

Il trasferimento del personale militare per ragioni assistenziali

di Francesco FOGGIA e Paolo DEL GIACOMO*

Alla ricerca di una definizione dei limiti al diritto al trasferimento per ragioni assistenziali dopo le modifiche apportate dal cd. Collegato lavoro (Tar Lazio - Roma, sent. 25 luglio 2013 n. 7638).

Il cd. Collegato lavoro (Legge 4 novembre 2010 n. 183) ha introdotto alcune novità in materia di tutela delle persone con minorazioni fisiche, anche attraverso una migliore modulazione dei diritti spettanti al lavoratore che presta assistenza al soggetto portatore di handicap: la novella dell'art. 33 co. 5 Legge n. 104/92, in particolare ha comportato non pochi problemi applicativi della facoltà, riconosciuta al lavoratore che assiste il soggetto disabile, di scegliere una sede di lavoro più agevole per i perseguiti fini assistenziali, soprattutto nel settore del diritto militare, laddove la peculiarità dell'impiego rende più difficoltosa l'applicazione di una regolamentazione omogenea rispetto agli altri settori del pubblico impiego. I due autori del presente contributo, anche affidandosi alle proprie diverse professionalità (il primo è, infatti, un Avvocato del libero foro, mentre il secondo è Comandante di Compagnia dell'Arma dei Carabinieri), provano a evidenziare le novità, le opportunità e le contraddizioni apportate nel sistema dalla menzionata modifica normativa.

SOMMARIO: 1.- La disciplina del trasferimento per ragioni assistenziali ex art. 33 Legge n. 104/92; 2.- Applicabilità della nuova formulazione dell'art. 33 Legge n. 104 anche al personale militare; 3.- Adeguamento della normativa in tema di trasferimenti da parte delle amministrazioni militari ed in particolare nell'Arma dei Carabinieri; 4.- Applicazione della norma e coordinamento con altre disposizioni normative in materia; 5.- Alla ricerca dei limiti applicativi del trasferimento ex art. 33 co. 5: la clausola del "ove possibile"; 6.-Conclusioni e prospettive.

1.- La disciplina del trasferimento per ragioni assistenziali ex art. 33 Legge n. 104/92.

di Francesco Foggia

La facoltà disciplinata dall'art. 33 co. 5 Legge n. 104/1992, consistente nel favorire il lavoratore che assiste un familiare portatore di handicap nella determinazione della sede di servizio, rientra in un complesso di norme volte a tutelare le persone disabili, nel senso di favorirne ed agevolare l'assistenza da parte dei propri familiari: gli stessi, invero, sono ritenuti essere, anche dal legislatore, quei soggetti più idonei a dare sostegno sia materiale sia psicologico al soggetto portatore di *handicap*.

L'affermazione appena riportata, per quanto possa sembrare evidente, costituisce in realtà un passaggio fondamentale per la corretta interpretazione di tutta la disciplina dei diritti dei disabili¹: l'interpretazione delle norme in questione, ed in particolare quella che favorisce la scelta della sede di servizio per il lavoratore

che assiste un familiare portatore di *handicap*, deve privilegiare il criterio teleologico, di modo che l'operatore del diritto non deve mai perdere di vista il fatto che tale complesso di norme non crea diritti per una particolare categoria di lavoratori (quelli, cioè, che assistono familiari in condizioni di disabilità), ma rafforza e rende concreti i diritti dei soggetti con *handicap*, in particolare quello all'assistenza. Il soggetto disabile, infatti, è un soggetto in qualche misura svantaggiato in società, per il fatto di presentare delle condizioni di salute che ne limitano le facoltà di azione e di interazione, che limitano l'autosufficienza del soggetto stesso ovvero ne condizionano le relazioni con l'esterno: è evidente, dunque, che tali categorie necessitano di ausili sia materiali sia morali, in quanto il sostegno alla condizione dell'*handicappato* non può trascurare l'aspetto psicologico e affettivo proprio del disabile.

Il menzionato necessario sostegno, peraltro, non può rimanere, nel nostro ordinamento, una necessità che deve trovare risposta unicamente nell'ambito della sfera privata, facendo affidamento sull'etica familiare e sulla cd. *affectio parentalis*, ma si eleva ad un *munus* pubblico, che deve essere accollato alla collettività, in ragione del principio, definito come di *eguaglianza sostanziale*, sancito nella Carta costituzionale e per il quale la Repubblica si impegna a rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono l'uguaglianza tra le persone e che "impediscono .. l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione .. sociale del Paese": e non vi è dubbio che fanno parte della riferita *organizzazione sociale* propria del nostro Stato la tutela della famiglia (art. 29 Cost.: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale.."), e la tutela della salute (art. 32 Cost.: "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti")².

* I paragrafi 1, 2, 5 e 6 del presente contributo sono curati dall'Avv. Francesco Foggia, mentre i paragrafi 3 e 4 sono a cura del Cap. CC Paolo Del Giacomo.

¹ La lettura fornita della norma contenuta all'art. 33 co. 5 è condivisa anche da parte della giurisprudenza più attenta al tema: per tutte, si rinvia alla pronuncia del Tar Lazio - Roma, Sez. I-*quater*, 19 ottobre 2012, n. 8702, nella quale si legge "la disposizione dell'articolo 33, comma 5, considera un valore in sé la relazione assistenziale continua ed esclusiva (nel senso chiarito) che nasce spontaneamente tra il disabile e il suo familiare o affine e come tale la riconosce e protegge, nel presupposto che tale relazione ha un contenuto emotivo e affettivo oltre che materiale".

² È da notare come i menzionati principi si ritrovino nella parte II della Costituzione Italiana, dedicata proprio ai *Rapporti etico-*

La possibilità normativamente riconosciuta al lavoratore che presta assistenza ad un familiare in condizioni di *handicap* di scegliere la sede in cui prestare servizio (nonché quella di resistere rispetto al trasferimento presso una diversa sede di lavoro), dunque, va letta proprio come un mezzo per assicurare al disabile una tutela alla salute dello stesso più effettiva ed una misura per tutelare la solidarietà familiare: la potestà in questione, come detto, è riconosciuta dal comma 5 dell'art. 33 Legge n. 104/92, la quale, nella propria formulazione originaria, consentiva al lavoratore che assiste un familiare disabile, la possibilità di scegliere la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, condizionando però detta facoltà alla verifica dei caratteri di *continuità* e di *esclusività* nell'assistenza prestata³. In un sistema normativo così composto, nel quale il lavoratore doveva dimostrare di aver sempre provveduto in prima persona ad assistere il disabile (requisito della *continuità*) e l'inesistenza di altri soggetti idonei a prestare l'assistenza in questione (requisito della *esclusività*) non mancavano le problematiche interpretative, specialmente con riferimento alla riferibilità della facoltà in questione a rapporti di assistenza da instaurarsi *ex novo*⁴.

La più recente modifica normativa alla disposizione di che trattasi ha modificato non poco la disciplina previgente: il D.Lgs. n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro), infatti, ha disposto l'abrogazione dei menzionati requisiti della continuità e dell'esclusività, con la conseguenza che oggi il lavoratore che presta assistenza ad un familiare in condizioni di *handicap* che intenda domandare l'assegnazione ad una sede di servizio più agevole, non ha più il defatigante onere di dimostrare la preesistenza e la continuità del rapporto assistenziale, nonché l'assenza di altri familiari idonei a prestare le opportune cure al disabile. Se per una parte, tuttavia, la norma ha agevolato il trasferimento per ragioni assistenziali, tuttavia, non può mancarsi di notare che per altro verso tale facoltà è stata resa più ardua, dal

momento che la norma, nella sua attuale formulazione, consente l'esercizio di tale opzione unicamente al lavoratore che già fruisce dei tre giorni di permesso mensile concessi dal comma 3 del medesimo articolo 33 per prestare assistenza al familiare disabile; peraltro, la scelta in questione (ovvero il potere di resistere al trasferimento in una diversa sede) compete solo a chi assista un soggetto portatore di *handicap* con connotazione di gravità, accertata e documentata⁵; inoltre, la possibilità di accordare il detto beneficio anche ai parenti di terzo grado è assoggettato alla verifica che *"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"*. Da ultimo, neanche è da trascurare che il Collegato lavoro ha sostituito il precedente dettato normativo disponendo che la sede di lavoro da scegliere deve essere *più vicina alla persona da assistere*, piuttosto che al *proprio domicilio*, come invece prevedeva la vecchia disposizione⁶.

Sia nella vecchia, quanto nella attuale formulazione della norma in parola, peraltro, la possibilità di scelta della sede da parte del lavoratore che assiste un familiare disabile, non assurge mai ad un diritto incondizionato facente capo allo stesso: la norma, infatti, prevede che la scelta della sede è esercitabile *"ove possibile"*, con la conseguenza che tale facoltà può legittimamente non essere accordata laddove il trasferimento del lavoratore lederebbe, in senso marcatamente negativo, le ragioni economiche ed organizzative del datore di lavoro, le quali, nel caso di datore di lavoro pubblico, devo ritenersi coincidenti con il bene comune⁷. Dunque, intanto il lavoratore pubblico avrà possibilità di vedersi accolta la domanda di trasferimento per ragioni assistenziali, in quanto tale assetto non contrasti con l'organizzazione ottimale degli uffici della p.a. al fine del perseguimento degli obiettivi e della protezione degli interessi cui la stessa è diretta⁸. Proprio, quindi, l'esistenza dell'inciso normativo in questione fa sì che la facoltà di scelta della sede, facente capo al lavoratore che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 33 co. 3 Legge n. 140/92, sia definibile come di interesse legittimo: la soddisfazione dunque della menzionata situazione soggettiva deve trovare mediazione e filtro nell'esercizio legittimo del potere da

sociali. Si rimanda, per ulteriori considerazioni sul tema a CENDON P., *Handicap e diritto*, Giappichelli, 1997.

³ L'art. 33 Legge n. 140/92 ha subito diverse modifiche legislative: la versione della norma cui si fa riferimento è quella successiva alla introduzione della Legge n. 53/2000 (confluita nel D.lgs. n. 151/01, a sua volta modificato con D.lgs. 23.04.03 n. 115/03), la quale sostituiva, ai fini del trasferimento della sede di lavoro, al requisito della convivenza tra dipendente che presti assistenza al disabile e quest'ultimo i requisiti della continuità e dell'esclusività nell'assistenza prestata.

⁴ L'opinione maggioritaria espressa sul punto dal Consiglio di Stato era negativa all'applicazione della norma di cui all'art. 33 co. 5 anche per i casi in cui la richiesta di avvicinamento per finalità assistenziali tendeva ad instaurare *ex novo* un rapporto di tale tipo: il Supremo Consesso amministrativo, riteneva, infatti, che l'art. 33, co. 5, prevedendo un'assistenza "continuativa" tendeva a garantire il mantenimento di un rapporto assistenziale già preesistente ed in atto al momento della domanda: il diritto di scelta della sede più vicina al proprio domicilio e il divieto di trasferimento ad altra sede senza consenso dell'interessato, dunque, avrebbero trovato la propria *ratio* nell'esigenza di evitare l'interruzione dell'attuale ed effettiva convivenza con negative ricadute sullo stato fisico e psichico del disabile. Conseguentemente, l'opinione generalmente seguita era nel senso che l'esercizio della facoltà riconosciuta dall'art. 33 co. 5 non spettava nel caso di instaurazione o ripristino dell'assistenza anche se interrotta proprio a causa dell'assegnazione della sede di lavoro in occasione dell'assunzione (in termini, Cons. Stato, Sez. I, 29 marzo 1999 n. 3027; Cons. Stato, Sez. III, parere del 17 ottobre 2000 n. 1623).

⁵ Già prima dell'entrata in vigore del Collegato lavoro, è da dire che la giurisprudenza, non univoca sul punto, comunque si orientava nel senso di concedere il beneficio in questione unicamente ai lavoratori che assistevano familiari portatori di *handicap* con connotazione di gravità (cfr. Tar Lazio – Roma, Sez. I, 20 febbraio 2001 n. 1313; Tar Campania – Napoli, Sez. IV, 12 gennaio 2000 n. 53).

⁶ Un pregevole esame comparativo della norma in questione è curato da SCHIAVONE R., *Permessi per assistere i disabili: le nuove istruzioni*, in *Dir. prat. lav.*, 2011, VII, p. 386 ss.

⁷ In tal senso, CASSAR S., *Permessi per l'assistenza alle persone con disabilità. Riflessioni a margine del cd. Collegato Lavoro*, in *Lav. prev. Oggi*, 2011, IV, p. 420.

⁸ Particolarmente attenta sul punto appare la pronuncia del Tar Marche, Sez. I, 9 gennaio 2013 n. 17, il quale, pur accogliendo il ricorso proposto da un maresciallo della Guardia di Finanza che chiedeva un trasferimento per assistere il padre disabile, rigetta la domanda accessoria volta all'accertamento del diritto del ricorrente alla sede di impiego più vicina alla dimora familiare, dal momento che tale scelta del singolo deve essere valutata alla luce de *"le necessità e le realtà obiettive, organizzative ed operative, dell'Amministrazione di appartenenza"*.

parte dell'amministrazione datrice di lavoro. Può, invece, ritenersi corrispondere ad un vero e proprio diritto il potere del lavoratore stesso di resistere al trasferimento in una sede che renda meno agevole il rapporto di assistenza⁹.

