

N. 00710/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00928/2015 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 928 del 2015, proposto da:  
-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv. \_\_\_\_\_ con domicilio eletto presso lo studio  
dell'avv. \_\_\_\_\_, in Reggio Calabria, via \_\_\_\_\_ ;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege*  
dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, presso i cui Uffici, in via \_\_\_\_\_,  
\_\_\_\_\_ , ha legale domicilio;

per l'annullamento

della nota prot. n. 333.D/30366 dell'11 giugno 2014, notificata al ricorrente in data 2 luglio 2014,  
con cui il Ministro dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale per le  
Risorse Umane, Servizio Sovraintendenti, Assistenti, Agenti Divisione 2^, ha respinto la sua istanza  
di trasferimento *ex art. 33 Legge n. 104/92*;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2017 la dott.  
i difensori come specificato nel verbale;

e uditi per le parti

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente, Agente Scelto della Polizia di Stato presso il Commissariato di Siderno, con istanza del 23 luglio 2012, ha chiesto di essere trasferito, ai sensi dell'art. 33 della l. n. 104/1992, presso il Commissariato di Taurisano (Lecce), al fine di prestare assistenza al fratello gemello, portatore di *handicap* in gravità.

A far data dal 28 febbraio 2012, il ricorrente è stato temporaneamente trasferito presso il ridetto Commissariato di Taurisano ai sensi dell'art. 78, comma 6, del T.U.E.L., al fine di espletare il mandato elettorale conseguito all'esito delle consultazioni elettorali del 15 e 16 maggio 2011 per il rinnovo del Consiglio Comunale di Taviano (Lecce).

Negli anni dal 2008 al 2011, inoltre, ha fruito di una serie di permessi di assegnazione temporanea *ex art. 7 del d.P.R. n. 254/1999* presso il Commissariato di Gallipoli.

Con il provvedimento indicato in epigrafe, l'istanza di trasferimento *ex art. 33 della l. n. 104/1992* presso il Commissariato di Taurisano è stata respinta.

Avverso il predetto atto insorge parte ricorrente, deducendone l'illegittimità a mezzo di un unico articolato motivo di ricorso, rubricato "*Eccesso di potere. Illogicità e contraddittorietà manifesta. Erroneità dei presupposti. Sviamento. Carenza di motivazione. Violazione di legge con riferimento all'art. 33 legge n. 104/92*".

La motivazione posta a base del provvedimento gravato si fonderebbe su ragioni pretestuose e non corrispondenti al vero.

Circa le rappresentate esigenze di organico, che renderebbero imprescindibile la necessità di utilizzare il ricorrente presso il Commissariato di Siderno, rileva che i provvedimenti di assegnazione e trasferimento in precedenza concessi ne disvelerebbero il carattere stereotipato, pretestuoso ed intimamente contraddittorio.

Nel rilevare che, con nota prot. n. 136 del 21 novembre 2013, il Questore di Reggio Calabria ha espresso parere favorevole al trasferimento, afferma che, a fronte di esso, l'Amministrazione avrebbe dovuto indicare le concrete ragioni per le quali non è possibile assecondare la richiesta di trasferimento.

E ciò anche dinanzi alla richiesta di sostituzione avanzata dal Questore, ritenuta inaccoglibile per una situazione di comune e "*generalizzata carenza di organico per gli uffici o reparti della Polizia di Stato*".

Il diniego, pertanto, sarebbe affetto da *deficit* motivazionale, non sanato neanche dalla rappresentata esistenza di altri dipendenti di pari qualifica con maggiore anzianità, aspiranti al trasferimento per le medesime esigenze.

Rileva, infine, l'illegittimità del diniego nella parte in cui attribuisce rilevanza alla presenza nel comune di residenza del fratello di entrambi i genitori, in quanto non tiene conto dell'avvenuta

espunzione normativa, dai presupposti per poter usufruire del beneficio in parola, della continuità ed esclusività dell'assistenza.

