

Tutela delle persone che versino in condizioni soggettive di svantaggio, dovute a minorazioni dell'integrità psico-fisica che ne ostacolano l'inserimento socio-lavorativo

Consiglio di Stato - Sentenza 24 dicembre 2015, n. 5835

N. 05835/2015 Reg. Prov. Coll.
N. 00875/2015 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 875 del 2015, proposto da:

- Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio in carica;
- Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, in persona del Presidente del Consiglio di Stato;
entrambi rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso gli uffici della medesima domiciliati per legge in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

contro

-OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Scardaccione, e presso lo studio di questi elettivamente domiciliato in Roma, alla via R. Grazioli Lante n. 70, per mandato a margine dell'atto di costituzione e dell'appello incidentale successivo;

nei confronti di

Achille Sinatra, controinteressato intimato -tra gli altri- nel giudizio di primo grado, rappresentato e difeso dall'avv. Guido Sinatra e elettivamente domiciliato in Roma presso il proprio domicilio, alla via Alba n. 56, per mandato in calce all'appello incidentale;
per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sezione II, n. 12082 del 1° dicembre 2014, resa tra le parti, con cui, in accoglimento del ricorso in primo grado n.r. 6842/2014 è stato annullato il provvedimento del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa (in acronimo C.P.G.A.) assunto nella seduta dell'11 aprile 2014 (verbale approvato nella seduta del 9 maggio 2014), comunicato con nota del Segretario del C.P.G.A. n. 0010509 di prot. del 13 maggio 2015, recante diniego di trasferimento dell'interessato dal T.A.R. Veneto al T.A.R. Lazio. Sede di Roma ai sensi dell'art. 21 della legge n. 104/1992, con compensazione delle spese del giudizio di primo grado

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e di Achille Sinatra;

Visto l'appello incidentale autonomo successivo presentato da -OMISSIS-;

Visto l'appello incidentale autonomo successivo presentato da Achille Sinatra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2015 il Cons. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avvocato di Stato Fedeli, per la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, l'avv. Scardaccione per -OMISSIS- e l'avv. Sinatra per Achille Sinatra;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.) -OMISSIS-, già dirigente della Polizia di Stato, quale vincitore del concorso a posti di referendario di T.A.R. è stato assegnato al T.A.R. Veneto (tribunale plurisezionale con unica sede a Venezia), ove ha assunto servizio nel febbraio 2012, chiedendo e ottenendo l'autorizzazione alla deroga dell'obbligo di residenza di cui all'art. 26 della legge n. 186/1982.

Già portatore di patologie riconosciute dipendenti da causa di servizio (gastroduodenite cronica, iscritta alla categoria A/7; marcata spondiloartrite diffusa del rachide con impegno funzionale, iscritta alla categoria A/7; ipertensione arteriosa con retinopatia ipertensiva II stadio, iscritta alla categoria A/8), a seguito e in ragione di intervento di angioplastica (applicazione di stent), chiedeva l'aggravamento delle suddette infermità, riconosciuto con riferimento alla terza patologia di natura ipertensiva (cardiopatologia ischemica trattata mediante impianto di stent con ipertensione arteriosa persistente classe NYHA III), con iscrizione alla categoria A/4 e, nel cumulo con le altre patologie, nella categoria A/2, con verbale della Commissione medica ospedaliera del Dipartimento militare di medicina legale n. A71301307 del 18 giugno 2013.

L'interessato presentava quindi una prima istanza in data 26 settembre 2013 di trasferimento al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 104/1992, non riscontrata, reiterando tale istanza in data 13 novembre 2013 a seguito di pubblicazione dell'interpello per i trasferimenti ordinari.

Nella seduta del Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa (d'ora innanzi C.P.G.A.) del 6 dicembre 2013, la competente IV Commissione consiliare proponeva:

"...di deliberare i trasferimenti, a decorrere dalla data d'immissione in servizio dei Referendari neoassunti, secondo lo schema che si allega al presente verbale, prescindendo dalla domanda di assegnazione ex l. n. 104/92 presentata dal Ref. -OMISSIS-", e quanto a tale istanza "di formulare una richiesta istruttoria al Collegio Medico Legale istituito presso il Ministero della Difesa (il quale valuterà l'opportunità di disporre, a tal fine, gli accertamenti medici del caso) in ordine ai seguenti punti:

- motivo per cui il procedimento di aggravamento dell'infermità sia stato richiesto dalla Questura di Roma nonostante il Ref. -OMISSIS- fosse in servizio presso la G.A. e se tale procedimento abbia tenuto conto dell'attuale attività lavorativa del predetto, diversa da quella precedentemente svolta;

- verifica dell'ascrivibilità nella tabella A categoria 2 della menomazione complessiva, alla luce delle categorie cui sono state ascritte le singole infermità (A7, A7, A4, nc, nc)"

riservandosi "...qualora all'esito della predetta istruttoria risulti che il Ref. -OMISSIS- versi nella condizione prevista dall'art. 21 l. n. 104/92, ...di proporre al Plenum di assegnare il magistrato, anche in soprannumero, al TAR Lazio - sede di Roma".

Tale proposta era approvata a maggioranza dal Plenum, che quindi disponeva il trasferimento sui posti indicati come disponibili nell'interpello presso il T.A.R. Lazio, Sede di Roma, di otto magistrati, secondo l'ordine di anzianità (Cons. Alfredo Storto, Cons. Salvatore Gatto Costantino, Cons. Vincenzo Blanda, Cons. Roberta Cicchese, Cons. Anna Maria Verlengia, Cons. Silvio Lomazzi, Cons. Emanuela Loria, Cons. Achille Sinatra).

Con successiva deliberazione in data 7 marzo 2013, acquisita la relazione dell'organo tecnico sanitario -che chiariva come l'istanza fosse stata ritualmente coltivata dall'amministrazione di precedente appartenenza in quanto afferente a aggravamento di patologia già contratta nel precedente servizio e confermava l'iscrizione alla categoria A/2-, il C.P.G.A. estrinsecava i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, incentrati, in sintesi, sui seguenti rilievi:

- il beneficio ex art. 21 della legge n. 104/1992 (scelta prioritaria della sede e successivo trasferimento) presuppone che la patologia sia anteriore all'assunzione del servizio secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità di cui a Cass. Sez. Lav. n. 14624 del 22 giugno 2007, richiamata e condivisa, con riguardo a posizioni dirigenziali cui deve ritenersi assimilabile l'attività magistratuale amministrativa;

- l'evidenziata esigenza di sottoporsi a periodici controlli presso struttura ospedaliera in Roma non può trovare apprezzamento in ragione dell'esistenza in Venezia di strutture ospedaliere in grado di eseguire i medesimi controlli;

- l'evidenziata esigenza di sottoporsi a viaggi per raggiungere la sede di assegnazione è consequenziale alla circostanza che l'interessato, anziché trasferire la propria residenza in Venezia, ha chiesto e ottenuto di conservarla a Roma, usufruendo della deroga ex art. 26 legge n. 182/19086, onde non può assumere il beneficio già accordatogli a presupposto della fruizione di un beneficio ulteriore e eccezionale;

- peraltro l'art. 21 deve ritenersi riferito ai soli soggetti che versino in condizione di handicap con grado superiore ai 2/3 o portatori di patologie che ex se, e non già per cumulo, siano ascrivibili alla prima, seconda e terza categoria della tabella A annessa alla legge n. 648/1950.

All'esito dell'esame delle osservazioni dell'interessato, con deliberazione assunta nella seduta dell'11 aprile 2014 il Plenum disponeva quindi il rigetto dell'istanza di trasferimento osservando che:

- al contrario di quanto sostenuto dall'interessato, nella seduta del 6 dicembre 2013 non era stato affatto disposto un trasferimento condizionato all'esito della richiesta istruttoria, essendosi il Consiglio riservata ogni decisione, onde non era configurabile alcun previo annullamento d'ufficio del supposto provvedimento favorevole, essendo la istruttoria volta a chiarire le circostanze relative alle modalità procedurali dell'accertamento da parte dell'amministrazione di precedente appartenenza (Ministero dell'Interno) e sulla data d'insorgenza delle patologie;

- inapprezzabili erano le invocate circolari del C.S.M. (relative al riconoscimento del trasferimento anche per patologie insorte dopo l'assunzione) "...stante la natura secondaria delle disposizioni invocate";

- lo svolgimento delle funzioni presso la sede di assegnazione non riveste risvolti negativi rispetto al diritto alla salute dell'interessato, ribadendosi che la conservazione della residenza romana è frutto di opzione rispetto alla residenza nel comune di Venezia, onde l'esigenza di viaggiare per raggiungere la sede di lavoro può essere superata dallo stabilimento della residenza in quel comune, e osservandosi che non è documentato che gli accertamenti diagnostici di controllo siano esperibili solo localmente e non anche in Veneto.

2.) Con il ricorso in primo grado n.r. 4262/2006, l'interessato ha quindi impugnato la suddetta deliberazione, deducendo, in sintesi, con unico motivo complesso:

Violazione di legge, eccesso di potere per travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento, difetto di motivazione Premessa l'assenza di controinteressati "...atteso che il Consiglio ha provveduto al trasferimento alla sede del TAR Lazio-Roma di tutti i Magistrati aventi diritto ed il trasferimento del ricorrente avverrebbe in soprannumero senza incidere le posizioni soggettive dei predetti o di altri Magistrati...", è stata confutata l'interpretazione "restrittiva" dell'art. 21 come accreditata dall'organo di autogoverno, contestandosi che il tenore letterale e la ratio della disposizione consentano di limitare il beneficio alle sole patologie preesistenti all'assunzione, e evidenziandosi come in effetti il secondo comma, relativo alla precedenza nei trasferimenti, debba invece intendersi riferito anche alle patologie riconosciute successivamente, configurandosi le facoltà riconosciute al dipendente come un diritto soggettivo pieno, azionabile in relazione al solo accertamento dei suoi presupposti, nella specie incontestati quanto all'iscrizione delle patologie nella categoria seconda.

Né potrebbe ritenersi che soltanto nelle ipotesi di handicap in situazione di gravità ex art. 33 comma 6 della legge sia riconoscibile il rilievo di una patologia sopravvenuta, come opinato dal C.P.G.A., perché tale disposizione, a differenza dell'art. 21, postula "...l'accertamento ed il riconoscimento di un handicap grave, nel senso che, in questo caso, il giudizio medico legale è legato, sia alla patologia che allo svantaggio sociale che la stessa provoca nel dipendente...".

Si censura altresì l'enfasi posta su una isolata pronuncia della Cassazione, che lo stesso Presidente della IV Commissione ha evidenziato essere "un caso isolato... in apparente contrasto con il dato testuale della legge oltre che con un'interpretazione della stessa costituzionalmente orientata (bensì addirittura)... ripugnante non solo a livello giuridico ma anche alla coscienza civile ed alla coscienza sociale".

Quanto poi all'evidenziazione che l'interessato potrebbe ovviare rinunciando alla deroga alla residenza e trasferendo la sua residenza in Venezia, si sottolinea essa "...imporrebbe, in via autoritativa e cogente l'utilizzazione di strutture sanitarie non liberamente scelte dal ricorrente".

Si insiste peraltro nella prospettazione, già articolata nelle osservazioni e disattesa dal Plenum, secondo cui la deliberazione assunta nella seduta del 6 dicembre 2013 integrerebbe un trasferimento condizionato solo all'esito dell'istruttoria, poiché, avendo l'interessato "...prodotto tutta la documentazione e la certificazione comprovante il suo qualificato stato patologico, le modalità del conseguente riconoscimento come dipendente da causa di servizio della malattia e la data della relativa insorgenza", l'unico senso che può attribuirsi al disposto incumbente istruttorio è quello che, all'esito favorevole dello stesso, fosse ricollegata l'efficacia del trasferimento.

In definitiva si tratterebbe di "...provvedimento condizionato, in cui l'operatività dell'atto è subordinata al solo verificarsi della prevista condizione (relazione positiva del Collegio medico legale), la cui natura meramente dichiarativa comporta una efficacia ex tunc dell'operatività del provvedimento adottato", rispetto al quale dunque il successivo rigetto dell'istanza è contraddittorio e confliggente, non essendo stato peraltro il provvedimento condizionato ritirato in via di autotutela ex art. 21 nonies L.241/1990.

Si censura, infine, l'affermata irrilevanza delle circolari del CSM (n. 48 del 21 giugno 2013, e n. n. 12046 dell'8 giugno 2009) relative alla applicazione, per i magistrati ordinari, della legge 104/1992, tenuto conto che tale disciplina regolamentare, nel ribadire i contenuti precettivi dell'art. 21, era stata invocata proprio nel senso della sottolineatura di colmare il vuoto regolamentare che caratterizza nella materia il corpo magistratuale amministrativo.

Da ultimo si contesta la tesi della non riconoscibilità del beneficio in relazione al cumulo di patologie perché esso intende tutelare "una complessiva situazione patologica" e perché la tabella F1, allegata al d.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915 "...prevede e determina il grado di patologia dovuto alla coesistenza di una pluralità di patologie omogenee, ovvero eterogenee, la cui valenza è stabilita dallo stesso legislatore secondo rigidi ed automatici criteri funzionali alle diverse patologie accertate".

Su tali presupposti, conclusivamente, si è domandato l'annullamento del ricorso e l'accertamento dell'obbligo del C.P.G.A. di emanare il richiesto provvedimento, trattandosi di atto dovuto e vincolato, non sussistendo alcun potere discrezionale "...nell'adottare un provvedimento diverso da quello originariamente preannunciato e condizionato dall'esito della disposta verifica".

