

Pubblicato il 30/09/2022

N. 00971 /2022 **REG.PROV.COLL.**
N. 00304/2020 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 304 del 2020, proposto dalla Aeronautica Militare - Direzione per l'impiego del personale militare dell'Aeronautica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

contro



rappresentati e difesi dall'avvocato Mariagrazia Caruso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Guido Longo in Palermo, via Simone Cuccia, 1;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione

staccata di Catania (Sezione Terza), n. 02428/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di **Maurizio Rossitto e di Mariano Tusa e di Corrado Capodicasa e di Salvatore Nastasi**;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 20 settembre 2022, tenutasi ai sensi dell'art. 87, comma 4-*bis*, c.p.a. e dell'art. 13-*quater* disp. att. c.p.a., il Pres. Gabriele Carlotti e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Ministero della difesa ha impugnato la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, ha accolto, con spese a carico del Dicastero, il ricorso, proposto dai Marescialli dell'Aeronautica militare, signori **[REDACTED]**

[REDACTED], per l'annullamento del provvedimento, prot. n. 29958/DIP41/P13-1, dell'Aeronautica Militare, Direzione per l'impiego del personale militare, nella parte in cui dispose il trasferimento "d'autorità" dei predetti militari ad altra sede di servizio (dal 34° GR. RADAR AM di Mezzo Gregorio di Noto al 41° Stormo di Sigonella in località Lentini) senza alcun onere a carico dell'Amministrazione, nonché per l'accertamento del diritto degli odierni appellati alla corresponsione dell'indennità di trasferimento di cui all'art. 1 della l. n. 86/2001 e la conseguente condanna dell'Amministrazione della difesa al pagamento dell'indennità con gli accessori (ossia con gli interessi legali dalla data di insorgenza del diritto).

Gli appellati in primo grado esposero di essere stati trasferiti d'autorità, nel 2012, con un telegramma, in una differente sede di servizio, situata in un diverso comune,

e lamentarono la mancata corresponsione dell'indennità di cui alla l. n. 86 del 2001, nonostante nel suddetto telegramma fosse stata esclusa la corresponsione di alcuna indennità, stante il gradimento manifestato dagli interessati per le sedi di destinazione.

Il T.a.r., nella sentenza impugnata, ha osservato che la questione era stata già affrontata dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 1 del 29 gennaio 2016, secondo la quale prima dell'entrata in vigore (al 1° gennaio 2013) dell'art. 1, comma 163, della l. 24 dicembre 2012, n. 228 - che introdusse il comma 1-bis nell'art. 1 della l. 29 marzo 2001, n. 86 - spettava al personale militare l'indennità di trasferimento prevista dal comma 1 del medesimo articolo, a seguito del mutamento della sede di servizio dovuto a soppressione (o a diversa dislocazione) del reparto di appartenenza (o delle relative articolazioni), anche in presenza di clausole di gradimento (o istanze di scelta) della nuova sede, purché nella ricorrenza degli ulteriori presupposti individuati dalla norma, ovvero una distanza fra la nuova e l'originaria sede di servizio superiore ai 10 chilometri e l'ubicazione in comuni differenti.

Il T.a.r. ha ritenuto che, per gli appellati, signori [REDACTED] e non per altri ricorrenti in primo grado, ricorressero tutti i presupposti indicati nella citata sentenza della Adunanza Plenaria e, pertanto, ha accolto il ricorso originario. In particolare, il T.a.r. ha osservato *«(q)uanto alla dicitura “senza alcun onere a carico dell'Amministrazione” contenuta nel telegramma afferente i trasferimenti, unitamente all'affermazione che i militari hanno reso dichiarazione (mod. “Annesso 2”) di accettare il trasferimento senza oneri per l'Amministrazione, è da considerare priva di qualsiasi rilevanza o, meglio, inidonea ad escludere la spettanza dell'indennità di cui alla legge n. 86 del 2001.*

In linea con quanto di recente affermato dal Consiglio di Stato con la decisione 7 gennaio 2019, n. 115, il Collegio rileva, infatti, che:

- la fonte primaria che contempla il diritto all'indennità di trasferimento non

prevede forme di “rinuncia preventiva”;

- la rinuncia preventiva all’indennità de qua – da tenere ben distinta dalla c.d. “rimessione del debito” – è da considerarsi “nulla per contrarietà alla norma imperativa che disciplina il trasferimento d’autorità”;

- la disciplina recata dalla fonte primaria è certamente idonea “a sostituire ope legis ogni contraria pattuizione e/o negozio unilaterale;

- “la questione di una eventuale rinuncia del dipendente al trattamento economico stabilito ex lege può, quindi, porsi solo dopo che il relativo diritto sia maturato e pertanto sia stato acquisito al suo patrimonio, solo allora divenendo suscettibile di negozi abdicativi”.

