



## Carabinieri, trasferimento Legge 104



**T.A.R.**  
**PER LA REGIONE LAZIO**  
**SEZIONE PRIMA BIS**  
Sentenza del 03 ottobre 2013

Un appartenente dei **Carabinieri**, in servizio presso la provincia di Roma, presentava istanza di trasferimento ad una sede di servizio prossima a Celano (L'Aquila) ai sensi della **Legge 104**, per assistenza alla propria madre, ma la richiesta veniva respinta per mancanza del compiuto servizio quadriennale nella Regione Amministrativa di appartenenza. Con successiva Sentenza nr. 8631 del Tar del Lazio, era accolta l'istanza di sospensiva ai fini del riesame che con successivo provvedimento, l'Amministrazione rigettava la richiesta per mancanza dei presupposti di continuità ed esclusività assistenziali e quale ulteriore motivo ostativo, l'indisponibilità di posti per l'impiego del ricorrente nella richiesta sede di destinazione. Contro tale diniego, il ricorrente presentava ricorso al Tar del Lazio, che con Sentenza depositata il 03 Ottobre 2013, veniva accolto.

N. 08571/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00860/2001 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 860/2001, proposto da: \_\_\_\_\_, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Carlo Parente, con domicilio eletto presso Giovanni Carlo Parente in Roma, via Emilia, 81;

contro

**Ministero Della Difesa- Comando Generale Dell'Arma Dei Carabinieri**, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede è domiciliato ex lege, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento del provvedimento del Comando Generale Dell'Arma Dei Carabinieri Reparto I SM Uff. Personale del 27.11.2011 di **rigetto dell'istanza di trasferimento per la Regione Abruzzo presentata ai sensi della legge n. 104/1992.**

Nonché, con motivi aggiunti:

del provvedimento del Comando Generale Dell'Arma Dei Carabinieri Reparto I SM Uff. Personale del 30.5.2001;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2013 il dott. Floriana Rizzetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

**Il ricorrente premette:**

di aver impugnato con ricorso n. 12418/2000 il provvedimento del Comando Generale Dell'Arma Dei Carabinieri Reparto I SM Uff. Personale del 27.4.2010 di **rigetto dell'istanza di trasferimento per la Regione Abruzzo, presentata dallo stesso in data 13.10.99 ai sensi dell'art. 33 della legge n. 104/1992 per assistere la madre in dialisi. Detto atto di diniego era motivato con riferimento alla mancanza del requisito, prescritto dalla circolare del 6.8.1999 n. 293649 , del compiuto servizio quadriennale nella Regione Amministrativa di appartenenza;**

**che con ordinanza n. 8631 del 16.10.00 era stata accolta l'istanza di sospensiva "ai fini del riesame" dell'istanza a prescindere dal requisito della permanenza in sede;**

**che in esecuzione della predetta misura cautelare propulsiva la PA con provvedimento del 27.11.00 ha riesaminato l'istanza in questione, rigettandola nuovamente questa volta in quanto non si ritenevano sussistenti i presupposti per l'applicazione della legge n. 104/92 per difetto di continuità ed esclusività dell'assistenza e perché comunque questa può essere fornita dal fratello e dalla cognata del ricorrente residenti nel Comune di \_\_\_\_\_.**

Con il presente ricorso egli impugna il predetto provvedimento deducendo i seguenti motivi di censura:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 , n. 104; Violazione della legge n. 241/90; Violazione degli artt. 2, 32, 38 e 97 Cost; Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione; disparità di trattamento; ingiustizia manifesta ed arbitrarietà nonché illogicità e contraddittorietà. Sviamento. Elusione del giudicato cautelare.

**Il ricorrente, in servizio presso la Stazione di Vicovaro, distante circa 65 km dal luogo di residenza, rappresenta di aver presentato istanza di trasferimento ad una sede di servizio prossima a Celano per poter prestare assistenza all'anziana madre, invalida al 100% (come attestato da documentazione allegata).**

A tal fine rappresentava di essere l'unico a poter assistere la madre, vedova dal 1984, non essendovi altri soggetti che possano prendersene cura.

In particolare a ciò non possono provvedere né la moglie del ricorrente dalla quale s'è separato avendo la stessa da tempo abbandonato il tetto coniugale assieme al figlio, né il fratello del medesimo, che di fatto vive e lavora a \_\_\_\_\_ in Provincia di Macerata. **Insiste sull'illegittimità del requisito della permanenza quadriennale nella sede di servizio, prescritto dalla circolare ma privo di base normativa ed anzi contrastante con la lettera e la ratio dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 , n. 104 oltre che con l'art. 32 cost.**

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio con memoria di stile.