Nel giudizio si è costituita la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Consiglio di Presidenza che hanno a loro volta dedotto, con ampiezza di argomentazioni, l'infondatezza del ricorso.

Nella camera di consiglio del 18 giugno 2014 il presidente del collegio avvisava che il collegio rilevava "la probabile esistenza di controinteressati anche in relazione al taglio delle censure" e fissava l'udienza pubblica di discussione dell'8 ottobre 2014.

Con sentenza n. 12082 del 1° dicembre 2014 -esclusa la fondatezza del motivo relativo alla pretesa qualificazione della deliberazione del 6 dicembre 2013 come trasferimento condizionato "...alla luce del tenore testuale dei verbali della competente commissione e dell'adunanza del Plenum del C.P.G.A.", e escludendosi in senso ostativo il deliberato trasferimento degli altri magistrati che avevano presentato istanza di trasferimento a seguito dell'interpello "...atteso che, comunque, non si può escludere a priori che, in caso di eventuale accoglimento della sua istanza, l'amministrazione potesse legittimamente procedere in autotutela nei confronti dei primi"- , il ricorso è stato accolto con articolata motivazione, che in estrema sintesi può così riassumersi:

- l'art. 33 comma 6 disciplina fattispecie ben diversa dall'art. 21, perché indirizzata non alle sole pubbliche amministrazioni ma all'intero ambito del lavoro pubblico e privato, e perché riferita, nel contesto di una più articolata tutela anche indiretta, a una specifica condizione (handicap in condizione di gravità), non collegata a una preliminare verifica di disponibilità delle sedi e a un procedimento concorsuale per la loro assegnazione, e subordinata alle esigenze organizzative del datore di lavoro, individuando quindi nell'ambito del lavoro pubblico una posizione d'interesse legittimo; tale disposizione non può costituire dunque argomento esecutivo a sostegno della tesi secondo la quale viceversa soltanto le patologie già insorte e riconosciute prima dell'assunzione diano titolo all'assegnazione preferenziale di sede e ai trasferimenti ex art. 21, che riconosce, invece, un vero e proprio diritto soggettivo del dipendente pubblico, ed esclusivamente di esso, portatore di handicap o di infermità ascritte alla prima, seconda e terza categoria, alla scelta prioritaria della sede, rispetto agli aspiranti al trasferimento e con riferimento alle sedi disponibili individuate dall'amministrazione;

- il dato letterale del secondo comma dell'art. 21 non depone in modo univoco nel senso che il trasferimento possa essere disposto solo per patologie contemplate dal primo comma riconosciute in momento anteriore all'assunzione, poiché esso non include anche l'inciso "assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo", riferibile logicamente invece alla prima scelta della sede, né avrebbe altrimenti senso il secondo comma posto che vi è scelta della sede disponibile, tra quelle individuate dall'amministrazione, anche con riferimento a trasferimenti successivi alla prima assegnazione; peraltro il riferimento a una domanda di trasferimento, di cui al secondo comma, rinvia comunque a una precedenza tra più aspiranti nell'ambito di sedi individuate come disponibili dall'amministrazione;

- a fronte dei rilievi svolti non appaiono decisive a contrario le argomentazioni svolte nella richiamata sentenza della Corte di Cassazione, sia quanto al richiamo, contenuto nel secondo comma, ai soggetti di cui al primo comma, sia quanto alla nozione di "sedi disponibili", identificabili non solo in quelle individuate come tali al momento dell'assunzione bensì anche a quelle individuate dall'amministrazione ai fini dei trasferimenti, sia quanto ai pretesi inconvenienti derivanti all'organizzazione amministrativa, poiché comunque la scelta avviene tra sedi previamente individuate dall'amministrazione;

- quanto agli altri punti della motivazione del diniego di trasferimento, è irrilevante l'esistenza di altre strutture sanitarie per la cura e/o gli accertamenti di controllo nella sede di appartenenza, poiché si esclude che possano ammettersi valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione, come pure il rilievo della scelta di residenza romana con autorizzazione in deroga, giacché quest'ultima non è mai stata revocata, rilevandosi altresì come nessun elemento testuale o logico-sistematico consenta di restringere la portata del beneficio alle sole patologie già ex se, e non già per cumulo, ascritte alla prima, seconda e terza categoria, non potendo in senso diverso argomentarsi dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 246 del 18 luglio 1997, che in effetti si è limitata a segnalare l'esigenza di una revisione della tabella A allegata alla legge 10 agosto 1950, n. 648 in ragione della sua risalenza temporale.

Conclusivamente il T.A.R. ha accolto il ricorso, precisando come dall'esecuzione del trasferimento dell'interessato alla sede richiesta non consegua necessariamente la revoca di quello già da tempo disposto e attuato "...del collega il quale, secondo l'ordine dell'anzianità di servizio, criterio cui è uniformata la scelta della sede tra quelle disponibili, si sia venuto a collocare nell'ultima posizione utile relativamente all'interpello diramato...ben rientrando nella discrezionalità dell'amministrazione - la quale già aveva in qualche modo preso in considerazione la possibilità del realizzarsi di una evenienza del tipo che interessa - eventualmente anche alla luce della propria attuale situazione organizzativa, di provvedere al riguardo attraverso lo strumento del collocamento in sovrannumero nell'indicata sede di servizio di Roma del detto controinteressato".

3.) Con appello notificato il 30 gennaio 2015 e depositato il 6 febbraio 2015, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa hanno impugnato la predetta sentenza, deducendone, senza rubricazione di motivi, l'erroneità sotto vari aspetti, di seguito sintetizzati:

- in relazione al discostamento dall'unico autorevole arresto della giurisprudenza della Cassazione, le cui argomentazioni, affatto condivisibili, ben più ampie e articolate di quelle frettolosamente confutate dal T.A.R., si fondano su argomenti testuali e logico-sistematici ineludibili, costituiti dal chiaro rinvio del secondo al primo comma dell'art. 21, e quindi al richiamo della situazione di handicap o infermità ivi considerata al momento dell'assunzione quale vincitore del concorso o ad altro titolo, e dunque ad una situazione incontestatamente e necessariamente anteriore alla costituzione del rapporto d'impiego; tale situazione se fonda il diritto alla scelta prioritaria della sede al momento dell'assunzione, del pari costituisce presupposto per la precedenza accordata in successivo trasferimento;

- qualora invece si seguisse l'orientamento ermeneutico accreditato dal T.A.R. si profilerebbe un profilo d'incostituzionalità dell'art. 21, giacché esso accorderebbe una tutela paradossalmente più ristretta (ai soli pubblici dipendenti) e più ampia (con il diritto soggettivo perfetto alla scelta della sede) in relazione a quella accordata dall'art. 33 comma 6 (riferita anche all'ambito del lavoro privato) e a patologie di minore incidenza rispetto a quelle ivi contemplate, sicché l'unica interpretazione costituzionalmente adeguata è proprio quella seguita dal C.P.G.A. sulla scorta dell'arresto della Cassazione; in definitiva il rilievo di patologie insorte successivamente all'assunzione può e deve essere ricondotto solo alla fattispecie di cui all'art. 33 comma 6 della legge n. 104/1992, se e in quanto ricorrano i presupposti ivi contemplati;

