

Pubblicato il 17/06/2024

N. 00773/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01340/2023 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1340 del 2023, proposto da
-OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Chiaia Noya e
Adriano Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari,
domiciliataria *ex lege* in Bari, via Melo, 97;

per l'annullamento

- del diniego di assegnazione a Lecce ai sensi dell'art. 33, comma 5, della legge n.104/92 per assistenza portatore di handicap;
- della comunicazione del V. Capo. Dipartimento del Personale dello Stato Maggiore dell'Esercito Italiano prot. n. M_D AB62BE8 REG2023 0082308 del 22.9.2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2024 il dott. Vincenzo Blanda e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'istante premette di essere graduato “Capo” dell'Esercito Italiano, in servizio presso l'82° Reggimento Fanteria “Torino” in Barletta, con l'incarico di “pilota mezzi cingolati / fuciliere”.

Riferisce:

- che la madre è affetta da gravi patologie in ragione delle quali il Tribunale di Lecce, sez. lavoro, omologando la CTU resa ai sensi dell'art. 445-bis cpc, ha accertato che la stessa è “invalido al 100% e portatore di handicap art. 3 comma 3 a decorrere dalla data della domanda”;
- che il 25.5.2023 ha chiesto l'assegnazione temporanea presso una sede più vicina alla residenza della disabile, sita in provincia di Lecce;
- che con nota ex art. 10 bis L. 241/90 del 13.6.2023 il Dipartimento del Personale dell'Esercito Italiano (Di. Pe.), ha evidenziato l'esistenza di motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di temporanea assegnazione ex art. 33, comma 5, della legge n. 104/92, in quanto «... nella sede di Lecce le posizioni organiche di “pilota mezzi cingolati / Fuciliere”, corrispondenti al ruolo e grado dell'istante sono tutte utilmente occupate». Con lo stesso dispaccio, però, comunicava l'accoglimento dell'istanza di concessione dei benefici di cui al comma 3 dell'art. 33 della legge n.104 (permessi retribuiti per assistere la disabile).

Nella memoria presentata ha precisava, comunque, che a Lecce vi sarebbero stati incarichi per la sua professionalità, avendo egli stesso svolto incarico di formatore di pilota di VBM Freccia, assegnati a Lecce, per cui avrebbe potuto essere assegnato a tali incarichi in corso di assegnazione.

Con provvedimento del 22.09.23, notificato il 4.10.23 il Di. Pe. ha respinto l'istanza di assegnazione ex art. 33, comma 5, l. n.104/92, tenuto conto che «... ai sensi dell'art. 981 D.lgs. 66/10 (i) benefici di cui alla L. 104/92 sono applicabili al personale militare compatibilmente con il proprio stato, nel limite "delle posizioni organiche previste per il ruolo e grado vacanti nella sede di richiesta destinazione", nella sede di Lecce, le posizioni organiche di "pilota mezzi cingolati / fuciliere", corrispondenti al ruolo e grado dell'istante sono tutte utilmente occupate».

Avverso tale diniego ha proposto ricorso l'interessato deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione art. 33, comma 5, della legge n. 104/92. Violazione ed errata applica-zione art. 981 COM (D.lgs.n. 66/2010). Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà. Eccesso di potere per genericità, illogicità e perplessità della mo-tivazione. Violazione art. 3 della legge n. 241/90. Violazione art. 20 della legge n. 53/2000, come modificato dall'art. 24, comma 3, della legge n. 183/2010. Eccesso di potere per carenza dei presupposti e per sviamento di potere. Eccesso di potere per carenza di istruttoria.

L'inciso "ove possibile", contenuto nel comma 5 dell'art. 33 delle l. n. 104/92, comporta che l'art. 981 del Codice dell'ordinamento militare (facendo riferimento all'applicabilità del succitato art. 33, comma 5, nel limite delle posizioni organiche, previste per il ruolo e grado, vacanti nella sede richiesta di destinazione) non comporterebbe, secondo alcune pronunce di questo Tribunale, che debba "...sussistere un'esatta corrispondenza tra la specifica posizione ricoperta nella sede di provenienza e quelle previste nell'organico della sede di destinazione, senza necessità di una perfetta sovrapponibilità e con l'utile adibizione del lavoratore trasferito a un diverso incarico conforme al ruolo e grado ricoperti, in posto disponibile dell'organico e tuttavia vacante”.

