

Publicato il 23/03/2017

N. 01317/2017REG.PROV.COLL.
N. 03923/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3923 del 2016, proposto da:
Ministero della Difesa, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso
per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via
dei Portoghesi, 12;

contro

Pietro Guglielmi non costituito in giudizio;

*per la riforma della sentenza in forma semplificata del TAR Puglia -
Bari, sez. III, n. 111/2016, resa tra le parti e concernente il diniego di
collocamento dell'appellato in aspettativa per un anno, ai fini
dell'avviamento di attività commerciale;*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2017 il Cons. Daniela
Di Carlo e uditi per le parti gli avvocati Avvocato dello Stato Natale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Pietro Guglielmi, tenente dell'Esercito Italiano, ha presentato al Ministero della Difesa, Direzione Generale per il personale militare, istanza in data 30.4.2015 di collocamento in aspettativa senza assegni e senza decorrenza dell'attività di servizio ai sensi dell'art. 18 della Legge 4 novembre 2010 per un periodo di dodici mesi a decorrere dal 1 giugno 2015, rappresentando la volontà di avviare un'attività di lavoro autonomo di tipo imprenditoriale nel settore metalmeccanico, ed in particolare nella produzione di software e nella manutenzione di hardware.

A fronte del diniego opposto dall'amministrazione di appartenenza, lo stesso ha spiegato ricorso, accolto in prime cure con compensazione delle spese di lite.

Avverso la decisione ha proposto appello il Ministero della Difesa concludendo per la integrale riforma della sentenza impugnata, vinte le spese di lite.

L'appellato non si è costituito in giudizio.

DIRITTO

La controversia verte sulla questione dell'applicabilità al personale militare in regime di diritto pubblico degli istituti della dispensa dal servizio e del collocamento in aspettativa senza assegni e senza decorrenza dell'attività di servizio in ipotesi di avviamento di un'attività di lavoro autonomo di tipo imprenditoriale al fine di esercitarne il mestiere, il commercio o l'industria.

Giova al riguardo precisare il quadro normativo di riferimento.

L'art. 3 del D.lvo n. 165/2001 pone il principio generale secondo cui determinate categorie di pubblici dipendenti, tra cui il personale militare, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti.

L'ordinamento militare è oggi regolamentato dal testo unico adottato con il D.lvo n. 66/2010 (cd codice dell'ordinamento militare), il quale disciplina

espressamente agli artt. 894 e 901 il regime, rispettivamente, delle incompatibilità professionali e dell'aspettativa per motivi privati.

L'art. 894 cit., in particolare, fissa al comma 1 il principio generale secondo cui la professione di militare è incompatibile con l'esercizio di ogni altra professione, salvo i casi previsti da disposizioni speciali, stabilendo invece al comma 2 che essa è altresì incompatibile, tra le altre cose, con l'esercizio di un mestiere, di un'industria o di un commercio.

L'art. 901 cit. regola invece le modalità per la richiesta e la concessione dell'aspettativa per motivi privati, espressamente subordinata alla valutazione da parte dell'amministrazione di appartenenza delle esigenze di servizio.

Completa il quadro normativo di riferimento l'art. 18 della Legge n. 183/2010, che consente ai dipendenti pubblici in generale il collocamento in aspettativa, senza assegni e senza decorrenza dell'anzianità di servizio, per un periodo massimo di dodici mesi, anche per avviare attività professionali e imprenditoriali. L'aspettativa, in tal caso, è concessa dall'amministrazione, tenuto conto delle esigenze organizzative, previo esame della documentazione prodotta dall'interessato. La norma consente che nel suddetto periodo non trovino applicazione le disposizioni in tema di incompatibilità di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, fermo tuttavia quanto previsto dall'articolo 23-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Tale ultima disposizione, in particolare, pone una deroga al divieto, generalizzato, per tutti i pubblici dipendenti, di esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati limitatamente a talune categorie di soggetti (dirigenti delle pubbliche amministrazioni, appartenenti alla carriera diplomatica e prefettizia e, limitatamente agli incarichi pubblici, i magistrati ordinari, amministrativi e contabili e gli avvocati e procuratori dello Stato), salvo motivato diniego dell'amministrazione di appartenenza in ordine alle

proprie preminenti esigenze organizzative, puntualizzando tuttavia al suo nono comma che “Le disposizioni del presente articolo non trovano comunque applicazione nei confronti del personale militare e delle Forze di polizia, nonché del Corpo nazionale dei vigili del fuoco”.