- peraltro anche gli altri punti della motivazione del diniego di trasferimento sono fondati e sufficienti ex se a sorreggerlo: nessuna incidenza sul diritto alla salute ex art. 32 Cost. può postularsi in relazione all'esigenza dell'interessato di sottoporsi a cure e accertamenti diagnostici eventualmente in regione diversa da quella di residenza, anche tenuto conto della loro programmabilità e delle caratteristiche dell'organizzazione del lavoro magistratuale amministrativo, che richiede la presenza presso la sede in occasione di periodi temporali circoscritti;

- sotto tale aspetto peraltro l'interessato ha comunicato, dopo il passaggio in decisione del ricorso in primo grado, e chiedendo nuova autorizzazione in deroga, di aver trasferito la propria residenza in comune della provincia di Avellino, più distante e peggio collegato con la sede di Venezia, senza che possa rilevare la sua precisazione di conservare domicilio in Roma, tenuto conto che ciò che rileva ex art. 26 della legge n. 186/1982 è proprio la stabile residenza, salvo deroga, in uno dei comuni della regione in cui ha sede il T.A.R.;

- quanto poi alla restrizione del beneficio alle sole situazioni di patologie ex se ascrivibili a una delle tre categorie, l'esclusione della rilevanza dell'iscrizione per cumulo è del tutto razionale e raccordata ai rilievi svolti dalla Corte Costituzionale, anche tenuto conto della risalenza della tabella A, che per un verso non contempla patologie all'epoca non conosciute e dall'altro prevede patologie ormai superabili agevolmente alla luce del progresso tecnico-scientifico, senza che possa rilevare il riferimento dell'interessato (svolto in ricorso) alla tabella F1 allegata al d.P.R. n. 915/1978.

Costitutosi in giudizio, l'appellato ha proposto, a sua volta, appello incidentale autonomo successivo con riferimento alla reiezione del motivo concernente la dedotta qualificazione della deliberazione del 6 dicembre 2013 come trasferimento condizionato, riproponendo le censure a suo tempo sollevate, e controdeducendo all'appello principale.

Nel giudizio si è costituito, proponendo a sua volta appello incidentale, il cons. Achille Sinatra (cui era stato assegnato l'ultimo degli otto posti disponibili per il trasferimento presso il T.A.R. del Lazio, sede di Roma), deducendo, in estrema sintesi:

1) Difetto d'interesse per mancata impugnazione della deliberazione di trasferimento dei controinteressati, perché non è stato impugnato il provvedimento di trasferimento del 6 dicembre 2013, né esso è stato in alcun modo censurato, con conseguente inammissibilità del ricorso in primo grado, salvo di ritenere che l'interessato possa essere trasferito in sovrannumero, circostanza che sembra esclusa dalla sentenza gravata.

2) Ultrapetizione, perché la sentenza non ha considerato che la domanda del ricorrente diretta.

3) Nullità del ricorso notificato al controinteressato - violazione del contraddittorio, perché il ricorso notificato a esso controinteressato è diverso dal ricorso originario, essendovi espunta la premessa in ordine all'assenza di controinteressati in relazione alla prospettazione del trasferimento come soprannumerario.

4) Violazione del principio del contraddittorio e dell'art. 46 comma 1 del c.p.a., perché la notifica ai controinteressati, senza che fosse stata formalmente disposta l'integrazione del contraddittorio, è avvenuta il 9 luglio 2014, e quindi, considerando la sospensione feriale dei termini, non vi erano sessanta giorni liberi tra la medesima e l'udienza di discussione dell'8 ottobre 2014.

5) Difetto di legittimazione ad agire, perché la residenza in Roma era venuta meno, con il trasferimento al comune di Contrada, in provincia di Avellino, sin dal 12 maggio 2014, e quindi non sussisteva il presupposto legittimante la richiesta di trasferimento nemmeno alla data della notificazione del ricorso (21 maggio 2014).

6) Erronea interpretazione dell'art. 21 della legge n. 104/1992.

7) Falsa applicazione dell'art. 21 della legge n. 104/1992 e della tabella A allegata alla legge n. 648/1950. Contraddittorietà della motivazione. Illegittimità.

8) Violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 26 della legge n. 186/1982.

Deducendosi argomenti sostanzialmente consimili a quelli sviluppati nell'appello principale.

Con memoria difensiva depositata il 21 marzo 2015 l'Avvocatura dello Stato ha controdedotto all'appello incidentale autonomo proposto dall'interessato.

Con ordinanza n. 1337 del 25 maggio 2015 è stata rigettata l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata.

All'udienza pubblica del 3 novembre 2015 gli appelli, principale e incidentali, sono stati discussi e riservati per la decisione.

4.) Il Collegio deve darsi carico, in via preliminare, dell'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso in primo grado, come spiegata dall'appellante incidentale Achille Sinatra, in relazione all'omessa impugnativa della deliberazione consiliare del 6 dicembre 2013, con la quale è stato disposto l'accoglimento delle istanze dei cons. Alfredo Storto, Salvatore Gatto Costantino, Vincenzo Blanda, Roberta Cicchese, Anna Maria Verlengia, Silvio Lomazzi, Emanuela Loria, Achille Sinatra, dando luogo alla copertura integrale degli otto posti cui si riferiva l'interpello per il trasferimento a domanda sui posti disponibili presso quella sede.

Il rilievo mira a evidenziare come tale provvedimento, esaurendo la disponibilità di posti e postergando la posizione dell'appellante incidentale -OMISSIS-, assumesse diretta, immediata e ineludibile efficacia lesiva, di tal ché, consolidatisi gli effetti del medesimo,

l'eventuale accoglimento della domanda di annullamento della successiva deliberazione consiliare dell'11 aprile 2014, recante diniego del trasferimento alla stessa sede richiesto dall'interessato, non potrebbe dispiegare alcuna efficacia giuridica, onde in effetti il ricorso sarebbe improcedibile per tale aspetto sotto il profilo della carenza d'interesse in funzione dell'intangibilità della situazione determinatasi per l'omessa impugnazione e l'inoppugnabilità della deliberazione suindicata.

La prospettazione, in effetti, non collide con quella dell'appellante incidentale -OMISSIS-, che, sia pure assumendo che la deliberazione del 6 dicembre 2013 abbia contenuto e effetti di trasferimento "condizionato" al solo esito positivo dell'accertamento istruttorio disposto, nondimeno sostiene che, avendo provveduto l'Organo di Autogoverno a deliberare il trasferimento degli altri magistrati interessati sugli otto posti disponibili, il proprio trasferimento avrebbe carattere "soprannumerario", ossia su altro posto individuabile nell'organico del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma.

Osserva il Collegio che, in effetti, il C.P.G.A. provvedendo sui trasferimenti sugli otto posti indicati come disponibili nell'interpello, e essendosi riservato di provvedere al trasferimento del -OMISSIS- "...anche in soprannumero, al TAR Lazio - sede di Roma", ha "sganciato" sotto il profilo giuridico i predetti trasferimenti dall'esito dell'istanza proposta dal -OMISSIS-, non per caso dunque riservandosi di provvedere anche al trasferimento in soprannumero, laddove diversamente non avrebbe che potuto sospendere la procedura di trasferimento in attesa dell'esito del disposto accertamento istruttorio.

In altri termini, deve riconoscersi che l'Organo di Autogoverno, con determinazione equilibrata e espressiva di razionale esercizio di discrezionalità, a fronte di una domanda, costituente reiterazione di altra presentata prima dell'indizione dell'interpello, intesa a far valere la condizione soggettiva di un magistrato -fondata sullo specifico richiamo al beneficio di cui all'art. 21 comma 2 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e quindi su presupposti diversi e distinti rispetto alle altre istanze di trasferimento, ordinarie, degli altri magistrati-, ha bene inteso separare l'esame di queste ultime, (provvedendo sulle stesse secondo l'ordine di ruolo di anzianità, ossia in base all'ordinario criterio di precedenza nelle assegnazioni di sede e nei trasferimenti), dalla posizione del dott. -OMISSIS-, che meritava specifica considerazione in funzione di tali presupposti.

In tal senso coglie nel senso la "premessa" posta a "proemio" del ricorso in primo grado, nella quale si evidenzia l'assenza di controinteressati, che peraltro sono stati evocati in giudizio non già jussu judicis, non avendo il T.A.R. disposto alcuna integrazione del contraddittorio, secondo quanto evidenziato dal Sinatra, e avendo il -OMISSIS- soltanto raccolto, cautelativamente e tuzioristicamente, un implicito "suggerimento" del Presidente del Collegio della camera di consiglio del 18 giugno 2014 come desumibile dal rilievo ivi espresso della "...probabile esistenza di controinteressati anche in relazione al taglio delle censure".

Se, dunque, deve riconoscersi che la deliberazione consiliare del 6 dicembre 2013 ha chiuso e esaurito tutte e solo le istanze di trasferimento ordinario, direttamente connesse all'interpello, mentre ha espresso riserva di provvedere sull'istanza proposta dal -OMISSIS- ex art. 21 comma 2 prima dell'interpello e solo reiterata in occasione del medesimo, è conseguenzialmente concludere che:

- il -OMISSIS- non aveva alcun interesse a impugnare la deliberazione del 6 dicembre 2013 che concludeva la procedura avviata con l'interpello, non essendo essa in alcun modo lesiva della sua posizione giuridica;

- l'impugnazione del diniego di trasferimento ex art. 21 comma 2 della legge n. 104/1992, recato dalla successiva deliberazione consiliare dell'11 aprile 2013, attiene a distinto autonomo procedimento, avendo rettificamente l'Organo di Autogoverno inteso tenere distinto il medesimo dalla conclusione di quello relativo all'interpello per i trasferimenti ordinari;

- gli otto magistrati destinatari di quei trasferimenti non assumevano la veste di controinteressati al ricorso proposto avverso il diniego di trasferimento ex art.21 comma 2 della legge n. 104/1992, poiché la loro posizione resta definita dalla deliberazione del 6 dicembre 2013, inoppugnabile e avverso la quale il -OMISSIS- non ha proposto, non avendone interesse, alcuna impugnazione, e che pertanto risulta del tutto insensibile agli effetti dell'eventuale annullamento del diniego di trasferimento di cui alla deliberazione dell'11 aprile 2014.

Da tali presupposti segue non solo l'infondatezza dell'eccezione pregiudiziale spiegata dal Sinatra, bensì l'improcedibilità per carenza d'interesse del suo appello incidentale, poiché il suo trasferimento al T.A.R. per il Lazio - Sede di Roma sull'ultimo degli otto posti disponibili non è suscettibile di essere inciso in alcun modo dall'esito dell'impugnazione proposta dal -OMISSIS-.

5.) Il Collegio deve quindi passare all'esame dell'appello incidentale proposto dallo stesso -OMISSIS-, che assume carattere pregiudiziale rispetto all'appello principale perché, nella prospettazione dell'interessato, il Consiglio di Presidenza, con la deliberazione del 6 dicembre 2013, avrebbe in effetti già espresso una volontà provvedimentale favorevole alla sua istanza, ancorché subordinata ad un'invocata condizione sospensiva costituita dall'esito degli accertamenti istruttori disposti, di tal che, avveratasi la condizione, il successivo diniego sarebbe manifestamente illegittimo, per illogicità e contraddittorietà, non potendosi l'Organo di Autogoverno nuovamente e diversamente determinare senza l'annullamento in autotutela del precedente provvedimento condizionato.

E' evidente che, ove risultasse fondata tale prospettazione, essa eliderebbe in radice, per assorbimento, tutti gli altri motivi del ricorso in primo grado poiché presupporrebbe che il C.P.G.A. abbia esercitato e esaurito, con esito favorevole, l'accertamento della sussistenza dei presupposti giuridici per l'applicazione nel caso di specie dell'art. 21 comma 2 della legge n. 104/1992, salva la sola verifica istruttoria relativa alla competenza al riconoscimento dell'aggravamento dell'invalidità e all'iscrizione della medesima alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648.

Senonché, come già ben posto in luce dal T.A.R. per il Lazio nella sentenza gravata, deve recisamente escludersi che la deliberazione del 6 dicembre 2013 assuma i contenuti e gli effetti rivendicati dall'interessato.

Ribadito che con quella deliberazione è stato rettificamente separato e tenuto distinto il procedimento per i trasferimenti ordinari e quello relativo alla domanda di trasferimento ex lege n. 104/1992 presentata dal -OMISSIS-, è sufficiente qui riportare il contenuto letterale della proposta della commissione consiliare approvata, a maggioranza, dal Plenum, così formulata, per quanto qui interessa:

"...di deliberare i trasferimenti, a decorrere dalla data d'immissione in servizio dei Referendari neoassunti, secondo lo schema che si allega al presente verbale, prescindendo dalla domanda di assegnazione ex l. n. 104/92 presentata dal Ref. -OMISSIS-", e quanto a tale istanza "di formulare una richiesta istruttoria al Collegio Medico Legale istituito presso il Ministero della Difesa (il quale valuterà l'opportunità di disporre, a tal fine, gli accertamenti medici del caso) in ordine ai seguenti punti:

- motivo per cui il procedimento di aggravamento dell'infermità sia stato richiesto dalla Questura di Roma nonostante il Ref. -OMISSIS- fosse in servizio presso la G.A. e se tale procedimento abbia tenuto conto dell'attuale attività lavorativa del predetto, diversa da quella precedentemente svolta;

- verifica dell'ascrivibilità nella tabella A categoria 2 della menomazione complessiva, alla luce delle categorie cui sono state ascritte le singole infermità (A7, A7, A4, nc, nc)";

riservandosi "...qualora all'esito della predetta istruttoria risulti che il Ref. -OMISSIS- versi nella condizione prevista dall'art. 21 l. n. 104/92, ...di proporre al Plenum di assegnare il magistrato, anche in soprannumero, al TAR Lazio - sede di Roma".

