

Pubblicato il 29/12/2023

N. 00962/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00629/2021 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 staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 629 del 2021, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Elia, Marco Della Rosa, Cosimo De Michele, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

contro

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliataria *ex lege* in Brescia, via S. Caterina, 6

per l'annullamento

- della nota ministeriale N. 333/SAA/II/241828 del 3 agosto 2021 contenente il rigetto dell'istanza di trasferimento ai sensi dell'art. 33 co. 5 della L. 104/1992

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2023 la dott.ssa Marilena Di Paolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente, sig.-OMISSIS-, dal 2018 è un agente della Polizia di Stato, e attualmente è in servizio presso l'ufficio di polizia di frontiera aerea di Orio al Serio (BG).

In data 8 gennaio 2021, l'odierno ricorrente ha chiesto di essere trasferito presso uno degli uffici di polizia della provincia di Brindisi, in ordine di preferenza: 1) polizia di frontiera scalo marittimo-aereo di Brindisi; 2) sottosezione di polizia ferroviaria Brindisi; 3) compartimento polizia postale Brindisi; 4) commissariato di Mesagne (Br); 5) Questura di Brindisi.

L'istanza di trasferimento è stata motivata ai sensi della L. 104/92 in ragione della presenza nel suo nucleo familiare di una persona invalida civile, segnatamente, la sig.ra-OMISSIS-, sorella di sua moglie, che vive in provincia di Brindisi, alla quale gli altri componenti familiari non possono prestare idonea assistenza a causa delle patologie di cui anch'essi soffrono, e la moglie del ricorrente esercita l'attività di logopedista in Mozzo (BG) e, pertanto, non è in grado di assicurare un'assistenza continuativa.

La sig.ra-OMISSIS- è affetta da “*sindrome atasso-spastica e disfagia da sofferenza ipossica perinatale. Deficit cognitivo. Quadriplegia e tetraparesi con altre malattie spinocerebellari (diagnosi lcd9. Sindrome cerebellare grave (diagnosi DM 0/05/92)*”, patologie che hanno condotto la commissione medica dell'Inps ad accertare e dichiarare un'invalidità pari al 100% “*con impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore*”.

Secondo quanto riferito dal ricorrente, i genitori di-OMISSIS- affrontano serie difficoltà nell'accudire efficacemente la figlia disabile, dal momento che il padre, sig.-OMISSIS- – di anni 71 - soffre di ipertensione e diabete di tipo 2 con evidente sintomatologia che compromette inevitabilmente la possibilità di assistere la figlia in maniera continuativa e la madre, sig.ra -OMISSIS- - di anni 65 - nel marzo 2019 ha subito una frattura al radio distale del braccio destro,

circostanza che impedisce di possedere la piena motilità del polso e della mano destra e che rende in concreto nulla la possibilità di supporto e assistenza alla figlia disabile.

A seguito della richiesta del Ministero dell'Interno di integrazione documentale dell'istanza – notificata in data 23 marzo 2021 – il ricorrente ha trasmesso tutta la documentazione sanitaria relativa allo stato di handicap e invalidità civile della cognata, nonché documentazione relativa allo stato di salute e patologie dei suoceri, -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Successivamente, in data 25 giugno 2021, con la nota ministeriale n. prot. 0052180, è stato comunicato il preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10bis L. 241/90, in riscontro del quale il sig. -OMISSIS- ha trasmesso osservazioni in data 7 luglio 2021 chiedendo il riesame della sua istanza, insistendo sulla circostanza di essere l'unico familiare in grado di assistere compiutamente la sig.ra -OMISSIS-, e rendendosi disponibile anche per altri uffici: a) sezione di polizia stradale di Brindisi; b) commissariato di pubblica sicurezza di Ostuni (BR); c) Questura di Lecce.

Con nota n. n. 333/SAA/ii/241828 del 3 agosto 2021, notificata all'odierno ricorrente in data 16 agosto 2021, il Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza, ha rigettato definitivamente la richiesta di trasferimento motivando in ordine alle seguenti considerazioni:

- “[...] esigenze di servizio e dell'attività operativa che impegnano l'ufficio di polizia di frontiera di Orio al Serio, il quale svolge la propria attività nel terzo aeroporto italiano per numero di transiti, circostanza questa che ha comportato la necessità di implementare, di volta in volta, l'aliquota di personale di polizia impiegato per i serrati controlli richiesti”;
- “[...] l'inevitabile ripresa degli spostamenti a livello nazionale e internazionale, in parte già avvenuta, che porterà il numero dei transiti all'aeroporto di Orio al Serio sui livelli abituali, nell'ordine di 12 milioni annui”;
- “valutato che i principali scali aerei sono divenuti i luoghi ove l'attività di contrasto ai traffici dei sodalizi criminali rende necessario l'impegno quotidiano di numerosissimi operatori di polizia, circostanza aggravata, nel caso di specie, dal fatto che lo scalo in

questione è interessato da tratte internazionali in considerazione delle quali vengono predisposti specifici controlli per arginare il fenomeno dei traffici illeciti internazionali”;

➤ *“[...] l’agente-OMISSIS-è stato assegnato all’Ufficio P.S. dove presta servizio, al fine di potenziarne l’organico ed in considerazione del suo utile impiego”;*

➤ *“[...] dagli accertamenti esperiti dalla Questura di Brindisi, è stata accertata l’esistenza di altri familiari idonei a contribuire all’assistenza del disabile, per i quali non è stata dimostrata l’effettiva indisponibilità o inidoneità all’assistenza del familiare”.*

Con ricorso notificato il 28 settembre 2021, il ricorrente ha impugnato il provvedimento di diniego di trasferimento chiedendone l’annullamento, con il conseguente riconoscimento del diritto al risarcimento.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell’Interno per resistere al ricorso depositando documenti e chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2023 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe il ricorrente deduce due motivi di illegittimità del provvedimento impugnato.

2. Con il primo motivo deduce la violazione dell’art. 33 co. 5 Legge 104/1992, eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e violazione degli artt. 2 e 3 Costituzione, sostenendo che, sebbene il diritto di assistenza tutelato dalla citata norma non possa atteggiarsi a diritto assoluto ed illimitato, il diniego dell’Amministrazione si sarebbe basato illegittimamente su generiche argomentazioni e non sarebbe stato giustificato da concrete ragioni di servizio, riferite alle mansioni svolte dal dipendente e al suo profilo professionale, le quali impediscano l’assegnazione ad altro ufficio, né sarebbero state menzionate espressamente le effettive conseguenze negative di tale trasferimento sull’efficienza del servizio.

Aggiunge inoltre il ricorrente che l’Amministrazione a fondamento del diniego avrebbe considerato solo la mera presenza di altri familiari del sig.-OMISSIS-in grado di assistere la cognata disabile, senza tenere debitamente conto di ulteriori circostanze in concreto rilevanti ai fini della valutazione

sull'idoneità a prestare assistenza: le condizioni di salute, l'età avanzata, la lontananza geografica, le relazioni intrafamiliari, l'espressa richiesta della disabile di farsi assistere esclusivamente dal cognato.

Il motivo è infondato.

2.1 Come noto, l'articolo 33, comma 5, della Legge 104/92, nello stabilire che *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 e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede*, riconosce al lavoratore che deve assistere il familiare disabile, il diritto di scegliere, "ove possibile", la sede di lavoro più vicina al domicilio dello stesso, ponendo in capo all'Amministrazione l'obbligo di tenere conto delle proprie esigenze di servizio.

2.2 La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il diritto di scelta della sede più vicina al domicilio della persona invalida da assistere non è un diritto soggettivo assoluto e illimitato ma è assoggettato al potere organizzativo dell'Amministrazione che, in base alle proprie esigenze organizzative, potrà rendere il posto disponibile tramite un provvedimento di copertura del posto "vacante".

In tale senso è stato interpretato l'inciso "ove possibile" della L. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, quale necessario bilanciamento degli interessi in conflitto (interesse al trasferimento del dipendente ed interesse economico-organizzativo del datore di lavoro) soprattutto in materia di rapporto di lavoro pubblico laddove tale bilanciamento riguarda l'interesse della collettività, conservando - l'amministrazione - un margine di discrezionalità rispetto alle proprie esigenze organizzative (Cass. Civ. 22 febbraio 2021, n. 4677; Cons. St., IV, 19 giugno 2020, n. 3929; Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 2017, n. 4671; 28 marzo 2012, n. 1828; 21 agosto 2013, n. 4218; da ultimo, n. 29/2018).

È stato altresì affermato come la *ratio* sottesa alla disciplina posta dalla L. n. 104 del 1992 sia la tutela del portatore di handicap e non, invece, la modifica della posizione del dipendente che chiedi di assistere il proprio familiare

infermo o il suo riavvicinamento al nucleo familiare di appartenenza (Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3526; 21 febbraio 2005, n. 565).

Pertanto, i parametri in considerazione dei quali l'amministrazione deve valutare se concedere o meno i benefici in questione sono: a) da un lato, le esigenze organizzative ed operative dell'Amministrazione di appartenenza, rispetto alle quali il beneficio deve risultare possibile; b) e dall'altro, nel caso di trasferimento del lavoratore per l'assistenza del familiare disabile, l'effettiva necessità del trasferimento.

2.3 Nel caso di specie l'amministrazione ha congruamente motivato in ordine alle preminenti e concrete esigenze organizzative dell'ufficio cui appartiene il richiedente, ovvero la frontiera aerea dell'aeroporto di Orio al Serio, che è il terzo aeroporto italiano per numero di transiti nazionali ed internazionali nell'ordine di circa 12 milioni di passeggeri annui, caratterizzato da intensa operatività, circostanza che ha comportato la necessità di implementare l'aliquota di personale impiegato per i serrati controlli e, nella comparazione dei diversi interessi - l'interesse alla tutela del disabile e l'interesse all'efficienza dell'apparato istituzionale - è stato considerato prevalente l'interesse dell'Amministrazione a non depauperare l'organico di tale Ufficio al quale lo stesso ricorrente è stato assegnato al fine di potenziarne l'organico e in considerazione del suo utile impiego. Lo stesso Dirigente della II zona di polizia di frontiera per la Lombardia ha espresso parere favorevole all'accoglimento dell'istanza di trasferimento del ricorrente condizionandolo però all'indispensabile sostituzione con altro dipendente di pari qualifica, sostituzione non risultata possibile.

