



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello iscritti ai NRG 3772 e 4703 dell'anno 2004, proposti rispettivamente:

- quanto al primo (NRG. 3772/2004), da **CUCCARO FRANCESCO**, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Di Modugno, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, via Vegezio, n. 30 (presso lo studio dell'avvocato Matteo Storace);

contro

MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del ministro in carica, non costituito in giudizio;

- quanto al secondo (NRG. 4703/2004), dal **MINISTERO DELLA DIFESA**, in persona del ministro in carica, e dal **COMANDO GENERALE DELL'ARMA DEI CARABINIERI**, in persona del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso cui domiciliano *ope legis* in Roma alla via dei Portoghesi 12;

contro

CUCCARO FRANCESCO, rappresentato e difeso dall'avv. Nicola

RL

N.929/2006

Reg. Dec.

NN. 3772 e 4703

Reg. Ric.

Anno 2004

Di Modugno, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma,
via Vegezio, n. 30 (presso lo studio dell'avvocato Matteo Storace);

entrambi per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la
Puglia, sede di Bari, sezione I, n. 4404 del 4 dicembre 2003;

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Francesco Cuccaro
nel giudizio NRG. 4703/2004;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle
rispettive tesi difensive;

Visti gli atti tutti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del *13 dicembre 2005* la
relazione del consigliere *Carlo Saltelli*;

Uditi l'Avvocato dello Stato Coaccioli e l'avv. Lenoci su
delega dell'avv. Di Modugno Nicola;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con la sentenza n. 4404 del 4 dicembre 2003 il Tribunale
amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sezione I,
accogliendo in parte il ricorso proposto dal signor Francesco
Cuccaro, tenente colonnello dell'Arma dei Carabinieri, trasferito
dalla Regione Carabinieri Abruzzi e Molise alla Regione Puglia,
Sezione di polizia giudiziaria della Procura della Repubblica
presso il Tribunale di Bari, ha dichiarato il suo diritto a
percepire l'indennità di cui alla legge 10 marzo 1987 n. 100, nei

limiti fissati dall'articolo 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, oltre agli interessi legali, disattendendo l'ulteriore richiesta della rivalutazione monetaria.

Secondo il Tribunale, non poteva dubitarsi che nel caso di specie si fosse in presenza di un trasferimento d'ufficio, alla stregua del consolidato indirizzo giurisprudenziale formatosi in materia, essendo onere processuale dell'amministrazione, in concreto non adempiuto, di provare la insussistenza dei presupposti di legge, così che spettava l'indennità richiesta, peraltro, ai sensi dell'articolo 1, comma 36, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, in misura intera per i primi sei mesi e in misura ridotta alla metà per il semestre successivo.

Avverso tale sentenza hanno proposto appello:

a) lo stesso interessato (NRG. 3772/04), lamentando: 1) "violazione dell'art. 1, comma 1, della l. 29 marzo 2001, n. 86", in quanto la fattispecie, a suo avviso, non era più disciplinata dall'art. 1, comma 36, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, ma dall'art. 1, comma 1, della legge 29 marzo 2001, secondo cui il personale delle Forze armate trasferito d'autorità aveva diritto ad una indennità pari a 30 diarie di missione in misura intera per i primi dodici mesi di permanenza nella nuova sede ed in misura ridotta per i secondi dodici mesi, così che erroneamente gli era stato riconosciuto il diritto alla indennità di missione in misura intera per i primi sei mesi ed in misura ridotta dalla metà per il semestre successivo; 2) "violazione e falsa applicazione

dell'articolo 26, comma 3, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 – violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1, della L. 29.3.2001 n. 86, sotto altro profilo”, in quanto inopinatamente i primi giudici avevano espressamente fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, laddove, una volta accertato il diritto alla corresponsione dell'indennità, a null'altro era tenuta l'amministrazione, salvo che liquidare l'importo spettategli; 3) “violazione e falsa applicazione dell'art. 92, 2° c.p.c.”, avendo i primi giudici disposto la compensazione delle spese di giudizio in considerazione della erroneamente ritenuta reciproca soccombenza, al contrario non sussistente;

b) il Ministero della Difesa ed il Comando generale dell'Arma dei Carabinieri (NRG. 4703/04), deducendo la “manifesta violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della L. n. 100/87”, atteso che non si era in presenza di un trasferimento di ufficio, bensì di un trasferimento a domanda, come peraltro stabilito dallo stesso legislatore con la norma di interpretazione autentica dell'articolo 8, comma 1, del D. Lgs. 28 luglio 1989, n. 271, giusta articolo 3, comma 74, della legge 23 dicembre 2003, n. 350.