Ad ogni buon conto, come dimostrato dalla documentazione medica depositata in giudizio e presentata in sede procedimentale, diversamente da quanto rilevato dall'Amministrazione, il ricorrente è l'unico parente del fratello disabile in grado di potergli offrire assistenza poiché: la madre è affetta da gravi patologie psico - fisiche che le impediscono di assistere un disabile; il padre ha abbandonato da tempo la famiglia e la particolare condizione psicologica del fratello ha portato quest'ultimo ad accettare le cure solo dal ricorrente, in ragione del rapporto gemellare che li lega.

Conclude per l'accoglimento del ricorso.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, eccependo l'infondatezza del gravame ed invocandone la reiezione.

La causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 7 giugno 2017.

2. Il ricorso è fondato.

2.1. Dalla lettura del provvedimento impugnato si ricava che l'amministrazione resistente, quali ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza, ha opposto, essenzialmente, le necessità funzionali dell'amministrazione connesse alle delicate problematiche di ordine e sicurezza pubblica del contesto territoriale di riferimento (Reggio Calabria) necessitante di una rigorosa attività di prevenzione e controllo da parte delle Forze di Polizia, le gravi carenze di organico degli Uffici o Reparti della Polizia di Stato, nonché l'impossibilità di sostituire il dipendente con altro di pari qualifica come espresso nel parere del Questore.

E' stata, altresì, evidenziata, sebbene in espresso "subordine", la presenza *in loco* dei genitori del disabile, per i quali non era stata dimostrata l'effettiva indisponibilità o inidoneità all'assistenza familiare.

2.2. Giova brevemente rammentare che, tra le "agevolazioni" riconosciute ai lavoratori, pubblici e privati, familiari del soggetto portatore di *handicap*, e alla luce del sistema di tutela a questi riconosciuto, l'art. 33, comma 5, della l. n. 104/1992 prevede che, in occasione di un trasferimento, su domanda o d'ufficio, "Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere".

Occorre rammentare che l'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992 è andato incontro a recenti modifiche (L. 8 marzo 2000, n. 53; L. 4 novembre 2010, n. 183; D. Lgs. 18 luglio 2011, n. 119) che sono, ormai concordemente, ritenute pienamente applicabili anche alle Forze dell'Ordine (Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2013 n. 1005).

La predetta modifica legislativa ha, tra l'altro, abolito i requisiti della "continuità ed esclusività" dell'assistenza (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 11 luglio 2012 n. 4047; *id.*, Sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4200; *id.*, Sez. III, 8 aprile 2014, n. 1677).

Ciò premesso, il riconoscimento del diritto del lavoratore in regime di diritto pubblico ad usufruire dell'agevolazione prevista dalla legge, analogamente a quanto previsto per il titolare di un rapporto di lavoro subordinato sottoposto alla disciplina privatistica, richiede una necessaria opera di "bilanciamento" tra l'esigenza di assistenza e cura del congiunto disabile e le necessità connesse al rapporto di servizio.

La comparazione tra esigenze del datore di lavoro e quelle di assistenza della persona disabile, cui è finalizzata l'agevolazione richiesta dal lavoratore dipendente, deve necessariamente condursi alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata della relativa disciplina speciale, ex artt. 32 e 117 Cost., con riguardo all'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che tutela il diritto dei disabili di beneficiare di misure che ne tutelino l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità delle norme sul punto; oltre che della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili, ratificata con legge n. 18/2009, in funzione della tutela della persona disabile (cfr. Corte Costituzionale nn. 406/1992 e 80/2010).

Il bilanciamento tra le esigenze personali e quelle "organizzative" del datore di lavoro, nel caso di specie costituito da un'amministrazione pubblica, va operato con riguardo al caso concreto ed imposto dall'inciso "*ove possibile*" contenuto nel comma 5 dell'art. 33 citato.

Di tale valutazione discrezionale, in cui si riassume la comparazione tra le contrapposte esigenze, l'amministrazione deve dar conto nella motivazione dell'atto di diniego; motivazione che, per evitare un sostanziale svuotamento dell'istituto delle agevolazioni concesse ai familiari della persona disabile, deve essere calibrata sui dati di fatto emergenti dall'istruttoria, fondarsi su specifiche esigenze organizzative interne e, nell'ambito di queste, sul confronto tra il "disservizio" potenzialmente procurato dal trasferimento alla sede di appartenenza e la disponibilità a ricevere una nuova risorsa da parte delle sedi oggetto di richiesta.