2.- Applicabilità della nuova formulazione dell'art. 33 Legge n. 104 anche al personale militare.

di Francesco Foggia

La formulazione della norma di cui all'art. 33 Legge n. 104/92, come modificata dal Legge n. 183/2010 ha portato problemi interpretativi anche per quanto riguarda l'applicabilità della nuova normativa al personale delle forze armate, delle forze di polizia e ai vigili del fuoco. Infatti, se da un lato il novellato art. 33 co. 5 si riferisce ai lavoratori in generale (dunque certamente comprendendovi anche le menzionate categorie, appartenenti al personale pubblico "non contrattualizzato"), tuttavia l'art. 19 Legge n. 183/10 ha riconosciuto la specificità dei compiti attribuiti alle forze di polizia, alle forze armate e a personale del Corpo dei vigili del fuoco, disponendo che il rapporto di impiego debba essere disciplinato da norme speciali.

La citata norma ha portato, successivamente alla introduzione del Collegato lavoro ad una diatriba interpretativa che ha visto protagonisti particolarmente il Tar Lazio, sede di Roma, ed il Consiglio di Stato: il primo orientato ad estendere la normativa sul trasferimento per ragioni assistenziali anche al personale delle forze armate e di polizia¹⁰; il secondo, invece, tendente ad escludere l'applicazione dei benefici in questione alle citate categorie. In particolare, il Consiglio di Stato, valorizzando la portata normativa del disposto di cui all'art. 19 citato, riteneva che il trasferimento per ragioni assistenziali, per ciò che riguarda le forze armate e di polizia, nonché i vigili del fuoco, dovesse ricevere successiva disciplina normativa da parte del legislatore e che, nell'attesa che quest'ultimo provvedesse a colmare la lacuna normativa, si dovesse continuare ad applicare a tali categorie di personale la vecchia formulazione dell'art. 33 co. 5 Legge n. 140/92 (continuando, quindi, ad accertare i requisiti della continuità ed esclusività nell'assistenza al disabile)¹¹. Dall'opinione fornita dal Consiglio di Stato, dunque, risultava con evidenza la disparità di trattamento all'interno del personale pubblico quanto all'applicabilità della nuova formulazione della norma regolatrice del trasferimento per finalità assistenziali: per la maggior parte del

⁹ In tal senso, SCHIAVONE R., *Assistenza ai disabili e certificazione di malattia*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, ILVI, p. 2700; nel campo del rapporto di impiego contrattualizzato, è interessante l'opinione per la quale la scelta alla sede di lavoro, ex art. 33 co. 5, è tutelabile come "aspettativa qualificata" (in termini, ASSENNATO S., *Diritto, aspettativa o potenzialità nella tutela del lavoro dei disabili*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2006, III, p. 555 - 557).

¹⁰ Cfr. Tar Lazio, Sez. I-quater, 7 ottobre 2011, n. 7818; Id., 23 giugno 2011, n. 5581.

¹¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2012 n. 66, nella quale il giudice amministrativo di appello, in riforma dell'impugnata pronuncia del Tar Lazio, stabiliva che "la nuova disciplina potrà trovare applicazione per il personale appartenente alle forze armate, alle forze di polizia, nella quale rientra la polizia penitenziaria, al corpo nazionale dei vigili del fuoco solo quando verranno emanati gli appositi provvedimenti previsti dall'art. 19 della richiamata legge", conforme anche Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8530.

personale rientrante in tale categorie, infatti, vigeva un regime nuovo e più "largheggiante", mentre per alcune categorie, espressamente nominate, continuava ad avere vigore il testo abrogato della norma¹².

L'opinabile interpretazione portata avanti dai giudici di Palazzo Spada, pur sostenuta per circa due anni, era timidamente oggetto di revisione con una pronuncia dell'inizio del 2012¹³ e, poi, definitivamente modificata con la più nota sentenza n. 4047 del 9 luglio 2012, con la quale il Consiglio di Stato chiariva che l'art. 19 Legge n. 183/2010 se afferma la specificità del lavoro delle forze armate, di polizia e dei vigili del fuoco e dichiara la volontà del legislatore di valorizzare la specialità in questione mediante la promulgazione di normative idonee, tuttavia, non può inficiare l'applicabilità delle norme di cui alla Legge n. 104/92 anche a tali categorie di personale e ciò per ragioni interpretative di ordine letterale e sistematico: innanzitutto, dunque, per il fatto che la norma di cui all'art. 19 non prevede la sopravvivenza della precedente formulazione normativa per particolari categorie di personale; ed in secondo luogo, in quanto tale norma si trova situata, all'interno della Legge n. 183, in un contesto dedicato a particolari tipologie di rapporti di impiego (lavori usuranti, lavoro *part-time*, lavoro sommerso) che non possono inficiare l'applicazione omogenea della disciplina contenuta al successivo art. 24 (attuativo della novella della Legge n. 140/92), riferita ai diritti dei disabili¹⁴.

A ben vedere, inoltre, il precedente orientamento poteva apparire fallace anche in considerazione di un ulteriore argomento, che fonda le proprie radici proprio nel Codice dell'ordinamento militare (D.Lgs. n. 66/2010): tale testo normativo, invero, è stato ritenuto "declina[re] il principio di autosufficienza dell'ordinamento militare.. perseguito sia direttamente, attraverso la raccolta del maggior numero di norme al proprio interno e l'abrogazione di quelle estranee, sia indirettamente, mediante il richiamo a ben individuate

¹² Il sistema così delineatosi portava all'assurdo giuridico per il quale l'opinione del massimo consesso di giustizia amministrativa determinava surrettiziamente l'ultrattività di una norma di cui il legislatore aveva previsto l'abrogazione tacita, mediante l'introduzione della novella legislativa. Sembra che tale interpretazione non potesse considerarsi sostenibile in assenza di una espressa previsione normativa all'interno della Legge n. 183/10 che prevedesse la sopravvivenza della precedente formulazione normativa per determinate categorie di personale. Per rilievi critici, si rinvia alla nota di RICCI G. riferita a Tar Lazio, Sez. I-quater, sentenza 7 ottobre 2011, n. 7818, in *Foro It.*, III, p. 65 ss.

¹³ Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2012, n. 1293, in *Foro It.*, III, p. 191 ss.

¹⁴ L'incertezza che ha caratterizzato le decisioni del Consiglio di Stato è ben cristallizzata anche nella recente pronuncia del 18 aprile 2013, n. 2162, nella quale è ammesso, a chiare lettere, che "dopo alcune oscillazioni interpretative, il Consiglio di Stato, a seguito di una più approfondita riflessione, è ormai costante nell'affermare che, dall'esame del sistema normativo, non emergono ragioni sufficienti a giustificare l'inoperatività relativa dell'art. 24 nel cui contesto la norma è inserita, non fosse altro perché essa non contiene nessuna disposizione a esplicito e specifico carattere inibitorio, presentandosi piuttosto all'interprete come un autonomo articolato, fondante in nuce le basi del futuro assetto di una organica e speciale disciplina del rapporto di impiego delle Forze armate, di polizia e dei Vigili del Fuoco. In conclusione, ragioni testuali e sistematiche inducono a considerare la novella dell'art. 24 applicabile a tutto il personale dipendente, senza eccezioni".



fonti esterne¹⁵: ebbene, tra le fonti richiamate dal Codice di ordinamento militare vi è proprio la Legge n. 104/92, con riferimento, *inter alios*, al trasferimento previsto dall'art. 33 co. 5 (vd. art. 981 co. 1 lett. b D.Lgs. n. 66/2010). Il richiamo espresso a tale fonte normativa non poteva, invero, consentire la non applicabilità al personale militare della novella normativa apportata dalla Legge n. 183/10: il carattere chiaramente dinamico del rinvio in quella sede previsto non consente di riferire al personale militare una disciplina diversa rispetto a quella definita dal vigente disposto normativo di cui alla norma richiamata¹⁶.