L'istanza di sospensiva è stata accolta con ordinanza n. 870 del 5/02/01 "tenuto conto della dichiarazione a verbale del difensore del ricorrente secondo cui il fratello del medesimo vive e lavora a Macerata e ha ad Avezzano la mera residenza anagrafica". La pronuncia cautelare è rimasta ineseguita.

Con ordinanza 326 del 9/04/01 è stata accolta l'istanza di esecuzione della suddetta pronuncia cautelare assegnando alla PA 30 gg per provvedere. Persistendo l'inerzia della PA, con ordinanza n. 4192 del 2/07/01 è stato nominato commissario ad acta il Comandante Generale Dell'Arma Dei Carabinieri.

**In esecuzione della ordinanza cautelare con provvedimento del 30.5.2001 l'Amministrazione ha nuovamente rigettato l'istanza di trasferimento adducendo, quale ulteriore motivo ostativo, l'indisponibilità di posti per l'impiego del ricorrente nella richiesta sede di destinazione.**

Quest'ultimo atto di rifiuto è stato impugnato con motivi aggiunti del 24.7.2001 deducendo i seguenti motivi di censura:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 , n. 104; Violazione della legge n. 241/90; Violazione degli artt. 2, 32, 38 e 97 Cost; Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione; disparità di trattamento; ingiustizia manifesta ed arbitrarietà nonché illogicità e contraddittorietà. Sviamento. Elusione del giudicato cautelare.

Il ricorrente, per confutare le nuove ragioni ostative addotte dalla Pa, evidenzia che nella sede richiesta vi sono posti "liberi e disponibili", ben 17 per il personale originario e 7 per gli altri - come si evince dalla nota del Comando Generale Dell'Arma Dei Carabinieri del 15.3.2001 su cui dovevano essere effettuati i trasferimenti entro il 30.5.2001. Siccome tali posti erano utilizzabili per disporvi il trasferimento in esecuzione dell'ordinanza cautelare, non può ora la PA, dopo essersi affrettata a ricoprirli mediante il trasferimento di altro personale, eccepire la mancanza di posti vacanti su cui utilizzare il ricorrente.

Con ordinanza collegiale n. 645 del 28/01/02 sono stati disposti incumbenti istruttori volti a verificare la disponibilità di posti disponibili per il trasferimento del ricorrente alla data di pubblicazione dell'ordinanza suddetta.

Detta ordinanza è stata eseguita in data 21.2.2002 specificando che la nota del 15.3.2001 è relativa alla pianificazione dei trasferimenti a domanda per il 2001, per i quali erano previsti, relativamente alla Regione Abruzzo, 48 posti in uscita e 24 in entrata; la differenza tra i due valori è indicativa di un esubero delle forza effettiva rispetto alle previsioni della pianta organica. In particolare l'Amministrazione precisa che alla data del 9.5.2001 la differenza forza effettiva (1160) e forza organica (1132) indicava un esubero di 28 posti.

Con memoria del 15.3.02 il ricorrente contesta quanto riportato dall'Amministrazione ed afferma che alla luce della documentazione depositata dalla stessa Amministrazione "risulta per tabulas l'esistenza di posti disponibili nella richiesta sede di destinazione": nella nota del 15.3.2001, per i trasferimenti a domanda da effettuare nella Regione Abruzzo entro il 30.4.2000 erano previsti 24 posti in in entrata, di cui 17 per il personale originario e 7 per gli altri; quindi è proprio su uno di quei posti che il Commissario ad acta, nominato

con ordinanza 326 del 9/04/01 e da questa intimato ad ottemperare entro 30 gg all'ordinanza n. 870 del 5/02/01, avrebbe dovuto disporre il trasferimento del ricorrente.

**Quanto poi alla circostanza che non vi fossero vacanze organiche nei reparti richiesti dal ricorrente (Nucleo Operativo e Radiomobile della Compagnia di Avezzano o Tagliacozzo), il ricorrente precisa di essere disponibile ad essere utilizzato in qualunque reparto, non avendo espresso nella domanda di trasferimento alcuna preferenza al riguardo.**

Con ordinanza n. 1620 del 18/03/02 è stata accolta l'istanza di sospensiva ordinando il riesame dell'istanza del ricorrente alla luce dei posti disponibili al momento dell'ordinanza.

Come comunicato con nota del 19.4.2013, l'Amministrazione ha trasferito il ricorrente ad Avezzano con decreto del 13.4.2002, specificando nelle premesse che il trasferimento è stato disposto in mera esecuzione della suddetta pronuncia cautelare alla quale non si intendeva prestar acquiescenza.

