

Pubblicato il 01/09/2021

N. 06154/2021REG.PROV.COLL.
N. 04702/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4702 del 2014, proposto dal Ministero dell'interno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

contro

Il -OMISSIS- rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Caroli Casavola, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Rizzo in Roma, via Antonio Gramsci, n. 54,

per la riforma

della sentenza del T.A.R.-OMISSIS-, resa tra le parti, concernente diniego di trasferimento ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104/1992

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2021, svolta con modalità telematica ai sensi dell'art. 25 del decreto-legge n. 137 del 2020, convertito con legge n. 176 del 2020, il Cons. Carla Ciuffetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in esame il Ministero dell'interno impugna la sentenza in epigrafe che: ha dichiarato improcedibili il ricorso principale presentato dall'interessato, appartenente alla **Polizia di Stato**, per l'annullamento del provvedimento in data 25 luglio 2006 di rigetto dell'istanza di trasferimento presentata ai sensi dell'art. 33, co. 5, l. n. 104/1992, nonché i primi motivi aggiunti diretti all'annullamento del provvedimento in data 30 ottobre 2012, recante trasferimento del ricorrente al Commissariato di-OMISSIS-; ha accolto i secondi motivi aggiunti, disponendo l'annullamento del provvedimento in data 16 settembre 2013, di rigetto della domanda di trasferimento presentata dal ricorrente ai sensi della citata l. n. 104/1992, nonché del provvedimento in data 11 ottobre 2013 n. 333.D/6117, recante revoca del provvedimento di sospensione del trasferimento di cui all'atto in data 19 marzo 2013 adottato a seguito del *decisum* cautelare del primo giudice.

L'istanza di trasferimento impugnata con il ricorso principale era stata presentata dalla parte appellata in ragione dell'asserita necessità di assistere un prossimo parente affetto da disabilità. Nelle more del giudizio di primo grado l'interessato: era stato assegnato in via provvisoria presso la Questura di -OMISSIS-; a seguito dell'elezione quale consigliere circoscrizionale, era stato trasferito al Commissariato di -OMISSIS-; egli era stato nominato tutore del medesimo parente che era stato interdetto; alla cessazione del mandato di consigliere circoscrizionale era stato trasferito presso il Commissariato di-OMISSIS-.

2. L'unico motivo del gravame, rubricato "*erroneità della motivazione*" è diretto ad evidenziare l'adeguata motivazione del provvedimento impugnato con i secondi motivi aggiunti. Tale atto sarebbe stato adottato in ragione della

cessazione del mandato di consigliere circoscrizionale, per il quale il ricorrente era stato trasferito presso il Commissariato di -OMISSIS-. Perciò assumerebbe rilievo nella controversia in esame il provvedimento di rigetto dell'istanza di trasferimento presentata dall'interessato ai sensi dell'art. 33, co. 5, 1. n. 104/1992.

In proposito, l'Amministrazione deduce che il convincimento del Tar secondo il quale la situazione dell'organico effettivo della sede commissariale di -OMISSIS- era tale da consentire il trasferimento richiesto avrebbe sostanziato *“una decisione che attiene al merito dell'azione amministrativa in palese violazione dei limiti interni alla giurisdizione amministrativa”*, basata su un travisamento dei fatti, in quanto *“la documentazione versata in atti dal ricorrente farebbe riferimento ai soli movimenti in entrata presso la sede di-OMISSIS- senza che sia in alcun modo considerato il numero del personale in uscita da detta sede”*. Infatti, a seguito delle movimentazioni del personale effettuate nell'ambito della programmazione annuale dei trasferimenti, il Commissariato di-OMISSIS- avrebbe presentato una carenza di organico di 11 unità nel ruolo degli agenti e degli assistenti, circostanza che avrebbe reso incomprensibile *“la valutazione operata dal Tar Lazio in merito all'organico da destinare alla sede di-OMISSIS-”*; ciò, pure considerato che il citato art. 33, co. 5, della l. n. 104/1992, con *“l'inciso ‘ove possibile’ richiede la necessaria comparazione tra le aspettative del dipendente e le necessità dell'Amministrazione”*, tra cui, nella fattispecie, *“la situazione di carenza di organico nella quale si trovava e si trova tutt'ora il Commissariato di-OMISSIS-”*.