Il chiaro e inequivoco tenore della deliberazione riservava quindi ogni valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 21, nessuno escluso, e quindi in nessun modo essa potrebbe essere intesa nel senso che quella valutazione sia stata compiuta, nemmeno in via implicita.

Il Consiglio di Presidenza, secondo l'ordinario e necessario modo procedimentale, al cospetto di una ravvisata esigenza istruttoria, ha disposto di procedere ai relativi incumbenti senza alcuna preliminare decisione in ordine al contenuto del successivo provvedimento, da assumere all'esito dell'incumbente; non dissimilmente, si consenta il paragone, da quanto, nell'esercizio di poteri giurisdizionali, si esprime una ordinanza collegiale istruttoria in senso proprio che, senza definire in alcun modo il merito, riservi la decisione all'esito dell'esecuzione dell'incumbente disposto.

Ne consegue l'infondatezza dell'appello incidentale proposto dal -OMISSIS-, che deve essere pertanto rigettato.

6.) Con riferimento all'appello principale, il Collegio è chiamato, anzitutto e essenzialmente, a esprimersi sulla ampiamente dibattuta questione dell'interpretazione dell'art. 21 commi 1 e 2 della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Al di là degli altri profili motivazionali, infatti, che assumono evidente ruolo "ancillare", il diniego di trasferimento è fondato sull'assunto che ai fini del medesimo possa assumere rilievo soltanto una condizione di handicap superiore ai 2/3 o una categoria d'invalidità ascrivibile alle tre categorie della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648 che sia stata accertata prima dell'assunzione in servizio, restando invece irrilevante tale condizione soggettiva se l'accertamento sia successivo.

Nel caso di specie, infatti, e secondo quanto ricordato nella narrativa in fatto, la condizione soggettiva è stata accertata, a seguito dell'aggravamento di pregressa patologia ipertensiva evoluta in cardiopatia ischemica (trattata mediante impianto di stent con

ipertensione arteriosa persistente classe NYHA III), con iscrizione alla categoria A/4 e, nel cumulo con le altre patologie progressive, nella categoria A/2) con verbale della Commissione medica ospedaliera del Dipartimento militare di medicina legale n. A71301307 del 18 giugno 2013, e quindi in epoca successiva all'assunzione in servizio quale referendario di T.A.R., risalente al febbraio 2012.

6.1) A sostegno di tale chiave esegetica l'Organo di Autogoverno ha richiamato, e l'Avvocatura generale dello Stato ha diffusamente illustrato, un orientamento giurisprudenziale che, benché a quanto consta unico, assume particolare autorevolezza in quanto espresso dalla Corte di Cassazione (Sez. Lav., 22 giugno 2007, n. 14624).

Com'è noto l'art. 21 consta di due distinti commi, così testualmente formulati:

"La persona handicappata con un grado di invalidità superiore ai due terzi o con minorazioni iscritte alle categorie prima, seconda e terza della tabella A annessa alla legge 10 agosto 1950, n. 648, assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo, ha diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili (comma primo).

I soggetti di cui al comma 1 hanno la precedenza in sede di trasferimento a domanda" (comma secondo).

Nella vicenda oggetto della richiamata sentenza, la Cassazione, chiamata a decidere, tra l'altro, su un ricorso incidentale, ha ritenuto che il rinvio del secondo comma a "i soggetti di cui al comma 1" sia comprensivo non solo della condizione soggettiva di handicap con invalidità superiore ai 2/3 o con minorazioni iscritte alle tre categorie ivi enunciate, sebbene e anche dell'inciso "assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo"; e che pertanto la condizione soggettiva possa assumere rilievo solo se preesistente all'assunzione, risultando invece irrilevante se successiva.

Mette conto riportare per intero la motivazione della sentenza, di seguito trascritta:

"Vi è dunque nella disposizione in esame un esplicito collegamento tra l'assunzione e superamento della selezione concorsuale o altro titolo che consenta l'ingresso nella amministrazione pubblica. Questo collegamento non si spiega se non ritenendo che la legge abbia inteso correlare il rilievo della situazione di handicap con il momento in cui il rapporto di lavoro si costituisce. Non vi sarebbe infatti alcuna ragione di far riferimento alle modalità dell'assunzione (concorso o altro titolo) se non per sottolineare il collegamento temporale con il momento in cui si viene assunti.

La legge avrebbe infatti potuto anche riferirsi alla persona handicappata dipendente da un ente pubblico. In tal caso essa avrebbe inserito come elemento della fattispecie il solo rapporto di dipendenza e quindi questo rapporto avrebbe avuto rilievo anche in un momento successivo all'assunzione. Invece non ha parlato di questo ma del momento dell'assunzione. Quindi descrivere la fattispecie che dà titolo alla scelta prioritaria quale situazione della "persona handicappata assunta come vincitrice del concorso ad altro titolo" significa individuare l'elemento soggettivo con riferimento ad una situazione presente al momento dell'assunzione.

Ad ulteriore rafforzamento di questa scelta la legge ha ritenuto comunque opportuno inserire il riferimento al concorso o ad altro titolo, richiamando così genericamente tutte le situazioni che possono giustificare una assunzione. Poiché, evidentemente, ai fini della tutela apprestata dalla legge le modalità di assunzione sono palesemente irrilevanti, il richiamo ad esse opera su di un altro piano, nel senso che riduce in ogni caso la possibile area incertezza semantica del termine "assunto". Con questo termine infatti ben si può designare chi sia già stato assunto, anche se in tal caso l'utilizzazione non sarebbe usuale parlando piuttosto di dipendente. In ogni caso, l'incertezza è eliminata dal riferimento alla situazione di vincitore di concorso (che peraltro costituisce la regola in materia di assunzione) estesa per non escludere altri casi, anche ad altri modalità di selezione dei dipendenti, riferimento mediante il quale si precisa meglio quale significato debba attribuirsi al termine "assunto". In conclusione è a colui che essendo già portatore di handicap venga assunto per concorso o in altro modo che trova applicazione la tutela. Per chi sia assunto senza essere handicappato la scelta prioritaria non è consentita.

D'altra parte, anche considerando il profilo delle conseguenze giuridiche in favore della persona handicappata, poi assunta, sembra difficile affermare che la scelta prioritaria tra sedi disponibili possa estendersi anche al dipendente successivamente divenuto portatore di handicap.