Il trasferimento ai sensi dell'art. 33, comma 5, infatti, può essere negato solo se ne conseguano effettive e ben individuate criticità per l'Amministrazione, la quale ha l'onere di indicarle in maniera compiuta per rendere percepibile di quali reali pregiudizi risentirebbe la sua azione, mentre non può limitarsi ad invocare generiche esigenze di corretta organizzazione e buon andamento (in termini, *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 4 aprile 2017, n. 1816).

2.3. Applicando le predette coordinate ermeneutiche al caso di specie va rilevata la fondatezza del ricorso risultando meritevole di accoglimento e condivisione la censura con cui si contesta l'insufficienza della motivazione posta a base del rigetto quanto alla genericità delle ragioni di servizio opposte.

Nel caso di specie, il fulcro motivazionale dell'atto impugnato è incentrato, come si è innanzi anticipato, sulla preminenza delle esigenze di servizio del Commissariato di Siderno dove il dipendente presta servizio (sebbene allo stato temporaneamente trasferito per espletamento del mandato elettorale) ossia in un contesto territoriale caratterizzato da delicate problematiche di criminalità organizzata, con la necessità di garantire adeguati *standard* di sicurezza attraverso una rigorosa attività di prevenzione e controllo da parte delle Forze di Polizia, nonché da gravi carenze di organico nei rispettivi ruoli.

Tali elementi, tuttavia, ove qualificati come idonei a supportare il rigetto di un'istanza di trasferimento ai sensi dell'art. 33, comma 5, comporterebbero, come naturale conseguenza, l'impossibilità generalizzata di accogliere richieste di trasferimento che implicino lo spostamento da una sede di servizio connotata da peculiari situazioni emergenziali rispetto ad un'altra.

In particolare la pur ampia motivazione resa nel negare il beneficio è basata sul richiamo di dati generici attestanti una situazione di sofferenza degli organici e tale richiamo, non essendo specificamente calibrato sulla peculiare condizione di impiego del ricorrente, non appare sufficiente a dimostrare la "*impossibilità*" del suo trasferimento nella sede richiesta.

A ben vedere il richiamo alle esigenze di servizio ritenute preminenti contiene un riferimento solo generico alla specifica situazione organizzativa della sede di appartenenza, privo di riferimenti precisi al numero dei dipendenti in pianta organica e quelli effettivamente in servizio.

Non risulta, inoltre, coerente con la cornice giuridica costituzionale ed europea di riferimento la considerazione generale posta dall'amministrazione a supporto del rigetto, secondo cui *“nel conflitto di interessi tra l'amministrazione e il dipendente non possa essere negata la prevalenza dell'interesse primario della collettività, a cui deve riconoscersi priorità assoluta, in quanto preordinato a quella cura di interessi pubblici che non tollera soluzioni di continuità, rispetto alle esigenze personali del singolo, anche se normativamente tutelate”*, come correttamente rilevato dalla già citata sentenza del T.A.R. Napoli, Sez. VI, 4 aprile 2017, n. 1816, che ha osservato quanto segue.

Ciò che è normativamente richiesto non è una valutazione operata *ex ante* e una volta per tutte dalla norma, ma rimessa, negli specifici episodi procedimentali, all'apprezzamento e al conseguente impegno motivazionale dell'amministrazione - apprezzamento ed impegno di natura analoga a quella che, nei rapporti di lavoro privato o di rapporto di impiego privatizzato è rimessa al datore di lavoro, il cui atto gestionale di riscontro alla richiesta di trasferimento è sindacabile sotto il profilo della correttezza e buona fede *ex art. 1375 c.c.* (cfr. anche Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008 n. 7945, secondo cui grava comunque sulla parte datoriale, privata o pubblica, l'onere della prova di siffatte circostanze ostative all'esercizio dell'anzidetto diritto).

