

N. 02771/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00057/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 57 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Pierangela Petrillo, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Carta, Giovanni Carta, Carlo Carta e
Giuseppe Piscitelli, con domicilio eletto in Milano, Corso Italia, 9

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello
Stato, presso i cui uffici è domiciliato *ex lege* in Milano, Via Freguglia, 1

per l'annullamento

- della determinazione del 17.10.2012, con cui il Comando regionale Lombardia della Guardia di
Finanza ha archiviato l'istanza di trasferimento ex art. 33, comma 5 della legge n. 104/1992,
proposta dalla ricorrente: atto impugnato con il ricorso introduttivo;

- della determinazione del 28 gennaio 2014, con cui la medesima Amministrazione ha respinto
l'istanza di trasferimento, proposta ex art. 33, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104,
proposta dalla ricorrente: atto impugnato con i motivi aggiunti, nonché di tutti gli atti presupposti,
connessi e consequenziali.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2014 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente proposto la sig.ra Pierangela Petrillo, in servizio presso il Gruppo Malpensa della Guardia di Finanza, ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la determinazione del 17.10.2012, con cui il Comando regionale Lombardia della Guardia di Finanza ha archiviato l'istanza di trasferimento proposta ai sensi dell'art. 33, comma 5 della legge 104/1992, nonché ogni provvedimento presupposto, connesso e consequenziale.

A fondamento dell'impugnazione ha dedotto, con unico motivo, la violazione della normativa speciale, sopra richiamata, sul presupposto che l'Amministrazione avrebbe motivato il diniego in ragione della *"carenza dei presupposti di "continuità" ed "esclusività" dell'assistenza"*, senza quindi tenere conto *"della novella legislativa introdotta dalla legge n. 183/2010"* (cfr. pag. 6), oltre a essersi palesemente ispirata a un orientamento giurisprudenziale ormai superato (cfr. pag. 8);

La ricorrente ha, inoltre, dedotto di aver instaurato un rapporto di assistenza con il padre disabile, residente a Baiano (AV), avendo fruito, prima dell'emissione del provvedimento impugnato, dei permessi mensili retribuiti ai sensi dell'art. 33, comma 3 della legge 104/1992: il che proverebbe *"che il rapporto assistenziale (...) è attuale"* (cfr. pag. 12), a ciò soggiungendo che la finalità del beneficio richiesto, preordinata *"alla massima tutela del portatore di handicap e alla garanzia del rispetto dei diritti in qualsiasi campo economico-sociale"*, non giustificerebbe la *"limitazione inventata" dall'Amministrazione, secondo la quale il trasferimento può essere concesso soltanto qualora il rapporto assistenziale sia già in atto* (cfr. pag. 14).

Ha, infine, dedotto di essere *"l'unico parente ad assistere il proprio padre disabile in condizioni di gravità"* (cfr. pag. 24), precisando, nell'istanza cautelare, che altri congiunti (la madre sig.ra Pasqualina Candela; il fratello Nunzio Petrillo; lo zio Michelangelo Petrillo; la zia Rosa Petrillo; lo zio Giovanni Petrillo) non sarebbero nelle condizioni di prestare alcun tipo di assistenza.

Si è costituito in giudizio, con memoria formale (11.1.2013), il Ministero dell'Economia e della Finanze, opponendo, nella memoria del 24.1.2013, la carenza dei presupposti di fatto necessari alla concessione del richiesto beneficio.

Con ordinanza n. 160 del 31.1.2013 la Sezione ha respinto la domanda cautelare con la seguente motivazione: *"rilevato: - che lo stato di invalidità del genitore disabile risulta riconosciuto al 100% a far data dal 12.3.2003 (cfr. verbale della commissione di prima istanza, allegato in atti), sicché deve ritenersi che la ricorrente – arruolata in epoca ben posteriore (21.1.2008) – abbia consapevolmente valutato le possibili ripercussioni derivanti dall'allontanamento dal Comune ove il padre è residente; - che con ordinanza cautelare n. 573 del 26.4.2012 la quarta Sezione di questo Tribunale ha valutato l'esistenza di parenti in grado di assicurare la necessaria assistenza al genitore disabile e che, a tal riguardo, le successive dichiarazioni di invalidità riferite ad alcuni congiunti (Michelangelo Petrillo, Nunzio Petrillo) risultano carenti di documentazione a fini probatori; - che non risultano emersi nuovi elementi a supporto della fondatezza della richiesta della ricorrente in esito all'invito all'integrazione documentale formulato dall'Amministrazione nella nota del 4.10.2012; - che, infine, non vi è prova, allo stato, della disponibilità di altre sedi di*

servizio prossime al Comune di residenza del disabile né della possibilità che la ricorrente possa lasciare la sede in cui presta servizio per preminenti esigenze organizzative”;

