

Publicato il 27/07/2023

**N. 12799/2023 REG.PROV.COLL.
N. 02926/2023 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 il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2926 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Vittoria Silvestre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze e Guardia di Finanza Comando Generale, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) della determina prot. -OMISSIS- del 17 novembre 2022 del Comando Generale della Guardia di Finanza, I Reparto, Ufficio Personale Ispettori, Sovrintendenti, Appuntati e Finanziari, notificata in data 6 dicembre 2022, di diniego del trasferimento di cui all'art. 33, comma 5, della l. 104/1992;

b) per quanto di ragione, del verbale di notificazione del predetto atto in data 6 dicembre 2022;

c) per quanto di ragione, del preavviso di diniego ex art. 10-bis della l. 241/90 prot. -OMISSIS- del 29 settembre 2022, comunicato in data 6 ottobre 2022;

d) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, lesivo degli interessi del ricorrente, con riserva di motivi aggiunti;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 3 luglio 2023:

e) della determina prot. -OMISSIS- del 7 giugno 2023 del Comando Generale della Guardia di Finanza, I Reparto, Ufficio Personale Ispettori, Sovrintendenti, Appuntati e Finanziari, Comandante in seconda, comunicata via *pec* alla scrivente difesa in data 12 giugno 2023, di reiterato diniego del trasferimento di cui all'art. 33, comma 5, della l. n. 104/1992;

f) ove e per quanto di ragione, della nota del 7 giugno 2023 con cui è stato comunicato di aver eseguito l'ordinanza cautelare predetta e della nota del 14 giugno 2023 con cui è stata trasmessa a mezzo *pec* la determina di cui al punto e);

g) di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, lesivo degli interessi del ricorrente, con riserva di motivi

aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Guardia di Finanza - Comando Generale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2023 la dott.ssa Marianna Scali;

Dato avviso a verbale della possibile adozione di una sentenza ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il presente gravame il sig. -OMISSIS-, Maresciallo Capo in forza presso il Nucleo di Polizia Economico-Finanziaria di Roma, Ufficio Comando – Sezione e Servizi di Roma, ha impugnato, anche con atto di motivi aggiunti, i provvedimenti, come in epigrafe specificati, con i quali è stata negata la richiesta di trasferimento dallo stesso presentata presso la sede di Napoli, per assistere la madre, persona portatrice di handicap in condizione di gravità ai sensi dell'articolo 33, comma 5 della legge 104 del 1992, residente ad Afragola (NA).

Le censure articolate sono le seguenti:

1) *“VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON L'ART. 33, COMMI 3 E 5 DELLA LEGGE 5 FEBBRAIO 1992 N. 104 - VIOLAZIONE DELLA CIRCOLARE PROT. 379389, ED. 2013, AGG. AL 2017 E CONTRADDITTORIETÀ CON LA CIRCOLARE STESSA DEL COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA –*

VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON L'ART. 2 E 32 DELLA COSTITUZIONE - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI DI TUTELA DELLA SALUTE E DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ - ECCESSO DI POTERE PER OMESSA ISTRUTTORIA, ERRONEA, PRETESTUOSA E IRRAGIONEVOLE MOTIVAZIONE SVIAMENTO INGIUSTIZIA MANIFESTA –DISPARITÀ DI TRATTAMENTO”;

2) *“VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 33, COMMA 5, L. 104/92 SOTTO ALTRO PROFILO – ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE – DIFETTO DI ISTRUTTORIA SOTTO ALTRO PROFILO -ILLOGICITÀ MANIFESTA - TRAVISAMENTO DEI FATTI – PERPLESSITÀ”;*

3) *“ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA – VIOLAZIONE DELLE NORME SUL GIUSTO PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO – VIOLAZIONE DELLA CIRCOLARE 379389 ED. 2013. AGGIORNATA AL 2017, DEL COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA – DIFETTO DI MOTIVAZIONE ANCHE IN RELAZIONE ALL'ART. 10-BIS DELLA L. 241/90 – VIOLAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. 241/90”;*