In questo senso, per il personale militare assegnato ad incarichi non estremamente specialistici, quale quello di “fuciliere” o similari, si è ritenuto che gli stessi non possano influire negativamente sulle dotazioni organiche della sede a quo nonché sulle possibilità del suo proficuo impiego presso la sede *ad quem*, con conseguente valutazione positiva della richiesta del dipendente, in ragione di oggettive difficoltà connesse alla posizione del disabile (C.G.A.R. Sicilia, sez. giur., 27 marzo 2023, n. 90; TAR Puglia, Bari, sez. II, 24 gennaio 2022, n. 129; Cons. Stato, sez. II, ord. 9 dicembre 2021, n. 6523)

Il militare sarebbe in possesso di un duplice incarico di “pilota mezzi cingolati” e di “fuciliere” e negli EDR in Lecce risultano esistenti quantomeno n. 40 posizioni organiche di fuciliere, benché occupate da altri dipendenti.

Sulla situazione del reparto di appartenenza: l'amministrazione non avrebbe opposto alcun problema organizzativo riguardante la sede di attuale appartenenza del Graduato Capo.

Sulla posizione del ricorrente quale fuciliere: la qualifica di “fuciliere” consentirebbe la collocazione del ricorrente senza necessità di alcuna formazione, garantendo l'utilizzo della sua professionalità.

L'assenza di un posto solo per l'incarico (generico) specifico di fuciliere, non potrebbe di per sé costituire l'unica ragione di rigetto dell'istanza del ricorrente, volta a dare protezione a valori costituzionali inerenti la tutela della persona disabile.

Sulla posizione del ricorrente quale “pilota mezzi cingolati”: anche la parte del diniego relativa all'ulteriore incarico di “conducente mezzi cingolati” sarebbe viziata da ulteriori profili di illegittimità.

A prescindere dalla rigida corrispondenza di incarichi posseduti con disponibilità di incarico esistenti nella sede auspicata, la valutazione della P.A. avrebbe dovuto essere condotta nell'ambito della più vasta categoria

delle posizioni di pari ruolo e grado, che consentissero (e consentano) una proficua utilizzazione dell'istante, in base alle sue specializzazioni e capacità professionali acquisite.

Sarebbe quindi illogico che l'Amministrazione non abbia tenuto conto che il ricorrente è stato comandato alla formazione di nuovo personale da assegnare all'incarico di "istruttori di scuola guida con abilitazione speciale all'impiego di VBM Freccia" presso il 15°Reggimento Cavalleggeri "Lodi" in Lecce (come da ordine di servizio del 13.9.23 e dal successivo foglio di viaggio).

Poiché il ricorrente sarebbe idoneo all'utilizzo dei VBM "Freccia" e di ogni altro mezzo in uso al 15°Rgt.Lodi di Lecce, si sarebbe potuto disporre la sua assegnazione a Lecce sia per la formazione del personale, sia per l'utilizzo dei mezzi;

2) Violazione art. 33, comma 5, della legge n. 104/92. Errata applicazione art. 981 del D.lgs. n. 66/2010. Eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà. Eccesso di potere per carente istruttorie e omesso bilanciamento dei contrapposti interessi. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e perplessità della motivazione. Violazione art. 3 della legge n. 241/90. Eccesso di potere per carenza dei presupposti e per sviamento di potere.

Il provvedimento impugnato non avrebbe valutato gli interessi della disabile; l'art. 33, comma 5, della legge 194, cit. prevede che, in presenza di una persona l'Amministrazione è tenuta ad effettuare il bilanciamento delle esigenze del ricorrente e di quelle dell'amministrazione.

Nel caso di specie mancherebbe nel provvedimento impugnato un riferimento alla condizione e situazione del disabile, in favore del quale era stata sollecitata la tutela.

Il Ministero della Difesa si è costituito in giudizio per resistere al ricorso. Ha eccepito in particolare –sulla base di precedenti giurisprudenziali- che la

pretesa del dipendente ai sensi dell'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 al trasferimento presso altra sede o reparto, che consenta di prestare più adeguata assistenza al parente disabile in condizione di handicap grave non costituisce un diritto soggettivo, bensì integrerebbe un interesse legittimo condizionato alle esigenze organizzative della Forza armata dirette alla corretta distribuzione del personale sul territorio, che assumono prioritario rilievo ove non perseguibili in altro modo compatibile con il reimpiego del dipendente.