Mentre nel giudizio NRG. 3772/04, l'amministrazione statale appellata, ritualmente evocata in giudizio, non si è costituita, il signor Francesco Cuccaro si è costituito nel giudizio NRG. 4703/04, insistendo per il rigetto dell'avverso gravame.

Con ordinanza n. 3658 del 30 luglio 2004 è stata accolta l'istanza cautelare avanzata dal Ministero della Difesa e dal

Comando generale dell'Arma dei Carabinieri.

DIRITTO

I. In linea preliminare deve disporsi, ai sensi dell'art. 335 C.P.C., applicabile anche al processo amministrativo, la riunione degli appelli in questione, entrambi rivolti avverso la stessa sentenza.

II. La questione controversa concerne la spettanza al signor Francesco Cuccaro, tenente colonnello dell'Arma dei Carabinieri, trasferito alla Sezione di Polizia Giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari, della indennità prevista dalla legge 10 marzo 1987 n. 100, e comporta la qualificazione giuridica del predetto trasferimento, a domanda (come sostenuto dall'interessato e riconosciuto dai primi giudici) ovvero d'ufficio (come eccepito dall'amministrazione appellante).

Ad avviso della Sezione, perciò, deve essere esaminato per priorità logica il gravame proposto dalle amministrazioni statali.

Esso è infondato.

Invero, decidendo controversie analoghe, la Sezione ha ritenuto che nel caso di trasferimento di un appartenente delle forze dell'ordine alle Sezioni di Polizia Giudiziaria presso le Procure della Repubblica, si è in presenza di un trasferimento d'ufficio, non essendo sufficiente, ai fini della sua diversa configurazione giuridica, la dichiarazione di disponibilità al movimento da parte dell'interessato: da tali conclusioni, che sono sufficientemente consolidate (1° ottobre 2001, n. 5174; 27

novembre 2000, n. 6279; 7 settembre 2000, n. 4734), non vi è motivo di discostarsi, come del resto correttamente rilevato anche dai primi giudici.

In particolare, è stato osservato che la distinzione fra i trasferimenti d'autorità o d'ufficio e i trasferimenti a domanda trova fondamento nella diversa rilevanza che in essi assumono i contrapposti interessi in gioco, quello dell'amministrazione, diretto ad assicurare il regolare ed ordinato funzionamento degli uffici pubblici, e quello del dipendente, volto al più diretto soddisfacimento delle proprie esigenze personali e familiari, interessi che devono entrambi trovare la giusta composizione nel rispetto dei principi costituzionali fissati dall'art. 97 della Costituzione.

Mentre i trasferimenti d'ufficio perseguono in via immediata ed esclusiva l'interesse specifico dell'amministrazione di funzionalità dell'ufficio, al quale è completamente subordinata la posizione del pubblico dipendente, le aspirazioni del quale possono essere tenute presente eventualmente nei limiti delle preferenze da lui espresse circa la sede di servizio, nei trasferimenti a domanda risulta prevalente il perseguimento del soddisfacimento delle necessità personali e familiari del ricorrente, rispetto alle quali l'interesse pubblico funziona esclusivamente come limite esterno di compatibilità, dovendo in ogni caso essere sempre assicurato il rispetto dei principi dell'art. 97 della Costituzione.

Non è, pertanto, sufficiente la mera presentazione di una domanda del pubblico dipendente affinché l'assegnazione ad una nuova sede di servizio possa essere sicuramente qualificata come trasferimento a domanda, dovendo indagarsi su quale interesse sia stato perseguito immediatamente e prioritariamente e dovendo, altresì, tenersi conto anche delle funzioni che effettivamente il pubblico dipendente è chiamato a svolgere nella nuova sede, in quanto se il trasferimento è preordinato anche ad un effettivo mutamento delle funzioni concretamente espletate, può fondatamente ritenersi che si sia in presenza di un trasferimento d'ufficio.

Sulla scorta di tali osservazioni, correttamente i primi giudici hanno qualificato come trasferimento d'ufficio quello di cui si tratta.

Giova rilevare al riguardo che con D. Lgs. 28 luglio 1989 n. 271 sono state dettate norme di attuazione, coordinamento e transitorie del (nuovo) codice di procedura penale e agli articoli 5 e seguenti è stata espressamente regolamentata la composizione della sezioni di polizia giudiziaria, fissandosi anche le norme per l'individuazione degli organici e la copertura dei posti vacanti.

