di Stato, in servizio c/o lo Scalo Aereo di Malpensa (MI), al fine di potersi prendersi cura dei propri figli, entrambi molto piccoli e di cui uno di età inferiore ai tre anni, presentava un'istanza ex art. 42 bis del D.L.vo n. 151 del 26/03/2001, volta ad ottenere l'assegnazione temporanea presso il Distaccamento Polizia Stradale di Sapri, ma la richiesta veniva respinta per inapplicabilità della norma al personale della Polizia di Stato. Contro tale diniego, la ricorrente, presentava Ricorso al Tar del Lazio che con Sentenza depositata il 04 Febbraio 2013, lo accoglieva.

N. 01155/2013 REG.PROV.COLL.

N. 07855/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7855 del 2009, proposto da **OMISSIS**, rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio Pini, con domicilio eletto presso Eugenio Pini in Roma, via della Giuliana, 82 Int. 2;

contro

Ministero dell'Interno - Dipartimento Pubblica Sicurezza, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensione dell'esecuzione,

del provvedimento del Capo della Polizia - Direttore Generale della Pubblica Sicurezza n. 333.D/34211, datato 12/06/2009 e notificato il 17/06/2009, **con il quale è stata rigettata l'istanza della ricorrente volta ad ottenere l'assegnazione temporanea ex art. 42 bis D.L.vo n. 151/2001**; nonché per l'annullamento di ogni atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale;

e per il risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2012 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la ricorrente – **agente scelto della Polizia di Stato** - ha rappresentato di essere stata incorporata, in data 05/10/2000, nei ruoli della Polizia di Stato e di essere stata, poi, assegnata al Comando Polizia di Frontiera c/o lo Scalo Aereo di Malpensa (MI).

La ricorrente è coniugata con _____ e madre di _____ (nato il _____) e _____ (nata il _____), che vivono con il padre _____ a Caselle in Pittari (SA) in via _____ n. ____.

(IL CONIUGE) _____ ha una piccola impresa artigiana, specializzata nella installazione e manutenzione di impianti elettronici, e svolge la propria attività professionale nella zona del Comune di Sapri, in quanto è conosciuto e radicato nel suddetto territorio.

In data 20/04/2009 la ricorrente, al fine di poter prendersi cura dei propri figli, entrambi molto piccoli e di cui uno di età inferiore ai tre anni, ha presentato all'Amministrazione un'istanza ex art. 42 bis del D.L.vo n. 151 del 26/03/2001, volta ad ottenere l'assegnazione temporanea presso il Distaccamento Polizia Stradale di Sapri, ove aveva già prestato servizio, essendovi stata aggregata, ai sensi dell'art. 7 del D.P.R. n. 254 del 16/03/1999, dal 24/05/2007 al 17/12/2007 e dal 10/01/2009 al 12/06/2009, in quanto tale Distaccamento presentava una notevole carenza di organico.

In data 20/05/2009 l'Amministrazione ha notificato alla ricorrente, ai sensi dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

L'interessata ha presentato le proprie osservazioni con nota del 28/05/2009, ma, con provvedimento del Capo della Polizia – Direttore Generale della Pubblica Sicurezza -, n. 333.D/34211, datato 12/06/2009 e notificato il 17/06/2009, **l'istanza della**

ricorrente è stata rigettata per due ordini di considerazioni: inapplicabilità del citato art. 42 bis del D.L.vo n. 151/2001 al personale della Polizia di Stato; insussistenza del presupposti per l'assegnazione temporanea.

Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione, la parte ricorrente ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio, avanzando le domande indicate in epigrafe.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha sostenuto l'infondatezza del ricorso e ne ha chiesto il rigetto.

Con ordinanza del 5.11.2009 n. 5117 il TAR Lazio ha accolto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente.

Ma, il Consiglio di Stato, con ordinanza del 9 marzo 2010 n. 1153, ha accolto l'appello proposto avverso l'ordinanza n. 5117/2009.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 29 novembre 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Avverso il provvedimento impugnato la parte ricorrente ha proposto i motivi di ricorso di seguito indicati.

I) - Violazione del combinato disposto dall'art. 42 bis del D.L.vo n. 151/2001 e dall'art. 1 del D.L.vo 165/2001.

L'istituto previsto dall'art. 42 bis del D.L.vo n. 151/2001 disciplina l'Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche.

Il suddetto articolo deve essere letto unitamente all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che indica i soggetti rientranti nell'ambito delle "amministrazioni pubbliche".

La ricorrente, dipendente della pubblica amministrazione, è in possesso di tutti i requisiti necessari per poter fruire dell'istituto de quo: figlio di età inferiore agli anni 3; lavoro del coniuge presso la sede richiesta; vacanza del posto presso l'ufficio richiesto.

