

Pubblicato il 20/11/2024

N. 09322/2024REG.PROV.COLL.
N. 03556/2024 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3556 del 2024, proposto dal signor -OMISSIS-

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Guido De Santis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione prima, n. 101 del 13 marzo 2024, resa tra le parti, concernente un diniego di trasferimento ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di passaggio in decisione dell'Amministrazione appellata;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2024 il consigliere Nicola D'Angelo e udito per la parte appellante l'avvocato Giancarlo Penzavalle, per delega dell'avvocato Guido De Santis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor -OMISSIS-, vigile del fuoco generico assegnato alla sede di Udine, ha impugnato dinanzi al Tar di Trieste il provvedimento con il quale il Ministero dell'Interno ha respinto la sua istanza del 6 dicembre 2022 di assegnazione temporanea *ex art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992* al Comando di Palermo per assistere la moglie affetta da una grave patologia invalidante (portatrice di handicap grave accertato dalla Asl di Palermo, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge n. 104 del 1992, il 26 ottobre 2022).

1.1. Il diniego dell'Amministrazione è stato fondato sul rilievo della presenza di significative carenze d'organico nella sede di Udine, di serie criticità relative all'organizzazione del servizio di soccorso tecnico urgente e della presenza in servizio di sei unità parzialmente inabili al che non potevano far parte delle squadre di soccorso.

1.2. Il ricorrente ha invece sostenuto che lo spostamento era oggettivamente compatibile con l'organizzazione del Comando di Udine atteso che la carenza d'organico rilevata sarebbe stata pari al solo 8,42% (peraltro, essendo un vigile del fuoco generico, senza alcuna particolare qualifica, non sarebbe risultato indispensabile in considerazione della fungibilità delle sue mansioni).

1.3. L'Amministrazione non avrebbe inoltre tenuto conto della distanza tra Udine e Palermo luogo di dimora della moglie del ricorrente gravemente malata con necessità di assistenza in una situazione caratterizzata dall'assenza di altri familiari, né della possibilità di assegnarlo in alternativa ad altre sedi siciliane.

2. Il Tar di Trieste, con la sentenza indicata in epigrafe (n. 39 del 2024), ha respinto il ricorso, compensando le spese di giudizio.

2.1. Lo stesso Tribunale ha, nella sostanza, ritenuto fondate le esigenze dell'Amministrazione indicate nel provvedimento di diniego impugnato: *“Criticità del territorio di competenza del Comando di Udine (“caratterizzato da rischi antropici quali: 19 attività a rischio di incidente rilevante. n. 2 distretti industriali di particolare rischio, tratti autostradali ad alto tasso incidentale, in particolare il tratto di A/4 VB-TS interessato dai lavori di realizzazione della terza corsia, aree ad alta vocazione turistica – come -OMISSIS- che nei mesi estivi raggiunge punte di 500.000 presenze – importanti attività produttive e residenziali; aree ad elevato rischio sismico, idrogeologico e idraulico, che concorrono a determinare un rischio elevato ai fini della predisposizione di un completo dispositivo di soccorso”) e l’attuale carenza di organico che caratterizza detto Comando (“in considerazione delle carenze di organico, nell’ultimo anno, il Comando di Udine ha dovuto far ricorso al lavoro straordinario per complessive n. 3800 ore, al fine di garantire la continuità del dispositivo di soccorso territoriale”), circostanze che non permettono, allo stato, di ridurre la consistenza del personale e accordare il trasferimento”.*

3. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello il signor -OMISSIS- sulla base di un unico ed articolato motivo di censura di seguito sinteticamente riassunto:

- i) il Tar erroneamente non avrebbe ritenuto fondata la dedotta violazione dell’art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992 (cioè la possibilità del lavoratore di ottenere una sede di lavoro più vicina possibile alla persona disabile da assistere) e la sentenza si sarebbe posta in contraddizione con altre pronunce su casi analoghi (cfr. Tar Bologna nn. 8 e 18 del 2024; Consiglio di Stato, sez. III, n. 3844 del 2024);
- ii) il provvedimento impugnato non avrebbe puntualmente indicato le concrete ed effettive esigenze organizzative che avrebbero potuto impedire l’assegnazione alla sede richiesta;

iii) non sarebbero sussistite le esigenze evidenziate dall'Amministrazione tenuto conto che quelle indicate sarebbero state di carattere generale (quali ad esempio quelle connesse con il rischio antropico);

iv) l'organico effettivo della sede di Udine aveva visto nel corso del procedimento comunque taluni trasferimenti temporanei ed in ogni caso quello del ricorrente non avrebbe inciso sulla sostenibilità della consistenza dell'organico.

4. Il Ministero dell'Interno si è costituito per resistere in giudizio il 10 maggio 2024. Lo stesso Ministero, con successiva memoria del 27 maggio 2024, ha anche eccepito l'inammissibilità dell'appello in quanto il ricorrente avrebbe ripetuto semplicemente le doglianze proposte in primo grado senza specificare motivi di censura verso la sentenza impugnata.

5. L'appellante ha depositato ulteriori documenti e memorie, per ultimo il 17 luglio 2024.

6. Con ordinanza cautelare n. 2060 del 31 maggio 2024, questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensione degli affetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, con la seguente motivazione: *“Considerato che l'adeguatezza della motivazione con la quale l'Amministrazione ha respinto l'istanza di trasferimento temporaneo, presentata dal ricorrente ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, necessità di una compiuta valutazione in sede di merito”*.

7. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 19 settembre 2024.

8. Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'appello formulata dall'Amministrazione resistente.

8.1. I motivi di censura dedotti dall'appellante non si limitano ad una mera riproposizione delle doglianze proposte in primo grado, ma con un unico ed articolato motivo confutano anche le conclusioni del Tar, ad esempio a proposito della contraddizione della pronuncia in esame con altre analoghe in

materia od ancora relativamente al mancato accertamento da parte dello stesso giudice della violazione dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992.

9. L'appello è fondato per le ragioni di seguito indicate.

10. L'appellante confuta la tesi dell'Amministrazione sulle esigenze poste a base del diniego impugnato, anche sulla base di dati sulle scoperture di organico sia presso la sede di Udine, sia presso le sedi vicine a Palermo (Udine -8,42%; Agrigento -7,32% - cfr. memoria depositata il 27 maggio 2024), sostenendo che le conclusioni del Tar sarebbero erranee in quanto non avrebbero colto e valorizzato la circostanza della mancata concreta e puntuale verifica in ordine alla compatibilità dello spostamento temporaneo del lavoratore con le esigenze di servizio.

10.1. Si tratta di un aspetto centrale ed assorbente nell'esame della presente controversia in quanto nell'ambito dei rapporti di lavoro pubblico non privatizzati l'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992 implica un complessivo bilanciamento tra l'interesse del privato e gli interessi pubblici nell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione. Ne consegue che la pretesa del lavoratore che effettivamente assista con continuità un parente colpito da handicap alla scelta della sede di lavoro può trovare accoglimento se risulti compatibile con le specifiche esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro e se sussista la disponibilità nella dotazione di organico della sede di destinazione del posto in ruolo per il proficuo utilizzo del dipendente che chiede il trasferimento.

11. In questo quadro, va quindi evidenziato che la giurisprudenza di questa Sezione è costantemente orientata nel senso che il beneficio previsto dall'istituto in esame, stante la delicatezza degli interessi alla cui tutela è preposto, incontra quale unico limite l'impossibilità per l'Amministrazione di concedere il trasferimento richiesto, da intendere nel senso che la stessa può negare il trasferimento *ex* art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992 solo se ne conseguano effettive e ben individuate criticità per l'Amministrazione stessa, che ha però l'onere di indicarle in maniera compiuta per rendere

percepibile di quali reali pregiudizi risentirebbe la sua azione (cfr. per ultimo ordinanze sez. III n. 2740 e 2725 del 2024).

11.1. E' vero che la normativa si limita a stabilire una valutazione con criterio di priorità e non già un diritto soggettivo al trasferimento, ma la valutazione deve trovare rispondenza in un *surplus* di onere motivazionale che non può limitarsi alla mera rappresentazione di generici dati organizzativi, per lo più di rilevanza stereotipata (come, ad esempio, a generiche carenze di organico o di rischi antropici nella zona), bensì deve dare conto delle ragioni effettive di criticità che porrebbe il trasferimento del dipendente (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 3844 del 2024; ordinanza n. 3562 del 2024).

11.2. Il beneficio dell'assegnazione della sede più vicina all'assistito di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 coinvolge infatti interessi legittimi e, di conseguenza, implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici nell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione; ciò in considerazione del fatto che il trasferimento è disposto a vantaggio del disabile e non, invece, nell'interesse esclusivo dell'Amministrazione ovvero del richiedente, avendo lo stesso natura strumentale ed essendo intimamente connesso con la persona dell'assistito (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5550 del 2018 e n. 29 del 2018).

11.3. In tale contesto, l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione - e, dunque, la verifica della compatibilità del trasferimento ex art. 33, comma 5 con le esigenze generali del servizio - deve consistere in una verifica e ponderazione accurate delle esigenze funzionali, le quali devono risultare da una congrua motivazione, di modo che, per negare il trasferimento, le esigenze di servizio non possono essere né genericamente richiamate, né fondarsi su generiche valutazioni in ordine alle scoperture di organico ovvero alle necessità di servizio da fronteggiare, ma devono risultare da una indicazione concreta di elementi ostativi, riferiti alla sede di servizio in

atto, anche rispetto alla sede di servizio richiesta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, n. 11248 del 2023).

12. Ciò premesso, esaminati gli atti di causa, con particolare riferimento alle motivazioni poste a base del provvedimento di diniego impugnato, deve rilevarsi una carente indicazione delle ragioni del medesimo diniego, alla luce dei rilievi che precedono. Seppure la disposizione in esame si limita a stabilire una valutazione con criterio di priorità e non già un diritto soggettivo al trasferimento, la valutazione con criterio di priorità deve tuttavia trovare rispondenza in un onere motivazionale rafforzato, che non può limitarsi alla mera rappresentazione di generici dati organizzativi, perlopiù di rilevanza stereotipata, bensì deve dar conto, anche in sede di eventuale rideterminazione, delle ragioni effettive di criticità che porrebbe il trasferimento del dipendente.

13. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va accolto e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado con conseguente annullamento del provvedimento impugnato per difetto di motivazione.

14. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado e annulla l'atto con esso impugnato.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2024

con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere

L'ESTENSORE

Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO

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