

Publicato il 20/12/2017

N. 05983/2017REG.PROV.COLL.  
N. 06320/2016 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 6320 del 2016, proposto dal signor - OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonella Mascaro e Luigi Ciabrone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Croce in Roma, via Nizza n.63 - int. 5/A;

*contro*

il Ministero della Giustizia - Provveditorato Regionale del Piemonte – Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in persona del Dirigente p.t., non costituito in giudizio;

Ministero della Giustizia in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio eletto in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 00742/2016, resa tra le parti, concernente il diniego di trasferimento.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2017 il Consigliere Carlo Schilardi e uditi per le parti l'avvocato Ciambrone anche per Mascaro e l'avvocato dello Stato Caselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il sig. -OMISSIS-, in servizio presso la Casa Circondariale di Biella dal maggio 2001, con funzione di assistente capo del Corpo di Polizia penitenziaria, chiedeva in data 7.2.2013, ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992, il trasferimento presso le case circondariali di Brindisi o di Lecce, al fine di poter assistere il padre, affetto da grave patologia e la madre, in stato di salute precaria, e per poter essere più vicino ai figli, affidati congiuntamente al coniuge da cui era separato.

Il Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Direzione Generale del Personale, con provvedimento del 7.5.2013, respingeva la domanda.

1.2. Il sig. Cecere in data 15.7.2013 presentava una nuova domanda di trasferimento, che veniva ancora una volta respinta dall'Amministrazione con nota del 21.10.2013.

Il sig. Cecere, quindi, proponeva ricorso gerarchico che pure veniva respinto con decreto del 7.4.2014, in cui si affermava che nella sede di Biella erano presenti 187 agenti, mentre 229 erano le unità in pianta organica, senza precisare il numero dei detenuti.

1.3. Il sig. -OMISSIS- presentava una terza istanza di trasferimento anche questa respinta dal Ministero della Giustizia con atto del 29.1.2015, notificato all'interessato in data 11.5.2015, sempre motivata da carenza di organico, in quanto a fronte di 171 unità in pianta organica, nella sede erano in servizio 155 unità per 266 detenuti.

1.4. Avverso detto provvedimento il sig. -OMISSIS- proponeva ricorso al T.A.R. per il Piemonte assumendo che l'Amministrazione non avrebbe rispettato l'impegno a corrispondere alla sua istanza in caso di sopravvenienze favorevoli, ma avrebbe autorizzato il trasferimento di altri dipendenti.

1.5. Il T.A.R. con ordinanza n. 282 del 3.3.2016, preso atto della contraddittorietà dei dati relativi indicati nei diversi provvedimenti, chiedeva all'Amministrazione di predisporre una relazione sulla situazione dell'organico degli agenti in servizio presso la Casa Circondariale di Biella alla data di presentazione della domanda di trasferimento del sig. -OMISSIS-.

1.6. Di seguito, il T.A.R. con sentenza n 742 del 26 maggio 2016 ha rigettato il ricorso, atteso che dalla relazione depositata dall'Amministrazione era emerso che nel ruolo agenti e assistenti maschili della Casa Circondariale di Biella, a fronte di una previsione organica di 171 unità, risultavano assegnate n. 166 unità (di cui 3 distaccate in entrata e 14 in uscita); che gli organici delle sedi di gradimento del ricorrente risultavano in soprannumero; che un trasferimento risulta *"possibile"* qualora non ostino esigenze organizzative ed operative dell'Amministrazione di appartenenza.

2. Avverso la sentenza il sig. -OMISSIS- ha proposto appello.

L'appellante ha evidenziato che andava superata *"una ingiustificata prevalenza dell'interesse pubblico che impedisca di fatto l'effettività della tutela dei suoi"*, essendo in possesso di tutti i requisiti per accedere al beneficio previsto in capo ai familiari delle persone disabili ex legge n. 104/1992, che non sussistevano le asserite esuberanze di organico nelle sedi da lui richieste e la relazione prodotta dall'Amministrazione non indicava l'organico del personale effettivamente operante nelle *"sedi pugliesi di arrivo"*.

2.2. L'appellante ha chiesto, pertanto, la riforma della sentenza del T.A.R., previa ulteriore attività istruttoria, atteso che i dati finora forniti dall'Amministrazione sono contrastanti tra loro; che altri trasferimenti sarebbero stati attuati nelle sedi per le quali è stato eccepito esservi

esuberanze di organico; che parte della copertura dei posti nelle stesse sarebbe assicurata da personale in assegnazione precaria.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Giustizia.

2.3. All'udienza pubblica del 18 maggio 2017 il Collegio ha preso atto della sussistenza delle lacune documentali evidenziate dall'appellante e che la documentazione disponibile difettava di chiarezza e presentava difficoltà interpretative ed ha conseguentemente ritenuto necessario chiedere all'Amministrazione di fornire elementi, atti a comprendere quale fosse l'effettiva entità dell'organico nelle sedi di interesse del signor -OMISSIS- e i movimenti di personale intervenuti.

