

Pubblicato il 16/07/2024

N. 02740/2024 REG.PROV.CAU.
N. 04826/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 4826 del 2024, proposto da -
OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Iole Urso, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno Dipartimento Vigili del Fuoco del Soccorso Pubblico
e Difesa Civile, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli
Venezia Giulia (Sezione Prima) -OMISSIS-, resa tra le parti, con cui è stata
respinto il ricorso per l'annullamento,

previa adozione delle opportune misure cautelari:

- del decreto -OMISSIS- del 07/12/2023, notificato il 27/12/2023, con il

quale è stata rigettata l'istanza presentata dal ricorrente in data 09/05/2023, presso il Comando dei vigili del fuoco -OMISSIS-, con la quale chiedeva il trasferimento temporaneo, ex art. 33 comma 5, L.104/92, presso il Comando dei vigili del fuoco -OMISSIS-;

- del preavviso di diniego ex art. 10-bis della L. 241/90, del 7 settembre 2023, comunicato al ricorrente in data 8 settembre 2023;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale al provvedimento impugnato, ivi espressamente compresi anche eventuali altri atti e/o documenti non cognitivi;

nonché per l'esibizione e l'acquisizione in giudizio, ai sensi degli articoli 63, comma 2, 64, comma 3 e 65, comma 1 del c.p.a., delle informazioni e dei documenti, utili ai fini del decidere, che sono nella disponibilità della P.A. resistente, ed in particolare: 1) della pianta organica del personale in servizio presso il Comando Provinciale -OMISSIS- e -OMISSIS-; 2) dell'elenco delle sedi disponibili per l'assegnazione del personale di prima nomina per gli anni 2023 e 2024;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'art. 98 cod. proc. amm.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno Dipartimento Vigili del Fuoco del Soccorso Pubblico e Difesa Civile;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza del Tribunale amministrativo regionale di reiezione del ricorso di primo grado, presentata in via incidentale dalla parte appellante;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 il Cons. Enzo Bernardini e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Il Giudice di prime cure ha rigettato il ricorso, ritenendo che le motivazioni del provvedimento ministeriale sottendono *“un congruo e non irragionevole bilanciamento tra l’interesse dell’amministrazione ad una efficiente gestione del personale”*;

Il ricorrente, nell’atto in esame, reitera le doglianze formulate in primo grado, deducendo che *“è titolare dei benefici della l. n. 104 del 1992 a causa della sua posizione di referente unico del -OMISSIS- portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi della l. n. 104 del 1992, per cui la tutela dell’affidamento risulta rafforzata dalla peculiare situazione nei confronti della quale il legislatore ha approntato una speciale tutela nel superiore interesse del familiare disabile, bisognoso di accudimento. Tale specifica condizione di titolare della legge n. 104 del 1992, determinando un orientamento di favore del legislatore che si estrinseca, tra l’altro, anche nella scelta della sede di servizio più vicina alla residenza del congiunto disabile, fa sì che la decisione dell’Amministrazione avrebbe dovuto essere attentamente ponderata e chiarita sotto il profilo dell’iter motivazionale, in ragione dell’affidamento rafforzato di tali posizioni che può essere pretermesso solo per gravi ed eccezionali motivi “.* (in tal senso, Consiglio di Stato, sent. n. 08155/2023)”;

Per quanto concerne l’istanza cautelare, la parte appellante ritiene che *“per quanto attiene al fumus boni iuris, si rinvia alle suindicate considerazioni, essendo evidente l’illegittimità del rigetto dell’istanza ex art. 33 comma 5, L.104/92, con particolare riferimento al mancato rispetto del principio della corrispondenza tra preavviso di rigetto e provvedimento finale e alla palese illogicità, irragionevolezza, incongruenza, contraddittorietà e difetto di istruttoria nella motivazione addotta dall’amministrazione nell’impugnato provvedimento di rigetto. Per quanto concerne il periculum*

in mora, invece, va evidenziato che trattandosi di un bene primario di rilevanza costituzionale, quale è la tutela in favore delle persone portatrici di handicap, una eventuale tardiva definizione nel merito della vicenda rischierebbe di pregiudicare irrimediabilmente l'interesse del ricorrente. Donde, lo specifico interesse ad ottenere un pronunciamento cautelare anticipatorio, così impedendo il perfezionamento del sopracitato grave danno”.

La giurisprudenza della Sezione è costantemente orientata nel senso che il beneficio previsto dall'istituto in esame, stante la delicatezza degli interessi alla cui tutela è preposto, incontra quale unico limite l'impossibilità per l'Amministrazione di concedere il trasferimento richiesto, da intendere nel senso che la p.a. può negare il trasferimento ex art. 33, comma 5, della L. n. 104 del 1992 solo se ne conseguano effettive e ben individuate criticità per l'Amministrazione stessa, che ha però l'onere di indicarle in maniera compiuta per rendere percepibile di quali reali pregiudizi risentirebbe la sua azione. E' vero che la normativa si limita a stabilire una valutazione con criterio di priorità e non già un diritto soggettivo al trasferimento, ma la valutazione deve trovare rispondenza in un surplus di onere motivazionale che non può limitarsi alla mera rappresentazione di generici dati organizzativi, per lo più di rilevanza stereotipata (come, ad esempio, il ricorso al lavoro straordinario o generiche carenze di organico), bensì deve dare conto delle ragioni effettive di criticità che porrebbe il trasferimento del dipendente (vds., Cons. di Stato, Sezione Terza, ord. caut. n. 03562/2024).

Il beneficio dell'assegnazione della sede più vicina all'assistito di cui all'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992 *“coinvolge interessi legittimi e, di conseguenza, implica un complessivo bilanciamento fra l'interesse del*

privato e gli interessi pubblici nell'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione; ciò in considerazione 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'esercizio del potere discrezionale da parte dell'Amministrazione - e, dunque, la verifica della compatibilità del trasferimento ex art. 33, comma 5 con le esigenze generali del servizio - deve consistere in una verifica e ponderazione accurate delle esigenze funzionali, le quali devono risultare da una congrua motivazione; di modo che, per 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..." (Cons. St., Sez. II, sent. 11248/2023).

Ciò posto, esaminati gli atti di causa, con particolare riferimento alle motivazioni poste a base del provvedimento di diniego impugnato, il Collegio ritiene di dover sollecitare un riesame da parte dell'Amministrazione, alla luce dei rilievi che precedono;

Sussistono giusti motivi per compensare le spese della presente fase incidentale;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'istanza cautelare (Ricorso numero: 4826/2024), ai fini del motivato

riesame ai sensi e nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Enzo Bernardini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Enzo Bernardini

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO