

Sul trasferimento temporaneo del dipendente pubblico con figli minori fino a tre anni

di D. Serra - 9 Luglio 2024

L'art. 42bis del D.lgs. n. 151/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità a norma dell'art. 15 della L. n. 8 marzo 2000, n. 53), introdotto dall'art.3, comma 105, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004) prevede quanto segue: "1. Il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche di cui all'art. 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".

La ratio della disposizione consiste nel fine di favorire la vicinanza dei coniugi lavoratori alla residenza del figlio minore di età inferiore ai tre anni e ciò in funzione di adeguare la tutela della lavoratrice alle disposizioni dell'art. 31 Cost.

Per quel che riguarda l'ambito soggettivo di applicazione del beneficio in questione, partendo dall'assunto che l'art.42bis è rivolto a tutti i dipendenti di pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.lgs. n.165/2001 (comprensivo anche dei dipendenti di amministrazioni statali non privatizzati, quali poliziotti, militari e magistrati) e che le peculiarità e le distinzioni che contraddistinguono le suddette amministrazioni devono essere riferite ad "altri effetti" individuati all'art. 3 del D.L.gs n. 165/2001 (fonti del rapporto e disciplina pubblicistica), si è giunti a riconoscere la generale applicabilità dell'assegnazione temporanea volta alla protezione della sfera familiare, quale principio tutelato in sede costituzionale (artt.29-31) e in ambito comunitario (direttiva 96/04/CE del 3 giugno 1996 e risoluzione del Consiglio dei ministri incaricati dell'occupazione e della politica sociale 2000/C218/02 in data 29 giugno 2000, concernente la partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini alla vita familiare).

In ordine alla durata del beneficio in esame, il dipartimento della Funzione pubblica (con parere n. 192 del 4 maggio 2004) ha precisato che il presupposto dell'età del bambino (fino a tre anni di età) rappresenta un requisito indefettibile per la sola proposizione della domanda: il limite si riferisce all'arco temporale entro cui il beneficio può essere richiesto, ma non necessariamente fruito, in quanto la durata dell'agevolazione può essere concessa per un periodo massimo di tre anni a prescindere dall'età del minore; il genitore potrebbe proporre

domanda al compimento del secondo anno del figlio e se concesso potrebbe ottenere il beneficio per la durata di tre anni, ovvero fino al compimento del quinto anno di età del bambino.

Altro presupposto indefettibile è rappresentato dalla sussistenza di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva nella sede di servizio dell'amministrazione di destinazione.

Il testo di legge si riferisce letteralmente a due amministrazioni, una di provenienza ed una di destinazione; appare, tuttavia, evidente come l'applicazione della norma possa riferirsi anche a quei casi in cui la domanda del dipendente sia volta ad ottenere un'assegnazione temporanea ad altra sede, ma sempre nell'ambito della stessa amministrazione, sulla base del principio della continenza, per cui se il beneficio è previsto coinvolgendo più amministrazioni sarebbe illogico non ammetterne l'applicazione in caso di una sola amministrazione; in caso contrario, si finirebbe per rendere la portata dell'istituto estremamente limitata, in contrasto con la ratio della norma e con il testo costituzionale che, all'art. 31, prevede una generale tutela per la maternità, l'infanzia e la gioventù "(.....) favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

La norma, infatti, parla distintamente di vacanza e di disponibilità del "posto equivalente", da cui si deduce che lo stesso non solo deve essere preventivamente previsto in dotazione organica e vacante al momento della richiesta, ma deve essere anche disponibile, ovvero ci deve essere la volontà dell'amministrazione di occuparlo: l'amministrazione, pur avendo posizioni vacanti potrebbe, infatti, valutare di non provvedere alla loro copertura, ad esempio, a causa di esigenze di contenimento della spesa per il personale.

L'assegnazione temporanea del pubblico dipendente ad altra sede presuppone necessariamente l'assenso delle amministrazioni interessate: il diniego dell'amministrazione al trasferimento nella sede ove vive e lavora il coniuge deve essere motivato e dunque illustrare le ragioni per le quali l'accoglimento della domanda porterebbe all'ufficio di appartenenza un effettivo e irrimediabile disagio, tale da indurre a ritenere le esigenze di servizio prioritarie rispetto al diritto alla unità familiare, sancito dalla Costituzione: in assenza di detta motivazione il giudice può ordinare all'amministrazione l'assegnazione temporanea all'ufficio richiesto dal dipendente; poiché la disposizione dell'art. 42bis integra una norma di favore, non ogni motivo, pur razionale e rilevante, può soddisfare e giustificare il rifiuto da parte dell'amministrazione.

L'art. 42bis non configura un diritto soggettivo direttamente tutelato, ma un interesse legittimo che si concretizza in subordine alla sussistenza, nella sede prescelta, di un posto vacante e disponibile di corrispondente posizione retributiva e previo assenso delle amministrazioni di provenienza e di destinazione: proprio l'assenso delle amministrazioni configura un diritto del dipendente non assoluto bensì limitato ("può essere assegnato") dalle esigenze organizzative dell'amministrazione, esigenze che però devono essere effettive e non già valutate in maniera arbitraria, come del resto si evince dalla necessità dell'amministrazione di motivare il diniego (si veda SERRA L'assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti di PA, *Pubblico Impiego Il Sole 24 Ore* n. 4/2013 pag. 47-49).

La Corte Costituzionale, con la sentenza n.99 del 4 giugno 2024, che qui segnala, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42bis, comma 1, del 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'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui prevede che il trasferimento temporaneo del dipendente pubblico, con figli minori fino a tre anni di età, possa essere disposto "ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa" anziché "ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale è fissata la residenza della famiglia o nella quale l'altro genitore eserciti la propria attività lavorativa".

