

Publicato il 26/11/2019

N. 00286/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00058/2019 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 Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale -OMISSIS-, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Musio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la segreteria di questo TRGA, in Bolzano, via Claudia dé Medici, n. 8;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza, in persona del Ministro pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Trento, largo Porta Nuova, n. 9;

per l'annullamento

previa sospensiva

della determinazione prot. n. -OMISSIS-, notificata in data 29.01.2019, del Comando Generale della Guardia di Finanza di

diniego della domanda di trasferimento ex art. 33, co. 5, legge n. 104/1992.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza n. -OMISSIS- con la quale sono stati disposti incumbenti istruttori;

Visto l'adempimento istruttorio del Comando Generale della Guardia di Finanza di cui alla nota -OMISSIS-;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2019 il Cons. Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori; avv. I. Janes, in sostituzione dell'avv. M. Musio, per il ricorrente; l'Avvocato dello Stato D. Volpe per il Ministero dell'Economia e delle Finanze - Guardia di Finanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente, -OMISSIS- della Guardia di Finanza in servizio presso la -OMISSIS-, impugna la determinazione dd. 23 gennaio 2019, con la quale il Comando Generale della Guardia di Finanza ha rigettato la domanda di trasferimento temporaneo per le sedi di -OMISSIS-, di -OMISSIS- ovvero di -OMISSIS- dal medesimo presentata ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge 5.2.1992, n. 104, al fine di assistere -OMISSIS-.

L'Amministrazione, dopo aver preliminarmente comunicato all'interessato i motivi ostativi all'accoglimento della suindicata richiesta, ai quali non venivano opposte osservazioni di sorta, con

determinazione prot. n. -OMISSIS-, a firma del comandante in seconda, si determinava a rigettare l'istanza de qua.

A sostegno del presente ricorso, con il quale viene impugnata la predetta determinazione di diniego, vengono dedotti i seguenti motivi d'impugnazione:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 33, co. 5, della legge n. 104/1992. Eccesso di potere per illogicità manifesta. Erronea presupposizione in fatto e in diritto.
- 2) Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto sotto altro profilo. Violazione dell'art. 33, co. 5, della legge n. 104/1992 sotto altro profilo. Carenza istruttoria. Violazione del principio del giusto procedimento.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza, chiedendo il rigetto del ricorso, previa reiezione dell'istanza cautelare, siccome infondato.

Con ordinanza n. -OMISSIS- il Collegio, nel fissare l'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a, ha disposto incumbenti istruttori, ai quali il Comando Generale della Guardia di Finanza ha dato compiuto adempimento, riferendo con nota -OMISSIS-;

Alla pubblica udienza del 6 novembre 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è infondato.

La chiara connessione logico – giuridica delle censure dedotte in giudizio, con le quali il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 33, comma 5, della legge 5.2.1992, n. 104 ed eccesso di potere sotto diversi profili, consente l'esame congiunto delle stesse.

L'art. 33, comma 5, della legge 5.2.1992, n. 104, di cui il ricorrente censura la violazione, dispone che il lavoratore pubblico ha diritto a scegliere, "ove possibile", la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

Il Comando Generale della Guardia di Finanza ha disciplinato la materia con circolare n. 379389/09, consentendo al militare che presenti un'istanza di trasferimento temporaneo ai sensi della legge n. 104/1992 di indicare "un massimo di tre sedi di lavoro in ordine di preferenza", specificando, a tal riguardo, che "per sede di lavoro si intende la località più vicina al domicilio del disabile ove sia presente un Reparto del Corpo di qualsiasi livello ordinativo".

Nel caso di specie, considerato che -OMISSIS- del ricorrente ha il proprio domicilio in -OMISSIS-, le sedi più vicine sono -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Poiché l'interessato ha indicato, oltre a -OMISSIS- e -OMISSIS-, la sede di -OMISSIS- anziché quella di -OMISSIS-, l'Amministrazione, tenuto conto del dettato della circolare n. 379389/09, ha preso in considerazione soltanto le prime due sedi (-OMISSIS- e -OMISSIS-) e non anche -OMISSIS-.

Nell'impugnata determinazione, oltre a dare atto che "il reparto di appartenenza registra un deficit di effettivi nel ruolo Ispettori, amplificato su scala provinciale e regionale", l'Amministrazione espone, a fondamento della decisione di diniego all'assegnazione temporanea, sia che "-OMISSIS- (distante oltre 114 km) non rientra tra le tre «sedi di lavoro» intese come luoghi più vicini al domicilio del disabile ove sia presente un reparto del Corpo di qualsiasi livello ordinativo e, pertanto, la richiesta non risulta aderente alle

disposizioni contenute nel Testo Unico”, sia che “le località di -OMISSIS- e -OMISSIS- (-OMISSIS-) non evidenziano disponibilità organiche nella categoria di riferimento”.

L'adempimento istruttorio, adempiuto dall'Amministrazione con nota -OMISSIS- in riscontro a quanto disposto dal Collegio con ordinanza n. -OMISSIS-, ha confermato che le sedi di:

“- -OMISSIS- e di -OMISSIS-, esplicitamente richieste, non presentano carenze organiche tali da permettere l'avvicendamento dell'interessato, ad esclusione della Compagnia Pronto Impiego di -OMISSIS- ove, però, il ricorrente non può essere destinato essendo sprovvisto della specializzazione "-OMISSIS-" necessaria per esservi impiegato;

- -OMISSIS- non è stata richiesta dal ricorrente e, comunque, anch'essa non presenta disponibilità di posti;

- -OMISSIS-, pur presentando una carenza organica nel ruolo di appartenenza, non rientra nel novero delle sedi richiedibili in base al criterio di vicinanza di cui sopra.”.