4) *“NULLITÀ/INEFFICACIA PER VIOLAZIONE DEL GIUDICATO CAUTELARE – VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON GLI ARTICOLI 112 C.P.A. E 21-SEPTIES L. 241/90”;*

5) *“VIOLAZIONE DI LEGGE PER CONTRASTO CON L'ART. 10-BIS COSÌ COME MODIFICATO DAL D.L. 76/2020 CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA L. 120/2020, E DEL PRINCIPIO DEL CD. “ONE SHOT”.*

2. L'Amministrazione si è costituita per resistere al gravame chiedendo il rigetto del ricorso.

3. All'esito della camera di consiglio del 22 marzo 2023, questa Sezione, con ordinanza n. -OMISSIS-, in accoglimento delle censure di parte ricorrente, ha disposto il riesame dell'istanza.

4. In sede di riesercizio del potere, l'Amministrazione ha reiterato il diniego di trasferimento, a sua volta gravato con l'atto di motivi aggiunti, affidato alle censure di cui al n. 4) e 5) di cui al precedente punto 1.

5. All'esito della camera di consiglio del 26 luglio 2023, dato atto a verbale della possibile adozione di una sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 cod. proc. amm., la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso è fondato.

7. I motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente per ragioni di connessione.

7.1. Ai fini dello scrutinio dei motivi di ricorso, è opportuno richiamare il contenuto dell'articolo 33, comma 5 della legge n. 104 del 1992. Recita la disposizione: *“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”*.

L'art. 33, comma 5, della legge n. 104 del 1992, vale ricordare, disciplina uno strumento indiretto di tutela in favore delle persone portatrici di handicap, attraverso l'agevolazione del familiare lavoratore nella scelta della sede ove svolgere l'attività, affinché quest'ultima risulti

il più possibile compatibile con le esigenze di costante assistenza di una persona disabile. Ciò in ossequio ai principi di solidarietà sociale e di tutela della salute, tutelati dalla Costituzione e dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 dei disabili, ratificata con l. n. 18 del 2009 dall'Italia e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE. Occorre altresì precisare che la giurisprudenza, in più occasioni, ha avuto modo di precisare che l'assistenza del disabile e, in particolare, il soddisfacimento dell'esigenza di socializzazione, in tutte le sue modalità esplicative, costituiscono fondamentali fattori di sviluppo della personalità e strumenti di tutela della salute del portatore di handicap, intesa nella sua accezione più ampia di salute psico-fisica (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 158 del 2007 e n. 350 del 2003).

Il diritto alla salute psico-fisica, comprensivo della assistenza e della socializzazione, va dunque garantito al soggetto con handicap in situazione di gravità, sia come singolo che in quanto facente parte di una formazione sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost., da intendersi come *“ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”* (Corte Cost. n. 213 del 2016; n. 138 del 2010), ivi compresa appunto la comunità familiare.

In tale quadro, deve ritenersi 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. Più nello specifico, l'inciso *“ove possibile”*, contenuto nel richiamato comma 5, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, deve essere letto nel senso

che il trasferimento possa essere negato solo se:

1) non sussista una posizione in organico nella sede richiesta;

2) l'Amministrazione altrimenti dimostri, al contempo, che:

- il trasferimento, a seguito un giudizio di bilanciamento in concreto tra interessi, arrecherebbe un *vulnus* alle proprie esigenze organizzative superiore rispetto a quello arrecato alle esigenze di socializzazione del disabile;

- sia impossibile provvedere altrimenti per far fronte alle proprie necessità (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 11 novembre 2022, n. 33429:

“La tutela rafforzata cui ha diritto il lavoratore che assista con continuità una familiare invalido opera nei confronti delle ordinarie esigenze tecniche, organizzative, produttive, legittimanti la mobilità, con il limite della soppressione del posto o di altre situazioni di fatto insuscettibili di essere diversamente soddisfatte”; cfr. pure Tribunale Roma, sez. lav., 16 febbraio 2022, n. 1534: *“Il diritto di scelta della sede più vicina spettante al lavoratore che si occupa dell'assistenza del parente disabile incontra il solo limite delle esigenze tecniche, organizzative e produttive, allegare e comprovate da parte datoriale, che siano non solo effettive ma anche non suscettibili di essere diversamente soddisfatte”*).