Malgrado ciò, l'istanza è stata rigettata con un provvedimento da ritenersi illegittimo in quanto adottato sulla base di una interpretazione restrittiva e non corretta dell'art. 42 bis del D.L.vo n. 151/2001.

Il Ministero, infatti, alla base del diniego, ha posto come motivazione principale la considerazione (errata) che la predetta norma non sia applicabile al personale delle Forze di Polizia.

II) - Violazione dell'art.42 bis, del D.L.vo n. 151/2001, eccesso di potere e carenza di motivazione.

Il diniego impugnato è illegittimo anche nella parte in cui si basa sull'assunto che l'art. 42 bis del D.L.vo n. 151/2001 disciplinerebbe solo l'ipotesi della mobilità c.d. esterna, cioè tra pubbliche amministrazioni diverse, vietata dall'ordinamento speciale degli appartenenti alla Polizia di Stato.

III) - Illegittimità per violazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990, difetto e incongruità della motivazione, eccesso di potere.

Il rigetto dell'istanza di assegnazione temporanea è illegittimo anche perché risulta assolutamente carente nella motivazione, essendosi l'Amministrazione limitata ad addurre ragioni di diniego generiche, non ancorate a valutazioni concrete e verificabili.

Si legge, infatti, nel provvedimento impugnato che l'Amministrazione ha: valutato "le esigenze di servizio dell'ufficio al quale l'interessata è in forza" (ufficio polizia di frontiera presso lo scalo aereo di Malpensa) e "le particolari gravosità dei servizi dallo stesso espletati"; - ritenuto "non preminenti quelle della sede richiesta"; - considerato che "l'assegnazione della dipendente ad altra sede di servizio comporterebbe una vacanza che non sarebbe possibile reintegrare"; - verificato la conseguente "incidenza negativa sui servizi dell'ufficio di appartenenza".

Tuttavia, l'Amministrazione non ha fornito nessun elemento e dato concreto a sostegno delle proprie argomentazioni, in violazione dell'art. 3, comma I, della legge n. 241/1990.

L'atto impugnato è, inoltre, viziato anche da eccesso di potere in quanto l'Amministrazione, tra gli elementi assunti a base della valutazione, ha dato rilievo ad una circostanza fuorviante ed in conferente, consistente nell'aver considerato i periodi di assegnazione temporanea fruiti dalla dipendente, ai sensi dell'art.7 del D.P.R. n.254/2001, nella sede di Sapri, dal 24 maggio 2007 al 17 dicembre 2007 (giorni 208) e dal 10 gennaio 2009 al 12 giugno 2009 (154 giorni).

Il riferimento alla precedente assegnazione quale ragione di diniego è sbagliata perché l'assegnazione alla sede di Sapri era stata accordata in precedenza ai sensi di una norma diversa (art.7 del D.P.R. n.254/1999), che non esclude l'applicabilità del citato articolo 42 bis del d.lgs. n. 151/2001.

Ciò risulta grave anche perché l'assegnazione temporanea prevista dalla norma richiamata rientra tra gli istituti previsti dal legislatore a tutela di valori costituzionalmente garantiti inerenti alla famiglia ed, in particolare, alla cura dei figli minori fino a tre anni di età.

IV) - Violazione dell'art. 42 bis del D.L.vo n. 151/2001.

Il provvedimento impugnato risulta illegittimo anche a causa del mancato rispetto del termine di trenta giorni previsto per la comunicazione dell'assenso o del dissenso.

Infatti, l'istanza della ricorrente è stata presentata in data 20/04/2009, ma solo in data 17/06/2009 è stato notificato il provvedimento di rigetto, ovvero a distanza di quasi due mesi.

2. L'Amministrazione resistente ha prodotto note, memorie e documenti per sostenere la correttezza del proprio operato e l'infondatezza del ricorso.

3. Il Collegio ritiene che la domanda di annullamento proposta dalla ricorrente sia fondata e debba essere accolta.

L'art. 42 bis (Assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche) del decreto legislativo n. 151/2001, recante disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, dispone che 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 n. 165/2001, 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.**

Il Ministero intimato ha disposto la reiezione della domanda di trasferimento di sede proposta ex art. 42 bis, sopra citato, per due ordini di considerazioni: inapplicabilità del citato art. 42 bis del D.L.vo n. 151/2001 al personale della Polizia di Stato; insussistenza dei presupposti per l'assegnazione temporanea.