Non può ancora qualificarsi come congruente il profilo, pure evidenziato in motivazione, circa la presenza di *“numerosi pariquifica con maggiore anzianità che aspirano alla stessa sede, molti dei quali con analoghe problematiche”*, non prevedendo la normativa di riferimento una “graduazione” derivante dall'ordine di anzianità dei dipendenti delle richieste di trasferimento *ex art. 33, comma 5, l. n. 104/1992*.

Come è noto, la verifica della possibilità del trasferimento di cui qui si discute richiede l'accertamento di cause concrete e specifiche che ne escludano la possibilità (con riferimento, ad esempio, all'assenza di personale di polizia nella qualifica interessata nella sede richiesta o nella estrema difficoltà di garantire il servizio nella sede di provenienza), poiché, in mancanza, *“la necessità di assicurare l'apporto assistenziale alla persona in condizione di handicap si configura prevalente e prioritaria (oltreché derogatoria alle regole ordinarie di mutamento del luogo di servizio), rispetto ai trasferimenti da effettuarsi secondo gli interpelli periodici a livello nazionale, volti a soddisfare, di massima, le esigenze di rientro nella sede di origine in base all'anzianità di servizio maturata”* (Consiglio di Stato, Sez. III, primo agosto 2014, n. 4085).

2.4. Quanto al motivo di diniego inerente la presenza *in loco* di altri familiari, precisamente i genitori del disabile, giova ricordare che, per effetto delle sopravvenute modifiche legislative introdotte dall'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. 18 luglio 2011, n. 119, il diritto al trasferimento presso la sede più vicina al domicilio della persona da assistere viene ora riconosciuto al lavoratore che assista una persona con handicap in situazione di gravità, anche nel caso in cui difettino i requisiti della “continuità” e della “esclusività” dell'assistenza.

Pertanto i requisiti della “continuità” e della “esclusività” dell'assistenza non possono più essere pretesi dall'amministrazione ai fini della concessione del trasferimento *ex art. 33 L. 104/1992*.

La giurisprudenza ha, da ultimo, chiarito che le uniche due esigenze che l'Amministrazione è tenuta a valutare ai fini del decidere se concedere o meno il benefico in parola al lavoratore istante, e dunque gli unici parametri entro i quali l'Amministrazione è tenuta a muoversi sono, da un lato, le esigenze organizzative ed operative dell'Amministrazione di appartenenza, rispetto alle quali il trasferimento deve risultare “possibile”, e, dall'altro lato, l'effettiva necessità del trasferimento del

lavoratore ai fini dell'assistenza del familiare disabile, al fine di impedire un uso strumentale, improprio ed eventualmente opportunistico della normativa a tutela dei disabili gravi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, 9 luglio 2014, n. 8054; *id.*, Sez. III, ord. 27 ottobre 2012, n. 4300).

Nella fattispecie, l'Amministrazione ha giustificato, sebbene in via ulteriore, il rigetto dell'istanza con la sola presenza *in loco* di un altro familiare in grado di prestare l'assistenza, senza nemmeno prendere in dovuta considerazione le circostanze esposte dal ricorrente in sede di osservazioni formulate *ex art. 10 bis* della l.n. 241/1990.

3. In conclusione, in ragione del predetto *deficit* motivazionale, il ricorso merita accoglimento, fermo restando il potere dell'amministrazione resistente di riesaminare l'istanza, specificando, in concreto, le esigenze di servizio che eventualmente costituiscano ostacolo al suo accoglimento, nell'ambito di un più accurato bilanciamento tra l'interesse pubblico dell'amministrazione e le necessità assistenziali del ricorrente, condotto altresì con riferimenti concreti e numerici alla situazione degli organici e dei movimenti del personale di pari ruolo della sede di appartenenza da porre in comparazione con quelli della sede richiesta come destinazione.

4. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto gravato nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Ministero dell'Interno alla refusione delle spese di giudizio in favore del ricorrente, che liquida nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, e rimborso del contributo unificato, se versato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, del D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare -OMISSIS-.

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angela Fontana, Referendario

Donatella Testini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE  
Donatella Testini

IL PRESIDENTE  
Roberto Politi