Osserva il Collegio che, per quanto concerne l'art. 33, comma 5, della legge 5.2.1992, n. 104, la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi:

- il diritto del familiare lavoratore, che assiste un portatore di handicap, di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il proprio consenso, disciplinato dall' art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, non si configura come assoluto ed illimitato (cfr. Tribunale Milano, Sez. lav., 17 luglio 2018, n. 846);

- come depone l'inciso “ove possibile” dell'art. 33 della Legge n. 104/1992, il lavoratore che assiste un familiare con handicap grave

detiene una posizione giuridica qualificabile non come un vero e proprio diritto soggettivo alla scelta della sede di servizio, ma piuttosto come un interesse legittimo pretensivo particolarmente rafforzato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4161; TAR, Milano, Sez. III, 15 marzo 2018, n. 738; TAR Aosta, 14 aprile 2017, n. 20; TAR -OMISSIS-, Sez. I, 8 maggio 2018, n. 659);

- l'Amministrazione, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 24 della legge n. 183/2010 all'art. 33 della legge n. 104/1992, non può più pretendere i requisiti della continuità e dell'esclusività dell'assistenza per la concessione al dipendente pubblico dei permessi per l'assistenza a persona con handicap in situazione di gravità, ma deve valutare, da un lato, le proprie esigenze organizzative ed operative, dall'altro, l'effettiva necessità del beneficio (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2019, n. 3035);

- gli unici parametri entro i quali l'amministrazione deve valutare se concedere o meno il trasferimento a domanda previsto dall' art. 33 della legge n. 104/1992 sono, da un lato, le proprie esigenze organizzative ed operative e, dall'altro, l'effettiva necessità del beneficio, al fine di impedire un suo uso strumentale. Tuttavia, se è vero che il trasferimento può essere negato ove non si concili con le esigenze organizzative dell'amministrazione, queste ultime non possono essere affermate in modo generico, ma debbono sempre essere supportate da un corredo di dati concreti, oggettivi e controllabili (numero di unità di personale impiegate nell'una e dell'altra sede, raffrontato alla consistenza delle rispettive dotazioni organiche), che permettano di verificarne rigorosamente la ragionevolezza: diversamente, il diniego finirebbe per essere di fatto insindacabile (cfr. TAR Firenze, Sez. I, 30 maggio 2018, n. 772).

Nel caso di specie, le sedi di -OMISSIS- e di -OMISSIS-, esplicitamente richieste dal ricorrente, non presentano nel loro complesso delle carenze organiche nel ruolo dell'interessato.

Ebbene, premesso che “L'Amministrazione militare, nel vagliare istanze di trasferimento per assistenza a disabile, mantiene un margine di discrezionalità per la salvaguardia delle proprie esigenze organizzative; discrezionalità che trova il proprio addentellato normativo nella espressione ove possibile, inserita in via incidentale nella disposizione dell'art. 33, comma 5, L. n. 104/1992” (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 gennaio 2018, n. 29; TRGA Bolzano, 9 maggio 2018, n. 154), osserva il Collegio che, secondo pacifica giurisprudenza, è legittimo il provvedimento di non accoglimento della domanda di assegnazione temporanea per assistenza di familiare portatore di handicap ove manchino posizioni organiche vacanti, previste per il ruolo e il grado, nella sede richiesta (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4161 e 16 febbraio 2018, n. 987; Sez. III, 1 agosto 2014, n. 4085).

Va da sé che in presenza di tale oggettiva e motivata situazione, non assume valenza di esclusivo presupposto fondante la decisione di diniego il riferimento, contenuto nell'impugnata determinazione, alla possibilità che -OMISSIS-dell'interessato possa avvalersi dell'ausilio di altri familiari, costituendo questo soltanto un elemento argomentativo di comparazione tra le esigenze di servizio dell'Amministrazione rispetto a quelle vantate dal disabile.

Va infine chiarito che il Piano Impieghi 2019, che ha previsto un posto per la sede di -OMISSIS-, nulla ha a che vedere, per presupposti e finalità, con l'istituto dell'assegnazione temporanea ad altra sede ai sensi della legge 104/1992.

Si tratta, infatti, di una procedura ordinaria, basata su criteri meritocratici (“anzianità di servizio e profilo professionale dei militari istanti”, riservata alla “sola componente territoriale e per il personale non specializzato” che consente, con finalità premiale, “al militare 1° in graduatoria di raggiungere la sede ambita” a prescindere dalla situazione forza del Reparto (doc. 10 dell’Amministrazione - circolare n. 79273/2019).

In conclusione, anche alla luce dell’istruttoria svolta, il Collegio ritiene che l’Amministrazione abbia legittimamente negato l’assegnazione temporanea richiesta, sulla scorta di effettive e ben individuate criticità.

Per tali ragioni, il ricorso va rigettato.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese di lite che vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna il ricorrente alla rifusione delle spese di lite a favore dell’Amministrazione resistente nell’importo che viene liquidato in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre IVA, CPA e altri oneri di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all’articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all’articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all’articolo 2-septies del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come

modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Alda Dellantonio, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere, Estensore

Michele Menestrina, Consigliere

Stephan Beikircher, Consigliere

L'ESTENSORE
Terenzio Del Gaudio

IL PRESIDENTE
Alda Dellantonio

IL SEGRETARIO

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