2.4. Con provvedimento collegiale pubblicato il 5 giugno 2017 è stato, pertanto, ordinato al Ministero della Giustizia - Direzione Generale del personale del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, di produrre i sottoindicati dati relativi al ruolo degli agenti e assistenti del corpo di polizia penitenziaria, nelle sedi di Biella e di Lecce, Brindisi, Taranto e Foggia, con riguardo sia all'attualità che all'epoca della domanda di trasferimento avanzata dal sig. -OMISSIS-:

- pianta organica ufficiale delle suddette cinque sedi;
- unità effettivamente in servizio in ciascuna di esse con inclusione del personale provvisoriamente distaccato;
- unità effettivamente in servizio in ciascuna di esse con esclusione del personale provvisoriamente distaccato;
- trasferimenti operati da Biella in ciascuna delle sedi di riferimento, nel periodo coperto dalle istanze di trasferimento del signor -OMISSIS-.
- per il personale provvisoriamente distaccato in ciascuna delle suddette sedi e in ordine alle singole unità, la motivazione in base alla quale è intervenuto il distacco e durata dello stesso.

2.5. A tale adempimento l'Amministrazione penitenziaria ha provveduto depositando in data 28 luglio 2017 la relazione richiesta.

La causa è stata, quindi, riassunta in decisione all'udienza pubblica del 5 dicembre 2017.

3. L'appello è fondato e va accolto.

3.2. Nella relazione depositata l'Amministrazione ha fatto presente che nessun trasferimento in uscita dalla sede biellese è stato adottato nei confronti di pari ruolo, dall'anno 2011 ad oggi verso le sedi richieste dall'appellante e che, tuttavia, sono stati emessi dei provvedimenti di distacco temporaneo in applicazione dell'art. 7 del D.P.R. n. 254/1999, della durata, a seconda della gravità delle motivazioni messe a sostegno delle istanze, di non più di complessivi 6/8 mesi senza oneri. Ha precisato, altresì, che anche il sig. - OMISSIS- ha beneficiato di tali provvedimenti temporanei dal 4.6.2012 al 5.1.2013; dal 3.6.2013 al 10.1.2014; dal 14.4.2014 al 6.3.2016, dall'1.6.2016 al 31.7.2016, dall'1.8.2016 all'1.3.2017 e dal 15.6.2017 al 15.8.2017.

Il Ministero della Giustizia ha, quindi, evidenziato che alla data del 26 novembre 2014, per il ruolo maschile degli agenti e assistenti (ad esclusione dei distacchi autorizzati) erano assegnate presso la Casa Circondariale di Biella 166 unità sulle 171 previste; presso la Casa Circondariale di Brindisi 148 unità sulle 125 previste; presso la Casa Circondariale di Taranto 242 unità sulle 241 previste; presso la Casa Circondariale di Lecce 511 unità sulle 519 previste.

4. Orbene, il Collegio osserva che la scopertura dell'organico della sede di Biella risulta abbastanza lieve e, comunque, non dissimile dalla scopertura all'epoca esistente presso la Casa Circondariale di Lecce e che dette scoperture appaiono del tutto ordinarie in relazione al *turn - over* del personale per collocamenti a riposo e movimentazioni varie, oltre che nell'attesa della conclusione dei concorsi per le nuove assunzioni.

E lo stesso ripetersi di frequenti e prolungati distacchi di cui ha fruito il sig. Cecere ed altri suoi colleghi è prova, inoltre, della situazione della Casa Circondariale di Biella non presenta carenze tali da impedire allontanamenti di personale del ruolo e del grado dell'interessato.

Invero, il diritto del dipendente pubblico ad ottenere il trasferimento a una sede di lavoro che consenta di prestare assistenza al congiunto disabile (configurato, ai sensi dell'art. 33, comma 5, l. n. 104 del 1992, con l'espressione "*ove possibile*") non viene meno nel caso in cui l'amministrazione che si oppone non dia adeguata prova delle ragioni oggettive che rendono prevalente l'interesse organizzativo a trattenere il dipendente nell'attuale sede e, dunque, recessivo l'interesse alla tutela del disabile al quale prestare assistenza (Consiglio di Stato sez. III 10 novembre 2015 n. 5113).

4.3. Nella valutazione dell'istanza va tenuto conto, infatti, che la posizione del dipendente pubblico che, invocando la legge 5 febbraio 1992, n. 104, chiede per ragioni familiari l'assegnazione per trasferimento ad altra sede di servizio, si qualifica come interesse legittimo, per cui spetta all'Amministrazione valutare l'istanza alla luce delle esigenze organizzative e di efficienza complessiva del servizio ma, trattandosi di disposizioni rivolte a dare protezione a valori di rilievo costituzionale, ogni eventuale limitazione o restrizione nella relativa applicazione deve comunque essere espressamente dettata e congruamente motivata.

4.4. Di conseguenza, ai fini di ottenere una sede di lavoro più vicina alla residenza delle persone cui prestare assistenza, sussistendone le condizioni di legge l'Amministrazione può condizionare detto trasferimento, solo provando il bisogno di corrispondere ad indeclinabili esigenze organizzative o di efficienza complessiva del servizio, esigenze che nel caso di specie non risultano ricorrere.

5. Per quanto rappresentato sussistevano i presupposti per cui il trasferimento richiesto dal sig. -OMISSIS- ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 doveva essere accolto.

6. Si evidenziano giusti motivi perché le spese del giudizio siano compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso in primo grado avanzato dal signor -OMISSIS- e, per l'effetto, annulla il provvedimento del Ministero della Giustizia di diniego del trasferimento dallo stesso richiesto e originariamente impugnato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 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 l'appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Carlo Schilardi**

**IL PRESIDENTE**

**Antonino Anastasi**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.