A seguito della proposizione di appello cautelare, proposto dalla ricorrente, tale ordinanza è stata annullata dal Consiglio di Stato *“alla luce dell’orientamento giurisprudenziale assunto e ripetutamente confermato da questa Sezione”* (cfr. ordinanza, sez. IV, 29 aprile 2013, n. 1997).

In esecuzione di tale provvedimento, l’Amministrazione ha provveduto a riesaminare l’istanza di trasferimento, comunicando alla ricorrente, in data 11.9.2013, ai sensi dell’art. 10 bis della legge 241/1990, che il reparto di attuale impiego *“evidenzia pregiudizievole carenza”* di effettivi nel ruolo *“appuntati e finanziari”* (nella misura di un deficit del 12,50%), e che il finanziere Petrillo risulterebbe inquadrata *“in un contesto provinciale parimenti deficitario”*.

Nell’ambito del presente giudizio è stata, inoltre, emessa l’ordinanza collegiale n. 464 del 13 febbraio 2014, nella quale si è valutata l’insussistenza dei presupposti per ritenere la causa matura per la decisione, e ciò in considerazione del fatto che non era emersa prova certa dell’effettiva conclusione del procedimento di riesame, pertanto prospettandosi la concreta possibilità che la ricorrente potesse proporre un successivo ricorso per motivi aggiunti.

In data 21.2.2014 la sig.ra Petrillo ha depositato una memoria nella quale ha rappresentato che *“nell’ambito del procedimento di riesame della richiesta di trasferimento (...) intendeva proporre le osservazioni di cui all’art. 10 bis della legge n. 241/1990, all’esito della decisione di codesto Tribunale in relazione al ricorso R.G. n. 3068/2013”* (cfr. pag. 3), facendo *“espressa riserva di proporre motivi aggiunti, nell’ambito del presente giudizio, all’esito della decisione che codesto (...) Tribunale vorrà adottare in relazione al ricorso R.G. n. 3068/2013”*.

Il ricorso da ultimo citato, proposto avverso il denegato accesso ad alcuni degli atti endoprocedimentali richiesti dalla ricorrente, è stato successivamente definito dalla Sezione con sentenza n. 567 del 28.2.2014, con cui si è statuito il diritto di accedere alle *“piante/tabelle organiche dei Reparti interessati dal trasferimento, con esclusione, peraltro, di ogni altro documento di siffatto genere che non abbia rilevanza rispetto alla richiesta di trasferimento specificamente proposta dal ricorrente, ivi compresi gli atti concernenti i procedimenti ordinari di programmazione dei trasferimenti relativi agli anni 2012 e 2013, che appaiono collegati ad un inammissibile controllo generalizzato dell’attività della pubblica amministrazione e che non risultano collegati alla specifica posizione giuridica da tutelare”*.

All’udienza pubblica del 9.4.2014, fissata per la discussione nel merito, è però comparso soltanto il difensore dell’Amministrazione intimata, e la causa è stata riservata per la decisione.

Tuttavia, il Collegio, non essendo comparso il difensore della ricorrente, ha valutato di trovarsi nell’impossibilità di conoscere se l’Amministrazione avesse, o meno, estratto copia e trasmesso gli atti oggetto della sentenza n. 567/2014, e, conseguentemente, se la ricorrente avesse sciolto la riserva relativa all’eventuale proposizione di motivi aggiunti.

Di conseguenza, in difetto della conoscenza degli elementi di cui più sopra si è detto, la controversia non è stata ritenuta matura per la decisione, *“appalesandosi inutile l’emissione di una sentenza che non potrebbe definire la materia del contendere, visto che il provvedimento conclusivo del procedimento di riesame, alla luce dei nuovi documenti disponibili, potrebbe essere suscettibile di impugnazione con ricorso per motivi aggiunti, come prospettato dalla ricorrente”* (cfr. ordinanza collegiale n. 1109 del 29 aprile 2014), e la causa è stata, pertanto, ulteriormente rinviata all’udienza pubblica del 5.11.2014.