Pertanto, l’espressione “senza alcun onere a carico dell’Amministrazione” riportata nel telegramma di comunicazione dei trasferimenti non può cherivelarsi del tutto ininfluyente in relazione alla spettanza dell’indennità di cui si discute.».

2. L’appello del Ministero della difesa è affidato ai motivi, non distintamente rubricati, ma così riassumibili:

I.) la sentenza della Adunanza Plenaria non avrebbe escluso la possibilità che i militari interessati al trasferimento possano rinunciare al diritto di credito (ossia rimettere il debito), corrispondente all’indennità in discorso, alle condizioni di cui all’art. 1236 c.c.; detta rinuncia sarebbe cosa diversa dall’acquiescenza al trasferimento;

II.) nel caso di specie, gli appellati avrebbero rinunciato in via preventiva all’indennità nel momento in cui ebbero ad esprimere il gradimento al trasferimento ad una sede di servizio differente e gradita; la rinuncia preventiva all’indennità sarebbe stata oggetto di un accordo tra i militari interessati e l’Amministrazione, la quale, altrimenti, avrebbe potuto destinarli a una sede – originariamente individuata - meno gradita (il [REDACTED])

[REDACTED]. Nella sostanza, i militari

avrebbero rinunciato in via preventiva all'indennità e l'Amministrazione sarebbe venuta incontro ai desideri dai medesimi espressi;

III.) in materia di indennizzo ex l. n. 86/2001, è intervenuta la del Consiglio di Stato n. 8332 del 6 dicembre 2019, con cui la Quarta Sezione, dopo avere riconosciuto la disponibilità dei benefici economici dei militari, si è così espressa: «... data la natura disponibile delle indennità e la loro obiettiva determinabilità già ex ante, è d'obbligo ritenere – nel solco dell'autorevolissimo insegnamento della Plenaria – che il relativo debito poteva essere oggetto di remissione.

E ciò è in effetti positivamente avvenuto, in quanto la dichiarazione rilasciata dal sottufficiale e sopra riportata denota a giudizio del Collegio la inequivoca e (deve presumersi in difetto di contestazioni sul punto) non viziata volontà del dichiarante di abdicare a quel credito, probabilmente sulla base di personali calcoli di convenienza.

Ora, nell'ambito dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, la dichiarazione di remissione del debito ex art. 1236 c.c. è strutturata quale negozio neutro quoad causam, non soggetto a particolari requisiti di forma nemmeno ad probationem, e soprattutto unilaterale recettizio, relativamente al quale la dichiarazione "a parte creditoris" si presume accettata dal debitore, e produce pertanto i suoi tipici effetti estintivi, dal momento in cui la comunicazione perviene a conoscenza del destinatario (art. 1334 cod. civ.), a meno che questi, conosciuta la volontà remissiva, non dichiari entro un termine congruo di non volerne profittare.

Ne consegue, come insegna la Suprema Corte, che la natura unilaterale recettizia del negozio fa sì, incontestabilmente, che i suoi effetti non possono essere disconosciuti dal creditore, una volta che egli stesso abbia manifestato l'intento abdicativo al debitore (cfr. Cass. V Sez. ord.za n. 8012 del 2019).».

Sia che, secondo la fattispecie tipica dell'art. 1236 c.c., l'atto remissorio del debito venga ritenuto un negozio unilaterale nel quale l'accettazione del debitore abbia la funzione di renderla irrevocabile, sia che invece venga ritenuto un negozio

unilaterale di per sé irrevocabile in quanto ricettizio, in cui l'opposizione del debitore abbia efficacia risolutoria, non può escludersi che la figura si presenti legittimamente e in concreto secondo lo schema del contratto, ossia che la remissione del debito – pur avendo di norma struttura unilaterale – possa, comunque, rientrare in una fattispecie più complessa di stampo negoziale.