La considerazione del Tar secondo la quale il trasferimento del ricorrente non avrebbe interrotto il servizio presso la sede di appartenenza (dato che il medesimo ricorrente già prestava servizio a -OMISSIS-), non sarebbe stata rilevante, in quanto l'assegnazione dell'interessato a tale sede era temporanea in funzione dello svolgimento del mandato elettorale; essa, perciò non avrebbe determinato alcuna variazione dell'organico, presso il quale egli sarebbe stato ancora in forza *“risultando solamente temporaneamente distaccato per espletare il mandato amministrativo”*. In particolare, *“solo durante il vigore del*

provvedimento di avvicinamento il dipendente medesimo viene inserito nella dotazione organica del nuovo ufficio di destinazione, continuando, però, a maturare l'anzianità di servizio di sede nell'originario ufficio. Il periodo trascorso nella sede di assegnazione per lo svolgimento del mandato elettorale è, perciò, a tutti gli effetti, considerato come permanenza nella sede originaria ai fini del computo del requisito dell'anzianità di sede nell'eventuale futura richiesta di trasferimento ordinario definitivo. Da ciò discende l'atteggiarsi soltanto nella forma a trasferimento di un movimento che, nella sostanza, rimane un'assegnazione temporanea'. Sicché l'ufficio di appartenenza originaria del ricorrente avrebbe fatto affidamento sulla temporaneità della suddetta assegnazione “dal punto di vista delle esigenze di servizio, anche in considerazione di eventuali programmati potenziamenti del personale in dotazione”, mentre “il non poterlo considerare incardinato nella propria dotazione organica per la sola durata del mandato elettivo, è una mera conseguenza tecnico-formale connessa al precedente atteggiarsi della movimentazione in commento, anche nella forma, a trasferimenti rimanendo, tuttavia, le medesime, nella sostanza, al di là del nomen iuris utilizzato, semplici assegnazioni temporanee connesse allo svolgimento dell'incarico”.

3. L'appellato si è costituito in giudizio, chiedendo il rigetto del gravame. In data 8 giugno 2021 l'interessato ha depositato: verbale in data 9 gennaio 2019 di visita della Commissione medica per l'accertamento dell'handicap del Centro medico INPS di -OMISSIS-, recante giudizio della persona della cui assistenza si tratta, di “portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3 l. 5.2.94, n. 104”; verbale in pari data, dello stesso organo, recante riconoscimento della suddetta persona quale “invalido con totale e permanente inabilità 100% e con necessità di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani”; certificato rilasciato in data 1 giugno 2021 dalla cancelleria del Tribunale di -OMISSIS-, attestante la qualità della parte appellata di tutore della stessa persona; nota della Segreteria nazionale della Federazione SILP CGIL – UIL Polizia, in data 7 gennaio 2021, avente ad oggetto le carenze degli organici della **Polizia di Stato** nella Provincia di -OMISSIS-. La parte appellata rappresenta che potrebbe aver maturato i requisiti di anzianità di

sede che ne consentirebbero il trasferimento in via ordinaria nella provincia di -OMISSIS-. Anche per tale motivo, non sussisterebbe il requisito dell'attualità dell'interesse dell'Amministrazione a veder dichiarata la legittimità del provvedimento impugnato in primo grado, *“con conseguente eventuale declaratoria di cessazione della materia del contendere”*.

4. L'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata è stata respinta, in quanto *“nella comparazione dei contrapposti interessi, appare preminente quello dell'odierno appellato ad assicurare assistenza al congiunto disabile”* (Cons. Stato, sez. III, n. 2816/2014).

5. La causa, chiamata all'udienza del 22 luglio 2021, è stata trattenuta in decisione.

6. Preliminarmente si rileva che la carenza dell'attualità dell'interesse ad agire dell'Amministrazione costituisce oggetto di una mera ipotesi prospettata dalla parte appellata, alla quale, perciò, non può darsi seguito.

Inoltre, si osserva che può ritenersi ammissibile la documentazione depositata dalla parte appellata - rispetto alla cui presentazione nulla peraltro ha eccepito l'Amministrazione - in quanto riguardante la permanenza della situazione psico-fisica di inabilità della persona della cui assistenza si tratta, nonché la situazione degli organici della Provincia di -OMISSIS-, circostanze in merito alle quali il Collegio avrebbe potuto d'ufficio disporre un'integrazione istruttoria.