2.4 Venendo al secondo parametro dato dalla effettiva necessità del trasferimento, nel caso di specie deve escludersi la ricorrenza dell'indisponibilità oggettiva di altre persone ad assistere in modo adeguato la persona bisognosa, in quanto dagli accertamenti esperiti dall'Amministrazione è risultata la presenza sul posto di altri familiari e, quanto al padre e alla madre della disabile, si tratta di soggetti di età relativamente giovane (di 71 e 65 anni),

rispetto ai quali non sono state segnalate patologie tali da impedire oggettivamente la concreta assistenza della propria figlia disabile (ipertensione e diabete, per il padre - e, per la madre, la frattura nel 2019 del radio distale del braccio destro); si osserva infine che non è stata dedotta l'impossibilità del trasferimento della moglie del ricorrente, sulla quale si è solo detto che svolge l'attività di logopedista in Mozzo (BG) e che ciò le impedisce di garantire un'assistenza continua alla sorella disabile.

Ebbene, ciò posto, come precisato ancora dalla giurisprudenza:

a) l'eventuale indisponibilità di altri familiari deve essere provata con la produzione di dati di carattere oggettivo, oppure concernenti stati psico-fisici connotati da particolare gravità, e quindi idonei ad attestare l'impossibilità assistenziale di altri familiari, e non la semplice indisponibilità di altri familiari - fondata su impedimenti di tipo comune, tra i quali la lontananza, o stati d'animo di tipo soggettivo (Consiglio di Stato, sez. IV, 5 febbraio 2019, n. 877);

b) resta pacifico che alla luce delle previsioni di cui all'art. 24 L. n. 183/2010 i requisiti della continuità e dell'esclusività dell'assistenza non possono più essere pretesi dall'amministrazione come presupposto per la concessione al dipendente pubblico dei benefici di cui all'art. 33 l. n. 104/1992, sicché gli unici parametri entro i quali l'amministrazione deve valutare se concedere o meno i benefici in questione 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; pertanto, le disposizioni della Legge n. 183 del 2010 non hanno apportato modifiche radicali e comunque tali da potere elidere, ai fini della decisione sul trasferimento di sede, lo spazio di discrezionalità dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. IV, 20 agosto 2020, n. 5157; Consiglio di Stato, IV, 13 gennaio 2021, n. 426 T.A.R. Bari, sez. I, 11 ottobre 2021, n.1463).

2.5 Infine, per quanto riguarda il contenuto della Circolare Inps n. 90/2007, citata dal ricorrente a sostegno della propria tesi difensiva, l'Amministrazione

resistente con la relazione del 20 ottobre 2021 versata in atti ha precisato che, sebbene si faccia espresso riferimento al fatto che la persona con disabilità in situazione di gravità —ovvero il suo amministratore di sostegno ovvero il suo tutore legale — possa liberamente effettuare la scelta su chi, all'interno della stessa famiglia, debba prestare l'assistenza prevista dai termini di legge, nella medesima circolare si afferma altresì che i benefici previsti dalla legge 104/1992 non sono incondizionati, *stante impregiudicato il potere organizzativo del datore di lavoro, non attenendo la fruizione dei benefici de quo all'esercizio di un diritto potestativo del lavoratore.*

3. Con il secondo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art. 3 l. 241/1990 per carenza di motivazione, violazione art. 97 Costituzione, eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e illogicità del provvedimento, sostenendo l'illegittimità del diniego sotto l'ulteriore profilo della carenza di motivazione sull'interesse pubblico – nella forma delle esigenze organizzative dell'Amministrazione - attuale e concreto a negare l'assegnazione ai sensi della L. 104/1992 e della inesistente comparazione tra l'interesse pubblico e l'affidamento del privato.

Il motivo è infondato.

3.1 Sul punto si è ampiamente esposto nel par. 2.3 al quale si rinvia, e pertanto il provvedimento non è affetto da vizio motivazionale, dal momento che il diniego è stato correttamente motivato dall'Amministrazione in ragione dell'oggettiva, intensa e attuale operatività dell'ufficio di appartenenza del ricorrente e tale da non consentire una riduzione dell'organico senza pregiudicare le prevalenti esigenze di sicurezza aeroportuale.

4. Per tutto quanto esposto, il ricorso, in conclusione, deve essere respinto.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in

epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alla refusione delle spese di lite, che liquida in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00) in favore del Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza, oltre 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 di-OMISSIS-, nonché dei genitori della stessa,-OMISSIS- e -OMISSIS-.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Marilena Di Paolo, Referendario, Estensore

Pietro Buzano, Referendario

L'ESTENSORE
Marilena Di Paolo

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO

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