Con sentenza non definitiva del 15 novembre 2023, il Consiglio di Stato, sezione terza, ha sollevato, in riferimento agli artt.3, 29, 30 e 31 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 42bis, comma 1, del 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), inserito dall'art. 3, comma 105, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)".

Una dipendente del Comando dei Vigili del Fuoco di Firenze, residente, insieme al proprio nucleo familiare, composto dal coniuge e da due figli (di cui uno minore di tre anni), in un comune della Città metropolitana di Napoli, ai sensi dell'art. 42bis del d.lgs. n. 151 del 2001, presentava un'istanza di trasferimento temporaneo al Comando dei Vigili del fuoco di Napoli, la quale veniva tuttavia rigettata dall'amministrazione di appartenenza in ragione del fatto che – oltre a non esservi disponibilità di posti vacanti nella sede richiesta – il coniuge dell'interessata prestava servizio in Molise e, quindi, in una regione diversa da quella della sede in cui era stato richiesto il trasferimento.

Il Tar per la Toscana, sezione prima, con sentenza del 28 luglio 2022, n. 964, accoglieva il ricorso promosso dalla lavoratrice avverso il provvedimento di diniego, ritenendo non ostativo all'accoglimento dell'istanza il fatto che il coniuge della ricorrente prestava servizio in una regione diversa da quella della sede presso cui era stato richiesto il trasferimento, posto che, nella medesima provincia di tale sede, era stata fissata la residenza del nucleo familiare: ad avviso del giudice di primo grado, l'art. 42bis, comma 1, del D.Lgs. n. 151 del 2001, non andrebbe interpretato "in senso strettamente letterale a pena di avallare situazioni palesemente irragionevoli come quella in cui il coniuge lavori a pochi chilometri dalla sede in cui viene richiesto il trasferimento ma questa si trovi oltre il confine di una diversa regione".

Avverso la sentenza del giudice di primo grado, proponeva appello il Ministero dell'interno, il quale, tra l'altro, deduceva la violazione dell'art. 42bis, comma 1, del D.lgs. n. 151 del 2001: secondo l'appellante, il coniuge dell'interessata prestava la propria attività lavorativa al di fuori della Regione Campania e ciò non consentiva di ritenere perfezionato il presupposto richiesto dal legislatore per ottenere il trasferimento temporaneo.

Per la Consulta, il legislatore statale, nel consentire ai dipendenti pubblici di ottenere il trasferimento temporaneo solo "ad una sede di servizio ubicata nella stessa provincia o regione nella quale l'altro genitore esercita la propria attività lavorativa", ha introdotto un requisito che condiziona il concreto ambito di applicazione dell'istituto, anche sul piano soggettivo. In

base a tale previsione, infatti, è stata esclusa in radice la possibilità di accedere al beneficio del trasferimento per quei dipendenti pubblici che hanno deciso di fissare la residenza familiare (ove vive il figlio minore) in una regione o provincia diversa da quelle in cui lavorano entrambi i genitori.

Nella pronuncia de qua, viene rimarcato che il trasferimento temporaneo dei dipendenti pubblici, proponendosi di favorire la ricomposizione dei nuclei familiari nei primissimi anni di vita dei figli, nel caso in cui i genitori si trovino a vivere separati per esigenze lavorative, è chiaramente preordinato alla realizzazione dell'obiettivo costituzionale di sostegno e promozione della famiglia, dell'infanzia e della parità dei genitori nell'accudire i figli e che, come è stato sottolineato anche dalla giurisprudenza amministrativa, il trasferimento temporaneo ha la "funzione di agevolare la cura dei minori nella primissima infanzia", proteggendo quindi "i valori della famiglia, e più in generale della genitorialità, tutelati dall'art.30 della Costituzione e dal successivo art.31..." (Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 16 febbraio 2021, n. 1418).

A fronte di una simile ratio dell'istituto, per il giudice delle leggi, non risulta ragionevole consentire il trasferimento temporaneo del genitore che sia dipendente pubblico solo nella provincia o regione in cui lavora l'altro genitore: tale limitazione, infatti, si fonda sul presupposto per cui il figlio minore da accudire si trovi necessariamente nella medesima provincia o regione in cui è fissata la sede lavorativa dell'altro genitore.

La disposizione censurata, osserva la Corte, nel consentire l'assegnazione temporanea del dipendente pubblico solo ad una sede che si trova nella provincia o regione in cui lavora l'altro genitore, non assicura una tutela adeguata in favore di quei nuclei familiari in cui entrambi i genitori lavorano in regioni diverse da quelle in cui è stata fissata la residenza familiare: situazione che, nella realtà, è divenuta sempre meno rara.

In relazione a tali casi, per la Consulta, appare rispondente alla finalità dell'istituto consentire almeno a uno dei genitori di lavorare, sia pur nel primo triennio di vita del minore, in una sede che si trova nella regione o nella provincia in cui è stata fissata la residenza della famiglia e, quindi, in cui è domiciliato il minore (ai sensi dell'art. 45, comma secondo, del codice civile).

Un simile ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto, oltre a risultare pienamente coerente con la finalità di protezione della famiglia e di sostegno all'infanzia, risponde, conclude la Corte, anche all'esigenza di preservare la più ampia autonomia dei genitori rispetto alle scelte concernenti la concreta definizione dell'indirizzo familiare. Tale autonomia, infatti, mal si concilia con la fissazione, da parte del legislatore, di rigide e non ragionevoli limitazioni all'ottenimento di benefici che dovrebbero essere diretti a sostenere la genitorialità e, quindi, a promuovere la formazione delle nuove famiglie.

Dionisio Serra cultore di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Visualizza il documento: [C. cost., 4 giugno 2024, n. 99](#)