Inoltre, la Cassazione civile, con sentenza del 18 maggio 2006, n. 11749, ha statuito che: *«(l)a remissione del debito non richiede una forma solenne, in difetto di un'espressa previsione normativa, e può quindi essere desunta anche da una manifestazione tacita di volontà o da un comportamento concludente, purché siano tali da manifestare in modo univoco la volontà abdicativa del creditore, in quanto risultino da circostanze logicamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito.»*

3. Si sono costituiti, per resistere all'impugnazione, gli appellati, i quali hanno controdedotto:

- le tesi del Ministero sarebbero smentite dalla decisione del Consiglio di Stato n. 115 del 7 gennaio 2019 (richiamata nella sentenza appellata), secondo cui la clausola di gradimento inciderebbe soltanto sugli effetti ubicazionali dell'ordine di trasferimento rendendo irretrattabile l'individuazione della sede prescelta e, quindi, inammissibili, per carenza di interesse ad agire, le eventuali iniziative contenziose intraprese dal militare trasferito, ma non sul diritto di credito (a percepire l'indennità) che scaturisce direttamente dalla legge al ricorrere di determinati presupposti; certamente anche il diritto di credito in questione può essere oggetto di rinuncia (*rectius*, rimessione del debito, ai sensi dell'art. 1236 c.c.), ma al verificarsi di tutte le condizioni previste dalla richiamata disposizione che sono diverse e non sovrapponibili rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie dell'acquiescenza, non fosse altro per la diversa indole della situazione soggettiva coinvolta;

- l'istituto della rimessione del debito, quale disciplinato dall'art. 1236 c.c., il quale

presuppone, logicamente, che il credito sia già entrato nel patrimonio del rimettente; la questione di una eventuale rinuncia del dipendente al trattamento economico stabilito *ex lege*, potrebbe, quindi, porsi dopo che il relativo diritto sia maturato e che, pertanto, sia stato acquisito al suo patrimonio, solo allora divenendo suscettibile di negozi abdicativi che, nell'ambito del rapporto di impiego privato o pubblico contrattualizzato, al regime di parziale indisponibilità di cui all'art. 2113 c.c.; quest'ultima disposizione è, comunque, espressione di un principio di ordine pubblico generale che trova applicazione (a maggior ragione) anche nei rapporti di impiego pubblico non contrattualizzati;

- non sarebbe controverso che, nella fattispecie, si versi in un'ipotesi di trasferimento d'ufficio, reso necessario da esigenze organizzative dell'Amministrazione datoriale e che, dunque, sarebbe influente la dichiarazione del dipendente in ordine alla sede da occupare secondo le indicazioni fornite dal datore di lavoro;

- tale dichiarazione costituisce acquiescenza al trasferimento, ma non comporta alcuna rinuncia preventiva al diritto all'indennità di trasferimento di cui all'art. 1 della legge n. 86/2001 e, d'altronde, il trasferimento, nella fattispecie, è intervenuto con provvedimenti dell'1 luglio 2012, mentre le dichiarazioni dei dipendenti su moduli prestampati predisposti dalla parte datoriale recano la data del 23 maggio 2012;

- anche a volersi attribuire valore di rinuncia alle dichiarazioni dei dipendenti, le stesse, sarebbero, comunque, affette da nullità per contrarietà alla norma imperativa che disciplina il trasferimento d'autorità;

- si rientrerebbe, quindi, nell'ipotesi di assoluta mancanza di volontarietà in ordine alla rinuncia che, va ribadito poteva prevedersi, in ogni caso, solo a fronte di un diritto maturato e acquisito al patrimonio, solo a quel momento suscettibile di negozi abdicativi;

- in tal senso sarebbe la giurisprudenza di questo Consiglio (Cgars n. 582/2007; n. 505/2010; n. 777/2012; n. 333/2014; n. 334/2014; n. 335/2014; n. 336/2014; n.

337/2014; n. 338/2014; n. 339/2014; n. 340/2014; n. 341/2014; n. 342/2014; n. 343/2014; n. 345/2014; 346/2014; n. 347/2014; n. 348/2014; n. 349/2014; n. 350/2014; n. 351/2014; n. 352/2014; n. 353/2014; n. 354/2014; n. 356/2014; n. 357/2014; n. 358/2014; n. 359/2014; n. 360/2014; n. 361/2014; n. 362/2014; n. 363/2014; n. 364/2014; n. 365/2014; n. 367/2014; n. 238/2016 e n. 239/2016) e pure la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. II, n. 871/2022 e n. 5125/2022);

- è evidente che, nella fattispecie, gli appellati erano privi di alternativa alla movimentazione e astretti al dovere di obbedienza (Cgars n. 238/2016 e n. 239/2016), avendo apposto una firma su un modulo unilateralmente predisposto dalla P.A. datrice e formulato quale condizione per il conferimento di una sede di “gradimento” del dipendente.