3.- Adeguamento della normativa in tema di trasferimenti da parte delle amministrazioni militari.

di Paolo Del Giacomo

La novella normativa introdotta dalla Legge n. 183/2010, unitamente agli orientamenti giurisprudenziali innanzi ampiamente delineati, hanno necessariamente comportato, da parte delle FF.AA., un immediato adeguamento della disciplina che presiede non solo alla valutazione dei trasferimenti su istanza dell'interessato, ma anche alla concessione dei permessi mensili previsti dalla specifica normativa. L'incidenza sulla stessa natura giuridica del trasferimento quale provvedimento amministrativo risulta in effetti elevatissima proprio nell'ambito qui trattato, laddove nelle FF.AA. l'imprescindibile ricorso a questo strumento per perseguire l'efficienza e funzionalità della Difesa ha spesso trovato nella giurisprudenza di settore un valido baluardo per attenuare la portata del concorrente interesse individuale rispetto al principale interesse pubblico perseguito. Ed in effetti, in premessa, si rende necessario un breve richiamo circa la natura giuridica del trasferimento ed un'analisi di quali siano stati, eventualmente, gli effetti su di essa delle indicate novità normative.

Il trasferimento, inteso quale logico succedersi di valutazioni orientate all'adozione di un provvedimento finalizzato all'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione che ricerchi quale suo interesse specifico la funzionalità ed efficienza delle Forze Armate, si origina ovviamente da un complesso di presupposti che la medesima amministrazione pone a fondamento dell' *iter* decisionale. Tale percorso, che consta ovviamente delle fasi dettate dall'individuazione della *carezza organica* da soddisfare, della *scelta* tramite comparazione del personale da preporre alla specifica *mansione/posizione d'impiego* sorta, nell'ottica di destinare la risorsa umana che, il più obiettivamente possibile, sia attagliata all'incarico da ricoprire (anche

tenendo presente come quest'ultimo possa condizionarne o stimolarne il progressivo sviluppo professionale con ulteriore beneficio della P.A.), si compone non solo di tali interessi pubblici primari ma anche del contemperamento con l'interesse individuale al trasferimento (oppure ad evitare il trasferimento) che, laddove compatibili con l'interesse primario, potranno essere presi in considerazione per giungere all'adozione del provvedimento definitivo. Sembra inoltre potersi aggiungere che, per taluni aspetti, l'interesse di parte al trasferimento concorra con l'interesse primario, specie laddove, in una prospettiva di corretta gestione del personale, la gratificazione e la disponibilità derivanti dall'occupare una determinata posizione d'impiego anziché un'altra siano suscettibili di immediati riflessi sul rendimento della risorsa umana, così compenetrando l'interesse pubblico all'efficienza dell'amministrazione.

Premesso quanto sopra si evidenzia, a proposito della natura giuridica del trasferimento, la delicatezza assunta per lo più dal provvedimento finale: quivi infatti si rinviene la problematica predominante in materia, a fronte di un orientamento giurisprudenziale prevalente¹⁷ che ritiene il trasferimento inquadrato a pieno titolo tra gli *ordini gerarchici militari*. Ciò comporta, quali dirette conseguenze, il sorgere di notevoli perplessità: solo per citare quelle che in questa sede assumono maggiore rilievo il trasferimento, alla luce di tale orientamento maggioritario, non sarebbe opponibile¹⁸, *per cui il militare, tutelato dalle sole norme sull'esecuzione dell'ordine, non potrebbe opporre situazioni soggettive giuridicamente rilevanti*.

Appare chiaro allora che, di fronte ai recenti arresti giurisprudenziali in commento, la natura giuridica del trasferimento per come emersa dai consolidati precedenti orientamenti appare stravolta, almeno quando si sia in presenza di diritti insorti in virtù dell'assistenza prestata a soggetti portatori di *handicap* grave: il diritto al trasferimento, *ove possibile*, nella sede di servizio più vicina all'assistito pare infatti in netta antitesi con la concezione del trasferimento quale procedimento orientato a perseguire anzitutto un interesse pubblico. Nel caso peculiare anzi il procedimento si attiverebbe su istanza di parte e sarebbe finalizzato a soddisfare un interesse soggettivo. Nel senso, dunque, sarebbe quasi l'interesse pubblico a concorrere rispetto al prevalente interesse soggettivo, con un'inversione delle relazioni tra i due nel senso che l'interesse pubblico inciderebbe più che altro sulle modalità attraverso cui soddisfare quello soggettivo. Sembrirebbe anzi addirittura scomparire, nel caso di specie, l'interesse pubblico sopra richiamato a ricercare, attraverso il trasferimento, l'efficienza dell'amministrazione della Difesa, laddove non si consideri che l'efficace collocazione della singola risorsa umana affinché sia nelle condizioni di prestare al meglio il suo servizio non sia, già *in re ipsa*, una modalità attraverso cui ricercare l'interesse pubblico alla funzionalità istituzionale.

¹⁵ Le osservazioni riportate in corsivo sono di POLI V., *Le ragioni ed il significato della codificazione nell'ordinamento militare*, *Giur. Amm.*, 2011, IV, p. 5 ss.

¹⁶ Sul carattere dinamico del rinvio contenuto all'art. 981 co. 1 Codice dell'ordinamento militare, può farsi notare che tale qualificazione, che consente, dunque, l'aggiornamento della disciplina richiamata, può ancorarsi all'inciso stesso della lettera b dell'art. 981, il quale dispone letteralmente che *"al personale militare, compatibilmente con il proprio stato, continuano ad applicarsi le seguenti norme: ..b) articolo 33 comma 5 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, e successive modificazioni"*: tale clausola è invero riferita tipicamente ai rinvii dinamici, proprio perché espressamente richiama alla disciplina dettata da una norma esterna ancorandola al testo così come si prevede che possa essere successivamente novellato (cfr. Corte Cost. sent. 14 dicembre 1984 n. 292).

¹⁷ Vds. Tar Calabria – Catanzaro, sez. I, sent. 2 aprile 2004, n. 883; Cons. Stato, sez. IV, dec. 22 marzo 2005, n. 1222; Cons. Stato, sez. IV, dec. 5 luglio 2002, n. 3693, a riguardo della quale vds. anche nota di CREPALDI G., *La motivazione dell'ordine militare di trasferimento*, in *Foro amm. CDS*, n. 12/2002, 3191.

