

N. 04200/2014REG.PROV.COLL.

N. 03503/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso in appello nr. 3503 del 2014, proposto dal signor -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Di Gaetano, con domicilio eletto presso l'avv. Flora De Caro in Roma, viale delle Milizie, 96,

contro

il MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

per la riforma,

previa sospensione dell'esecuzione,

della sentenza nr. 324/2014 del 15 gennaio 2014 del T.A.R. della Lombardia, Sezione Prima di Milano, depositata in data 29 gennaio 2014 e non notificata.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 22, comma 8, del decreto legislativo 30 giugno 2003, nr. 196;

Relatore, alla camera di consiglio del giorno 27 maggio 2014, il Consigliere Raffaele Greco;

Udita l'avv. Flora De Caro, su delega dell'avv. Di Gaetano, per l'appellante;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor -OMISSIS-, Assistente capo di Polizia Penitenziaria in servizio a Milano presso la Casa Circondariale di San Vittore, ha impugnato – chiedendone l'annullamento previa sospensiva – il provvedimento con cui l'Amministrazione penitenziaria ha denegato il trasferimento ad altra sede da lui richiesto.

Tale trasferimento era stato domandato a seguito della dichiarazione della Commissione Invalidi Civili di Matera, la quale aveva documentato la condizione di portatrice di *handicap* grave della madre dell'istante, ai sensi della legge 5 febbraio 1992, nr. 104.

Il diniego opposto dall'Amministrazione aveva come presupposto la carenza dei requisiti di continuità ed esclusività.

2. A fondamento dell'impugnazione il ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 32, 38 e 97 della Costituzione, dell'art. 2697 cod. civ., dell'art. 33 della legge nr. 104 del 1992 nonché, da ultimo, l'eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza, carenza ed erronea motivazione.

2.1. Il T.A.R. adito, pur respingendo la domanda di sospensione cautelare per difetto dei requisiti (la madre del ricorrente poteva contare sull'assistenza del marito oltreché sulla presenza di numerosi congiunti), ha rilevato l'esigenza di acquisire tutti gli elementi necessari a stabilire se il trasferimento fosse o meno compatibile con le preminenti esigenze di servizio dell'Amministrazione, dal momento che il provvedimento impugnato basava esclusivamente la propria ragion d'essere sull'insussistenza dei presupposti di continuità ed esclusività (presupposti che dopo la riforma di cui alla legge 4 novembre 2010, nr. 183, non sono più indispensabili).

A seguito di tale richiesta la Direzione del Personale presso il Ministero della Giustizia ha prontamente depositato una relazione, dalla quale risultava che nella Casa Circondariale di San Vittore il numero di detenuti superava di molto quello degli agenti-assistenti rispetto alla Casa Circondariale di Matera, pertanto era manifesta l'esigenza dell'Amministrazione di avere più personale in servizio a Milano.

A ciò ha controdedotto il ricorrente, evidenziando la circostanza che l'Amministrazione penitenziaria di Milano concedeva già ad un numero considerevole di unità di prestare servizio altrove in distacco, a dimostrazione del fatto che non vi erano in sostanza vere e proprie carenze di organico.

2.2. Con la sentenza qui appellata il T.A.R. della Lombardia ha ritenuto il ricorso infondato e lo ha quindi respinto.

Secondo il primo giudice, l'oggettiva carenza di organico nella struttura milanese era accertata da puntuali analisi di ruoli e mansioni, così come era dirimente la situazione di soddisfacente dotazione

presso la Casa Circondariale di Matera, stante un rapporto proporzionale tra detenuti e agenti-assistenti prossimo alla totale copertura.

In particolare, il T.A.R. ha considerato determinante la circostanza che l'infermità della madre disabile fosse intervenuta in epoca posteriore all'assunzione in servizio del ricorrente: l'art. 35 della legge nr. 104 del 1992 fa riferimento al lavoratore "*che assiste persona con handicap in situazione di gravità*", dovendosi presumere una situazione di assistenza già in essere da parte del dipendente; situazione che evidentemente non sussisteva nella fattispecie *de qua*.

3. Il ricorrente ha impugnato la sentenza suddetta, chiedendone l'annullamento e/o la riforma previa sospensione dell'esecuzione.

A sostegno dell'appello, ha dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 33 legge nr. 104 del 1992 in relazione all'art. 24 della legge nr. 183 del 2010 circa i requisiti di continuità ed esclusività nell'assistenza; inoltre ha lamentato difetto di istruttoria ritenendo parziali e fuorvianti i dati forniti dall'Amministrazione appellata; da ultimo l'erroneità, contraddittorietà, illogicità e insufficienza della motivazione appellata laddove estendeva il proprio sindacato al merito dell'azione amministrativa.

Si è costituito il Ministero della Giustizia, resistendo al ricorso e limitandosi a produrre documenti.

Alla camera di consiglio del 27 maggio 2014, questa Sezione ha dato rituale avviso alle parti della possibilità di immediata definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

4. Infatti, la Sezione ritiene l'appello manifestamente infondato, per le ragioni di seguito precisate.

4.1. A seguito della novella di cui alla legge nr. 183 del 2010, è stata eliminata dall'art. 33 della legge nr. 104 del 1992 la previsione dei requisiti della continuità ed esclusività dell'assistenza: tali requisiti, pertanto, non possono più essere pretesi dall'Amministrazione come presupposto per la concessione dei benefici di cui al citato art. 33, e dunque gli unici parametri entro i quali l'Amministrazione deve valutare se concedere o meno i benefici in questione – nella fattispecie concreta, il trasferimento presso la Casa Circondariale di Matera – 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.

Ciò premesso, va rilevato che la richiesta di trasferimento in base alla normativa suindicata non configura un diritto incondizionato del richiedente: la p.a. può legittimamente respingere l'istanza di trasferimento di un proprio dipendente, presentata ai sensi dell'art. 33, quando le condizioni personali e familiari dello stesso recedono di fronte all'interesse pubblico alla tutela del buon funzionamento degli uffici e del prestigio dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, nr. 1073).

Il c.d. "diritto al trasferimento" è quindi rimesso ad una valutazione relativamente discrezionale dell'Amministrazione ed è soggetto ad una duplice condizione: che nella sede di destinazione vi sia un posto vacante e disponibile e che vi sia l'assenso delle Amministrazioni di provenienza e di destinazione; ne discende che, quand'anche il requisito della vacanza e della disponibilità risulti soddisfatto, il beneficio può essere negato in considerazione delle esigenze di servizio della struttura di provenienza o di destinazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 aprile 2014, nr. 1677).

Quando poi risulta che la persona portatrice di *handicap* ha altri familiari *in loco* e che il richiedente non ha in precedenza prestato attività di assistenza nei suoi confronti, la p.a. può legittimamente

respingere l'istanza di trasferimento (cfr. Cons. Stato, sez. I, parere nr. 3297 del 21 novembre 2013).

Tutto ciò premesso, nel caso che qui occupa il deposito della documentazione dell'Amministrazione attestante le esigenze quantitative e qualitative della sede di servizio del ricorrente dimostra come non vi sia stata, da parte della stessa, alcuna deviazione dal dettato normativo; spetta infatti al giudice verificare se l'esercizio di tale potere valutativo sia aderente ai presupposti normativi, ai dati di fatto e ai criteri di logica e razionalità.

In particolare:

- non appare manifestamente irragionevole il criterio seguito, incentrato sul rapporto fra la popolazione dei detenuti presso ciascuna delle strutture carcerarie interessate e il numero dei dipendenti in pianta organica e in servizio;

- a fronte dei dati emersi in applicazione di detto criterio, non può essere utilmente invocata la circostanza che l'Amministrazione abbia per il passato autorizzato distacchi o trasferimenti di altre unità di personale, atteso che tali provvedimenti potrebbero essere maturati in contesto diverso ed aver condotto – appunto – all'attuale situazione che rende non più sostenibili ulteriori spostamenti di personale;

- il fatto che la madre dell'istante risulti assistita da altri familiari, come sopra già accennato, ben può costituire circostanza di fatto suscettibile di apprezzamento da parte dell'Amministrazione nella complessiva ponderazione degli interessi da comporre, pur dopo la ricordata riforma del 2010 che ha eliminato la previsione dei presupposti della continuità ed esclusività dell'assistenza.

9. Alla luce dei rilievi fin qui svolti, s'impone la reiezione dell'appello.

10. Stante la particolarità della vicenda contenziosa e l'assenza di nuove difese in appello da parte dell'Amministrazione, si ravvisano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione, fra le parti, delle spese, competenze e onorari del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque citate nel provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozi, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/08/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)