Ai sensi del 2° comma dell'art. 7 è previsto che l'amministrazione interessata debba pubblicare, senza ritardo, sul proprio bollettino l'elenco delle vacanze organiche; gli interessati, quindi, ai sensi del primo comma del successivo articolo 8, possono presentare domanda, indicando

eventualmente tre sedi di preferenza.

Il terzo comma del richiamato articolo 8 precisa, inoltre, che quando mancano le domande ovvero queste sono in numero inferiore al triplo delle vacanze, ciascuna amministrazione indica al procuratore generale del distretto, in cui si sono verificate le vacanze stesse, coloro che possono essere presi in considerazione ai fini dell'assegnazione alle sezioni sino a raggiungere, tenendo conto anche delle eventuali domande, un numero triplo a quello delle vacanze.

Dal delineato quadro normativo emerge che l'assegnazione del personale alle sezioni di polizia giudiziaria è finalizzata, in modo diretto, immediato ed esclusivo, ad assicurare la funzionalità delle sezioni di polizia giudiziaria, che, ai sensi dell'art. 56 del C.P.P., svolgono la propria attività, di prevenzione e repressione, alle dirette dipendenze e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria.

L'ufficialità di tale assegnazione trova conferma nella previsione che, nel caso di mancanza di domande per i posti di organico vacanti nelle sezioni di polizia giudiziaria, ovvero quando queste siano inferiori al triplo delle vacanze stesse, l'Amministrazione provvede direttamente (ed autoritativamente) ad indicare al procuratore generale il personale di polizia giudiziaria che può essere assegnato ai posti vacanti.

Le domande (eventualmente) proposte dagli interessati per l'assegnazione ai posti vacanti delle sezioni di polizia giudiziaria

sono, dal punto di vista giuridico, niente altro che delle dichiarazioni di disponibilità o di assenso preventivo all'eventuale trasferimento, il quale non solo è disposto per l'esclusiva realizzazione degli interessi pubblici, per quanto è evidentemente subordinato al gradimento del competente procuratore generale della Repubblica.

Ciò esclude che abbiano potuto avere rilevanza le esigenze personali e familiari dell'interessato che, al contrario, connotano notoriamente la fattispecie del trasferimento a domanda.

Non vi è quindi alcun nesso di causalità necessaria, diretto ed immediato, tra la "domanda" formulata dal ricorrente e il trasferimento disposto dall'Amministrazione.

Quanto alla disposizione contenuta nell'articolo 3, comma 74, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, secondo cui la disponibilità manifestata dagli interessati per essere assegnati alle sezioni di polizia giudiziaria presso le Procure della Repubblica deve essere considerata come domanda di trasferimento, precludendo così il riconoscimento del diritto alla liquidazione dell'indennità di trasferimento di cui alla legge n. 100 del 1987, la Sezione osserva che essa deve essere correttamente interpretata in senso conforme ai principi costituzionali, cosa che esclude la sua applicazione per i fatti precedenti la sua entrata in vigore (quali sono quelli per cui è causa).

Infatti, deve essere ricordato che: a) affinché una norma

interpretativa, e quindi retroattiva, possa essere considerata costituzionalmente legittima, è necessario che la stessa si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, che non integri il precetto di quest'ultima e, infine, che non adotti un'opzione ermeneutica non desumibili dall'ordinaria esegesi della stessa (C.d.S., sez. V, 2 luglio 2002, n. 3612); b) l'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica è soggetta al limite del rispetto del principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale di una disposizione interpretativa che indichi una soluzione ermeneutica non prevedibile rispetto a quella affermata nella prassi (Corte Costituzionale 27 novembre 2000, n. 525).

In senso conforme a tale avviso la Sezione si è già espressa con le decisioni n. 872 del 7 marzo 2005 e n. 2990 del 7 giugno 2005.

In conclusione l'appello proposto dalle amministrazioni statali deve essere respinto.

III. Passando all'esame dell'appello proposto dal signor Francesco Cuccaro, la Sezione osserva quanto segue.

III.1. E' fondato e deve essere accolto il primo motivo di appello.

La legge 29 marzo 2001, n. 86 (Disposizioni in materia di personale delle Forze armate e delle Forze di polizia, all'articolo 1, comma 1, stabilisce, per quanto qui interessa, che al

personale delle Forze armate, delle Forze di polizia ad ordinamento militare e civile, trasferiti d'autorità ad altra sede di servizio sita in un comune diverso da quello di provenienza, compete una indennità mensile pari a trenta diarie di missione in misura intera per i primi dodici mesi di permanenza ed in misura ridotta del 30 per cento per i secondi dodici; l'articolo 13 (disposizioni finali), al comma 1, prevede che le disposizioni di cui all'articolo 1 si applicano ai trasferimenti effettuati a decorrere dal 1° gennaio 2001, mentre al comma 2 statuisce che la legge 10 marzo 1987, n. 100, continua a disciplinare i trasferimenti effettuati entro il 31 dicembre 2000.