¹⁸ Cfr. Tar Piemonte, sez. I, sent. 29 marzo 2004, n. 534.

L'emergere di una tale inusitata prospettiva è suscettibile di riflettersi sull'orientamento giurisprudenziale maggioritario che nega al militare diritti o interessi legittimi nella partecipazione al procedimento per definire un trasferimento? Il tema, di notevole interesse, sembra a chi scrive sufficientemente ampio da meritare, al di là di questo spunto di riflessione, un'autonoma separata trattazione.

4.- Applicazione della norma e coordinamento con altre disposizioni normative in materia, specialmente proprie all'Arma dei Carabinieri.

di Paolo Del Giacomo

Nell'ambito delle FF.AA. e con specifico riferimento all'Arma dei Carabinieri, le recenti opinioni espresse dal Tar Lazio, prima, e dal Consiglio di Stato, successivamente, sembrano aver trovato immediata puntuale applicazione¹⁹, riverberandosi sui rapporti con tutta un serie di disposizioni sui trasferimenti che, già operanti e previste dal Regolamento Generale dell'Arma dei Carabinieri²⁰, sono state anche richiamate, aggiornate e riorganizzate nel Codice dell'Ordinamento Militare²¹ e nel Testo Unico Regolamentare dell'Ordinamento Militare²². Appare utile, di fronte alla normativa esistente, verificare quale impatto abbia avuto la novità introdotta dalla recente pronuncia.

Partendo dunque dalla comparazione tra quanto derivante dalla fonte regolamentare (per l'appunto l'R.G.A.) e quanto derivante dal nuovo orientamento giurisprudenziale è anzitutto opportuno chiarire che, per come formulato, l'art. 398 R.G.A. già consentiva all'Arma dei Carabinieri di adottare "per fondati e comprovati motivi" espressi dall'istante un trasferimento a questi gradito e idoneo a soddisfarne le eccezionali e personali esigenze, sempre nell'ottica di un'oculata politica di impiego del personale volta a definirne la posizione d'impiego in armonia con le necessità individuali, qualora degne di considerazione e tali da concorrere con le preminenti esigenze di organico e di servizio. La previsione regolamentare, però, si limita ad esprimere una possibilità: non stabilisce infatti che l'istanza di parte debba necessariamente trovare accoglimento né, tantomeno, che l'eventuale sede debba coincidere con quella specificamente indicata dall'istante.

In effetti, nella prassi, sarà l'istante ad indicare almeno tre utili alternative al fine, per lo meno, di orientare l'eventuale fase istruttoria condotta dall'Amministrazione, che non sarà comunque vincolata alle sedi indicate dall'istante nel formulare le sue successive proposte a questi indirizzate o nell'adottare le sue determinazioni definitive.

Da questo punto di vista il diritto al trasferimento "ove possibile" alla sede più vicina all'assistito contribuisce a specificare il contenuto dell'art. 398 R.G.A.: in tal senso non figurando allo stato una procedura autonoma ed esclusiva per istanze ai sensi dell'art. 33 L.n. 104/92, l'istanza che, tra le altre o in via esclusiva, rechi quali

fondamento l'assistenza a portatore di handicap grave, potrà sicuramente essere redatta *sub specie* di istanza ai sensi del 398 R.G.A., fermo restando, a tal punto, l'obbligo per l'Amministrazione di accogliere l'istanza così motivata, peraltro aderendo alla scelta della sede indicata dall'istante con il solo limite dell'"*ove possibile*". Allo stesso modo un'istanza formulata ai sensi dell'art. 398 R.G.A. che rechi in sé il carattere assistenziale definito dalla normativa in esame vedrebbe ulteriormente rinforzato il suo contenuto a beneficio delle richieste dell'istante.

Resta a questo punto da verificare quale possa essere il contenuto dell'"*ove possibile*", anche per trattare, di seguito, il contenuto dell'obbligo di motivazione che grava in capo all'Amministrazione nell'adozione del suo provvedimento definitivo. Definito l'inciso quale uno dei presupposti di natura oggettiva, preliminarmente inteso quale effettiva esistenza e vacanza della posizione organica presso cui l'interessato abbia richiesto il trasferimento, rilevano poi una serie di limiti soggettivi che vanno ad integrarne e specificarne il contenuto, attesa anche l'ampia discrezionalità che la formulazione comunque sembra conservare alle valutazioni dell'Amministrazione, tanto più in riferimento all'Arma dei Carabinieri, gravata da peculiari obblighi in relazione all'impiego del proprio personale. Anzitutto il primo limite è ravvisabile, sebbene esclusivamente per l'Arma dei Carabinieri, nell'art. 238 T.U.R.O.M. c. 1°, laddove esclusivamente all'appartenente all'Arma dei Carabinieri, nella specifica previsione normativa, è interdetto il trasferimento in sedi in cui "sussistano obiettive situazioni di incompatibilità che possano condizionarne l'imparzialità nell'espletamento dei propri compiti e nuocere al prestigio dell'Istituzione": tale previsione conferisce sicuramente all'Amministrazione l'esercizio di una valutazione prognostica e, pare, più discrezionale, ancor più in considerazione dell'originaria formulazione della norma, novellata dal D.P.R. n. 40 del 24 febbraio 2012²³, che in principio prevedeva l'impossibilità di prestare servizio "nelle sedi in cui sussistono accertate situazioni di incompatibilità ambientale che ne condizionano l'imparzialità nell'espletamento dei propri compiti o possono nuocere al prestigio dell'Istituzione". In secondo luogo all'appartenente all'Arma resta precluso dalla stessa norma il trasferimento alla Stazione (Carabinieri, n.d.r.) nella cui giurisdizione ricada il territorio ove il militare abbia stabilmente dimorato prima dell'arruolamento. In tal senso dunque, resterebbe comunque preclusa, quantomeno all'appartenente all'Arma dei Carabinieri, la possibilità di indicare quale sede più vicina alla persona da assistere quella gravata da impedimenti valutabili alla stregua della disposizione normativa *de quo ante* o quella comunque coincidente con il proprio comune/quartiere d'origine. Sembra dunque quindi impregiudicata la salvaguardia dell'interesse primario all'efficienza ed imparzialità dell'Amministrazione rispetto al diritto soggettivo dell'istante.

Ulteriore vincolo che l'Amministrazione dovrà considerare nel contemperare l'istanza individuale in argomento con la vigente normativa incidente

¹⁹ Circ. n. 51/131-2-1992 datata 10 dicembre 2012 del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri – SM – Ufficio Legislazione datato 10 dicembre 2012.

²⁰ approvato con R.D. del 24 dicembre 2011.

²¹ D. Lgs. n. 66/2010.

