

Trasferimento di sede per cura dei figli (Cons. Stato, n. 5730/2011)

Autore: Staiano Rocchina

In: Diritto amministrativo, Diritto del lavoro, Giurisprudenza commentata

Massima

La disposizione dell'art. 42 bis, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 rientra tra le norme dettate a tutela dei valori costituzionalmente garantiti, inerenti la famiglia ed in particolare la cura dei figli minori fino a tre anni d'età, con entrambi i genitori impegnati in attività lavorativa.

1. Premessa

La pronuncia in esame riguarda l'art. 42 bis del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, che recita come segue: "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".

Un certo indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto che la formulazione della norma ne escluda applicabilità in caso di richiesta di assegnazione ad ufficio diverso della stessa amministrazione, richiamando il dato letterale che richiede l'assenso "delle amministrazioni di provenienza e destinazione. La tesi, a mio avviso, non può essere condivisa. Come ha affermato il TAR (1), per quanto riguarda il profilo della mobilità si deve riconoscere che il dato testuale dell'art. 42 bis contiene espressi riferimenti alla sola ipotesi del trasferimento tra distinte amministrazioni, ma tale circostanza, se è decisiva per consentire di applicare la norma alla mobilità esterna, non basta per escluderne la riferibilità anche a quella interna. Ad avviso del Tar è determinante, in proposito, il richiamo (operato anche dal T.A.R. Trieste nella sentenza n. 706/2004) al principio di continenza, secondo cui il più contiene il meno, in virtù del quale è ragionevole ritenere che 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. Se, com'è evidente, la norma ha inteso tutelare (attraverso il temporaneo avvicinamento del dipendente al coniuge nei primi tre anni di vita dei figli) la famiglia e, più specificamente, l'esercizio delle funzioni genitoriali, conformemente al dettato degli artt. 2931 della Costituzione, risulterebbe non ragionevole, né proporzionata alle finalità perseguite, una lettura della norma stessa di non generalizzata applicazione, dunque incomprensibilmente discriminatoria" (2).

Inoltre, è stato ritenuto che l'inciso dell'art. 42 bis del d.lgs. n. 151/2001, che prevede "assenso dell'amministrazione di provenienza e di destinazione", può ben riferirsi sia a passaggi fra amministrazioni diverse che a trasferimenti ad altre sedi della medesima amministrazione: quanto sopra, sia per la palese illogicità di una norma, che imponesse per il soddisfacimento di esigenze di assistenza dei figli minori di lasciare l'Amministrazione di appartenenza e non cambiare più semplicemente sede di lavoro, sia perché - come già osservato dalla giurisprudenza (3) - in una previsione normativa di contenuto ampio non possono non essere comprese fattispecie analoghe minori, sia infine perché anche le singole sedi di lavoro di una medesima amministrazione costituiscono apparati organizzatori, che costituiscono centri d'imputazione di specifici interessi pubblici, come quelli - riconducibili a situazioni di carenza o esubero di personale - che giustificano le esigenze di assenso, specificate dalla norma in esame. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I quater, 24

agosto 2008, n. 8126 (4).

2. Ambito di applicazione dell'art. 42 bis del d.lgs. 151/2001

Con riferimento alle categorie dei pubblici dipendenti, la giurisprudenza ritiene condivisibile l'orientamento già espresso nella citata sentenza (la cui validità va oltre il riferimento al personale militare), secondo cui, pur essendo innegabili le peculiarità che caratterizzano il rapporto tra le amministrazioni militari e il proprio personale, esse non bastano, di per sé, per escludere l'applicabilità dell'art. 42 bis anche al personale predetto, in mancanza di un adeguato supporto normativo. La disposizione fa testuale e indistinto riferimento ai dipendenti delle "amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni"; quest'ultima norma, a sua volta, definisce come amministrazioni pubbliche "tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300". 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. E d'altra parte, se ci si sofferma ad inquadrare l'art. 42 bis nell'ambito del testo unico n. 151/2001 - relativo alle "disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità" - si può notare:

- che l'art. 2 comma 1 lett. e) del T.U. stabilisce che "per "lavoratrice" o "lavoratore", salvo che non sia altrimenti specificato, si intendono i dipendenti, compresi quelli con contratto di apprendistato, di amministrazioni pubbliche, di privati datori di lavoro nonché i soci lavoratori di cooperative";

- che le disposizioni del testo unico si applicano dunque in via generalizzata a tutti i lavoratori e che il legislatore, quando ne ha avvertito l'esigenza in relazione a talune categorie di personale, ha dettato norme specifiche: si vedano l'art. 9 (che riguarda il personale della Polizia di Stato, penitenziaria e municipale) e l'art. 10 (che riguarda il personale militare femminile), inseriti nel Capo II relativo alla "Tutela della salute della lavoratrice";

- che l'art. 42 bis è inserito nel Capo VI "Riposi, permessi e congedi", che non contiene alcun elemento di differenziazione tra i lavoratori destinatari delle norme ivi comprese, per cui si deve ritenere che le stesse siano di applicazione generalizzata.