In data 7.5.2014, tuttavia, la ricorrente ha depositato motivi aggiunti con cui ha impugnato – chiedendone l'annullamento, previa sospensione degli effetti – la determinazione del 28.1.2014 con cui il comandante in seconda presso il Comando generale della Guardia di Finanza ha nuovamente respinto la domanda di trasferimento sul presupposto che *“il reparto di attuale impiego del militare registra un grave e pregiudizievole deficit di personale nel ruolo di interesse ed è inquadrato in Comandi regionale e provinciale parimenti deficitari”*, oltre a ribadire che *“l'assenza del militare dalle sedi richieste non priverebbe il congiunto bisognoso del necessario supporto assistenziale”*, e ciò alla luce della situazione familiare della stessa sig.ra Petrillo.

In particolare, nel ricorso è stato dedotto che un altro militare, l'appuntato Giuseppe Castellino, è stato trasferito, pur non avendo *“la necessità di assistere un parente portatore di handicap grave”* (cfr. pag. 5), e che, quindi, *“appurata la possibilità di operare un trasferimento dal Gruppo Malpensa, l'Amministrazione avrebbe dovuto dare priorità alla richiesta della ricorrente”* (cfr. pag. 6).

Con ordinanza collegiale n. 2359 del 25.9.2014 la Sezione ha ritenuto necessario *“acquisire, ai fini di completezza dell'istruttoria, una relazione dall'amministrazione convenuta, dalla quale sia possibile evincere l'iter del trasferimento contestato nel presente contenzioso, con specificazione delle ragioni per le quali non si sarebbe tenuto conto, nel caso dell'appuntato Castellino, del deficit di personale nel Comando Regionale e Provinciale di appartenenza di entrambi i militari”*, rinviando la causa alla Camera di Consiglio del 5.11.2014, in coincidenza con l'udienza pubblica già fissata.

Nel termine assegnato non è pervenuta la richiesta relazione.

In vista della discussione finale, tuttavia, il Ministero dell'Economia ha depositato una memoria di replica (22.10.2014), nella quale ha opposto che la carenza di personale del Gruppo Malpensa, nel ruolo *“appuntati e finanziari”*, sarebbe di 35 unità, quindi *“-14,4% rispetto alla forza organica prevista”*, e che *“non è ravvisabile (...) alcuna contraddittorietà tra atti della stessa Amministrazione, con specifico riferimento alla successiva determinazione assunta nell'ambito del Piano degli Impieghi centralizzato per l'anno 2013, laddove è stato disposto il trasferimento dell'App. Giuseppe Castellino dal Gruppo di Malpensa (ove presta servizio la ricorrente) al Comando regionale Sicilia – Provincia di Ragusa”* (cfr. pag. 3).

Riguardo a tale tipologia di mobilità, ad avviso dell'Amministrazione *“non è possibile denegare l'avvicendamento degli interessati sulla scorta delle carenze registrate dai reparti di appartenenza, prova ne è il fatto che, storicamente, anche laddove gli esiti della manovra di mobilità ordinaria si siano tradotti in un sostanziale esodo di risorse dalle regioni del nord alle aree meridionali, il Corpo ha concesso i trasferimenti richiesti”*, dovendosi, di contro, considerare che il trasferimento ai sensi della legge 104/1992 costituisce *“un istituto derogatorio delle procedure ordinarie di mobilità”* (cfr. pag. 4).

All'udienza del 5 novembre 2014 nessuno è comparso per la ricorrente.

Il Collegio ha respinto la domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti (ordinanza n. 1496), e ciò in ragione della mancanza di un pregiudizio grave e irreparabile, tenuto conto che, nell'udienza pubblica fissata in pari data, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Nel merito, il ricorso è infondato e va respinto.

È dirimente rilevare che la situazione riguardante l'organico del Gruppo Malpensa, sede di servizio della sig.ra Petrillo, sia deficitaria nel ruolo di appartenenza, e ciò sia al momento di proposizione dell'istanza di trasferimento (-12,50%), sia a tutt'oggi (- 14.4%).

