

Publicato il 10/08/2023

**N. 02034/2023 REG.PROV.COLL.**  
**N. 01612/2021 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 Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1612 del 2021, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Mariani, subentrato all'avvocato Francesco Pandolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso la stessa domiciliato in Milano, via Freguglia, n. 1;

Comando Generale della Guardia di Finanza, non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

della determina del Comando Generale della Guardia di Finanza prot. n.-OMISSIS- del 4.08.2021, notificata in data 08.08.2021, di non accoglimento dell'istanza del 05.03.2021 riguardante il trasferimento temporaneo ex L. n. 104/1992 presso il Gruppo della Guardia di Finanza di -OMISSIS-, nonché di ogni altro atto antecedente, connesso, presupposto e/o consequenziale anche se ancora non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2023 la dott.ssa Valentina Caccamo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Il Mar. Aiut. -OMISSIS-, in forza alla Compagnia della Guardia di Finanza di -OMISSIS-, ha presentato in data 8.03.2021 istanza di trasferimento ex art. 33 comma 5, L. n. 104/1992 per l'assistenza al padre, -OMISSIS- ai sensi dell'art. 3 comma 3 della medesima legge, con -OMISSIS-tali da richiedere “-OMISSIS-”.

La sede di trasferimento prescelta era quella di -OMISSIS-.

2. Con la determina in epigrafe specificata, il Comando Generale della Guardia di Finanza ha respinto la suddetta istanza in quanto lo spostamento del ricorrente sarebbe stato incompatibile con le finalità istituzionali dell'amministrazione; infatti, mentre la località richiesta presenterebbe “*un rilevante esubero di effettivi nella categoria di riferimento*”, il comando di appartenenza registrerebbe “*un deficit di personale nel ruolo “ispettori”*” e sarebbe inserito “*in un contesto provinciale e regionale parimenti carente di risorse*”. Pertanto, l'eventuale trasferimento comporterebbe “*un incremento di situazioni organiche già in esubero e, al contempo, un aggravamento del deficit sofferto dal Reparto di appartenenza*”, circostanze, queste, che renderebbero “*il movimento richiesto non conciliabile e antitetico con il principio di buon andamento dell'Amministrazione e di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa*”. Il provvedimento precisa, “a margine”, che “*l'assenza del richiedente non priverebbe il bisognevole del supporto assistenziale di cui necessita, in quanto lo stesso potrebbe avvalersi, tramite opportune forme di collaborazione,*

*dell'ausilio della figlia convivente, compatibilmente con le problematiche rappresentate, e dei familiari residenti in loco”.*

3. Avverso tale provvedimento è insorto il ricorrente per chiederne l'annullamento, previa concessione della tutela cautelare, articolando a sostegno del gravame censure di violazione di legge, in particolare dell'art. 33 comma 5, L. n. 104/1992, violazione dell'art. 97 della Costituzione, eccesso di potere, irragionevolezza, ingiustizia grave e illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento e disparità di trattamento; ha contestato, altresì, l'elusione dell'obbligo di rendere espliciti i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno indotto l'amministrazione al diniego, nonché l'assenza del requisito dell'oggettiva impossibilità di organizzare altrimenti il servizio del militare nell'ambito della destinazione richiesta.

3.1 In particolare, con un primo mezzo di gravame, il ricorrente ha lamentato che: a) l'evidenziata condizione di esubero sarebbe ormai fisiologica e cronica in molti reparti del Corpo, tra cui il gruppo richiesto; la determina impugnata si baserebbe quindi solo su un dato meramente numerico, senza che fosse stata verificata l'effettiva possibilità di un utile reimpiego del richiedente presso un reparto territoriale; b) sebbene l'amministrazione non abbia adottato, nel corso del tempo, alcun provvedimento di rafforzamento/compensazione di personale nel ruolo in questione, pur a fronte del lamentato sottodimensionamento delle risorse, l'andamento operativo avrebbe comunque consentito lo svolgimento e l'efficacia dei servizi istituzionali; c) non sarebbe stata valutata la possibilità di un trasferimento temporaneo alla luce della disponibilità/vacanza presso il Gruppo di - OMISSIS- di un posto da Sovrintendente che, seppur di ruolo diverso, rientrerebbe nella categoria dei Sottufficiali insieme al ruolo Ispettori, con medesime attribuzioni e poteri giuridici nonché funzioni operative; c) sarebbero stati effettuati trasferimenti “ordinari” o per “situazioni straordinarie”, ovvero “situazioni del tutto eccezionali, connotate da estrema delicatezza o gravità” presso il Gruppo richiesto a favore di militari della

medesima categoria del ricorrente, anche in condizione di esubero preesistente; d) vi sarebbe stato un trasferimento di quattro militari, ivi compreso un parigrado del ricorrente, dalla Compagnia di provenienza di quest'ultimo, carente di "Ispettori", verso altra Provincia.