Sotto altro profilo, l'esclusione del personale militare dall'ambito dei destinatari della disposizione in esame non appare giustificata, in concreto, se si tiene conto della "limitatezza degli effetti ordinamentali derivanti dall'applicazione del nuovo istituto, stante la provvisorietà del tramutamento, la recessività dello stesso in presenza di trasferimenti definitivi di altri soggetti interessati alla sede, l'impossibilità di assegnazioni soprannumerarie.....", come evidenziato dal TAR Lazio, Sez. I, nella citata sentenza n. 57/2006. E la pretesa esclusione appare ancor più censurabile a fronte dell'applicabilità anche al

personale militare di altri benefici che pure incidono sulla determinazione della sede di lavoro, quali quelli di cui all'art. 33 della legge n. 104/1992 (5).

Il Consiglio di Stato, in alcune pronunce di segno diverso, facendo leva sull'art. 3 dello stesso decreto n. 165/01 in cui si afferma che "rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e le 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...", ha ritenuto che "la materia dei trasferimenti, temporanei o definitivi che siano, del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni riguarda il rapporto di lavoro del medesimo, concernendo direttamente la variazione del luogo in cui la prestazione deve essere effettuata. Onde, l'ampia individuazione delle pubbliche amministrazioni, contenuta nel II comma dell'art. 1 del decreto n. 165/01, viene integrata, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 42bis del decreto n. 151 del 26 marzo 2001, dal successivo art. 3, per il quale " il personale militare e le Forze di polizia di Stato", rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti" (6).

Va, dunque, ricordato che l'art. 42 bis è stato aggiunto al d.lgs. n. 151/2001 dal comma 105 dell'art. 3 della legge 24 dicembre 2003 n. 350, senza richiamare espressamente l'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001, ancorché lo stesso d.lgs. n. 151/2001 contenga disposizioni specifiche di adattamento della disciplina al personale di polizia o a quello militare (artt. 9 e 58).

La giurisprudenza ha sostenuto che l'art. 3 del più volte citato d.lgs. n. 165/01 il quale dispone che alcune categorie di personale - fra cui il personale militare e le Forze di Polizia - "rimangano disciplinati dai rispettivi ordinamenti", tanto prevede "in deroga all'art. 2, commi 2 e 3, del medesimo d.lgs., ovvero con riferimento al rinvio - operato da queste ultime norme - alle disposizioni del codice civile ed alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nonché ai contratti collettivi di lavoro: quanto sopra, per le ovvie peculiarità di alcune tipologie di rapporti di lavoro, che per ragioni istituzionali possono essere sottratte alla contrattazione collettiva e ad altre disposizioni privatistiche, ma che ricadono comunque, in assenza di deroghe esplicite, nell'alveo applicativo di norme dettate - per tutti coloro che siano dipendenti,

in via generale, da pubbliche amministrazioni - a tutela di altri valori costituzionalmente protetti, come quelli della famiglia ed in particolare dell'assistenza ai figli minori (7).

Rocchina Staiano Docente all'Univ. Teramo; Docente formatore accreditato presso il Ministero di Giustizia e Conciliatore alla Consob con delibera del 30 novembre 2010

Avvocato, Componente, dal 1 ° novembre 2009 ad oggi, della Commissione Informale per l'implementamento del Fondo per l'Occupazione Giovanile e Titolare di incarico a supporto tecnico per conto del Dipartimento della Gioventù.

(1) T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 15.1.2007 n. 7.

(2) Nello stesso senso, cfr. 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.

(3) T.A.R. Emilia - Romagna, Bologna, sez. II, 15.1.2007 n. 7.

(4) Sulla specifica questione, in senso estensivo, cfr.: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I. n. 57/2006; TAR Lazio, Roma, sez. I quater, nn. 6027/2006 e 7417/2006; in senso contrario, cfr. Cons. St., sez. IV, n. 7472/2005.

(5) Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 marzo 2006, n. 1457 e 21 febbraio 2005, n. 565.

(6) Consiglio Stato, sez. IV, 28 dicembre 2005, n. 7472.

(7) TAR Lazio, Roma, sez. I quater, 24 agosto 2007, n. 8128.

<https://www.diritto.it/trasferimento-di-sede-per-cura-dei-figli-cons-stato-n-57302011/>