



(da www.servizi-legali.it)

CIRCA L'APPLICABILITA' A MILITARE DELL'ISTITUTO DELL'ASPETTATIVA PER AVVIARE ATTIVITA' PROFESSIONALI E IMPRENDITORIALI (ALL'ART. 18 LEGGE 183/2010).

L'art. 18 della legge 4 novembre 2010, n. 183, indica, tra i motivi per i quali è possibile concedere ai dipendenti pubblici l'aspettativa senza assegni e senza decorrenza d'anzianità di servizio, per un periodo massimo di un anno, l'intenzione di avviare attività professionali e imprenditoriali.

Residua certamente la discrezionalità dell'amministrazione nel concedere o negare l'aspettativa, configurandosi pertanto la posizione giuridica del dipendente come interesse legittimo e non come diritto soggettivo.

In tal senso è decisivo l'inciso, di cui al primo comma dell'art. 18, *“tenuto conto delle esigenze organizzative, previo esame della documentazione prodotta dall'interessato”*.

Si pone, però, la questione dell'applicabilità o meno dell'istituto dell'aspettativa per avvio di impresa o professione nel caso in cui a richiedere detta aspettativa sia un militare.

Ammessa eventualmente l'applicabilità dell'istituto, si pone poi la questione della eventuale particolare connotazione della discrezionalità decisoria concessa alla amministrazione militare a fronte di istanza avanzata ex art. 18 della l. 183/2010.

Al riguardo va detto, innanzitutto, ...

Al riguardo va detto, innanzitutto, che non trovano applicazione nei confronti del personale militare le disposizioni dell'art. 23 bis, *“Disposizioni in materia di mobilità tra pubblico e privato”*,

del D.Lgs. 165/2001 (la cui operatività è genericamente richiamata dal comma 3 del citato art. 18): lo stabilisce chiaramente il comma 9 del medesimo articolo 23 bis.

Neppure rileva, se non in fattispecie particolari, la disposizione speciale dell'art. 2, comma 36, della l. 191/2009: essa riguarda, infatti, i militari in rapporto di lavoro con la "Difesa Servizi spa". Fondamentale, invece, appare il dettato dei commi 1 e 2 dell'art. 19 della legge 183/2010, intitolato significativamente "Specificità delle Forze armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco". Recitano i commi 1 e 2 dell'art. 19:

"1. Ai fini della definizione degli ordinamenti, delle carriere e dei contenuti del rapporto di impiego e della tutela economica, pensionistica e previdenziale, è riconosciuta la specificità del ruolo delle Forze armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché dello stato giuridico del personale ad essi appartenente, in dipendenza della peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali, previsti da leggi e regolamenti, per le funzioni di tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna, nonché per i peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti e i correlati impieghi in attività usuranti.

2. La disciplina attuativa dei principi e degli indirizzi di cui al comma 1 è definita con successivi provvedimenti legislativi, con i quali si provvede altresì a stanziare le occorrenti risorse finanziarie".

Orbene, è evidente che, non essendo intervenuti i "successivi provvedimenti legislativi" di cui al comma 2 dell'art. 19, la specificità delle Forze armate, che pur dovrà esser riconosciuta con riguardo alla concessione o meno a personale militare dell'aspettativa di cui all'art. 18, dovrà trovare una concreta regolazione con immediato riferimento ai parametri di compatibilità tra ordinamento militare e disciplina generale del pubblico impiego individuati nel primo comma dell'art. 19: la *"peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali, previsti da leggi e regolamenti, per le funzioni di tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna", nonché i "peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti e i correlati impieghi in attività usuranti"*.

Tali parametri di compatibilità vanno applicati in concreto anche all'istituto dell'aspettativa per avvio di attività di impresa o professione: certamente, infatti, non è possibile negare la concessione dell'aspettativa -chiesta da militare ai sensi dell'art. 18- se non si fornisce, da parte dell'amministrazione, una adeguata motivazione del diniego in relazione ai parametri che la legge ha ritenuto di indicare a sostanziare la specialità delle Forze armate.

Così, ad esempio, ove sia chiesta aspettativa da un militare ex art. 18 per avviare una attività di "bed & breakfast" o rilevare un "negozio di salumi", si ritiene che non possa riscontrarsi alcun impedimento alla concessione dell'aspettativa: nessuna incidenza negativa, infatti, potrebbero spiegare le due attività di impresa portate ad esempio -che venissero esercitate in costanza d'aspettativa- sui compiti peculiari, sugli obblighi e le limitazioni personali, sulle funzioni di tutela delle istituzioni democratiche, sulla difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna, sull'efficienza operativa e i correlati impieghi in attività usuranti, indicati nell'art. 19 come parametri di riferimento della speciale discrezionalità dell'amministrazione militare anche nel concedere o negare l'aspettativa in questione.

Va pure detto che, in ordine alla concedibilità o meno dell'aspettativa di cui all'art.18 chiesta da militare, non risulta decisiva in senso negativo, ed anzi è decisiva in senso positivo, la

circostanza che la l. 183/2010 sia successiva rispetto alla pregressa disciplina “di settore”, costituita dal D.Lgs. 66/2010 “Codice dell’ordinamento militare” e dalla circolare dello Stato maggiore dell’esercito del 25/10/2005, n. 4305, avente ad oggetto “Aspettativa per motivi privati”. Non hanno spessore giuridico alcuno le affermazioni per le quali non sarebbe concedibile una aspettativa introdotta da una legge del 2010 (la l. 183/2010) perchè le motivazioni che essa espressamente prevede per accedere al beneficio non sono indicate in una circolare del 2005 (la circolare dello Stato maggiore dell’esercito 4305 del 25/10/2005)! Questa la normativa “di settore” antecedente la l. 183/2010:

Di rango primario è l’art. 884 del D.Lgs. 15/3/2010, n. 66.