7. Tanto premesso, l'appello deve essere considerato infondato.

7.1. Ad avviso del Collegio, non può darsi seguito alla censura secondo la quale la decisione del Tar impingerebbe nel merito dell'azione amministrativa. Secondo l'indirizzo di questo Consiglio: il trasferimento ex art. 33, co. 5, della l. n. 104/1992 coinvolge interessi legittimi e quindi comporta un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici, nell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione, dato che il trasferimento è disposto a vantaggio del disabile e non nell'interesse dell'Amministrazione o del richiedente, avendo lo stesso natura strumentale

ed essendo intimamente connesso con la persona dell'assistito (Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2018 n. 5550; sez. IV, 3 gennaio 2018 n. 29; sez. IV, 31 agosto 2016 n. 3526; sez. IV, 19 giugno 2020 n. 3929); l'inciso "*ove possibile*", contenuto nella citata disposizione, richiede che, avuto riguardo alla qualifica rivestita dal pubblico dipendente, vi sia disponibilità nella dotazione di organico della richiesta sede di destinazione ai fini di un suo proficuo utilizzo del dipendente che chiede il trasferimento (Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2018 n. 2819), vale a dire una collocazione compatibile con lo stato del militare, nel limite delle posizioni organiche previste per il ruolo e il grado (Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2018 n. 987). Perciò, "*l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione - e, dunque, la verifica della compatibilità del trasferimento ex art. 33, comma 5 con le esigenze generali del servizio - deve consistere in una verifica e ponderazione accurate delle esigenze funzionali, la quale deve risultare da una congrua motivazione*" e, "*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 propri del richiedente, così come del resto oggi testualmente previsto dall'art. 981, comma 1, lett. b) del c.o.m.*" (Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2021, n. 1196).

Ebbene, ad avviso del Collegio, la scelta dell'Amministrazione non dà idoneamente conto delle suddette circostanze, sicché la valutazione del TAR di fondatezza della censura di difetto di istruttoria e di motivazione proposta dall'interessato con i secondi motivi aggiunti, deve essere condivisa. Dalla documentazione in atti, emergono sia la gravità della patologia del disabile, del quale l'interessato è stato nominato tutore a seguito di interdizione, sia la necessità del suo apporto ai fini della dovuta assistenza. D'altro canto, la parte appellante si limita a sottolineare le carenze di organico del Commissariato di OMISSIS-, senza dedurre alcunché né in merito a quelle del luogo di

assegnazione del ricorrente, pur avendo il Tar rilevato che *“anche nella zona di -OMISSIS- vi è carenza di organico”*, né in merito ad una specializzazione della professionalità dell’interessato che ne avrebbe potuto ostacolare il trasferimento e la sostituzione.

Circa il riferimento della parte appellante all’esigenza di non compromettere l’ordinario piano annuale dei trasferimenti, va ricordato che *“il trasferimento ex lege n. 104 del 1992 è finalizzato alla tutela del disabile e quindi avviene in deroga alle regole dei trasferimenti ordinari”* (Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2021, n.1488) e, *“ove sussista per la qualifica rivestita la disponibilità di posti nella sede richiesta, la necessità di assicurare l’apporto assistenziale alla persona in condizione di handicap si configura prevalente e prioritaria (oltre ché derogatoria alle regole ordinarie di mutamento del luogo di servizio), rispetto ai trasferimenti da effettuarsi secondo gli interPELLI periodici a livello nazionale, volti a soddisfare, di massima, le esigenze di rientro nella sede di origine in base all’anzianità di servizio maturata (cfr. Cons. Stato Sez III, 1/08/2014 n. 4085)”* (Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2015, n. 5113).

Infine, assume una valenza meramente formale la considerazione dell’Amministrazione secondo la quale l’anzianità di servizio del ricorrente sarebbe stata maturata presso la sede del Commissariato di-OMISSIS- pur durante il periodo di assegnazione alla sede del Commissariato di -OMISSIS-. Infatti, la stessa parte appellante giunge a riconoscere che il primo Commissariato non poteva considerare il ricorrente incardinato nella propria dotazione organica, per la durata del mandato elettivo; la tesi dell’Amministrazione secondo la quale tale circostanza sarebbe *“una mera conseguenza tecnico-formale connessa al precedente atteggiarsi della movimentazione in commento, anche nella forma, a trasferimenti”*, a ben vedere costituisce invece un inevitabile ed implicito riconoscimento della natura sostanziale di trasferimento dell’assegnazione del ricorrente durante il mandato elettivo, il cui *nomen iuris* non rileva quindi solo sul piano meramente formale come pretende l’appellante.

8. Per quanto sopra esposto, l’appello deve essere respinto.

Il regolamento delle spese del grado di giudizio, operato come in dispositivo, consegue alla soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'Amministrazione appellante alla rifusione, in favore della parte appellata, delle spese processuali del grado di giudizio, liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre s.g. e accessori di legge, con rifusione del c.u. se versato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della parte appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2021, convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Italo Volpe, Consigliere

Carla Ciuffetti, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere

L'ESTENSORE
Carla Ciuffetti

IL PRESIDENTE
Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO

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