²² D.P.R. 15 marzo 2013 n. 90.

²³ Regolamento recante modifiche ed integrazioni al D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 "Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare", a norma dell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246.

sull'impiego del personale dell'Arma deriva dall'osservanza dell'art. 979 C.O.M., che prevede per la categoria dei sottufficiali, sebbene solo *preferibilmente*, che i marescialli in uscita dai corsi di formazione siano destinati a Stazione per almeno un biennio. Tale vincolo, che incide peraltro solo su una categoria di personale, appare lieve e superabile per la stessa formulazione della norma, dall'Amministrazione che debba tener presente le concorrenti prospettate esigenze assistenziali del maresciallo: eppure sembra allo scrivente che, grazie alla stessa struttura organizzativa *diffusa* dell'Arma dei Carabinieri, possano essere soddisfatti in concomitanza il disposto dell'art. 979 e la necessità di un'assegnazione o trasferimento alla sede di servizio più vicina all'assistito, considerata in particolare la presenza delle Stazioni, unità organizzativa *base* dell'Amministrazione, fino ai più piccoli centri urbani del territorio nazionale, situazione che almeno in astratto agevola l'Arma, più delle altre AA.PP., nel contemperare la tutela della sua politica d'impiego del personale con la ricerca della sede più vicina all'assistito. Gli ulteriori vincoli suscettibili di riflettersi sull'applicazione concreta della norma in parola attengono, prevalentemente per i ruoli degli ufficiali, all'adempimento dei periodi minimi di comando previsti per l'avanzamento: in tal senso un'eventuale rinuncia dell'interessato al loro espletamento laddove non vi siano posizioni utili nelle sedi richieste, traducendosi direttamente a suo danno, porrebbe comunque l'Amministrazione in condizione di adottare il trasferimento per motivi assistenziali pur in assenza di una posizione d'impiego utile a conciliare le due esigenze concorrenti.

5.- Alla ricerca dei limiti applicativi del trasferimento ex art. 33 co. 5: la clausola dell'“*ove possibile*”.

di Francesco Foggia

Come ben può notarsi dalle superiori considerazioni, il nodo cruciale che resta attuale all'interno del panorama interpretativo così come consolidatosi all'indomani della pronuncia del Consiglio di Stato n. 4047 del 9 luglio 2012, si incentra sulla definizione dei limiti della clausola normativa dell'“*ove possibile*”, che appare come l'unico limite alla possibilità accordata al lavoratore che assiste il disabile rispetto alla scelta della sede di servizio, in senso utile ad agevolarne l'assistenza. Già la casistica tracciata al paragrafo precedente aiuta ad avere un quadro chiaro dell'incidenza pratica di tale clausola e faciliterà la comprensione fornita dall'interpretazione data al problema dalla sentenza in commento del Tar capitolino²⁴.

In effetti, la problematica in questione è assolutamente centrale rispetto all'applicabilità in concreto della norma, in quanto un'interpretazione tesa a dilatare i confini della clausola dell'“*ove possibile*”, potrebbe sortire l'effetto di rendere piuttosto ardua la concessione del beneficio: almeno non meno di quanto già non accadeva sotto la vigenza della precedente formulazione normativa. Giustappunto nella pronuncia

in commento, il Tar Lazio sembra far tornare surrettiziamente in vigore il requisito della esclusività dell'assistenza come parametro di valutazione delle istanze formulate dal personale militare ex art. 33 co. 5 Legge n. 140/92: il Tar, infatti, valorizza l'inciso normativo in commento, facendolo assurgere a criterio di bilanciamento tra l'interesse all'efficiente organizzazione del lavoro in seno all'amministrazione e l'opposto interesse del soggetto portatore di *handicap* a ricevere assistenza dal familiare. Nell'esercizio di tale interpretazione, il Tribunale romano ritiene che solo la obiettiva *necessità* del soggetto portatore di *handicap* di ricevere assistenza può determinare, nel bilanciamento tra le opposte esigenze, la deroga agli ordinari criteri che disciplinano i trasferimenti della categoria del personale militare: la *necessità* in questione, in effetti verrebbe meno, secondo quanto si può leggere nella pronuncia in commento, allorché il disabile possa essere assistito anche da altro familiare che risieda nella stessa zona²⁵.

Ad una prima lettura della pronuncia sembra che il Tribunale romano faccia entrare dalla finestra ciò che era uscito dalla porta: ossia, che determini la reintroduzione, per via interpretativa, anziché normativa, del requisito della esclusività dell'assistenza prestata al soggetto portatore di *handicap*. Risulta chiaro come non possa avallarsi tale opinione nel caso che determini la surrettizia reviviscenza della disposizione abrogata di legge: deve allora ricercarsi nel testo attuale della disposizione se sussistono dei riferimenti positivi che consentano di comprendere meglio la posizione espressa dal Tar capitolino.

In realtà, va notato che, ad opinione di chi scrive, non può ricondursi alla clausola dell'“*ove possibile*”, la volontà presunta del legislatore di concedere il beneficio della sede di lavoro più agevole ad assistere il disabile solo allorché il lavoratore sia l'unico soggetto in grado di prendersi cura del portatore di *handicap*: il senso logico dell'inciso normativo, invero, sembra riferire il limite alla possibilità di accordare la scelta della sede alle esigenze organizzative della p.a., in un'ottica di efficienza della gestione del personale²⁶.

²⁵ Testualmente, nella pronuncia in commento, il Tar capitolino argomenta nel senso che si espone: “*viene richiamata la ratio della norma di tutelare i soggetti portatori di handicap privi di possibilità alternative di assistenza rispetto al lavoratore assistente che, appunto, giustifica la deroga al normale svolgimento della prestazione lavorativa ed ai criteri ordinari che disciplinano i trasferimenti della categoria di personale di appartenenza; con la conseguenza che la causa giustificativa di tale regime derogatorio viene meno nel caso in cui nella medesima zona risiedano altri familiari idonei ad accudire la persona disabile. Sicché, anche a seguito delle modifiche normative intervenute, per usufruire del diritto al trasferimento nella sede più vicina alla residenza del familiare da assistere, il dipendente deve dare prova, con dati e elementi oggettivi, della necessità di dover prestare assistenza al familiare disabile e che nessun altro familiare sia in grado o possa assicurare tale assistenza, fatte salve le irrinunciabili esigenze organizzative e funzionali dell'Amministrazione*” (Tar Lazio – Roma, Sez. I-bis, 25 luglio 2013, n. 7638).

²⁶ La giurisprudenza amministrativa ha già definito che il limite normativo all'accoglimento delle domande di trasferimento motivate da finalità assistenziali può essere soddisfatta purché la stessa non si ponga in contrasto “con specifiche esigenze funzionali dell'Amministrazione di appartenenza, dovendo assumere rilievo, con riferimento alle Forze Armate ed ai corpi di Polizia, possibili situazioni di deficit di organico di particolari sedi o reparti ovvero le necessità operative che impongono un obbligato

²⁴ Il caso esaminato con la pronuncia in commento si riferisce al giudizio circa la legittimità del rigetto espresso dall'amministrazione rispetto alla domanda di trasferimento formulata da un Maresciallo dell'Arma dei Carabinieri, tesa all'avvicinamento ai genitori, separati ed entrambi portatori di *handicap*.

