

Publicato il 11/01/2019

N. 00274/2019REG.PROV.COLL.  
N. 07851/2016 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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7851 del 2016, proposto da:  
Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello  
Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*contro*

Calogiuri Omar Gianluca, rappresentato e difeso dall'avvocato Ugo  
Luca Savio De Luca, con domicilio eletto presso il suo studio in  
Roma, via Federico Rosazza n. 32;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI  
LECCE: SEZ. II n. 00875/2016, resa tra le parti, concernente  
diniego trasferimento ex art.33 l.104/92

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Calogiuri Omar Gianluca;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2018 il Cons.  
Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Ugo Luca Savio De  
Luca e l'Avvocato dello Stato Roberta Guizzi;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con l'appello in esame, il Ministero dell'Interno impugna la sentenza 26 maggio 2016 n. 875, con la quale il TAR per la Puglia, sez. II della Sezione staccata di Lecce, in accoglimento del ricorso introduttivo e del successivo ricorso per motivi aggiunti proposti da Omar Gianluca Calogiuri, ha annullato la nota 11 agosto 2015 n. 5495 del Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, di preavviso di diniego alla richiesta di trasferimento ex art. 33, co. 5, l. n. 104/1992 ed il successivo provvedimento 22 febbraio 2016, di diniego della predetta richiesta di trasferimento, Quest'ultima era stata proposta al fine di assistere il proprio padre, gravemente disabile in quanto affetto dal morbo di Alzheimer, cardiopatia scleroipertensiva e poliartrrosi.

L'amministrazione, cui con propria ordinanza il TAR aveva ordinato di riesaminare l'istanza in quanto "la stessa amministrazione ha rappresentato che per mero errore materiale non si è tenuto conto dell'integrazione dell'istanza di trasferimento prodotta dal dipendente", ha con successivo provvedimento disposto nuovamente il rigetto della richiesta di trasferimento.

La sentenza afferma, in particolare, che l'amministrazione "ha posto in rilievo la preminenza delle esigenze di servizio della sede di Bari dove il dipendente presta servizio . . . e tali esigenze funzionali sono state ritenute più pressanti e maggiormente emergenziali rispetto a quelle degli uffici di P.S. di Lecce, ove ha richiesto di essere trasferito il ricorrente".

Tuttavia, secondo la sentenza, tali elementi "comporterebbero, come naturale conseguenza, l'impossibilità generalizzata di accogliere richieste di trasferimento che implicino lo spostamento da una sede di servizio connotata da peculiari situazioni emergenziali e con più ampia competenza territoriale rispetto ad una sede con un ambito operativo più ristretto".

Inoltre, "la presenza di altri familiari non può essere causa ostativa al richiesto trasferimento", né assume rilievo il fatto che altri dipendenti di pari qualifica e maggiore anzianità aspirano al detto trasferimento, posto che la normativa di riferimento non prevede una graduazione derivante dall'ordine di anzianità".

Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello (come desumibili dalle pagg. 4-6 ric.):

*error in iudicando*, poiché l'art. 33 l. n. 104/1992 non configura un diritto soggettivo di precedenza al trasferimento del familiare lavoratore, bensì un semplice interesse legittimo a scegliere la propria sede, ove possibile, dovendovi "essere una comparazione tra le richieste del dipendente e le necessità dell'amministrazione"; ne consegue che "la pretesa del lavoratore che effettivamente assista con continuità un parente colpito da handicap alla scelta di lavoro deve trovare accoglimento solo se risulta compatibile con le specifiche esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro

ed è questa la valutazione che l'amministrazione deve porre in essere". Nel caso di specie, l'amministrazione "ha operato un attento bilanciamento delle esigenze di servizio; infatti, il posto Polizia Ferroviaria di Lecce presenta una minore carenza di organico in confronto a quella, numericamente consistente, dell'ufficio di appartenenza" (55 unità, a fronte della diminuzione del numero dei reati commessi nella Provincia di Lecce).

Si è costituito in giudizio il signor Omar Gianluca Calogiuri, che ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

Con ordinanza 25 novembre 2016 n. 5274, questa Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.

All'udienza pubblica di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

## DIRITTO

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

2.1. L'art. 33 l. 5 febbraio 1992 n. 104, prevede, per quel che interessa nella presente sede:

"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. . .

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”.

Il Collegio ritiene di dovere, innanzi tutto, ribadire alcuni principi già espressi dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

Occorre, innanzi tutto, ricordare che il trasferimento ex art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 coinvolge, per giurisprudenza pacifica, interessi legittimi, e di conseguenza implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del privato e gli interessi pubblici, in esercizio di potere discrezionale da parte dell'amministrazione; e ciò tenendo conto del fatto che il trasferimento è disposto a vantaggio del disabile e non, invece, nell'interesse esclusivo dell'Amministrazione ovvero 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).

In tale contesto, l'inciso "ove possibile", contenuto nella predetta disposizione, comporta che, avuto riguardo alla qualifica rivestita dal pubblico dipendente, deve sussistere la disponibilità nella dotazione di organico della sede di destinazione del posto in ruolo per il proficuo utilizzo del dipendente che chiede il trasferimento (Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2018 n. 2819), nel senso, cioè, che presso la sede richiesta, vi sia una collocazione compatibile con lo stato del militare, e che l'assegnazione possa, dunque, avvenire nel limite delle posizioni organiche previste per il ruolo e il grado (Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2018 n. 987)

Tanto precisato, occorre altresì affermare che l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione – e, dunque, la verifica della compatibilità del trasferimento ex art. 33, co. 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.

Ciò comporta che, onde 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.

2.2. Nel caso di specie, l'amministrazione - pur avendo correttamente escluso la sussistenza di un "diritto" al trasferimento, richiamando il proprio potere di valutazione delle esigenze organizzative ed operative – non ha fornito una motivazione congrua ed idonea a

giustificare il proprio diniego, richiamando solo, in generale, le citate esigenze.

In tal senso, la presenza di una maggiore scopertura di organico nella sede attuale di servizio del Calogiuri rispetto alla sede richiesta non è di per sé sufficiente a motivare il diniego, se tale dato non è accompagnato da una attenta considerazione delle conseguenze negative per l'interesse pubblico, derivanti, in tale contesto, dal trasferimento.

Né può costituire, allo stato attuale della disciplina, elemento ostativo al trasferimento la presenza di altri familiari in loco, astrattamente idonei all'assistenza.

Così come non costituisce *ex se* elemento valutabile in senso ostativo alla domanda ex art. 33, co. 5, la presenza di altre domande di trasferimento da parte di dipendenti con maggiore anzianità di servizio.

Per le ragioni esposte, l'appello deve essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Stante la natura delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal Ministero dell'Interno (n. 7851/2016 r.g.), lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti spese ed onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno  
2018 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Luca Lamberti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Oberdan Forlenza**

**IL PRESIDENTE**  
**Filippo Patroni Griffi**

IL SEGRETARIO