In favore di quest'ultimo non si potrà certo parlare di sedi disponibili al momento della scelta. Ma, una volta effettuata la scelta e determinata la sede di servizio del dipendente, lo spostamento successivo non potrebbe essere più esercizio del diritto di scelta prioritaria ma semmai del diverso diritto di essere trasferito con precedenza a domanda.

Senonché anche tale diritto, previsto dal secondo comma dell'articolo in commento, opera pur sempre in favore dei soggetti di cui al comma 1. Naturalmente si potrebbe sostenere che i soggetti di cui al comma 1 sono anche coloro che divengono portatori di handicap successivamente. Ma in effetti, come osserva la Corte di merito, così interpretato il secondo comma sarebbe ridondante. Infatti se le invalidità successive alla costituzione del rapporto dessero comunque diritto di scelta prioritaria tra le sedi disponibili, allora la precedenza in sede di trasferimento a domanda prevista nel comma 2 sarebbe attribuita inutilmente perché già con il comma 1, una volta insorto l'handicap, la scelta prioritaria delle sedi sarebbe garantita.

Va anche osservato che dal punto di vista delle esigenze organizzative dell'amministrazione, esigenze che la nostra giurisprudenza sia pure con riferimento all'art. 33 della cit. L. ha più volte messo in evidenza e sostanzialmente riconosciute (Cass. 20 gennaio 2001, n. 829; 29 settembre 2002, n. 12692; 25 gennaio 2006, n. 1396) un diritto di scelta prioritaria fra le sedi disponibili da esercitare non al momento dell'assunzione ma al momento del verificarsi delle condizioni sanitarie per l'handicap rischia di mettere in crisi il modello organizzativo predisposto.

Ciò tanto più quando si tratti, come nella specie, di posizioni dirigenziali. Infatti il diritto di scelta prioritaria fra le sedi disponibili una volta che si sia stati assegnati ad una determinata sede sulla base di un incarico dirigenziale, caratterizzato anche da obiettivi specifici (D.Lgs. n. 165 del 2001, cit. art. 19, comma 2) che ben possono essere collegati proprio alla situazione particolare della sede di destinazione vanificherebbe nel corso del periodo di incarico dirigenziale proprio il contenuto dell'incarico ed imporrebbe di ipotizzare a carico dell'amministrazione un obbligo di modifica dell'incarico durante lo svolgimento dello stesso.

Tali conseguenze certamente incompatibili con le esigenze riassunte nell'art. 97 Cost., tolgono consistenza al dubbio di costituzionalità prospettato con il primo motivo di ricorso, evidente essendo la necessità, soddisfatta dalla norma, nell'interpretazione che si ritiene qui preferibile, di un bilanciamento degli interessi di rilievo costituzionale qui in gioco".

6.2) Orbene, osserva il Collegio che le pur perspicue argomentazioni della Cassazione non sono condivisibili perché fondate, a ben vedere, su un ragionamento del tutto circolare, nell'ambito del quale, assunta la tesi del collegamento tra l'individuazione dei soggetti beneficiari e il momento genetico del rapporto (l'assunzione), si adducono rilievi che pur se suggestivi in effetti non concorrono a persuadere dell'assunto esegetico che sono intesi a sostenere.

Sotto un primo aspetto, è incontestabile che la disposizione abbia tenuto distinti i due momenti in cui, nel corso del rapporto di lavoro pubblico, può venire in rilievo la condizione soggettiva, ossia l'assunzione del dipendente, con assegnazione della sede di servizio, e il trasferimento ad altra sede.

Quanto alla prima essa riconosce la "scelta prioritaria", ossia il diritto soggettivo del dipendente a indicare, ovviamente tra le sedi disponibili e a prescindere dalla sua collocazione nella graduatoria concorsuale e/o da altri criteri prioritari e altre condizioni soggettive che diano luogo a precedenza, quella che egli ritiene più adeguata alle proprie esigenze.

Tale sede potrà coincidere normalmente con quella con il luogo di residenza o domicilio, o con altro ufficio ubicato il località più vicina, ma potrebbe anche essere diversa, secondo le valutazioni espresse dall'interessato (ad esempio potrebbe trattarsi di sede coincidente con il luogo di residenza di altra persona cui sia legato da rapporto di coniugio o di convivenza o di parentela o nel quale possa ricevere le migliori cure).

Quanto ai trasferimenti, viene invece riconosciuta al dipendente la precedenza rispetto alle altre domande di trasferimento a domanda, ovvero nei confronti degli altri dipendenti aspiranti al trasferimento e che, secondo i criteri ordinari, avrebbero titolo per essere preferiti (ad esempio per situazioni di carichi familiari o per anzianità di servizio o per posizione in ruolo).

E' evidente che in entrambi i casi la scelta non può che cadere sulle sedi "disponibili", e anche nei trasferimenti a domanda sono disponibili soltanto i posti presso sedi individuate dalle amministrazioni nell'ambito delle relative procedure di tipo concorsuale, ossia quei posti individuati come vacanti per i quali si ritiene di dover far luogo alla copertura, ferma la valutazione discrezionale dell'amministrazione in ordine alla loro indicazione, secondo le proprie esigenze organizzative (di tal che l'amministrazione può indicare tra più posti vacanti quelli che ritiene di dover coprire con priorità, senza che per ciò solo l'aspirante al trasferimento con precedenza possa aver titolo a dolersene, salvo che dimostri, probatio alquanto ardua, che tale indicazione sia manifestamente irragionevole o addirittura ispirata all'intento sviato di conculcare il suo interesse pretensivo).

La circostanza che il legislatore, anziché utilizzare il sostantivo e l'aggettivo "dipendenti pubblici", onde indicare indistintamente gli "assumendi" e i "trasferendi", abbia inteso far riferimento specifico nel primo comma alla persona "assunta presso gli enti pubblici come vincitrice di concorso o ad altro titolo" è del tutto neutra sotto il profilo esegetico, e semmai risponde all'esigenza di distinguere i due momenti innanzi richiamati, ossia quello dell'assunzione, e quindi della scelta della sede di assegnazione, in senso proprio, e quello del trasferimento, ossia dello spostamento ad altra sede rispetto a quella di originaria assegnazione.

D'altro canto non può, in senso contrario alle argomentazioni della Cassazione, non sottolinearsi l'incongruenza e la discordanza di genere (singolare/plurale) che si determinerebbe qualora l'indicazione soggettiva de "I soggetti di cui al comma 1" dovesse intendersi riaccordata non solo alla condizione soggettiva relativa all'handicap o alle infermità/minorazioni, bensì alla proposizione "assunta come vincitrice di concorso o ad altro titolo".

E' ben vero che il lessico legislativo non sempre brilla per correttezza grammaticale, e nondimeno l'interprete non può sottrarsi al dovere di presumere che le proposizioni siano scritte secondo le più elementari regole di correttezza, soprattutto quando l'esegesi in un senso piuttosto che in altro conduca proprio al disconoscimento delle medesime.