L'evidenza di tale dato, da ritenersi incontestato a sensi dell'art. 64, comma 4 del codice del processo amministrativo, suffraga l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, ad avviso della quale *“per poter ottenere la concessione del beneficio, il richiedente deve dimostrare, con dati o riferimenti oggettivi, la necessità di dover assistere un familiare in condizione di handicap grave e che altri parenti e affini non sono in grado o comunque non sono disponibili ad occuparsi dell'assistenza del disabile. Tale diritto, come previsto dalla stessa norma, non è tuttavia incondizionato ma deve essere necessariamente confrontato con le irrinunciabili esigenze organizzative dell'Amministrazione”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2011, n. 5725).

Nel caso di specie, quindi, vi è stata una puntuale valutazione dell'inciso *“ove possibile”*, previsto dall'art. 33, comma 5 e rimasto inalterato anche dopo la riforma di cui alla legge 183/2010, nel senso che è stata motivatamente verificata la *“subordinazione del diritto alla condizione che il suo esercizio non comporti una lesione eccessiva delle esigenze organizzative ed economiche del datore di lavoro privato, ovvero non determini un danno per la collettività compromettendo il buon andamento e l'efficienza della pubblica amministrazione”* (cfr., altresì, Consiglio di Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8527): un pregiudizio funzionale che la ricorrente non è stata in grado di efficacemente confutare.

A ciò va aggiunto che non è ravvisabile, nella specie, la disparità di trattamento dedotta nei motivi aggiunti depositati il 7.5.2014 e motivata sull'assunto che un collega della ricorrente sarebbe stato trasferito nonostante l'accertata carenza d'organico.

Il finanziere Castellino, infatti, è stato trasferito al Comando regionale della Sicilia nell'ambito della procedura ordinaria di mobilità di cui al c.d. *“piano degli impieghi”*, disciplinato da una circolare ministeriale (n. 336000/1241/5 del 30.9.2001), finalizzato *“a soddisfare le (...) esigenze organiche e di servizio, le quali, come correttamente precisato nell'incipit, sono prevalenti rispetto alle aspirazioni dei dipendenti. Peraltro, come la stessa circolare non manca di precisare, le circostanze relative alla vita personale dei militari non risultano completamente pretermesse. Ne è testimonianza lo stesso meccanismo posto in essere dalla circolare, volto a contemperare, nell'ipotesi di coincidenza, le aspirazioni del dipendente con l'esigenze della pubblica amministrazione”* (cfr. TAR Lazio – Roma, sez. II, 27 giugno 2008, n. 6304, confermata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, 26 marzo 2010, n. 1764).

È, inoltre, profondamente diversa la *ratio* di tale procedura rispetto a quella di cui alla legge 104/1992, come persuasivamente eccepito dall'Avvocatura dello Stato.

Con la citata circolare è stato, infatti, introdotto *“un complesso sistema di ponderazione delle diverse esigenze dei militari in relazione alla diverse tipologie di impiego ed alla situazione di copertura dell'organico dei vari reparti, che si svolge con una rigida cadenza temporale e sulla base di una serie predeterminata di presupposti, anche di permanenza minima nella sede di provenienza”*, ma in esito a una selezione di carattere concorsuale, a meno che non emergano *“esigenze assolutamente contingenti e temporanee dei militari, nel caso di documentati e gravissimi motivi di carattere personale o familiare, con trasferimenti a tempo determinato della durata massima non superiore a 180 giorni”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2010, n. 3029).

Non può dunque ammettersi la dedotta comparazione tra una procedura di mobilità ordinaria (quella di cui al piano degli impieghi, che è connotata da profili di merito professionale e di selezione dei

dependenti da trasferire, che direttamente giovano all'efficienza del Corpo della Guardia di Finanza) e una procedura di carattere derogatorio, improntata all'esclusiva valutazione di situazioni personali del dipendente, come nel caso dell'art. 33, comma 5 della legge 104/1992.