Al fine del decidere, occorre, dunque, definire l'ambito di applicazione della disposizione indicata, verificando se nella vigenza delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 3 del decreto legislativo n. 165/2001, il personale di Polizia sia o meno destinatario del beneficio del trasferimento temporaneo e se questo sia da ritenere ammissibile anche nell'ipotesi in cui il dipendente lo richieda all'interno della stessa amministrazione di appartenenza.

Al riguardo, il Collegio, pur consapevole dell'orientamento del Giudice d'appello che esclude l'applicabilità del beneficio del trasferimento temporaneo, ex art. 42 bis, d.lgs. n. 151/2001, nei confronti del pubblico dipendente appartenente alla Polizia di Stato, ritiene tuttavia estensibile tale beneficio anche a detto personale (T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 3 maggio 2011, n. 3760).

Infatti, l'art. 42 bis del decreto legislativo n. 151/2001, in uno spirito di particolare favore per il genitore dipendente, contempla una mobilità all'interno dell'organizzazione pubblica complessivamente considerata, ricomprendente anche le assegnazioni all'interno della stessa amministrazione di appartenenza. Si deve riconoscere a tale norma, in base ad una interpretazione conforme ai principi costituzionali, natura di disposizione generale, applicabile, in quanto tale, ai dipendenti di tutte le amministrazioni pubbliche, inclusi i dipendenti delle forze armate (T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 2 aprile 2012, n. 238).

Per quel che concerne il profilo di doglianza relativo alla asserita operatività del trasferimento ex art. 42 bis, anche ai casi in cui il dipendente richieda di conseguirlo, come nel caso di specie, nell'ambito della stessa amministrazione di appartenenza, il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'art. 42 bis del decreto legislativo n. 151/2001, in uno spirito di particolare favore per il genitore dipendente, contempla una mobilità all'interno dell'organizzazione pubblica complessivamente considerata, ricomprendente anche le assegnazioni all'interno della stessa amministrazione di appartenenza (ex multis Cons. di St., Sez. IV, 7 marzo 2007, n. 1069, TAR Lazio, Sez. I quater, n. 8128 del 2007).

Tale orientamento riconosce a tale norma, in base ad una interpretazione maggiormente conforme ai principi costituzionali, natura di disposizione generale, applicabile, dunque, ai dipendenti di tutte le amministrazioni pubbliche, inclusi i dipendenti della Polizia di Stato, la quale può venire meno esclusivamente in presenza di prescrizioni che, nel disciplinare l'ordinamento di una specifica categoria, introducano un regime giuridico in ragione del quale le assegnazioni non possono prescindere da valutazioni attinenti il merito e le attitudini degli interessati (Cons. St., Sez. IV, 7 marzo 2007, n. 1069 in materia di applicazione del beneficio al personale di magistratura).

Occorre osservare che simili prescrizioni non sono rinvenibili dalle disposizioni normative che disciplinano il rapporto di lavoro del personale appartenente alla Polizia di Stato (ne è conferma la disciplina contenuta nell'art. 7 del D.P.R. n. 254/99), con la conseguenza che non possono opporsi fondate ragioni per derogare al generale principio fissato ex art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001, finalizzato alla tutela di valori afferenti la famiglia, l'assistenza e l'educazione dei minori, allorché il proponente l'istanza di trasferimento sia un dipendente della Polizia di Stato.

Peraltro, giova rilevare che gli artt. 14 del D.P.R. n. 170 del 2007 e 18 del D.P.R. n. 51 del 2009 (che hanno recepito l'accordo sindacale per le Forze di Polizia ad ordinamento civile e militare di integrazione di tale accordo) effettuano un espresso rinvio al decreto legislativo n. 151 del 2001.

Ne discende, che con riguardo all'art. 42 bis, la dizione "dipendente di amministrazioni pubbliche" di cui all'art. 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165/2001, ricomprende, in virtù di quanto precisato, nel campo di applicazione di tale norma, anche

gli appartenenti alle Forze di Polizia, con conseguente illegittimità del provvedimento impugnato per omessa applicazione della predetta norma in favore del ricorrente, agente scelto della Polizia di Stato.

Infatti, l'art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001, rientrando tra le norme dettate a tutela di valori costituzionalmente garantiti, inerenti alla famiglia ed all'assistenza dei figli minori fino a tre anni d'età con i genitori impegnati nello svolgimento di un'attività lavorativa, non può che essere ritenuto applicabile anche al personale delle Forze armate e della Polizia di Stato. In caso contrario, si opererebbe un'ingiustificata discriminazione tra dipendenti pubblici tale da configurare profili di dubbia costituzionalità.

