

T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, Sent., 15-03-2018, n. 738

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1212 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Virzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Foro Buonaparte n. 70;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio eletto in Milano, via Freguglia, n. 1;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

del Decreto del Ministero dell'Interno Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Direzione Centrale per le risorse umane, Servizio Sovraintendenti assistenti e Agenti, n. 333D/11975 notificato il 3.05.2017 con il quale l'Amministrazione ha respinto l'istanza con la quale il ricorrente ha chiesto il trasferimento ex art. 33 comma 5 L. n. 104 del 1992 dalla Questura di Milano attuale sede di servizio, alla Questura di Messina;

nonchè di ogni altro atto presupposto, preparatorio connesso e consequenziale,

nonchè per il riconoscimento del diritto del ricorrente ad essere trasferito dalla Questura di Milano attuale sede di servizio, alla Questura di Messina ai sensi e per gli effetti dell'art. 33 comma 5 L. n. 104 del 1992;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

del provvedimento datato 30.06.2017 e notificato il 27.07.2017 con il quale il Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Direzione Centrale per le risorse umane - Servizio Sovraintendenti Assistenti e Agenti, a seguito del riesame in ottemperanza all'ordinanza n. 797 del 21.06.2017, ha confermato il rigetto dell'istanza.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2018 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Il ricorrente, Agente della Polizia di Stato, in forza, all'epoca dei fatti, presso la Questura di Milano - Commissariato di Pubblica Sicurezza di Lambrate con mansioni presso l'Ufficio Affari Generali e Risorse Umane, con istanza del 3 ottobre 2016 chiedeva all'Amministrazione di essere trasferito presso la Questura di Messina al fine di poter assistere il padre, affetto da handicap grave ai sensi dell'art. 33, comma 3, L. n. 104 del 1992, non essendovi altri parenti disponibili a prendersi cura del genitore. La madre del ricorrente infatti è portatrice di varie patologie, un fratello è invalido all'80% e l'altro fratello, che lavora nell'Arma dei Carabinieri, sarebbe impossibilitato ad accudire il padre, a causa degli impegni lavorativi e familiari, avendo due figli minori e la moglie con un lavoro autonomo.

Con nota del 14 marzo 2017 n. 333.D/11975 l'Amministrazione comunicava al ricorrente, ai sensi dell'art. 10 bis della L. n. 241 del 1990, che l'ufficio competente a decidere in ordine all'istanza di trasferimento era orientato ad adottare un provvedimento di diniego.

Il ricorrente, con nota del 23 marzo 2017, inoltrava all'Amministrazione le proprie osservazioni.

Con Provv. N. 333D/11975 del Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale per le Risorse Umane, Servizio Sovrintendenti, Assistenti e Agenti, notificato il 3 maggio 2017, l'Amministrazione respingeva l'istanza.

Il ricorrente impugnava tale provvedimento, chiedendone l'annullamento previa tutela cautelare.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione intimata, con memoria di mera forma.

Con ordinanza n. 797 del 21 giugno 2017 il Tar accoglieva la domanda cautelare ordinando all'Amministrazione di riesaminare la posizione del ricorrente

Il Ministero si rideterminava con provvedimento del 30 giugno 2017, notificato il 27 luglio 2017, con cui confermava il rigetto dell'istanza.

Avverso tale nuovo provvedimento l'interessato proponeva ricorso per motivi aggiunti depositato in data 30 settembre 2017, accompagnato da domanda cautelare.

Con ordinanza n. 1378 del 25 ottobre 2017 il Tribunale accoglieva la domanda cautelare, e per l'effetto ordinava l'assegnazione del ricorrente ad una delle sedi richieste (Uffici di PS della Provincia di Messina) risultanti in deficit di personale.

L'Amministrazione dava esecuzione al provvedimento cautelare, trasferendo il ricorrente alla Questura di Messina "con riserva di rivalutarne la posizione amministrativa all'esito di future pronunce degli organi di giustizia aditi, e comunque limitatamente al permanere dei requisiti assistenziali".

In vista della trattazione nel merito il Ministero depositava scritti difensivi.

Indi all'udienza pubblica del 9 febbraio 2018 la causa veniva chiamata e trattenuta per la decisione.

Motivi della decisione

1. Con il ricorso introduttivo indicato in epigrafe il ricorrente, agente della Polizia di Stato, ha impugnato il rigetto all'istanza di trasferimento formulata ai sensi dell'art. 33 comma 5 della L. n. 104 del 1992.

