Scelta della sede lavorativa più vicina al familiare portatore di handicap assistito

Consiglio di Stato - Sentenza 13 febbraio 2019, n. 1032

N. 1032/2019 Reg. Prov. Coll.
N. 6359 Reg. Ric.
ANNO 2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6359 del 2018, proposto dal CSM - Consiglio Superiore della Magistratura e dal Ministero della Giustizia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliano in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

...omissis..., rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Pignatelli ed Ettore Nesi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Valentina Petri in Roma, via Ennio Quirino Visconti, n. 99;

P. F., non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione I, n. 4669/2018;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della dott.ssa ...omissis...;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2019 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Paola Palmieri e l'avvocato Ettore Nesi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (nrg. 6439/2017) la ...omissis..., magistrato ordinario all'epoca dei fatti in servizio presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Foggia con funzioni di Sostituto Procuratore della Repubblica, chiedeva l'accertamento del proprio diritto soggettivo al trasferimento presso la Procura della Repubblica di Lucca.

A sostegno della propria domanda la ricorrente richiamava l'articolo 29, 4° comma, della circolare n. 13778 del 24 luglio 2014 del CSM e chiedeva la disapplicazione - o, in subordine, l'annullamento - del provvedimento del CSM (prot. n. 1002 dell'8 giugno 2017) di diniego di trasferimento nonché delle delibere del CSM del 5 luglio 2017, recanti i posti vacanti requirenti e giudicanti per il trasferimento ordinario, nella parte in cui rendevano disponibili le sedi richieste dalla ricorrente, nonché del relativo bando in data 12 gennaio 2017.

Rappresentava di avere, in data 12 gennaio 2017 (i.e.: lo stesso giorno in cui era stato pubblicato il bando relativo alla sede da lei preferita), presentato al Consiglio Superiore della Magistratura domanda di trasferimento per gravi motivi di salute riguardanti un proprio familiare, ai sensi dell'articolo 29, comma 2, della richiamata circolare n. 13778/2014, precisando che si trattava di patologia di carattere non temporaneo e che, in ogni caso, per tale familiare era già stata avviata la procedura per il riconoscimento della condizione di portatore di handicap in condizione di gravità.

Nelle more del procedimento la ricorrente variamente integrava la documentazione a supporto della propria domanda e in data 13 aprile 2017 comunicava l'avvenuto riconoscimento da parte dell'INPS al proprio familiare dell'invalidità civile, ai sensi della l. n. 104 del 1992, in condizioni di gravità (con handicap al 100%).

Nella domanda di trasferimento la ricorrente aveva indicato quali sedi di destinazione le Procure della Repubblica di Lucca, Pistoia e Livorno e, in subordine, come sedi giudicanti, il Tribunale di Lucca, il Tribunale di Pistoia (Giudice del lavoro) e il Tribunale di Pisa.

Con provvedimento in data 16 giugno 2017 (oggetto del ricorso di primo grado) il CSM rigettava l'istanza di trasferimento della ricorrente.

Con la ...omissis... l'adito Tribunale accoglieva il ricorso della ...omissis... nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annullava il provvedimento di diniego in data 8 giugno 2017, respingendo la domanda di accertamento del diritto soggettivo al trasferimento formulata dalla ricorrente.

Tale sentenza è stata appellata dal CSM e dal Ministero della Giustizia, che ne hanno chiesto la riforma articolando il seguente motivo: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 33, comma 5, l. 104/1992 e dell'art. 29, comma 4, della circolare CSM n. 13778/2014".

Si è costituita in giudizio la ricorrente in primo grado, ...omissis..., la quale, oltre a dedurre l'infondatezza dell'appello principale, ha riproposto ai sensi dell'articolo 101 cod. proc. amm. i motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal primo giudice ed ha anche spiegato appello incidentale, con il quale ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui è stata negata la sussistenza del proprio diritto soggettivo all'attribuzione della sede di Lucca; l'appello incidentale è stato affidato al seguente motivo: "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 29, 4° comma della circolare del CSM n. 13778 del 24.7.2014 - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 104/1992".

Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Giungono in decisione l'appello principale proposto dal Ministero della Giustizia e dal Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio, con cui è stato accolto il ricorso del magistrato, ...omissis... ...omissis..., e, per l'effetto, è stato annullato il provvedimento con cui è stata respinta l'istanza dalla stessa proposta al fine di ottenere l'attribuzione della sede di servizio di Lucca in ragione dello stato patologico in cui versava un suo congiunto (articolo 33, comma 5 della l. 5 febbraio 1992, n. 104) ed anche l'appello incidentale proposto dalla predetta ...omissis... per la riforma del capo della stessa sentenza che ha negato la sussistenza del suo diritto soggettivo al trasferimento presso la sede di Lucca.

2. L'appello proposto dal Ministero della Giustizia e dal Consiglio superiore della Magistratura è infondato.

2.1. Ai fini della ricostruzione del quadro normativo deve in primo luogo essere richiamato l'articolo 33 ('Agevolazioni') della l. 104 del 1992.

Ai sensi del combinato disposto dei commi 3 e 5 di detto articolo 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, 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 circolare del CSM 24 luglio 2014, n. 13778 (recante 'Disposizioni in tema di trasferimenti dei magistrati, conferimento di funzioni e destinazione a funzioni diverse da quelle giudiziarie') ha declinato le richiamate previsioni legislative in relazione all'ordinamento magistratuale.

In particolare, l'articolo 29 di tale circolare ('Benefici') ha stabilito

- al comma 3 che le alterazioni dello stato di salute di cui all'articolo 27, lettera c) (coincidenti in sostanza con quelle di cui all'articolo 33 della l. 104 del 1992) comportano "la precedenza assoluta in sede di concorso ordinario quando è dedotta e documentata l'esigenza di trasferimento della sede richiesta (...)";

- al comma 4 che "in presenza delle minorazioni di cui al comma 3, il magistrato può avanzare domanda di trasferimento anche a prescindere dal decorso del termine di legittimazione e dalla pubblicazione del posto richiesto, che viene assegnato se vacante e non ancora pubblicato".

2.2. Tanto premesso, va osservato che il provvedimento di diniego impugnato in primo grado (dopo aver richiamato - in modo sostanzialmente condivisibile - gli orientamenti giurisprudenziali che negano la sussistenza di un diritto soggettivo perfetto al trasferimento nelle ipotesi di cui al richiamato articolo 33 della l. 104 del 1992) è fondato:

- in primo luogo, sulla necessità di "una minima continuità connessa al carattere formativo correlato al periodo iniziale della carriera" (avendo l'appellata assunto servizio presso la Procura della Repubblica di Foggia - sede di prima assegnazione - solo in data 2 maggio 2012);

- in secondo luogo sulle rilevanti esigenze di servizio della sede di assegnazione (che presentava scoperture in organico pari al 18 per cento dell'organico), con il rilievo per cui "in un ufficio di piccole dimensioni, caratterizzato da una elevata scopertura di organico, la sottrazione di un'ulteriore unità è in grado di produrre un assai significativo sacrificio delle esigenze della amministrazione giudiziaria".

2.3. Tanto premesso dal punto di vista generale, si osserva in primo luogo che la sentenza in epigrafe merita puntuale conferma per la parte in cui ha rilevato la sostanziale carenza di motivazione in relazione al profilo di diniego fondato sull'esigenza di garantire una "minima continuità (...) al periodo iniziale di carriera".

Va rilevato infatti che la ratio sottesa al testo dell'articolo 29, comma 4 della richiamata circolare n. 13778 del 2014 è appunto quella di "prescindere dal decorso del termine di legittimazione", all'evidente fine di garantire una tutela adeguata a situazioni di particolare rilievo socio - familiare. Laddove si interpretasse la disposizione in questione (di carattere dichiaratamente derogatorio) attraverso l'angolo visuale della regola di continuità di servizio cui la

disposizione intende derogare, si determinerebbe un evidente corto circuito di carattere interpretativo.

In ogni caso la motivazione sottesa in parte qua all'impugnato provvedimento di diniego non risulta adeguatamente fondata sulle pertinenti circostanze di fatto.

E' infatti pacifico in atti che, al momento della presentazione della domanda di trasferimento per cui è causa (12 gennaio 2017), la ...omissis... prestasse servizio presso la Procura della Repubblica di Foggia da quasi cinque anni (essendovi entrata in servizio già in data 2 maggio 2012).

In ragione dell'apprezzabile periodo di servizio già prestato dall'appellata all'epoca dei fatti nella sede di prima assegnazione, non risulta dunque adeguatamente motivata l'esigenza (pur astrattamente condivisibile) di garantire comunque "minima continuità (...) al periodo iniziale di carriera" prima di accedere a una qualunque tipologia di trasferimento.

2.4. La sentenza in epigrafe è altresì meritevole di conferma per la parte in cui ha stabilito che l'amministrazione non avesse individuato (se non attraverso formule sostanzialmente di stile) le ragioni organizzative per cui il trasferimento della ...omissis..., in relazione alle previsioni di cui all'articolo 29 della richiamata circolare n. 13778, si rendesse in concreto impossibile.

Vero è che un condivisibile orientamento (peraltro richiamato dallo stesso CSM) ha chiarito che, al ricorrere delle circostanze di cui all'articolo 33 della l. 104 del 1992, il dipendente non vanta un diritto soggettivo al trasferimento, dovendosi tenere in adeguata considerazione le esigenze organizzative dell'amministrazione di appartenenza, anche al fine di non snaturare la ratio stessa dell'istituto in esame potenzialmente plasmandolo ad utilizzi egoistici e opportunistici (in tal senso - ex multis - Cons. Stato, IV, 6 luglio 2009, n. 4324; id., IV, 15 febbraio 2010, n. 825; id., VI, 27 luglio 2007, n. 4182).

E' altresì vero, però, che il più volte richiamato articolo 33 della l. 104 del 1992 opera un evidente bilanciamento fra le esigenze del dipendente e quelle dell'amministrazione stabilendo che, al ricorrere dei presupposti di legge, il trasferimento dovrà essere accordato "ove possibile".

Ciò significa che non una qualunque esigenza organizzativa o di servizio potrà supportare adeguatamente il diniego di trasferimento, ma soltanto una difficoltà organizzativa particolarmente grave e qualificata, che dovrà essere adeguatamente e puntualmente motivata dall'amministrazione.

Non è irrilevante osservare al riguardo che, quando l'organo di autogoverno ha declinato in concreto le condizioni legittimanti la speciale domanda di trasferimento di cui all'articolo 29, si è limitato a stabilire che, al ricorrere dei relativi presupposti, il posto richiesto "viene assegnato se vacante e non ancora pubblicato".

La citata circolare n. 13778 quindi non ha neppure richiamato la formula legale secondo cui, nei casi di cui all'articolo 33 della l. 104 del 1992 il trasferimento viene accordato "ove possibile".

Ora, se (per un verso) è vero che il silenzio sul punto da parte della circolare non può impedire il pieno dispiegarsi della richiamata previsione legale; per altro verso è evidente che l'Organo di autogoverno non possa seguire modalità applicative più rigorose di quelle previste dalla legge, escludendo il trasferimento non solo in caso di oggettiva impossibilità dettata da ragioni organizzative, bensì da più generiche esigenze connesse alle scoperture di organico presso la sede di provenienza del magistrato.

