

Ricongiungimento dei genitori-lavoratori con figli minori di tre anni

di *Gabriella Crepaldi*

Con modifica realizzata dall'art. 3, comma 105, della legge finanziaria per l'anno 2004 (legge 24 dicembre 2003, n. 350) è stato inserito nel d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151, Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, l'art. 42 bis, relativo all'assegnazione temporanea dei lavoratori dipendenti alle amministrazioni pubbliche.

La disposizione prevede che il genitore con figli minori fino a tre anni di età dipendente di amministrazioni pubbliche 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 posto temporaneamente lasciato libero non si renderà disponibile ai fini di una nuova assunzione.

La disposizione, nel testo che si è appena richiamato, è stata oggetto di un intervento di riforma ad opera della legge Madia (art. 14, comma 7, della legge 7 agosto 2015, n. 124) allo scopo di stabilire che il dissenso, oltre a dover essere motivato, deve essere *"limitato a casi o esigenze eccezionali"*.

La riforma ha dunque agito nel senso della limitazione del potere discrezionale che caratterizzava la scelta del datore di lavoro pubblico per limitarlo a ipotesi eccezionali su cui dovrà soffermarsi in modo ampio e dettagliato la motivazione del provvedimento di diniego.

La giurisprudenza amministrativa di primo grado si è già pronunciata sul punto. Con la più recente [pronuncia del 2 novembre 2017 n. 713](#), il Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, ha affermato l'illegittimità del provvedimento con il quale il Ministero dell'Interno ha rigettato la domanda di un agente di Polizia volta ad ottenere il trasferimento temporaneo per assistere un figlio dell'età inferiore ai tre anni, facendo riferimento a generiche esigenze di servizio ed alla maggiore vigilanza dovuta al terrorismo internazionale.

Il Tar spiega che ai sensi dell'art. 42 bis cit., come modificato dalla legge Madia, l'Amministrazione potrebbe rigettare la domanda di trasferimento solo dimostrando una reale difficoltà conseguente allo spostamento dell'istante; in tal senso, non è sufficiente la segnalazione di disagi o inconvenienti che sono sempre conseguenti al trasferimento di un dipendente.

In questi termini si era già pronunciata la stessa sezione del Tar emiliano (3 ottobre 2017, n. 665) su una vicenda riguardante l'istanza presentata da un agente della Guardia di finanza rigettata con riferimento a generiche esigenze di servizio. Il Tar preliminarmente ha affermato che l'art. 42 bis è applicabile

anche al personale militare, quanto meno dopo l'approvazione del nuovo Codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66) che all'art. 1493 ha stabilito l'estensione della normativa per il personale della pubblica amministrazione al personale militare e, ancor più chiaramente, dopo l'inserimento dell'art. 2209 *sexies* (Norme sul ricongiungimento familiare) introdotto dall'articolo 4, comma I, lettera e), del d.lgs. 28 gennaio 2014, n. 8 che richiama espressamente l'art. 42 bis.

Sul vivo della questione, il giudice amministrativo di primo grado da conto del fatto che, prima della riforma Madia, la disposizione fosse *"in concreto quasi sempre disattesa"* e che, perciò, la novella legislativa induce a pronunciare l'illegittimità del provvedimento di rigetto dell'istanza in assenza di una motivazione che rappresenti un disagio così rilevante per l'amministrazione da impedire al dipendente di fruire della possibilità che la legge riconosce di essere trasferito nella stessa regione dove risiede la prole di età inferiore ai tre anni.

Ciò che l'amministrazione datrice di lavoro deve dimostrare per rigettare la domanda è, allora, una situazione di eccezionalità che nei casi di venuti all'esame della giurisprudenza non si ravvisava: si noti che l'eccezionalità deve riguardare l'amministrazione di appartenenza e non quella di destinazione. Con ciò, *"il trasferimento non diventa ammissibile perché la sede richiesta presenta una scopertura maggiore di quella di appartenenza, facendo così supporre una necessità maggiore sul piano delle esigenze di servizio; la sede di destinazione deve presentare almeno un posto scoperto altrimenti l'istanza è inammissibile, ma le esigenze "eccezionali" debbono riguardare la sede di servizio del ricorrente al momento della domanda"*.

In conclusione, l'amministrazione deve dimostrare che il trasferimento del richiedente avrebbe delle conseguenze gravi sullo svolgimento del servizio.

Ciò è quanto basta ad affermare che il beneficio di cui all'art. 42 bis cit. non vale a costituire un diritto incondizionato del dipendente (Tar Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 30 settembre 2016, n. 262); né si tratta di un corrisponde potere vincolato della pubblica amministrazione che conserva un certo margine di discrezionalità nella decisione di rigetto, al di là della sussistenza, che deve essere riscontrata, dei presupposti stabiliti dalla legge.

Riproduzione riservata