All'udienza pubblica del 26.6.2013 la causa reiscritta a ruolo con decreto n. 274/2012 a seguito di presentazione di istanza a firma congiunta conseguente a decreto di perenzione n. 9991/2011 è trattenuta in decisione.

La controversia sottoposta all'esame del Collegio ha trovato, nel corso del giudizio, una corretta definizione dei reciproci rapporti grazie ad una serie di misure cautelari anticipatorie cui l'Amministrazione ha dato attuazione adottando il decreto di trasferimento del ricorrente precisando di aver provveduto in tal senso solo perché vincolata dalla pronuncia cautelare e senza intendere in tal modo prestarvi acquiescenza. Pertanto, si tratta, ora, in sede di merito, di verificare se tale assetto di interessi meriti di essere definitivamente stabilizzato.

Le questioni relative all'interpretazione e all'applicazione della normativa volta ad agevolare i lavoratori che intendano prestare assistenza a favore di familiari in situazione di handicap prevista dall'articolo 33 della legge n. 104 del 5 febbraio 1992 - sollevate con il ricorso in esame e con numerosi altri ricorsi analoghi - hanno da tempo trovato soluzione sul piano giurisprudenziale.

Per quanto riguarda, in particolare il requisito del periodo minimo di permanenza nella sede, è stato chiarito che esso si applica solo ai trasferimenti a domanda come ribadito anche di recente dalla Sezione (T.A.R. Roma Lazio sez. I 08 maggio 2012 n. 4126).

Tale linea interpretativa è pienamente condivisa dal Collegio alla luce sia della ratio della norma organizzativa che, in via generale, vieta i trasferimenti infraquinquennali introdotta dall'art. 20 della legge quadro sul pubblico impiego e **riprodotto da diverse normative di settore che è quella di ristabilire l'equilibrio nella distribuzione territoriale del personale, sia della ratio della legge 104/92 che sancisce, in via altrettanto generale, la prevalenza dell'esigenza di assistenza ai familiari in situazione di handicap anche a salvaguardia di valori di rilevanza costituzionale.**

Il Collegio condivide del pari le ulteriori precisazioni di quella giurisprudenza che avverte che da tali premesse non si può tuttavia concludere che l'aspirazione al trasferimento del familiare lavoratore abbia consistenza di diritto soggettivo, trattandosi di una posizione qualificabile invece come interesse legittimo. Ed a tal fine è stato precisato che la normativa in questione riconosce agli interessati solo una preferenza nella scelta della sede lavorativa "ove compatibile con le esigenze di servizio"; condizione presente anche nella nuova formulazione dall'art. 33 della legge 104 del 1992, che appunto impone all'autorità amministrativa di decidere l'istanza di trasferimento tenendo conto delle esigenze organizzative e funzionali connesse al servizio da svolgere. **In tal modo il legislatore opera un bilanciamento fra l'esigenza di tutelare il lavoratore onerato del dovere di assistenza di un familiare disabile e quella di garantire l'efficienza della prestazione lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico o privato.**

In tale prospettiva la giurisprudenza richiamata ha evidenziato che la ratio della norma è quella di tutelare i soggetti disabili che non abbiano alcuna possibilità di assistenza all'infuori del lavoratore che richiede i benefici previsti dall'art. 33 della legge 104 del 1992; dunque, ove vi siano più persone in grado di dividere gli oneri derivanti da questo dovere di solidarietà familiare, viene meno la necessità di derogare al normale svolgimento della prestazione lavorativa. Ed anzi, al riguardo è stato ribadito che, anche dopo il venir meno del requisito della convivenza del familiare lavoratore con il disabile da assistere, è necessario che l'Amministrazione di appartenenza valuti ancor più rigorosamente l'esistenza dell'altro requisito richiesto dal citato art. 33 della legge n. 104 / 1992 , **vale a dire che sia dimostrata l'assistenza continua ed esclusiva del lavoratore che propone la domanda, soprattutto laddove nella medesima zona risiedano altri familiari idonei ad accudire la persona disabile.**

Applicando tali principi alla fattispecie in esame, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere ad esaminare l'istanza del ricorrente, superando il motivo ostativo della mancata maturazione del requisito del quadriennio nella sede di servizio illegittimamente prescritto in quanto, come sopra ricordato, **non trova adeguata base normativa nell'art. 33 della legge 104 del 1992 e contrasta con la sua ratio – e stabilirne l'applicabilità al caso di specie. A tal fine la PA avrebbe dovuto verificare, in concreto, la sussistenza delle condizioni prescritte ed in particolare quelle adottate dal ricorrente in merito all'indisponibilità di altri familiari nonché eventuali insuperabili esigenze di servizio.**

Quanto alle prime, risulta adeguatamente dimostrata dalla produzione documentale, l'impossibilità del fratello del ricorrente di apprestare la necessaria attività di assistenza all'anziana madre, in quanto vive e lavora in Provincia di Macerata; del pari incontestata l'indisponibilità della moglie, in quanto per effetto della separazione legale sono venuti meno gli obblighi di assistenza reciproca ed ai relativi familiari; quanto alla possibilità della cognata di prestare assistenza invece il ricorrente non ha precisato alcunché.

