

TAR TOSCANA - Sezione I - sentenza n. 926 dell'11 luglio 2017

LEGGE 104: ILLEGITTIMO IL RIGETTO DEL TRASFERIMENTO PER L'ASSISTENZA AL FAMILIARE SENZA PREAVVISO

Il Tar Toscana, con la sentenza n. 926 del 2017, è intervenuta in tema di legge 104 stabilendo che è illegittimo il diniego di trasferimento chiesto per assistenza a familiare ai sensi dell'art. 33, l. 5 febbraio 1992, n. 104, che non sia stato preceduto dal preavviso di rigetto ex art. 10-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241. Ha ricordato il Tar che il dovere di attivare il subprocedimento partecipativo di cui all'art. 10-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241 appare tanto più pressante per le ipotesi in cui vengono a confronto interessi di pari ma contrapposta valenza, come quello alla solidarietà familiare attraverso l'attività assistenziale domestica e al buon andamento degli apparati ed uffici, la cui composizione deve passare attraverso un ponderato bilanciamento delle esigenze assistenziali ai parenti invalidi e di quelle tese ad evitare che con l'abuso degli istituti di garanzia individuale e familiare si pervenga allo svuotamento ed inoperatività degli apparati pubblici: bilanciamento che necessita delle acquisizioni conoscitive e ponderazioni valutative che anche la partecipazione del privato fa conseguire.

In particolare, si legge nella sentenza 926/2017, a norma dell'art. 33, comma 5, della Legge 104, il lavoratore il quale debba assistere un familiare in condizioni di grave invalidità ha "diritto" di 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana - (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1442 del 2016, proposto da:

- *OMISSIS* -, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Lima, con domicilio eletto presso lo studio Chiara Fusi in Firenze, Lungarno Vespucci;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distret. Dello Stato, domiciliata in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

per l'annullamento

del provvedimento di rigetto adottato il 27.07.2016 dal Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Direzione Generale del Personale e della Formazione - Ufficio III avente ad oggetto la richiesta di trasferimento, proposta dal ricorrente ai sensi dell'art. 33 della L. 104/1992, presso la Casa Circondariale di – *OMISSIS* -, notificato il 28.07.2016 e di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso 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 nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2017 il Pres. Armando Pozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Come già anticipato nell'ordinanza collegiale n. 600/2016, con cui è stato disposto il rigetto dell'istanza cautelare con condanna alle spese, il ricorrente, Assistente Capo della Polizia penitenziaria, impugna, con due motivi di ricorso, il provvedimento di diniego dell'istanza di trasferimento dalla Casa di reclusione di – *OMISSIS* - (da agosto 2015 lo stesso ricorrente ammette tuttavia di essere distaccato presso l'istituto penitenziario di – *OMISSIS* -) alla casa circondariale di – *OMISSIS* -, ai sensi dell'art. 33 L. n. 104/1992, in relazione alle gravi condizioni di salute della madre.

Lo stesso ricorrente deduce, fra i motivi di illegittimità del diniego opposto alla sua istanza, quelli di contraddittorietà, difetto di motivazione e difetto istruttorio con riferimento ad insussistenti ragioni di carenze di organico presso la sede di – *OMISSIS* -, ragioni che risulterebbero smentite anche dal fatto che lo stesso ricorrente è stato distaccato da molto tempo (e continua ad esserlo) presso la casa circondariale di – *OMISSIS* -, ove, ripetesì, tutt'ora continua a prestare servizio.

2. Con la citata ordinanza cautelare il Collegio ritenne che proprio la circostanza del distacco a – *OMISSIS* - riportata in ricorso depotenziasse considerevolmente quanto meno le ragioni dell'urgenza del trasferimento a -*OMISSIS*- e perciò, come detto, respinse l'istanza cautelare.

All'udienza del 14 giugno 2017 la causa, sentiti i difensori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

3. Si è costituito il Ministero per osservare che con il distacco il dipendente resta formalmente in servizio presso la sede di provenienza, mentre il trasferimento determinerebbe la perdita definitiva del dipendente per la struttura di assegnazione. Quanto alla lamentata violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/1990, la difesa erariale invoca l'operatività per il caso di specie dell'art. 21-octies della stessa L. n. 241.

4. Con successiva memoria la parte privata ha riferito che l'amministrazione, con provvedimento del 24.04.2017, ha nuovamente prorogato il distacco del ricorrente sempre presso la struttura penitenziaria di – *OMISSIS* - sino al 30.09.2017: ciò che confermerebbe che le asserite carenze organiche sarebbero soltanto teoriche ed in ogni caso smentite dagli eventi successivi all'impugnato diniego.

Con la medesima memoria l'interessato ribadisce, poi, che il Ministero non avrebbe fornito alcuna prova circa l'asserita carenza di organico della sede di provenienza e la situazione di sovrannumerarietà degli agenti presso la sede – *OMISSIS* -.

Alla pubblica udienza del 14 giugno 2017 la causa, sentiti i difensori delle parti, è stata trattata per la decisione.

5. Ai fini del decidere occorre precisare che il ricorrente ha dedotto diversi profili di violazione dell'art. 33 della L. n. 104 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento di potere, travisamento ed erronea valutazione dei fatti; nonché dell'art. 10-bis della L. n. 241/1990.