Osserva il Ministero della Difesa appellante che il giudice di prime cure non ha fatto buon governo delle suddette norme, ritenendo di potere ravvisare un rapporto di regola/eccezione tra l’art. 901 del D.lvo n. 66/2010 (che prevede in generale ed in modo innominato la concessione dell’aspettativa ai militari per motivi privati) e l’art. 894 del medesimo decreto (che elenca le incompatibilità a svolgere attività di commercio, industria, professione), similmente a quanto previsto, per i pubblici impiegati in genere, dall’art. 18 della Legge n. 183/2010 (che regola in generale l’istituto dell’aspettativa) e dall’art. 53 del D.lvo n. 165/2001 (che disciplina il regime delle incompatibilità) e traendo poi da questa falsa premessa l’indebita conclusione che l’amministrazione avrebbe dovuto riqualificare l’istanza, presentata dal militare ai sensi dell’art. 18 cit., sub specie di domanda di aspettativa per motivi privati ai sensi dell’art. 901 cit., e procedere quindi alla valutazione comparativa – nella specie omessa – delle esigenze private con quelle organizzative ai fini del perseguimento del pubblico interesse.

La prospettazione ricostruttiva offerta in prime cure, come esattamente rilevato dall’amministrazione appellante, oltre che non convincente sul piano argomentativo, si appalesa del tutto destituita di fondamento in punto di diritto ostandovi il chiaro disposto normativo.

Sul piano argomentativo, infatti, la pretesa di esigere dall’amministrazione la riqualificazione dell’istanza presentata ai sensi dell’art. 18 della legge n. 183/2010 sotto la rubrica dell’art. 901 del codice dell’ordinamento militare non trova alcuna giustificazione logica, atteso che l’art. 901 è deputato a regolamentare i soli casi, effettivamente innominati, di richieste di congedi ed aspettative per motivi privati, non predeterminabili dal Legislatore e non

suscettibili di essere rappresentati in un elenco che non sia meramente esemplificativo e, dunque, giammai tassativo. Pertanto, l'art. 901 cit. non potrebbe mai porsi in rapporto di genere a specie rispetto all'art. 894 del medesimo codice, il quale ultimo, invece, disciplina il regime (questo sì tassativo e nominato) delle incompatibilità (la professione, il mestiere, il commercio, l'industria).

Sul piano del diritto positivo, invece, dalla piana lettura delle disposizioni di cui in premessa si evince la chiara volontà del legislatore di stabilire un divieto assoluto per il personale militare in regime di pubblico impiego di esercitare il commercio o l'industria, di svolgere alcuna professione e di assumere impieghi alle dipendenze di privati, ostandovi il testuale disposto di cui agli artt. 894 D.lvo n. 66/2010 e 23 bis del D.lvo n. 165/2001, quest'ultimo richiamato dall'art. 18 della Legge n. 183/2010.

La *ratio* dell'esclusione per gli appartenenti alle forze armate dal novero dei soggetti destinatari della disposizione generale di cui all'art. 18 della legge n. 183/2010 può ragionevolmente rinvenirsi nella volontà legislativa di riconnettere rilevanza alla specificità che connota lo *status* di militare, e trova conferma a livello di diritto positivo sia nell'ambito della disciplina specifica di settore (il codice dell'ordinamento militare) sia in quella generale del pubblico impiego, privatizzato e non.

Quanto al primo rilievo, infatti, l'art. 894 del codice dell'ordinamento militare pone un regime preciso delle incompatibilità, addirittura assoluto per il caso dell'esercizio dell'industria, del commercio e del mestiere (comma 2), non contemplando nemmeno la clausola di salvaguardia dell'eventuale diversa previsione contenuta in leggi speciali, prevista invece per l'esercizio della professione (comma 1).

Quanto al secondo aspetto, invece, fermo il regime generale delle incompatibilità (artt. 53 del D.lvo n. 165/2011 e 60 del Testo unico n. 3/1957), la deroga pure contemplata nell'art. 23-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 per determinate categorie di pubblici impiegati non

contrattualizzati, è espressamente esclusa – comma 9 del medesimo articolo - nei confronti del personale militare e delle Forze di polizia, nonché del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, di tal ché del tutto correttamente il Legislatore ha inserito nel corpo dell'art. 18 della legge n. 183/2010 l'espresso richiamo all'art. 23 bis del D.lvo n. 165/2001, ad ulteriore conferma dell'inderogabilità assoluta per gli appartenenti alle forze armate del regime delle incompatibilità positivamente stabilite per tutti i pubblici impiegati in genere e derogate per espressa previsione legislativa solo per taluni di essi.

L'appello, pertanto, per le considerazioni che precedono, merita accoglimento.

La novità della questione consente la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Daniela Di Carlo

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO