

Trasferimento del lavoratore dipendente ad una sede che meglio gli consenta di prestare assistenza ad un familiare portatore di handicap beneficiario della l. n. 104/1992,

Consiglio di Stato - Sentenza 1 luglio 2015 , n. 3262

N. 3262/2015 Reg. Prov. Coll.
N. 3591 Reg. Ric.
ANNO 2015

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3591 del 2015, proposto da:

M. V., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Carlo Parente, con domicilio eletto presso Giovanni Carlo Parente in Roma, Via Emilia, 81;

contro

Ministero della Giustizia, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura gen. dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE I n. 01918/2014, resa tra le parti, concernente diniego trasferimento sede di servizio ex art. 33 l. 104/92

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Parente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame, il signor M. V., agente di Polizia Penitenziaria, impugna la sentenza 10 dicembre 2014 n. 1918, con la quale il TAR per il Piemonte, sez. I, pur avendo accolto il ricorso instaurativo del giudizio (rivolto avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di trasferimento avanzata ex art. 3 l. n. 104/1992, per omessa previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento, ex art. 10-bis l. n. 241/1990), ha tuttavia rigettato il ricorso per motivi aggiunti, rivolto avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di riesame del primo provvedimento negativo, intervenuta in ottemperanza ad ordinanza del medesimo TAR Piemonte n. 71/2014.

La sentenza appellata ha, in particolare, affermato:

- "il beneficio previsto dalla l. n. 104/1992, del trasferimento del lavoratore dipendente ad una sede che meglio gli consenta di prestare assistenza ad un familiare portatore di handicap, è concepito dal legislatore come una possibilità (la norma prevede, infatti, che il trasferimento sia concesso "ove possibile");

- quanto alla motivazione (resa dall'amministrazione con riferimento alla carenza di personale presso la Casa circondariale di Asti, unitamente ad un numero elevato di detenuti da sorvegliare), è sufficiente che "l'amministrazione renda una congrua giustificazione inerente le esigenze di organico della sede di provenienza", né vi sono indicazioni vincolanti "che impongono all'amministrazione di fare riferimento alla struttura teorica della pianta organica, piuttosto che alla dotazione di personale effettivamente attiva presso l'ufficio";

- rientra nella discrezionalità dell'azione amministrativa "di non perseguire comunque una soluzione che, nella sostanza, semplicemente sposterebbe il problema della carenza di addetti da una sede ad un'altra".

Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di impugnazione:

violazione l. n. 104/1992, l. n. 183/2010, l. n. 241/1990; violazione dell'art. 2 Cost, in relazione agli artt. da 30 a 35; eccesso di potere per carenza di istruttoria, errore nei presupposti, manifesta ingiustizia, difetto di motivazione, travisamento dei fatti, violazione delle norme sul giusto procedimento; illogicità della motivazione; violazione del principio dell'onus probandi;

ciò in quanto, per un verso, l'appellante ha necessità di assistere con maggiore assiduità la nonna, che deve essere sottoposta a costanti terapie riabilitative (laddove "l'unico altro familiare convivente con l'invalida... è affetta da gravi patologie e, soprattutto, è sprovvista di patente di guida"; per altro verso, la casa circondariale di X presenta scoperture di organico, ed un numero di agenti "pressoché uguale" a quello di Asti, con un numero di detenuti doppio.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Giustizia.

All'udienza per la trattazione dell'istanza cautelare il Collegio, ritenuti sussistenti i presupposti di cui all'art. 60 Cpa, ha trattenuto la causa in decisione per il merito.

DIRITTO

L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

L'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 n. 104 (Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) prevede, tra l'altro:

(comma 3) "A condizione che la persona handicappata non sia ricoverata a tempo pieno, il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti, ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, anche in maniera continuativa. Il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per l'assistenza alla stessa persona con handicap in situazione di gravità. Per l'assistenza allo stesso figlio con handicap in situazione di gravità, il diritto è riconosciuto ad entrambi i genitori, anche adottivi, che possono fruirne alternativamente. Il dipendente ha diritto di prestare assistenza nei confronti di più persone in situazione di handicap grave, a condizione che si tratti del coniuge o di un parente o affine entro il primo grado o entro il secondo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i 65 anni di età oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti".