4. Con ordinanza n. 410/2020 questo Consiglio ha respinto l’istanza cautelare avanzata dal Ministero appellante.

5. La causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L’appello è infondato. Ed invero, il Collegio non rinviene nella fattispecie in esame motivi per discostarsi dai principi enunciati dalla più volte richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 115 del 2019, secondo la quale la clausola di gradimento, della cui valenza si controverte, ha l’unico effetto di rendere manifesta l’acquiescenza al trasferimento d’autorità, ma non comporta alcuna rinuncia al diritto a percepire l’indennità in discorso. *«L'acquiescenza rende dunque irretrattabile l'individuazione della sede prescelta rendendo inammissibili, per carenza di interesse ad agire, le eventuali iniziative contenziose intraprese dal militare che subisce il trasferimento, ma non incide sul diritto di credito (a percepire l'indennità) che scaturisce direttamente dalla legge al ricorrere di determinati presupposti; certamente anche il diritto di credito in questione può essere oggetto di rinuncia (rectius rimessione del debito nel linguaggio dell'art.*

1236 c.c.), ma al verificarsi di tutte le condizioni previste dalla richiamata disposizione che sono diverse e non sovrapponibili rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie dell'acquiescenza, non fosse altro che per la diversa indole della situazione soggettiva coinvolta (diritto soggettivo in relazione alla spettanza dell'indennità, interesse legittimo in relazione all'esercizio del potere organizzatorio e gerarchico da parte dell'Autorità militare)".

La fonte primaria conforma il diritto di credito in esame e non prevede forme di "rinuncia preventiva", alle quali non è comunque assimilabile il ben diverso istituto, richiamato dall'Adunanza plenaria, della remissione del debito, quale disciplinato dall'art. 1236 del codice civile il quale presuppone, logicamente, che il credito sia già entrato nel patrimonio del rimettente.

La rinuncia preventiva ad una indennità prevista dalla legge è quindi nulla per contrarietà alla norma imperativa che disciplina il trasferimento d'autorità.

La disciplina recata dalla fonte primaria è poi idonea a sostituire ope legis ogni contraria pattuizione e/o negozio unilaterale (cfr. Cass. civ., sez. lav., 8 agosto 1987, n. 68239).

La questione di una eventuale rinuncia del dipendente al trattamento economico stabilito ex lege, può quindi porsi solo dopo che il relativo diritto sia maturato e pertanto sia stato acquisito al suo patrimonio, solo allora divenendo suscettibile di negozi abdicativi.

Questi ultimi sono peraltro soggetti, nell'ambito del rapporto di impiego privato e/o pubblico contrattualizzato, al regime di parziale indisponibilità di cui all'art. 2113 c.c.

La norma è espressione di un principio di ordine pubblico generale che trova applicazione (a maggior ragione) anche nei rapporti di impiego pubblico non contrattualizzati.

Nel caso in esame, reputa pertanto il Collegio che il TAR abbia correttamente deciso assumendo l'inefficacia della dichiarazione di rinuncia ai rimborsi, connessi ex lege al trasferimento d'autorità, sottoscritta dal dipendente.

Per quanto occorrer possa deve infine evidenziarsi che la dichiarazione sottoscritta dal lavoratore, può assumere valore di rinuncia o di transazione "sempre che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento, che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati ovvero obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi" (Cass. civ., sez. lav., 20 gennaio 2017, n.1556).

Nel caso di specie, è tuttavia lecito dubitare di tale piena consapevolezza da parte del maresciallo ... poiché la dichiarazione di "rinuncia" è stata resa mediante la sottoscrizione di un modulo prestampato, predisposto in via unilaterale dall'Amministrazione e formulato quale condizione per il conferimento di una sede di "gradimento" del dipendente.».

7. Nella fattispecie, il gradimento espresso dagli appellati è intervenuto prima del trasferimento d'autorità e, dunque, prima della maturazione del diritto all'indennità, sicché quest'ultima è dovuta per le ragioni chiarite dal Consiglio di Stato nella sentenza sopra riportata.

8. Il regolamento delle spese processuali del secondo grado del giudizio, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza e le spese sono distratte in favore del difensore degli appellati costituitisi, dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla rifusione, nei confronti degli appellati costituitisi in giudizio, delle spese processuali del secondo grado del giudizio, liquidate in euro 1.000,00 (mille/00) in favore di ciascun appellato e, quindi, per complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge, se dovuti, da distrarsi in favore del difensore degli appellati dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 20 settembre 2022 e del 26 settembre 2022, tenutesi da remoto e in modalità telematica con la contemporanea e continuativa presenza dei Signori Magistrati:

Gabriele Carlotti, Presidente, Estensore

Michele Pizzi, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Gabriele Carlotti

IL SEGRETARIO