Ciò posto, rilevato che, come risulta dalla documentazione versata in atti, il trasferimento disposto nei confronti del tenente colonnello Francesco Cuccaro è dell'8 marzo 2001 (con decorrenza 23 febbraio 2001), non vi può essere dubbio che allo stesso potevano trovare applicazione soltanto le disposizioni contenute nella legge 29 marzo 2001, n. 86, e non già quelle della legge 10 marzo 1987, n. 100.

Né può obiettarsi che solo quest'ultima era stata richiesta in primo grado dall'interessato, atteso che correttamente la domanda giudiziale deve essere interpretata in relazione al bene della vita di cui si chiede l'accertamento e non già alla individuazione della norma che lo disciplina, con la conseguenza che l'erronea indicazione di quest'ultima non può comportare il diniego di tutela giurisdizionale, pena la violazione degli articoli

24 e 113 della Costituzione; può aggiungersi, poi, ad ulteriore conforto della tesi qui sostenuta, che nel caso di specie, essendo stata sostanzialmente proposta una domanda di accertamento del diritto alla corresponsione di un determinato emolumento accessorio, con la conseguenza che il potere di interpretazione della domanda stessa da parte del giudice adito non era neppure limitato dai motivi di ricorso.

Deve essere pertanto dichiarato il diritto del predetto tenente colonnello Francesco Cuccaro alla corresponsione dell'indennità di trasferimento di cui all'articolo 1 della legge 29 marzo 2001, n. 86, non essendo stata d'altra parte contestata dall'amministrazione la sussistenza dei relativi presupposti.

Sulle predette somme non compete la rivalutazione monetaria, non avendo - com'è noto - l'indennità in questione carattere retributivo (*ex pluribus*, C.d.S., sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3569; 30 giugno 2005, n. 3644; 14 dicembre 2002, n. 6920).

III.2. Devono essere invece respinti, in quanto infondati, gli ulteriori due mezzi di gravame.

In particolare:

a) del tutto correttamente i primi giudici, nell'accogliere, sia pur in parte, il ricorso di prime cure hanno fatto salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, ciò inerendo non già alla verifica dei presupposti circa la spettanza dell'indennità, bensì soltanto alla concreta determinazione del *quantum* spettante all'interessato;

b) la decisione, poi, dei giudici di prime cure di compensare le spese di giudizio rientra nell'esercizio del potere discrezionale e, come tale, non è censurabile, salvo che non sia palesemente arbitraria o frutto di un macroscopico errore di fatto, evenienza che non si rinvergono nel caso di specie, non essendo invero dubitabile che la pretesa del tenente colonnello Francesco Cuccaro è risultata solo parzialmente (quanto al periodo e alle modalità di spettanza e alla non debenza della rivalutazione monetaria) fondata.

IV. In conclusione, previa riunione, deve essere respinto l'appello proposto dal Ministero della Difesa e dal Comando generale dell'Arma dei Carabinieri, mentre deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, l'appello proposto dal tenente colonnello Francesco Cuccaro e, per l'effetto in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere dichiarato il diritto di quest'ultimo alla corresponsione dell'indennità di cui all'articolo 1 della legge 29 marzo 2001, n. 86.

Può disporsi la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli proposto dal tenente colonnello Francesco Cuccaro (NRG. 3772/04), nonchè dal Ministero della Difesa e dal Comando generale dell'Arma dei Carabinieri (NRG. 4703/04) avverso la sentenza del Tribunale

amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, sez. I, n. 4404 del 4 dicembre 2003, così provvede:

- riunisce gli appelli;
- respinge l'appello proposto dal Ministero della Difesa e dal Comando generale dell'Arma dei Carabinieri;
- accoglie, e nei sensi di cui in motivazione, l'appello proposto dal tenente colonnello Francesco Cuccaro e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara il diritto dello stesso alla corresponsione del trattamento dell'indennità di missione di cui all'articolo 1 della legge 29 marzo 2001, n. 86;
- dichiara compensate le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del *13 dicembre 2005*, con la partecipazione dei seguenti magistrati:

LUCIO VENTURINI	- Presidente
MARINELLA DEDI RULLI	- Consigliere
VITO POLI	- Consigliere
ANNA LEONI	- Consigliere
CARLO SALTELLI	- Consigliere, est.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

Lucio Venturini

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

1 marzo 2006

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Antonio Serrao