In particolare, l'amministrazione, nel respingere la richiesta di trasferimento, avrebbe valutato le esigenze organiche della sede di servizio del ricorrente senza considerare che il dipendente era distaccato da agosto 2015 presso la Casa Circondariale di – *OMISSIS* - e che il distacco era stato prorogato anche dopo il disposto diniego. Di qui, il lamentato travisamento e l'asserita contraddittorietà delle ragioni organizzative addotte a sostegno del provvedimento negativo. Infatti, se le carenze organiche della sede di provenienza fossero state tali da impedire il trasferimento temporaneo presso altra sede ex art. 33 L. 104/1992, avrebbero dovuto altresì impedire la proroga di detto distacco. La motivazione sarebbe altresì difettosa avendo ommesso di valutare il contemperamento dei rispettivi diritti ed interessi.

5.1. L'interessato ha anche eccepito il mancato preavviso di rigetto della propria domanda, osservando che il diniego impugnato è tutt'altro che provvedimento a contenuto vincolato (cui applicare il criterio sostanzialistico di cui all'art. 21-nonies L. 241, dovendo esso tener conto di una serie di elementi complessi e variabili, tra cui le gravi condizioni di salute del genitore, le varie possibili

soluzioni prospettabili sia nell'interesse del disabile da assistere, con possibilità di eventuale destinazione anche presso una qualsiasi sede diversa da quella prescelta dal dipendente, ecc..

6. La censura formale testé riportata è fondata.

L'art. 33 comma 5 L. n. 104/1992 prevede che il lavoratore il quale debba assistere un familiare in condizioni di grave invalidità ha “diritto” di 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 norma, come ampiamente chiarito in giurisprudenza, denomina “diritto” ciò che in realtà non lo è, in quanto riconosciuto e tutelato soltanto “ove possibile”: il che implica una serie di valutazioni di tipo organizzativo funzionale da trasfondere in provvedimenti adeguatamente motivati a carattere e contenuto discrezionale e non vincolato.

In relazione alle caratteristiche del provvedimento che dia riscontro all'istanza di trasferimento ex art. 33 citato, si rivela, pertanto, fondata ed assorbente la censura di violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990.

7. Questa Sezione, al riguardo, ha avuto modo più volte di affermare – e proprio con riferimento alla fattispecie del menzionato art. 33 - che la comunicazione disciplinata dall' art. 10-bis della L. n. 241 del 1990 ha la funzione di sollecitare il leale contraddittorio fra l'amministrazione e il privato istante nella fase predecisionale del procedimento, e rappresenta un arricchimento delle garanzie partecipative degli interessati in chiave collaborativa e, per quanto possibile, deflattiva del contenzioso giurisdizionale e giustiziale. A corollario di tale principio si è giunti altresì a precisare che affinché il preavviso di rigetto dell'istanza possa adeguatamente svolgere il ruolo

che il legislatore le ha assegnato, non può ammettersi che la motivazione del provvedimento finale negativo si fondi su ragioni estranee a quelle già comunicate con il preavviso di diniego; e la possibilità per l'amministrazione di riaprire la fase istruttoria a seguito delle osservazioni ricevute, ovvero di prendere in esame fatti nuovi sopravvenuti, deve pur sempre reputarsi condizionata alla preventiva corretta instaurazione del contraddittorio procedimentale con l'interessato, comportante, se del caso, il rinnovo del preavviso (per tutte: TAR Toscana Sez. I, 22.11.2016, n. 1669).

8. Il dovere di attivare il subprocedimento partecipativo di cui all'art. 10-bis L. n. 241 appare tanto più pressante per le ipotesi in cui vengono a confronto interessi di pari ma contrapposta valenza, come quello alla solidarietà familiare attraverso l'attività assistenziale domestica e al buon andamento degli apparati ed uffici, la cui composizione deve passare attraverso un ponderato bilanciamento delle esigenze assistenziali ai parenti invalidi e di quelle tese ad evitare che con l'abuso degli istituti di garanzia individuale e familiare (con la riscoperta, talvolta, di improbabili legami affettivi e parentali) si pervenga allo svuotamento ed inoperatività degli apparati pubblici: bilanciamento che necessita delle acquisizioni conoscitive e ponderazioni valutative che anche la partecipazione del privato fa conseguire. Partecipazione e adeguata e convincente motivazione sono le armi più efficaci a disposizione delle amministrazioni per contrastare adeguatamente le ricordate forme abusive dell'esercizio di diritti pur fondamentali, piuttosto che arroccamenti su indimostrate ed assertive "esigenze organizzative" ostative all'accoglimento delle istanze di trasferimento per motivi parentali. Il rispetto di tali canoni comportamentali fondamentali eppur elementari eviterebbe una gran quantità di contenzioso nella materia in esame. Nel caso di specie, poi, il rispetto dei principi di partecipazione e di adeguata e convincente motivazione appariva tanto più pressante a fronte del comportamento invero perplesso e contraddittorio dell'amministrazione, come espressamente riportato nel relativo motivo di ricorso sopra sintetizzato.

9. Il ricorso va conclusivamente accolto per gli assorbenti motivi sopra esposti, con conseguente condanna dell'amministrazione resistente alle spese di giudizio, liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati indicati in epigrafe.

Condanna l'amministrazione al pagamento in favore del ricorrente delle spese del giudizio, liquidate in euro tremila.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscureamento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017