2. Il ricorso è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

I) illegittimità per violazione, falsa applicazione ed interpretazione dell'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992; erroneità, falsità dei presupposti di fatto; mancanza, insufficienza della istruttoria; eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà; eccesso di potere per violazione del principio del bilanciamento degli interessi; eccesso di potere per violazione del principio della imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione; violazione dell'art. 97 della costituzione; eccesso di potere per sviamento: il provvedimento impugnato si fonderebbe su non corretti presupposti di fatto, in ogni caso non pertinenti rispetto al caso concreto e alle effettive mansioni svolte dal ricorrente. L'istruttoria condotta e la motivazione espressa sarebbero generiche e superficiali. Inoltre non avrebbe considerato correttamente la reale situazione degli altri familiari residenti a Messina, nessuno dei quali sarebbe in grado di occuparsi del padre del ricorrente. Inoltre si denunciava la motivazione del provvedimento non darebbe conto, in maniera puntuale, del pregiudizio che subirebbe l'Amministrazione nel concedere il trasferimento al dipendente.

II) illegittimità per violazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi; violazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990; violazione, falsa applicazione ed interpretazione dell'art. 10 bis L. n. 241 del 1990; violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede: la motivazione del provvedimento non darebbe conto, in maniera puntuale, del pregiudizio che subirebbe l'Amministrazione nel concedere il trasferimento al dipendente.

3. Con il ricorso per motivi aggiunti il ricorrente ha poi impugnato il provvedimento - ugualmente di rigetto - assunto dall'Amministrazione a seguito dell'ordinanza cautelare con cui questo Tribunale ha ordinato il riesame della posizione dell'interessato. Con tale ricorso ha dedotto vizi di invalidità derivata nonché ha eccepito come, ancora una volta, l'Amministrazione abbia effettuato un'istruttoria superficiale non aderente al caso concreto, sia quanto alle esigenze della sede di provenienza sia in relazione alle condizioni familiari del ricorrente.

4. E' necessario esaminare il contenuto motivazionale dei provvedimenti impugnati.

4.1. Il primo provvedimento (N. 333D/11975) è motivato come segue.

Quanto alle esigenze di servizio evidenzia che il ricorrente presta servizio presso la Questura di Milano, "ufficio che si trova a svolgere la propria attività istituzionale su un contesto territoriale molto ampio e soprattutto caratterizzato da gravi problematiche connesse alla gestione dell'ordine pubblico in relazione a questioni spinose e altamente reattive come fermento popolare dei numerosi centri sociali antagonisti, a cui si aggiungono le altrettanto delicate questioni legate alla gestione del flusso dei migranti irregolari". Inoltre sussistono, si legge nel provvedimento, "le altre

problematiche di ordine e sicurezza dei grandi centri urbani, tra le quali quelle ricollegabili alle tifoserie, vista la rappresentanza nella città di due squadre che partecipano al campionato di serie A con tutto ciò che ne consegue".

Inoltre il provvedimento dà conto della presenza a Messina di altri familiari (moglie e un altro figlio).

4.2. Il nuovo provvedimento del 30 giugno 2017 è motivato come segue:

- il ricorrente è assegnato alla Questura di Milano, ufficio che "svolgendo la propria attività propria attività istituzionale nel più importante centro economico e finanziario della penisola, deve assicurare adeguate misure di prevenzione controllo e vigilanza nonché il mantenimento dell'ordine e della sicurezza tenuto anche dell'attuale momento storico caratterizzato dal massimo livello di allerta antiterrorismo comportando in tale contesto emergenziale un massiccio impiego delle risorse umane disponibili";

- "nel corso dell'anno 2016, per contrastare le maggiori necessità operative e di servizio è stato disposto il potenziamento della dotazione organica degli Uffici di PS di Milano mediante l'invio complessivo di 30 operatori del ruolo assistenti e agenti di cui 7, tra cui il ricorrente, destinati alla sola Questura";

- le necessità operative e funzionali della Questura di Milano sarebbero preponderanti rispetto a quelle degli Uffici di Messina;

- vi sarebbero numerosi dipendenti con maggiore anzianità rispetto al ricorrente, con le medesime esigenze familiari, che ugualmente ambiscono alla sede di Messina;

- vi sarebbero altri congiunti, ovvero la madre del ricorrente ed un fratello, in servizio presso l'arma dei carabinieri, quest'ultimo residente con il proprio nucleo familiare ad altro indirizzo del medesimo Comune di residenza dei genitori.

5. Ad avviso del Collegio i ricorsi sono fondati e meritano accoglimento.

5.1. I motivi di gravame, in quanto intimamente connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

Va inoltre precisato che il sopravvenuto provvedimento (impugnato con il ricorso per motivi aggiunti) è stato assunto in mera esecuzione dell'ordinanza cautelare, pertanto non assume una propria autonomia, e non fa venir meno gli effetti, e dunque l'interesse all'impugnazione, del primo provvedimento.