Come condivisibilmente rilevato dal primo giudice, il CSM non ha rappresentato, a supporto del diniego di trasferimento, le richiamate circostanze oggettivamente impeditive, ma si è limitato a richiamare in termini numerici e percentuali le scoperture della sede di provenienza, senza allegare alcun elemento che deponesse nel senso di rendere impossibile - ovvero eccessivamente gravoso in termini organizzativi - il richiesto trasferimento.

2.5. Non può poi ritenersi - contrariamente a quanto lamentato dalle amministrazioni appellanti - che il primo giudice abbia travalicato i limiti della propria giurisdizione, sostituendo di fatto la propria valutazione a quelle degli organi amministrativi a ciò deputati.

Al contrario, dall'esame della sentenza in oggetto emerge che il primo Giudice si sia correttamente limitato a rilevare e censurare il difetto di motivazione sotteso al provvedimento di diniego, che era stato adottato senza dare adeguatamente atto delle rigorose circostanze al cui ricorrere può essere legittimamente disposto un provvedimento di diniego.

2.6. Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere delle considerazioni svolte, deve osservarsi che vi è comunque un'ulteriore circostanza che depone - sia pure in via indiretta - nel senso di palesare il carattere nel complesso incongruo e immotivato del disposto provvedimento di diniego.

Ci si riferisce al fatto che le particolari esigenze organizzative dell'Ufficio di Foggia (che sono state ritenute impeditive al trasferimento speciale di cui all'articolo 29 della più volte richiamata circolare n. 13778 presso la sede di Lucca) non sono state invece ritenute impeditive al trasferimento presso la sede di Livorno disposto in via ordinaria con delibera del 13 settembre 2017.

3. L'appello principale proposto dal Ministero della giustizia e dal CSM deve dunque essere respinto.

3.1. Ne risultano conseguentemente assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso già articolati dalla ...omissis... nel giudizio di primo grado e riproposti nella presente sede di appello ai sensi dell'articolo 101 del cod. proc. amm.

4. Non può trovare accoglimento neppure l'appello incidentale condizionato proposto dalla ...omissis... avverso il capo della sentenza che ha negato la sussistenza del suo un diritto soggettivo al trasferimento presso la sede di Lucca.

Va premesso al riguardo (e si tratta di notazione del tutto dirimente ai fini del decidere) che il motivo in questione è stato dalla stessa proposto in via subordinata rispetto al paventato accoglimento dell'appello principale proposto dal Ministero della giustizia e dal CSM.

Ai ben limitati fini che qui rilevano si osserva comunque che del tutto correttamente (e in senso conforme ad orientamenti più che consolidati) il primo giudice ha escluso la sussistenza di un presunto diritto soggettivo al trasferimento.

E' sufficiente al riguardo richiamare il consolidato orientamento secondo cui, pur riconoscendosi il particolare valore della l. n. 104 del 1992 in quanto finalizzata a garantire diritti fondamentali, l' istituto di cui all' art. 33 comma 5 della stessa legge, in tema di scelta della sede lavorativa più vicina al familiare portatore di handicap assistito, non è l' unico idoneo a tutelare la condizione di bisogno del malato e, comunque, la posizione giuridica di vantaggio ivi prevista non è illimitata, potendo essere fatta valere soltanto "ove possibile".

Ne consegue, che la disposizione non configura in realtà un diritto soggettivo di precedenza al trasferimento del familiare lavoratore, bensì un semplice interesse legittimo a scegliere la propria sede di servizio ove possibile (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, IV, 28 marzo 2012, n. 1828; id., 3 dicembre 2010, n. 8527).

6. Per le ragioni dinanzi esposte devono essere respinti tanto l'appello principale proposto dal Ministero della giustizia e dal CSM, quanto quello incidentale proposto dalla ...omissis....

La peculiarità delle questioni trattate e la reciproca soccombenza giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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 31 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Carlo Saltelli - Presidente

Claudio Contessa - Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero - Consigliere

Valerio Perotti - Consigliere

Angela Rotondano - Consigliere

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

Depositata in Segreteria il 13 febbraio 2019