3.2 Con il secondo motivo di ricorso, è stata censurata la carente motivazione del provvedimento impugnato, che non solo farebbe riferimento a stereotipate preminenti ragioni di organico e di servizio, ma non prenderebbe in alcun modo in considerazione il destinatario sostanziale dell'istanza di trasferimento, cioè il congiunto invalido. Peraltro, dette esigenze dovrebbero essere valutate anche alla luce della natura temporanea e provvisoria del trasferimento in questione.

4. Si è costituito il Ministero per resistere al gravame, depositando documenti e memoria difensiva.

5. Con ordinanza n. 1123/2021, l'istanza cautelare è stata respinta per difetto del requisito del *periculum in mora*, essendo il padre del ricorrente "*inserito in un ambito familiare adeguatamente formato e stabile*".

6. Nelle more della celebrazione del giudizio, in data 5 maggio 2023, è stato depositato in atti il certificato di morte del procuratore del ricorrente, che si è contestualmente costituito con memoria in prosecuzione a mezzo di nuovo difensore.

7. All'udienza pubblica del 28.06.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Le censure articolate in ricorso, che possono essere esaminate contestualmente in quanto strettamente connesse, sono fondate.

9. L'art. 33, comma 5, L. n. 104/1992 stabilisce che "*il lavoratore di cui al comma 3*" – cioè "*che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti*" – "*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*".

10. In merito all'interpretazione di detta disposizione, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato un nucleo di principi ormai consolidati, che è utile richiamare anche ai fini della decisione del caso di specie. In particolare, è stato affermato che:

- il trasferimento ex art. 33, comma 5, L. n.104/1992 coinvolge interessi legittimi e, pertanto, implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici nell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3.01.2018 n. 29);
- la misura è prevista a vantaggio e nell'interesse esclusivo del disabile, non dell'amministrazione o del richiedente; il movimento, dunque, ha natura strumentale ed è intimamente connesso con la persona dell'assistito, consentendo al familiare lavoratore la scelta di una sede di lavoro compatibile con le esigenze di costante assistenza di una persona disabile (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 9.10.2017, n. 4671);
- la previsione di tale agevolazione si lega *“alla centralità del ruolo della famiglia nell'assistenza del disabile (da ultimo, Corte cost. 329/2011 e, in precedenza, Corte cost. 233/2005) e, in particolare, nel soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità e idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia (si vedano, fra le altre, sent. nn. 158 del 2007 e 350 del 2003)”* (cfr. Cass. Civ., Sez. lavoro, 7.06.2012, n. 9201);
- l'inciso *“ove possibile”*, contenuto nella predetta disposizione, comporta un necessario bilanciamento degli interessi in conflitto – ovvero quello al trasferimento del lavoratore e quello economico-organizzativo del datore di lavoro – per cui, avuto riguardo alla qualifica del pubblico dipendente, deve sussistere la disponibilità nella dotazione di organico della sede di destinazione del posto in ruolo per il proficuo utilizzo del soggetto che chiede il trasferimento, cioè una collocazione compatibile con lo stato del militare (Cons. Stato, Sez. III, 11.05.2018 n. 2819);
- l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione nell'ambito del citato bilanciamento di interessi deve consistere in un'accurata

ponderazione delle esigenze funzionali, che devono risultare da una congrua motivazione; per negare il trasferimento, pertanto, le ragioni di servizio non possono essere genericamente richiamate, né fondarsi su mere 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, e dalla considerazione del grado e/o della posizione di ruolo e specialità propri del richiedente (cfr. Cons. di Stato, Sez. II, 20.04.2023, n. 4003).

11. Alla luce delle coordinate ermeneutiche sopra tracciate, quindi, può essere esaminato il caso di specie.

12. Risulta dalla documentazione in atti che il padre del ricorrente è affetto da “-OMISSIS-” e, pertanto, è stato riconosciuto dalla commissione medica per l'accertamento dell'invalidità civile come “-OMISSIS-”. Nella domanda di trasferimento sono state indicate dal ricorrente le esigenze assistenziali legate alla -OMISSIS-, nonché la necessità di una presenza continua presso il domicilio ove questi risiede e la condizione -OMISSIS- in questione.

13. Ora, a fronte di una specifica, motivata e documentata richiesta di assistenza, l'amministrazione si è limitata a rifiutare il trasferimento sulla base di generiche esigenze di servizio, lamentando un significativo esubero di effettivi nella categoria di riferimento presso la sede di destinazione e, per contro, un deficit di personale nel ruolo “Ispettori” nel comando di appartenenza nell'ambito di un contesto regionale già privo di risorse. Oltre all'evidente genericità di tali affermazioni – che non si esprimono concretamente nel merito della vicenda e non ne considerano le peculiarità, legate, in particolare, all'esigenza di cura continuativa del disabile – non è stato effettuato alcun bilanciamento tra l'interesse privato del soggetto fragile all'assistenza familiare e l'interesse pubblico connesso alle esigenze organizzative dell'amministrazione. Peraltro, l'eventuale affermata prevalenza di queste ultime sulle necessità assistenziali della persona che versa in

condizione di disabilità non può essere basata su valutazioni legate alla mera sovralimentazione delle destinazioni richieste dall'interessato e alla carenza di personale nella sede di appartenenza, poiché le esigenze di servizio possono essere considerate solo se radicalmente incompatibili con le necessità assistenziali della persona non autosufficiente (TAR Campania, Napoli, VII, 3.05.2021, n. 2906).