Nemmeno a sostegno dell'interpretazione qui non condivisa può assumere rilievo il richiamo all'art. 33 comma 6 della legge n. 104/1992 ai sensi del quale:

"La persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità può usufruire alternativamente dei permessi di cui ai commi 2 e 3, ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferita in altra sede, senza il suo consenso".

Tale disposizione non soltanto, secondo quanto osservato dal T.A.R., ha ambito oggettivo e soggettivo diverso, perché il beneficio riguarda tutti i lavoratori, pubblici e privati, e soltanto quelli portatori di handicap grave, bensì e soprattutto perché la scelta della sede di lavoro "ove possibile" deve essere orientata a quella "più vicina al proprio domicilio"; mentre, come già rilevato, la scelta prioritaria della sede all'atto dell'assunzione del dipendente pubblico o la precedenza nei trasferimenti possono riguardare qualsiasi sede, coincidente o meno con residenza e/o domicilio.

E tale differenza si spiega agevolmente in funzione della diversa condizione soggettiva, giacché la persona portatore di handicap grave è quella cui, ai sensi dell'art. 3 comma 3 della legge "...la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione...".

Si tratta quindi di persona che richiede assistenza continuativa quale può essere garantita soltanto in sede più vicina al domicilio, da intendersi in questo caso non già e necessariamente in senso civilistico quale sede principale di affari e interessi, bensì anche ed eventualmente come luogo di stabile dimora.

Nel caso di specie, poi, l'ulteriore argomento addotto dalla Corte di Cassazione, imperniato con le esigenze organizzative dell'Amministrazione, non può essere utilmente richiamato poiché il caso ivi deciso riguardava una fattispecie ben diversa, ossia un incarico dirigenziale, avendo appunto la citata sentenza evidenziato che "il diritto di scelta prioritaria fra le sedi disponibili una volta che si sia stati assegnati ad una determinata sede sulla base di un incarico dirigenziale, caratterizzato anche da obiettivi specifici (d.lgs. n. 165 del 2001, cit. art. 19, comma 2) che ben possono essere collegati proprio alla situazione particolare della sede di destinazione vanificherebbe nel corso del periodo di incarico dirigenziale proprio il contenuto dell'incarico ed imporrebbe di ipotizzare a carico dell'amministrazione un obbligo di modifica dell'incarico durante lo svolgimento dello stesso".

Se infatti, in linea di principio, può convenirsi che l'esercizio di funzioni giurisdizionali pone il magistrato in posizione organizzativo/funzionale non inferiore a quella di un dirigente pubblico, nondimeno restano del tutto evidenti i peculiari contenuti e modalità dell'attività magistratuale amministrativa, che può essere svolta, indifferentemente e con riferimento all'omogeneità dei suoi contenuti, con riferimento ad ogni ufficio giudiziario, e quindi in qualsiasi tribunale amministrativo regionale.

6.3) In sintesi riepilogativa, quindi, deve affermarsi che la questione esegetica per quanto delicata, deve essere risolta, senza suggestioni rispetto all'autonomia fattispecie di cui all'art. 33 comma 6, secondo una razionale interpretazione dell'art. 21 commi 1 e 2:

- il primo comma riconosce il diritto di scelta prioritaria all'atto dell'assunzione, il secondo la precedenza ai fini del trasferimento di sede; - il rinvio ai "soggetti di cui al primo comma" va inteso nel senso che debba trattarsi di soggetti con handicap superiore ai 2/3 o con infermità ascritte alle prime tre categorie;

- peraltro la scelta o la precedenza non hanno riguardo a una specifica localizzazione della sede, nel senso che essa debba necessariamente coincidere col luogo di residenza, e ciò depotenzia ogni considerazione relativa al diverso profilo della residenza nella regione in cui a sede il T.A.R. o in altra previa autorizzazione in deroga, peraltro addotta dal Consiglio di Presidenza soltanto come elemento motivazionale aggiuntivo e per dir così "ancillare".

Tale interpretazione appare altresì meglio coordinata alle finalità generali perseguite dalla legge n. 104/1992, intese alla tutela delle persone che versino in condizioni soggettive di svantaggio, dovute a minorazioni dell'integrità psico-fisica che ne ostacolano l'inserimento socio-lavorativo, e quindi anche più adeguata rispetto ai principi personalistici e solidaristici che informano l'ordinamento costituzionale, laddove il disconoscimento della rilevanza di condizioni di handicap o minorazioni solo perché accertate in epoca successiva all'instaurazione del rapporto di lavoro pubblico finirebbe per introdurre un'ingiustificata disparità di trattamento tra categorie omogenee di soggetti, versanti in identiche condizioni soggettive di svantaggio, in funzione del solo diverso dato temporale di insorgenza o accertamento della patologia, in senso esattamente inverso alla disparità di trattamento evocata dall'Avvocatura dello Stato, peraltro improponibile per la disomogeneità delle condizioni soggettive considerate dall'art. 21 e dall'art. 33.

Naturalmente il diritto alla scelta o alla precedenza non può essere esercitato "ad libitum" e in via di successive "approssimazioni", nel senso che una volta che sia stata espressa la scelta di una sede, facendo valere la condizione soggettiva, il beneficio si "esaurisce": in altri termini il diritto può essere esercitato solo una tantum per la stessa patologia.

6.4) Da ultimo deve osservarsi che la disposizione non contiene nessun elemento testuale nel senso che debba trattarsi di una patologia di per sé iscritta a una delle tre categorie, piuttosto che di una patologia iscritta per cumulo con altre, dovendosi riguardare alla condizione complessiva sanitaria e patologica del soggetto, e non potendosi presupporre una considerazione atomizzata dello stato di salute, proprio in funzione delle esigenze dianzi sottolineate di assicurare effettiva e piena tutela ai soggetti in condizione di svantaggio contemplati dalla legge n. 104/1992.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a condurre a una conclusione di segno diverso.

7.) In conclusione mentre l'appello incidentale proposto da Achille Sinatra va dichiarato improcedibile, devono rigettarsi tanto l'appello incidentale proposto da -OMISSIS- quanto l'appello principale proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, dovendo confermarsi con motivazione parzialmente diversa la sentenza gravata.

8.) In relazione alla novità delle questioni esaminate sussistono giusti motivi per dichiarare compensate per intero tra le parti le spese e onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) così provvede sull'appello principale n.r. 875 del 2015, proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, nonché sugli appelli incidentali autonomi proposti da -OMISSIS- e Achille Sinatra:

- 1) dichiara improcedibile per carenza d'interesse l'appello incidentale autonomo proposto da Achille Sinatra;
 - 2) rigetta l'appello incidentale autonomo proposto da -OMISSIS-;
 - 3) rigetta l'appello principale proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa;
 - 4) conferma, per l'effetto, la sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sezione II, n. 12082 del 1° dicembre 2014;
 - 5) dichiara compensate, per intero, tra le parti le spese e onorari del giudizio d'appello.
- Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art.22, comma 8 d.lgs. 196/2003, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/12/2015

IL SEGRETARIO

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