Ne consegue, ad avviso del Collegio, che una corretta e coerente applicazione della norma de qua rispetto ai citati valori costituzionali, non può non far ritenere destinatarie dei benefici in essa previsti le predette categorie di personale, anche se disciplinate da disposizioni normative di settore connesse al peculiare status di dipendente pubblico.

Ciò posto, va considerato che nel provvedimento impugnato si legge che l'Amministrazione ha: - valutato "le esigenze di servizio dell'ufficio al quale l'interessata è in forza" (ufficio polizia di frontiera presso lo scalo aereo di Malpensa) e "le particolari gravosità dei servizi dallo stesso espletati"; - ritenuto "non preminenti quelle della sede richiesta"; considerato che "l'assegnazione della dipendente ad altra sede di servizio comporterebbe una vacanza che non sarebbe possibile reintegrare"; verificato la conseguente "incidenza negativa sui servizi dell'ufficio di appartenenza".

Tuttavia, in relazione a tali profili, l'Amministrazione non ha fornito nessun elemento e dato concreto a sostegno delle proprie argomentazioni, in violazione dell'art. 3, comma I, della legge n. 241/1990.

Come rilevato dalla ricorrente, l'atto impugnato è, inoltre, viziato anche da eccesso di potere in quanto l'Amministrazione, tra gli elementi assunti a base della valutazione, ha dato rilievo ad una circostanza fuorviante ed in conferente, consistente nell'aver considerato i periodi di assegnazione temporanea fruiti dalla dipendente, ai sensi dell'art.7 del D.P.R. n.254/2001, nella sede di Sapri, dal 24 maggio 2007 al 17 dicembre 2007 (giorni 208) e dal 10 gennaio 2009 al 12 giugno 2009 (154 giorni).

Il riferimento alla precedente assegnazione quale ragione di diniego è sbagliata perché l'assegnazione alla sede di Sapri era stata accordata in precedenza ai sensi di una norma diversa (art.7 del D.P.R. n.254/1999), che non esclude l'applicabilità del citato articolo 42 bis del d.lgs. n. 151/2001.

4. Per quanto concerne la domanda di risarcimento danni avanzata dalla ricorrente, il Collegio rileva che, a fronte del diniego opposto dall'Amministrazione in un primo momento, a seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato del 9 marzo 2010 n. 1153, la ricorrente ha beneficiato di due periodi di assegnazione temporanea presso la sede del Distaccamento della Polizia Stradale di Sapri (SA), ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. 254/99, per gravi motivi personali e familiari (284 giorni dall'11.1.2010 al 21.10.2010 e 246 giorni dall'1.2.2011 al 4.10.2011) e, al termine di detta assegnazione temporanea, la dipendente ha fatto rientro presso l'originaria sede di servizio e non ha più presentato istanze di aggregazione, né ai sensi del predetto art. 7 d.P.R. 254/99, né ex art. 42 bis del d.lgs. 151/2001).

Tali circostanze, evidenziate dalla difesa erariale con memoria datata 11 ottobre 2012, non sono state contestate dalla **OMISSIS**.

Pertanto, deve ritenersi che, in relazione a tali apprezzabili periodo temporali, la ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio concreto.

Il periodo precedente, intercorrente tra il provvedimento di diniego impugnato e l'assegnazione ex art. 7 del DPR n. 254/99, ha certamente arrecato un pregiudizio alla ricorrente, ma l'interessata non ha dimostrato la ricorrenza degli elementi della fattispecie di responsabilità dell'Amministrazione, utili per configurare un danno risarcibile quantificato, provocato dall'Amministrazione con colpa o dolo, legato da nesso di causalità all'operato del Ministero dell'Interno.

Sotto il profilo della colpa, peraltro, l'eventuale 'errore' dell'Amministrazione appare scusabile in presenza di orientamenti giurisprudenziali oscillanti in merito all'applicabilità della norma richiamata dalla ricorrente (art. 42 bis del d.lgs. 151/2001), come dimostrato anche nel presente giudizio (cfr. ordinanza del 5.11.2009 n. 5117 il TAR Lazio e ordinanza del Consiglio di Stato 9 marzo 2010 n. 1153).

5. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che la domanda di annullamento sia fondata e che la domanda di risarcimento del danno debba essere respinta.

6. Sussistono gravi ed eccezionali motivi legati alla particolarità della vicenda e delle questioni trattate – per compensare le spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- **accoglie la domanda di annullamento del provvedimento del Capo della Polizia - Direttore Generale della Pubblica Sicurezza n. 333.D/34211, datato 12/06/2009;**

- respinge la domanda di risarcimento danni;
- dispone la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno **29 novembre 2012** con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

Antonella Mangia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **04/02/2013**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)