**Quanto alle esigenze di servizio, nonostante gli incumbenti istruttori con ordinanza collegiale n. 645 del 28/01/02 al fine di verificare la disponibilità di posti disponibili per il trasferimento del ricorrente, la situazione dell'effettiva capienza di organico non è ancora stata chiarita.**

Il ricorso può tuttavia essere deciso allo stato degli atti, anche alla luce del lungo tempo trascorso ed alla necessità di definire una situazione contenziosa che ha trovato un assetto solo temporaneo in virtù di una pronuncia cautelare.

A tal fine va innanzitutto rilevato che la mancanza nella sede richiesta di posti "liberi e disponibili" nella sede richiesta dal ricorrente, addotta dall'Amministrazione resistente, non trova riscontro nella documentazione agli atti, da cui invece si evince che alla data del 15.3.2001 erano previsti nella pianta organica, e disponibili per le operazioni di trasferimento da effettuare entro il 30.4.2000, 24 posti in entrata, di cui 17 per il personale originario e 7 per gli altri.

Si tratta di posti già esistenti al momento della pubblicazione dell'ordinanza sospensiva n. 870 del 5/02/01 ed è pertanto su uno di quei posti che il Commissario ad acta, nominato con ordinanza 326 del 9/04/01, avrebbe potuto disporre entro 30 gg il trasferimento del ricorrente. E non vale in senso contrario, addurre, come ha fatto l'Amministrazione nell'eseguire l'ordinanza istruttoria in parola, che alla data del 9.5.2001 la differenza forza effettiva (1160) e forza organica (1132) indicava un esubero di 28 posti. Il momento a cui bisognava far riferimento al fine di individuare i posti "liberi e disponibili" nella sede richiesta dal ricorrente è infatti quello della data di pubblicazione dell'ordinanza cautelare da eseguire (cioè alla data del 5/02/01) e non, come inteso dalla resistente, quello della pubblicazione dell'ordinanza n. 326 del 9/04/01 con cui è stata accolta l'istanza di esecuzione della predetta pronuncia cautelare. La misura cautelare è infatti dotata di immediata esecutività e quindi fa sorgere in capo alla Amministrazione soccombente l'obbligo di darvi pronta esecuzione senza necessità di attendere l'ulteriore pronuncia del giudice cautelare che, nell'ordinare l'esecuzione della stessa, non apporta alcun elemento innovativo della vincolatività nell'ordinanza da eseguire, esplicando i suoi effetti

sul piano dell'esecutorietà, essendo finalizzata ad assicurare, anche forzatamente, l'esecuzione del dictum cautelare.

D'altronde seguendo la ricostruzione operata dalla PA si additerebbe a risultati inaccettabili anche sul piano pratico in quanto si consentirebbe alla PA di ricoprire, mediante trasferimenti ordinari, i posti "liberi e disponibili" al momento in cui avrebbe dovuto, in esecuzione dell'ordinanza sospensiva, ricollocarvi il ricorrente e poi, dopo averli tutti coperti con altro personale, eccipire la mancanza di posti vacanti su cui utilizzarlo.

Per completezza va infine precisato, quanto alla circostanza della mancanza di vacanze organiche nei reparti richiesti dal ricorrente (Nucleo Operativo e Radiomobile della Compagnia di Avezzano o Tagliacozzo), che il ricorrente non aveva espresso nella domanda di trasferimento del 13.10.99 alcuna specifica preferenza al riguardo (vedi all. 6 al ricorso). Comunque, anche se così fosse, ciò non avrebbe giustificato la reiezione tout court di un'istanza che non era finalizzata a soddisfare aspirazioni a svolgere una specifica attività lavorativa, **quanto piuttosto ad un avvicinamento ad una sede di servizio che gli consentisse di prestare assistenza alla madre malata; quindi il ricorrente avrebbe dovuto quanto meno essere interpellato per acquisirne la disponibilità ad essere utilizzato in qualunque reparto nel Comune richiesto.**

In conclusione **il ricorso va pertanto accolto** nei termini sopraindicati, con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dell'atto impugnato.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali e di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) **accoglie il ricorso** in epigrafe ai sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla, per quanto di ragione, il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno **26 giugno 2013** con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Francesco Riccio, Consigliere

Floriana Rizzetto, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **03/10/2013**