Con ordinanza n. 541 del 27.12.2023 di questa sezione è stata respinta la domanda cautelare del ricorrente sul seguente presupposto: “Considerato, ad un sommario esame degli atti e delle deduzioni di causa, che nell’impugnato diniego di trasferimento l’Amministrazione ha motivatamente evidenziato, con richiamo a oggettivi dati percentuali e alla qualifica del ricorrente (quale pilota nonché di mezzi cingolati), la assenza di una utile collocazione organica presso la sede richiesta e, di contro, una carenza organica nella sede di servizio;

che le esigenze di assistenza dei congiunti, compatibilmente con il predetto quadro, sono state, comunque, considerate e assecondate dall’Amministrazione mediante la concessione dei permessi mensili ai sensi del comma 3 dell’art. 33 della legge 104/1992”.

Tale provvedimento, tuttavia, è stato riformato con ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 498 del 14.2.2024, in cui è stato osservato che “... come già osservato in altri casi analoghi, l’art. 981 cod. ord. mil. «configura quale condizione, oggettivamente e assolutamente ostativa alla concessione del beneficio, esclusivamente l’indisponibilità di “posizioni organiche previste per il ruolo e il grado, vacanti nella sede di richiesta destinazione”», pertanto non si può legittimamente «richiedere indefettibilmente l’impiego dell’istante nella medesima specializzazione in atto rivestita anche nella sede di destinazione», dovendosi valutare in concreto la possibilità di «un utilizzo

specifico del lavoratore al fine di non disperdere peculiari competenze acquisite» (CDS, II, o. 330/2024 e o. 2745/2023; CDS, IV, s. 3929/2020)».

Il giudice di appello ha quindi ordinato all'Amministrazione di verificare se il militare fosse impiegabile nella sede di Lecce, in posizioni organiche previste per il suo ruolo e grado nonché vacanti, anche con compiti diversi da quelli di pilota e fuciliere, assegnando il termine di 60 giorni dal deposito dell'ordinanza cautelare per riesaminare l'istanza del ricorrente.

L'istanza con memoria del 26.4.2024 rappresenta che l'Amministrazione non ha provveduto ad eseguire la suddetta decisione cautelare, insistendo per l'accoglimento del ricorso e per la condanna alle spese del giudizio.

All'udienza del 6 giugno 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1. In via preliminare si rileva che il consiglio di Stato in sede cautelare ha ordinato all'Amministrazione della difesa di riesaminare la posizione del ricorrente, al fine di verificare se il militare fosse impiegabile nella sede di Lecce, in posizioni organiche previste per il suo ruolo e grado nonché vacanti, anche con compiti diversi da quelli di pilota e fuciliere, assegnando il termine di 60 giorni dal deposito dell'ordinanza cautelare.

Tale incombenza non risulta essere stato eseguito, posto che l'amministrazione nella memoria del 15 maggio 2024, nel richiamare le prime difese, si limita ad osservare che “l'esito delle valutazioni esperite nell'istruttoria procedimentale derivante dall'istanza prodotta dal - OMISSIS - ha evidenziato l'impossibilità di assecondare la sua richiesta di assegnazione in Lecce, stante l'assenza di posizioni vacanti corrispondenti a quella del militare, in modo da poter in qualche modo garantire all'Amministrazione un impiego proficuo ed efficace di tale risorsa, sia come pilota di mezzi cingolati sia come fuciliere” senza tuttavia specificare, se l'Amministrazione abbia dato luogo al citato riesame disposto dal giudice di appello.

2. Sulla base di tale premessa il ricorso deve essere accolto a fine di

rivalutare la posizione dell'istante alla stregua di quanto rilevato dal Consiglio di Stato, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla presentazione dell'istanza di trasferimento (25.5.2023), che potrebbe aver determinato una modifica degli organici dei militari (con analoga qualifica e mansioni rispetto a quella dell'interessato) presenti nella provincia di Lecce. Tale rinnovata valutazione dovrà tener conto della categoria delle posizioni di pari ruolo e grado, curando il bilanciamento dei contrapposti interessi (quello all'efficiente organizzazione dell'Amministrazione e quello alla cura e tutela del disabile), anche in considerazione della circostanza che le mansioni in questione non appaiono caratterizzarsi per elevata specializzazione, sicché la professionalità acquisita dal ricorrente non può ritenersi elemento per irrigidire le scelte dell'Amministrazione.

3. Per le ragioni illustrate, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento, in parte qua e nei limiti dell'interesse del ricorrente, del provvedimento di diniego di trasferimento impugnato, ai fini del riesame da svolgere entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione o notificazione della presente decisione.

4. Sussistono i presupposti di legge per disporre la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di diniego di trasferimento impugnato, ai fini del riesame nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettera f), e 9, paragrafi 2 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del

Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, e all'articolo 2-septies, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, 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 Bari nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere, Estensore

Desirée Zonno, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Blanda

IL PRESIDENTE
Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.