Dopo aver definito l’aspettativa come “posizione di stato del militare temporaneamente esonerato dal servizio per una delle cause previste dal presente codice”, prevede che essa possa conseguire, tra l’altro, a: “... c) motivi privati ...”.

Di rango secondario è la circolare dello Stato maggiore dell’esercito n. 4305 del 25/10/2005. Essa ricorda, al punto 1, con disposizione da ritenersi ancora valida in quanto sostanzialmente analoga a quella di cui all’art. 18 della l. 183/2010 (“tenuto conto delle esigenze organizzative, previo esame della documentazione prodotta dall’interessato”), che le leggi di stato del personale militare prevedono la possibilità di fruire dell’istituto dell’aspettativa per motivi privati previa presentazione di istanza motivata e giustificata, laddove non ostino precipue esigenze funzionali della Forza Armata. Al suo punto 2 la circolare precisa che il collocamento in aspettativa riveste carattere eccezionale e residuale, tenuto conto che la gran parte delle fattispecie che nel passato ne giustificavano la concessione hanno trovato espressa salvaguardia in disposizioni normative di recente approvazione. Al punto 4, la medesima circolare qualifica poco sostanziate le istanze di concessione di aspettativa per motivi privati che siano motivate da esigenze che o “non sono del tutto in linea con lo status di militare (ricerca di occupazione privata soprattutto a carattere stagionale, improvvise crisi esistenziali derivanti dalla vita militare, ecc.)” oppure “trovano oggi piena tutela nei citati istituti (congedo per eventi e cause particolari, congedo per la formazione)”. Al punto 5 della circolare si riconosce, infine, la necessità di ricondurre la fruizione dell’istituto del congedo per motivi privati alla sua ratio originaria e di agevolare la conoscenza dei benefici (alternativi) concessi dalla legge a tutela delle specifiche esigenze personali e familiari.

Ebbene, la circolare dello Stato maggiore dell’esercito del 2005 mantiene ormai, dopo l’entrata in vigore del Codice dell’ordinamento militare e soprattutto dopo l’entrata in vigore dell’art. 18 della l. 183/2010 (che non ha certo confermato la valutazione, radicalmente negativa, della ricerca dell’occupazione privata da parte di un militare, di cui alla citata circolare) solo una valenza interpretativa del sistema. E si tratta di una valenza interpretativa utile a sostenere le ragioni del militare che richieda oggi l’aspettativa ex art. 18 l. 183/2010. E’ tuttora importante, infatti, il riconoscimento -che si legge in detta circolare- che l’istituto dell’aspettativa per motivi privati ha ormai un ruolo residuale in forza dell’ampia previsione, in varie disposizioni di legge, di istituti che tutelano specificamente particolari esigenze del militare, il quale, invocandole, può ottenere particolari provvedimenti soddisfatti che escludono la necessità di invocare la aspettativa “per motivi privati”. Appare evidente, infatti, che il novero di dette disposizioni legislative speciali non è un numero chiuso; anzi, alle disposizioni legislative speciali elencate nella circolare dello Stato maggiore del 2005 se ne è aggiunta sicuramente un’altra: quella

dell'art. 18 della l. 183/2010. Oggi, oramai, l'art. 18 della l. 183/2010, avendo introdotto l'aspettativa per avvio d'impresa o professione, costituisce tutela specifica di un interesse del dipendente. Esso art. 18, per un verso, riduce ulteriormente la possibilità di ottenere una aspettativa "per motivi privati", escludendone la concedibilità in base alla documentazione dell'intenzione d'avviare attività di impresa o professionale; per altro verso, però, introduce nell'ordinamento una nuova posizione legittimante in forza della quale la concessione dell'aspettativa non può trovare ostacoli negli indirizzi dell'amministrazione militare seguiti (anche in base a circolari) prima della l. 183/2010. Ciò è particolarmente vero, ove gli indirizzi negativi della amministrazione risultino ormai in contrasto evidente con specifiche norme di rango legislativo che limitino il potere di diniego della aspettativa a ipotesi ben precise. Questo fanno, in realtà, i commi 1 e 2 dell'art. 19 della l. 183/2010, i quali, dunque, possono ben essere invocati, oggi, anche dal militare per ottenere l'aspettativa di cui all'art. 18. Non sarebbe convincente, in senso contrario, il richiamo a quella risalente giurisprudenza che ha escluso l'applicabilità delle norme generali a tutela del dipendente pubblico in relazione al personale militare (Cons. Stato 3876/2007; Cons. Stato 7472/2005).

Due notazioni conclusive:

- 1) va sottolineata la rilevanza della documentazione che il militare deve produrre per avvalorare l'intento dichiarato d'avvio di una attività imprenditoriale o di impresa;
- 2) sarebbe illegittimo per eccesso di potere il rigetto della istanza del militare, volta ad ottenere l'aspettativa ex art. 18 l. 183/2010, nel caso in cui risultasse che la prassi dell'amministrazione militare sia nel senso dell'accoglimento di istanze formulate invocando la aspettativa "per motivi privati" in casi nei quali sia dichiarata l'intenzione di avviare attività professionale o di impresa.