13.1 Nel caso di specie, il provvedimento impugnato non risulta adeguatamente motivato in merito alla carenza di personale presso la destinazione di appartenenza e al concreto pregiudizio che verrebbe arrecato all'organizzazione del servizio di pubblica sicurezza nel caso di trasferimento del ricorrente, né viene dimostrato che il paventato *vulnus* alle esigenze dell'amministrazione sia comparativamente superiore rispetto a quello arrecato alle esigenze di cura e socializzazione del disabile. Rileva peraltro il Collegio che, nonostante il deficit di militari nel ruolo Ispettori presso la Compagnia di -OMISSIS-, sono stati comunque effettuati alcuni trasferimenti di personale verso altra provincia, compreso un parigrado del ricorrente, come risulta dalla nota n. -OMISSIS-del 06.08.2021 del Comando Regionale della Lombardia, avente a oggetto "*Piano nazionale degli impieghi per bandi –anno 2021*" (cfr. doc. 6 del ricorrente). Tale circostanza, seppur non rilevante nell'ottica di una comparazione tra due istituti differenti quali sono il trasferimento *ex lege* n. 104/1992 e la procedura concorsuale per la mobilità ordinaria dei militari, vale comunque a evidenziare la possibilità di una diversa distribuzione di personale e, dunque, l'insussistenza di una situazione di assoluto oggettivo impedimento al trasferimento del ricorrente per ragioni legate all'organizzazione del servizio.

13.2 Quanto alle evidenziate condizioni di soprannumero presso la destinazione richiesta, le stesse sono imputabili a un'errata gestione del potere organizzativo da parte dell'amministrazione, per cui non è ragionevole farne carico al soggetto che debba prestare assistenza a un familiare non autosufficiente e, ancor meno, che dette inefficienze ridondino in termini

negativi sulle necessità di cura del parente fragile (cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 3.04.2023, n. 819). Al riguardo, il Collegio condivide l'affermazione secondo cui l'esubero di personale rappresenta una *“circostanza che non può essere opposta all'appellato poiché tale situazione è il frutto di una censurabile politica del personale. Infatti, o tale esubero dipende dall'esistenza in passato di un elevato numero di situazioni eccezionali che hanno comportato l'assegnazione in quella provincia di militari in esubero, oppure, più credibilmente, l'elevatissimo numero di arruolati provenienti da quella provincia esercita una pressione per il rientro nella zona d'origine che l'Amministrazione non riesce più di tanto ad arginare. Ed allora negare ad un militare che ha documentato esigenze familiari di notevole rilievo, il trasferimento nella zona d'origine perché vi è un esubero di personale, significa far scontare ad un singolo gli effetti di una discutibile gestione del personale in quella provincia”* (cfr. Cons. di Stato, Sez. II, 26.01.2023, n. 916).

14. Sotto altro profilo, il provvedimento impugnato risulta erroneamente motivato laddove ritiene (seppur “a margine”) ostativa al trasferimento del ricorrente la presenza di altri familiari *in loco*, che potrebbero contribuire alla cura e alla gestione dei bisogni del disabile. L'amministrazione non ha considerato – nell'ottica della necessaria assistenza continuativa e nella prospettiva di lungo periodo – che gli altri familiari indicati nella domanda di trasferimento non solo si sono dichiarati indisponibili all'incombenza, ma presentano condizioni personali che non consentono oggettivamente di soddisfare le necessità assistenziali sopra specificate. Trattasi, infatti, della figlia convivente -OMISSIS-, e della madre -OMISSIS-. Gli altri familiari indicati sono due cognati rispettivamente di -OMISSIS-, nonché due nipoti costituenti nucleo familiare autonomo con figlio minore a carico. Peraltro, la giurisprudenza ha ormai chiarito che non ha alcuna autonoma rilevanza motivazionale la presenza di altri congiunti, diversi dal richiedente il trasferimento, nello stesso luogo di residenza del disabile (Cons. di Stato, IV, 14.07.2020 n. 4549).

15. Alla luce delle suesposte considerazione il ricorso va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati; l'amministrazione dovrà pertanto pronunciarsi nuovamente sull'istanza del privato, in osservanza dei criteri esposti nella presente pronuncia.

16. Le spese di giudizio possono essere compensate, in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali che hanno riguardato l'istituto oggetto della presente controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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 Milano nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Valentina Caccamo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Valentina Caccamo**

**Gabriele Nunziata**

## IL SEGRETARIO

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