Tuttavia, d'altra parte, deve osservarsi che il comma 5 dell'art. 33 Legge n. 104/92 accorda la possibilità della scelta della sede di lavoro unicamente al "lavoratore di cui al comma 3": tale soggetto, invero, è dal comma in questione indicato come quel "lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità", il quale "ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa". Lo stesso comma 3, richiamato dal successivo comma 5, stabilisce, con chiara prescrizione, che "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": la legge, dunque, individua per ciascun disabile quello che è stato definito come il "referente unico"²⁷, il quale solo fruisce di una serie di agevolazioni, anche sull'organizzazione del proprio lavoro, funzionali a rendere effettiva l'assistenza da questi prestata al disabile.

Dalla lettura combinata dei commi 3 e 5 dell'art. 33, dunque, emerge che effettivamente il diritto alla scelta della sede più vicina al disabile da assistere possa essere accordata unicamente al *referente unico*, ossia a chi, assistendo il familiare portatore di *handicap*, fruisce in via esclusiva dei permessi mensili e di ogni altro beneficio accordato dalla legge a tutela della persona disabile. Potrebbe, dunque, apparire che il requisito dell'esclusività torni a giocare un ruolo determinante nella decisione sull'accoglimento della istanza di trasferimento per ragioni assistenziali, secondo la previsione del comma 3 dell'art. 33 che impone l'impossibilità di accordare i benefici di cui alla Legge n. 104/92 a più di un lavoratore dipendente. Così ritenendo, dovrebbe quindi concludersi che l'abrogazione del requisito della esclusività sia stata solo apparente.

Tuttavia, sembra a chi scrive che tale argomento, benché indubbiamente possa suscitare qualche suggestione, non sia da condividere nel senso da ritenere che il legislatore non abbia inteso abrogare il criterio della esclusività prevista dalla precedente formulazione normativa. Infatti, la stessa Circolare emanata dall'INPS n. 155 del 3 dicembre 2010, stabilisce con chiarezza, in più punti, che "oltre al requisito della convivenza, già eliminato dall'art. 20 della suddetta legge 53/2000, anche la "continuità" e l'"esclusività" dell'assistenza, non sono più elementi essenziali ai fini del godimento dei permessi di cui all'art. 33 della legge 104/92". Deve, dunque, condursi uno sforzo interpretativo ulteriore al fine di comprendere il criterio di armonizzazione delle norme contenute ai commi 3 e 5 dell'art. 33, nel senso più favorevole allo spirito della nuova normativa.

Ebbene, valga notare che, se è vero che il beneficio del trasferimento del lavoratore nel senso più agevole alle finalità assistenziali del parente portatore di *handicap*, possa essere concesso solo allorché tale lavoratore è individuabile dalla legge come *referente unico* del disabile, tuttavia ciò non impone che il *referente unico*

debba prestare assistenza al disabile in via esclusiva: la legge, infatti, prevede unicamente che il *referente unico* sia l'unico possibile destinatario dei benefici previsti dalla legge per l'assistenza al disabile, ma non richiede che l'assistenza da questi prestata non possa affiancarsi a quella fornita anche da altri parenti o amici, i quali, pur tuttavia, non fruiscono delle agevolazioni di cui alla Legge n. 104/92.

La disciplina del *referente unico*, peraltro, non confligge neanche con l'abrogazione del criterio della *continuità* dell'assistenza, parimenti richiesta dalla previgente normativa: infatti, la legge non impone che il *referente unico* resti sempre lo stesso lavoratore, durante tutto il periodo di assistenza del portatore di *handicap*, non dovendosi escludere che tale figura possa cambiare nel tempo²⁸.

Conformemente, dunque, allo spirito della nuova formulazione normativa, i limiti di applicazione del beneficio della scelta della sede di servizio, vanno temperati unicamente con le esigenze tecniche e organizzative del corpo di appartenenza dell'operatore di polizia o delle forze armate o appartenente al corpo nazionale dei vigili del fuoco: questo sembra, allo stato, l'unico significato attribuibile all'inciso "ove possibile", contenuto al comma 5 dell'art. 33.

Peraltro, trattandosi di clausola aperta, la possibilità di operare il trasferimento per ragioni assistenziali va rimessa, in concreto, ad una valutazione tecnico-discrezionale della p.a., sindacabile in sede giurisdizionale unicamente sotto il profilo della sufficienza della motivazione: appare a chi scrive, infatti, che il temperamento delle due opposte esigenze facenti capo all'amministrazione e al dipendente, unitamente al dato che il trasferimento ex art. 33 co. 5 costituisce una deroga al regime ordinario dei trasferimenti, imponga una congrua motivazione che dia contezza dell'*iter* logico-valutativo compiuto dall'amministrazione²⁹. Se, al contrario, si ritenesse che il rigetto dell'istanza di trasferimento per finalità assistenziali non necessiti di una congrua motivazione si giungerebbe a svuotare la possibilità in concreto per i dipendenti pubblici di fruire del beneficio in questione, subordinando il trasferimento ad una decisione unilateralmente potestativa dell'amministrazione.

6.- Conclusioni e prospettive.

di Francesco Foggia

Come evincibile da quanto sopra espresso, la disciplina del trasferimento del personale militare per ragioni assistenziali resta una materia non ancora sufficientemente definita nei suoi contorni: per quanto, infatti, la giurisprudenza amministrativa sembra consolidarsi nell'opinione di ritenere l'art. 33 co. 5 Legge n. 104/92 applicabile anche al personale delle

utilizzo in alcune sedi di personale in possesso di particolari specializzazioni" (Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2011, n. 5725)

²⁷ Sulla descrizione della figura del *referente unico*, si rinvia alla risposta ad Interpello fornita dal Ministero del Lavoro del 9 agosto 2011 n. 32, in *Dir. Prat. Lav.*, 2011, p. 36 ss., con nota di GHEIDO M.R. e CASOTTI A.

²⁸ Con la risposta ad interpello n. 32 del 9 agosto 2011, il Ministero del Lavoro chiarisce che è possibile identificare un nuovo *referente unico* semplicemente presentando una nuova istanza ai sensi dell'art. 33 Legge n. 104/92. Per approfondimenti sulla risposta ad interpello citata, si rinvia alla nota precedente.