Fermo restando, ai fini del decidere, quanto illustrato, occorre, infine, rilevare che, nonostante il requisito di esclusività non sia più valutato per la concessione del trasferimento in questione (ciò rendendo non ostative le dichiarazioni di indisponibilità, molte per vero generiche, dei cinque congiunti della ricorrente), la Suprema Corte ha statuito che *“le misure previste dall'art. 33, devono intendersi come razionalmente inserite in un ampio complesso normativo - riconducibile ai principi sanciti dall'art. 3 Cost., comma 2, e dall'art. 32 Cost., - che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà che, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali”* (cfr. Corte di Cassazione, sez. lavoro, 27 settembre 2012, n. 16460).

Soprattutto, sembra assai apprezzabile al Collegio l'orientamento più recentemente espresso dalla IV Sezione del Consiglio di Stato in due pronunce (cfr. 2 luglio 2014, n. 3303; id. 6 agosto 2014, n. 4200), le cui statuizioni paiono pertinenti anche al caso di specie.

In particolare:

- nella sentenza n. 3303/2014 si è rilevato che *“sulla scorta della interpretazione del disposto legislativo, quella da prestarsi in favore del soggetto portatore di handicap deve essere un'assistenza effettiva (e non solo morale) già in atto e che le esigenze assistenziali del disabile devono essere valutate con riferimento all'intero contesto familiare nel quale è inserita la persona disabile e ai soggetti tenuti all'assistenza nei suoi confronti (Cons. Stato Sez. IV 19 gennaio 2010 n. 545)”*;

- nella sentenza n. 4200/2014 il Giudice di seconde cure ha statuito:

- a) che *“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 (...) 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”*;

- b) che *“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”*;

- c) che l'esistenza di *“altri familiari (...) 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”*.

Ad avviso del Collegio, tali pronunce riflettono una lucida analisi dell'evoluzione normativa che riguarda la disciplina sui trasferimenti per assistere le persone portatrici di handicap, che sembra poter decisamente favorire un definitivo assestamento dell'interpretazione normativa conseguente

all'eliminazione dei requisiti di continuità ed esclusività, quali presupposti per il riconoscimento del cennato beneficio, ma in una prospettiva di meditata compatibilità costituzionale.

Occorre, infatti, considerare che il Giudice delle leggi, nel dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 5, della legge 104/1992, sollevata dal Pretore di Livorno (segnatamente, quest'ultimo aveva ritenuto che fosse irrazionale la distinzione *“fra il caso in cui il disabile già riceva assistenza e quello – altrettanto meritevole di tutela – in cui l'esigenza sorga quando il lavoratore non sia convivente e voglia essere trasferito per attendere alle cure del congiunto. Il diverso trattamento di situazioni sostanzialmente simili sarebbe illegittimo alla luce dell'art. 3 della Costituzione”*), ha osservato, nella sentenza del 29 luglio 1996, n. 325:

1) che la legge 104/1992 *“può (...) considerarsi una prima, significativa risposta al pressante invito, rivolto da questa Corte al legislatore, di garantire la condizione giuridica del portatore di handicap, la cui tutela passa attraverso l'interrelazione e l'integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale (in tal senso v. la sentenza n. 215 del 1987)”*;

2) che *“non è immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare, sì che il legislatore ha, con la legge quadro n. 104, ragionevolmente previsto – quale misura aggiuntiva – la salvaguardia dell'assistenza in atto, accettata dal disabile, al fine di evitare rotture traumatiche, e dannose, della convivenza”*.

Senza contare, in ultimo, che il rischio – innovativamente rilevato nella citata sentenza della IV Sezione n. 4200/2014 – che la legge 104/1992 possa essere oggetto di un uso strumentale da parte di chi persegua esclusivamente un egoistico interesse al trasferimento, ponendo in secondo piano le esigenze assistenziali del disabile (espressione, queste, dell'opposto principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione), è reso vieppiù concreto in ragione del fatto che la disposizione di cui al citato art. 33, comma 5 non è stata ritenuta incostituzionale riguardo all'ipotesi che *“il trasferimento alla sede più vicina comporterebbe la perpetuazione dei benefici anche quando siano cessate le esigenze di assistenza del disabile”* (cfr. Corte Costituzionale, ordinanza 11 dicembre 1997, n. 396).

In conclusione, il ricorso va respinto.

In considerazione del complessivo andamento del giudizio e della peculiare natura delle questioni giuridiche oggetto del contendere, si ritiene di disporre la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

Oscar Marongiu, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2014

IL SEGRETARIO

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