5.2. Va premesso, sotto un profilo normativo, che l'art. 33 comma 5 della L. n. 104 del 1992 stabilisce che il lavoratore che assiste persona con handicap in situazione di gravità "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".

La posizione del dipendente pubblico, il quale chiedi l'assegnazione per trasferimento ad altra sede di servizio ai sensi della predetta norma deve essere qualificata in termini non di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo, dovendo l'Amministrazione valutare l'istanza alla luce delle proprie esigenze organizzative e di efficienza complessiva del servizio. In tal senso depone il chiaro disposto della legge "ove possibile".

Nondimeno il trasferimento ex art. 33 comma 5, L. n. 104 del 1992 può essere negato solo se sussistono effettive e ben individuate esigenze di servizio che, peraltro, l'Amministrazione deve indicare in maniera compiuta (T.A.R. Aosta, 14 aprile 2017, n. 20). Trattandosi, infatti, di disposizioni rivolte a dare protezione a valori di rilievo costituzionale, ogni eventuale limitazione o restrizione nella relativa applicazione deve comunque essere espressamente dettata e congruamente motivata (T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 8 agosto 2017, n. 1751).

Il trasferimento ai sensi dell'art. 33, comma 5 della L. n. 104 del 1992 può essere negato solo se ne conseguano effettive e ben individuate criticità per l'Amministrazione, la quale ha l'onere di indicarle in maniera compiuta per rendere percepibile di quali reali pregiudizi risentirebbe la sua azione, mentre non può limitarsi ad invocare generiche esigenze di corretta organizzazione e buon andamento (T.A.R. Napoli sez. VI, 4 aprile 2017, n. 1816).

L'Amministrazione deve dar conto, nella motivazione dell'atto di diniego, della valutazione discrezionale in ordine alla comparazione tra le contrapposte esigenze determinate dalle proprie esigenze organizzative e dalla situazione del dipendente istante; motivazione che, per evitare un sostanziale svuotamento dell'istituto delle agevolazioni concesse ai familiari della persona disabile, deve essere calibrata sui dati di fatto emergenti dall'istruttoria e fondarsi su specifiche esigenze organizzative interne (T.A.R. Milano sez. III, 8 agosto 2017, n. 1751).

5.3. Ora, facendo applicazione al caso di specie dei predetti principi, ad avviso del Collegio nei provvedimenti impugnati le esigenze dell'Amministrazione che determinerebbero un pregiudizio nell'accoglimento dell'istanza di trasferimento sono indicate in modo del tutto generico e astratto, per nulla aderenti al caso concreto.

Il ricorrente infatti non espleta servizi di ordine pubblico, svolgendo in realtà servizio di vigilanza presso l'Ospedale San Raffaele. Pertanto tutti i riferimenti alle numerose e gravose attività nelle quali è impegnata la Questura di Milano si rivelano argomenti non pertinenti rispetto al caso di specie.

Risulta ammesso dalla stessa Amministrazione nella relazione depositata in giudizio e nello stesso provvedimento impugnato l'assenza di deficit di organico presso gli Uffici di PS di Milano, ove il ricorrente presta servizio, e, di contro, (cfr. relazione) l'esistenza di carenze di organico presso le sedi richieste (Uffici di PS della Provincia di Messina); tali circostanze di fatto non costituiscono una premessa coerente con il disposto diniego di trasferimento ex art. 33 L. n. 104 del 1992.

Anche il rilievo circa la presenza di altri parenti a Messina (che quindi, secondo l'Amministrazione, potrebbero accudire il padre del ricorrente) non terrebbe conto della situazione concreta, in particolare della presenza di un altro fratello con alto grado di invalidità, e del precario stato di salute della madre.

In ogni caso in proposito va osservato che è noto come, a seguito della novella di cui alla L. n. 183 del 2010, sia stata eliminata dall'art. 33 della L. n. 104 del 1992 la previsione dei requisiti della continuità ed esclusività dell'assistenza (requisito, quest'ultimo, ricollegato alla indisponibilità oggettiva e soggettiva di altre persone in grado di sopperire alle esigenze assistenziali: sul punto, anche per richiami di giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2278); tali requisiti, pertanto, non possono più essere pretesi dall'Amministrazione come presupposto per la concessione dei benefici di cui al citato art. 33 (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2015, n. 5113, anche richiamata dalle sentenze di questa Sezione III del 21 giugno 2017, n. 1386 e 13 giugno 2017, n. 1321)

In conclusione, per le ragioni che precedono vanno accolti il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti, e per l'effetto va disposto l'annullamento degli atti impugnati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Ministero intimato al pagamento a favore del ricorrente delle spese di giudizio che liquida in Euro 4.000,00 (quattromila), oltre oneri fiscali, previdenziali e spese generali di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il ricorrente.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Referendario, Estensore