²⁹ In questo senso, sembra molto lucidamente esprimersi Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2012 n. 1293, laddove dispone che "la P.A., nel valutare le istanze proposte per l'assistenza ai familiari è tenuta ad attuare le disposizioni in materia in modo da non vanificare la tutela offerta dal legislatore ai soggetti portatori di *handicap* e quindi, anche ai fini di non prestarsi a eventuali abusi, a effettuare una rigorosa, oggettiva, chiara e concreta istruttoria predisponendo tutti gli accertamenti necessari".

forze armate, di polizia e al personale appartenente al corpo nazionale dei vigili del fuoco, tuttavia, restano aperte le questioni concernenti la latitudine della tutela di tale diritto e l'applicabilità della norma a fattispecie che presentano determinate peculiarità.

Peraltro, al di là delle questioni interpretative, deve porsi l'accento sul dato che la disciplina come tracciata anche nel presente contributo e risultante in larga parte dall'interpretazione giurisprudenziale, è considerata dalla stessa giurisprudenza amministrativa (e, in particolare, dal Consiglio di Stato), come una disciplina provvisoria, vigente nell'attesa che il legislatore provveda a tradurre in atto il disposto dell'art. 19 Legge n. 183/10 e, dunque, a definire una disciplina dei trasferimenti per ragioni assistenziali peculiare per il personale militare³⁰.

Ebbene, se un intervento normativo in tale direzione potrebbe certamente agevolare l'applicazione di una disciplina univoca a tutto il personale militare, che quindi non soffra delle incertezze interpretative manifestate sul punto dalla giurisprudenza amministrativa, tuttavia, non sembra a chi scrive che tale adeguamento normativo rappresenti una necessità: a parte, infatti, il rilievo per il quale una sovrabbondanza di produzione normativa non è un carattere che aiuta sempre la certezza e l'uniformità applicativa del diritto, è da notarsi che un'analisi non superficiale del testo normativo come ad oggi formato è già in grado di offrire una disciplina adeguata della materia.

È da notare, infatti, che il principale elemento che stimola l'opinione secondo la quale il legislatore dovrebbe attuare una disciplina peculiare per il personale delle forze armate, delle forze di polizia e dei vigili del fuoco, è costituito dall'art. 19 Legge n. 183/2010, il quale si limita ad affermare, con prescrizione di principio, la peculiarità dell'impiego svolto dal personale impiegato nei sopra citati settori, in considerazione della quale il legislatore si impegna ad emanare normative apposite che ne valorizzino la specificità rispetto agli altri settori del pubblico impiego. Mette conto esprimere sul punto un duplice ordine di rilievi: innanzitutto, si osserva che l'art. 19 citato, nel richiamare la specificità di tale settore e nel concludere l'impegno del legislatore a disporre una disciplina che ne valorizzi le peculiarità, fa specifico riferimento alla *"definizione degli ordinamenti, delle carriere e dei contenuti del rapporto di impiego e della tutela economica, pensionistica e previdenziale"* e, dunque, non attiene anche alla disciplina dei rapporti assistenziali (tra i quali rientra, senza ombra di dubbio, l'assistenza ai familiari portatori di *handicap*); in secondo luogo, come già più sopra messo in luce, la disciplina tracciata dall'art. 33 co. 5 Legge n. 104/92 è già espressamente richiamata, mediante rinvio dinamico, dal Codice dell'ordinamento militare, per cui sembra chiara l'intenzione del legislatore di regolare la materia dei trasferimenti per finalità assistenziali, con

riguardo al personale delle forze armate, in modo analogo a quello previsto per gli altri pubblici impiegati. Con quanto opinato, invero, non si intende negare la specialità del servizio prestato da particolari categorie di lavoratori, quali quelli che prestano servizio nelle forze armate o di polizia o nel corpo nazionale dei vigili del fuoco: anzi, si è messa già sopra in evidenza il carattere di eccezionalità che assume il trasferimento ex art. 33 co. 5 Legge n. 104/92, nell'ambito della normativa che sovrintende ai trasferimenti nei corpi ad ordinamento militare. Il carattere di specialità degli impieghi in questione, come sancito dall'art. 19 Legge n. 183/2010 deve dunque assurgere a criterio ermeneutico nella risoluzione di questioni dubbie che possano essere sottoposte all'attenzione dell'operatore del diritto³¹.

Non può, peraltro, non notarsi come la citata chiave interpretativa vada utilizzata, nella gestione dei trasferimenti domandati ex art. 33 co. 5 Legge n. 104/92, proprio quale criterio esegetico della clausola normativa che prevede la concessione del beneficio *"ove possibile"*: tale inciso normativo, che si richiama alle esigenze organizzative delle amministrazioni di appartenenza, deve essere considerato proprio alla luce delle peculiarità proprie di determinati rapporti di impiego, specificamente riguardati dal legislatore³². È dunque proprio attraverso la ponderata valutazione delle possibilità concrete, facenti capo all'amministrazione di appartenenza del dipendente, di accordare il trasferimento per fini assistenziali, che si può attuare e definire, in concreto e con una valutazione caso per caso, il corretto bilanciamento tra l'interesse del disabile a vedersi assistito materialmente e moralmente dal familiare lavoratore e l'interesse dell'amministrazione a disporre liberamente delle proprie risorse di personale.

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 66; Id., 5 maggio 2011, n. 2707. Sul punto, mette conto notare che la necessità di definire normativamente la disciplina dei trasferimenti per ragioni assistenziali con specifico riferimento al personale riguardato dall'art. 19 Legge n. 183/2010 è sentita anche da parte del Parlamento: si segnala l'interrogazione parlamentare n. 5-06154 del 14 febbraio 2012, seduta n.585 ad opera dell'On. Gianfranco Paglia -FLI- per sollecitare immediatamente un intervento normativo in tal senso.

³¹ Negli stessi termini, si esprime il Consiglio di Stato, Sez. IV, in sentenza n. 4291 del 30 luglio 2012, allorché afferma che *"non significa che l'art. 19 sia un mero "manifesto" privo di valenza normativa, ove si consideri che, come innanzi chiarito, esso detta espressamente un principio che vincola l'interprete - il principio di specialità - e ne spiega le ragioni che lo ispirano, in modo tale da porsi quale guida esegetica nell'applicazione di questioni dubbie o nella risoluzione di conflitti fra norme"*.

³² Sul punto, è illuminante l'opinione espressa dal Tar Campania - Napoli, Sez. VII, 25 ottobre 2012, n. 4222, allorché nella citata pronuncia osserva che *"l'unico limite all'attività di trasferimento per assistenza a persona in stato di grave handicap va allora rinvenuto nell'espressione "ove possibile", tuttora presente nell'attuale formulazione del co. 5 dell'art. 33 L. 104/1992: è attraverso una opportuna valutazione su tale punto che è allora operabile il necessario bilanciamento tra l'interesse del lavoratore e quello pubblico cui è deputata l'azione dell'amministrazione, e appunto con tale modalità è possibile dare spazio e giuridico rilievo, nelle more dell'adozione di peculiari norme in proposito, alle specificità del ruolo svolto da alcune categorie di dipendenti statali, quali gli appartenenti alle Forze Armate, alle Forze di Polizia e al Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco"*.