7.2. Orbene, nel caso di specie, è pacifico che presso la sede di Napoli esista un deficit in organico per la posizione del ricorrente, di talché deve escludersi che sia impossibile operare il richiesto trasferimento. Né, in senso contrario, può essere utilmente richiamata la circostanza, indicata nei provvedimenti impugnati, che il Nucleo PEF di Roma, ove presta servizio il ricorrente, presenti un deficit nel ruolo ispettori

numericamente e percentualmente più rilevante di quello registrato nella sede di Napoli; e ciò, per il rilievo, già messo in luce dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2023, n.1196) che “*il trasferimento è disposto a vantaggio del disabile*” e 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, e dalla considerazione del grado e/o della posizione di ruolo e specialità*”; elementi che nel caso di specie non risultano soddisfatti. E ciò, anche tenuto che il Piano nazionale Impieghi varato dal Comando Generale in data 8 maggio 2023 con atto prot. 0136604/2023 in atti prevede per il Comando Regionale Lazio nel ruolo ispettori per la provincia di Roma un fabbisogno di n. 15 unità, laddove per il Comando Regionale Campania, nel ruolo ispettori un fabbisogno di n. 20 unità.

Del pari inconsistente è l’argomentazione, pure contenuta nei provvedimenti impugnati, secondo cui “*l’assenza del richiedente dai luoghi di origine non priverebbe la bisognevole del supporto assistenziale di cui necessità, in quanto la stessa potrebbe avvalersi, compatibilmente con le problematiche rappresentate e con le opportune forme di collaborazione, dell’ausilio della figlia e dei congiunti presenti in loco, pur avuto riguardo alle loro condizioni, coadiuvati dallo stesso militare, usufruendo dei permessi di cui all’articolo 33, comma 3, della legge 104/92, per cui è autorizzato (...)*”.

Difatti, secondo quanto rappresentato dal ricorrente e non oggetto di contestazione, *“la figlia della disabile, dirigente medico della più grande Azienda Ospedaliera a rilievo nazionale del Sud Italia, non solo espleta turni diurni e notturni, bensì è il referente unico ex lege 104/92 di un figlio minore disabile; il marito della dottoressa è un militare che si dedica alla cura dell’altro figlio minore nonché dei suoi propri genitori ammalati e ultraottantenni. Gli altri parenti collaterali ed affini sono anziani e ammalati (il più giovane ha ben settantatré anni) e non hanno rapporti affettivi e sociali con la disabile, vedova, necessitante di assistenza quotidiana”*.

Allo stesso modo deve rimarcarsi che i permessi ex art. 33, comma 3, della citata legge, rispondono ad una ratio diversa, di talché la circostanza che il ricorrente ne sia titolare non può essere utilizzato quale argomento per negare il beneficio di cui al comma 5.

8. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati, dovendosi precisare che l’Amministrazione, nel rinnovato esercizio del potere, dovrà tener conto di quanto disposto dall’10 bis, unico comma, terzo periodo, della legge n. 241 del 1990 e dei principi desumibili della giurisprudenza amministrativa in merito ai limiti che incontra il riesercizio del potere discrezionale a seguito di una pronuncia di annullamento (per tutte cfr. Consiglio di Stato, IV sez., sent. 25 febbraio 2019, n. 1321).

9. L’esistenza di orientamenti giurisprudenziali non del tutto univoci in merito all’interpretazione dell’articolo 33, comma 5, della legge 104 del 1992 giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

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 delle parti private nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Marco Arcuri, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO

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