(comma 5) "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".

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (da ultimo, sez. IV, 14 maggio 2015 n. 2426), ha già avuto modo di affermare che in riferimento al beneficio di cui all'art. 33 l. n. 104/1992, la posizione del dipendente pubblico, il quale ne richieda la concessione, non può qualificarsi come un diritto soggettivo, ma costituisce un interesse legittimo, nel senso che all'Amministrazione spetta valutarne la richiesta alla luce delle esigenze organizzative e di efficienza complessiva del servizio; tuttavia, trattandosi di disposizioni rivolte a dare protezione a valori di rilievo costituzionale, ogni eventuale limitazione o restrizione nella relativa applicazione dovrebbe comunque essere espressamente dettata e congruamente motivata.

Ai fini dell'ottenimento di una sede di lavoro più vicina alla residenza della persona cui prestare assistenza, devono, dunque, innanzi tutto sussistere le condizioni di parentela, coniugio o affinità previste dalla legge, sussistendo inoltre la necessità di provare l'inesistenza nell'ambito parentale di soluzioni di assistenza alternative. Inoltre, l'amministrazione ben può condizionare il trasferimento, fornendone

adeguata motivazione, ad esigenze organizzative o di efficienza complessiva del servizio (valori anch'essi direttamente tutelati dall'art. 97 Cost., e inoltre strumentali alla cura di altri valori costituzionalmente garantiti, quali l'ordine e la sicurezza pubblica, la tutela della salute, etc.).

Le eventuali ragioni di diniego ben possono consistere, ad esempio:

- in quelle determinate da scoperta di organico presso la sede ricoperta ovvero da presenza di organico saturo presso la sede di destinazione, o da inutilità, ai fini dell'interesse pubblico connesso al servizio da rendere, di una ulteriore aggiunta all'organico di tale ultima sede;

- in quelle derivanti dalla particolare delicatezza delle funzioni o servizio pubblico svolti nella sede di appartenenza, con riferimento al contesto complessivo in cui gli stessi vengono svolti;

- la presenza di ragioni che, in ragione della particolarità e/o delicatezza del servizio o funzione espletati, sconsigliano la presenza del dipendente nel luogo o nella zona di origine.

Nel caso di specie, l'amministrazione ha negato il trasferimento affermando che esso contrasterebbe con "le esigenze operative della sede cedente, gravata da una carenza consistente di personale, tale cioè che un ulteriore depauperamento delle risorse umane potrebbe comportare un pregiudizio per l'interesse pubblico".

In particolare, l'amministrazione ha evidenziato che presso la Casa circondariale di Asti, a fronte di una previsione organica di 184 unità maschili, "risultano presenti effettivamente in servizio n. 141 unità", laddove presso la Casa di X "a fronte di una previsione organica di 200 unità maschili del ruolo degli agenti assistenti risultano amministrate n. 194 unità".

A fronte di tali dati costituenti supporto della motivazione, appare del tutto legittimo il diniego opposto dall'amministrazione all'istanza di trasferimento, derivante da una obiettiva, completa e ragionevole valutazione delle esigenze di servizio presso la sede di appartenenza.

Né il rapporto agenti effettivamente presenti/detenuti può costituire un elemento volto a revocare in dubbio la legittimità dell'atto, sia in quanto è del tutto ipotizzabile che, come in ogni organizzazione, vi sia una percentuale di posizioni lavorative necessarie a prescindere dal numero di "utenti", sia in quanto la Casa di Asti obiettivamente presenta una maggiore copertura di organico.

Peraltro, l'amministrazione non ha affatto pretermesso la considerazione del numero di detenuti presenti nella Casa di Asti, che anzi è stato espressamente riportato, e dunque considerato, ai fini delle valutazioni svolte.

Per tutte le ragioni sin qui esposte, l'appello è infondato e deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello proposto da M. V. (n. 3591/2015 r.g.), lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio - Presidente

Nicola Russo - Consigliere

Sandro Aureli - Consigliere

Andrea Migliozi - Consigliere

Oberdan Forlenza - Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE

Riccardo Virgilio

L'ESTENSORE

Oberdan Forlenza

Depositata in Segreteria l'1 luglio 2015

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