



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

FATTO e DIRITTO

Con il presente gravame il Ministero della Difesa chiede l'annullamento della decisione con cui è stato accolto il ricorso del sottufficiale controinteressato avverso il diniego di trasferimento alle sedi di Lecce o di Brindisi, ai sensi della legge n.104/1992 motivato con la necessità di continuare a fornire assistenza alla moglie.

La gravata decisione è affidata alla considerazione per cui, nel caso:

“...la sussistenza del requisito della pregressa continuità assistenziale -da interpretarsi rigorosamente secondo l'orientamento della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., “ex plurimis”, C.d.S. sez. IV Sent. 6813/2007)- da un lato non può ritenersi esclusa in considerazione della sola lontananza del luogo di lavoro attuale del ricorrente, dall'altro è stata adeguatamente documentata, su espresso invito del Collegio, anche a mezzo di dichiarazioni rese dai congiunti del ricorrente, con quanto depositato il 20.03.2008 “;

- “la “buona situazione” degli organici delle amministrazioni “di destinazione” parimenti non impedisce la concessione dei benefici in quanto la legge prevede che sia necessaria una mera vacanza di organico – la cui esistenza non è contestata dall'Amministrazione- prescindendo da qualsivoglia valutazione sull'effettivo “bisogno” di personale al fine della migliore funzionalità delle Amministrazioni medesime”.

L'appello, senza l'intestazione di specifiche censure, assume la legittimità del provvedimento dello Stato Maggiore, che avrebbe puntualmente applicato le disposizioni della direttiva concernente le modalità di applicazione della L. n. 104/1992, edizione 2003, in base alla quale sono inaccoglibili le istanze non assistite dai presupposti della “continuità” (ossia della “...effettiva assistenza già in atto a favore del disabile per i bisogni quotidiani...”) e della “esclusività” (o sia della “...assenza di altri parenti/affini maggiorenni entro il terzo grado in grado di presentare l'assistenza dovuta...”).

Inoltre, con la Circolare della Direzione Generale per il personale militare del 17 gennaio 2003, si sarebbe rammentato il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui:

- la “continuità” non può sussistere nei casi di oggettiva “lontananza” dalle abitazioni degli assistiti, lontananza da considerarsi non solo in senso spaziale ma anche in senso temporale;

- l'esclusività presuppone che il militare debba essere l'unico soggetto che presta l'assistenza alla persona handicappata.

Nel caso in esame, l'istruttoria del Ministero avrebbe ritenuto insussistente in primo luogo il requisito della continuità a cagione della distanza di circa 300 km dalla sede di servizio del militare (Foggia) e la residenza della disabile (Campi Salentino, Lecce).

Inoltre, non poteva essere considerato irrilevante il sovradimensionamento della sede di Lecce al medesimo titolo, come ricordato anche dal TAR Bari, che su tali basi ha rigettato i ricorsi avverso il diniego di trasferimento di altri militari; ed il fatto che vi erano altri familiari che svolgono attività lavorativa nei comuni limitrofi.

Il riconoscimento sarebbe stato incompatibile con lo status di militare professionista, il quale è impiegabile in ogni tempo ed in ogni luogo, e comunque il diniego non era il frutto di valutazioni arbitrarie.

Pertanto la sentenza si porrebbe in oggettiva antitesi con i numerosi precedenti ricordati (in più punti e a più propositi) nell'atto di appello, tutti univocamente invocati a supportare le affermazioni dell'appello di una decisione erronea e lesivi degli interessi delle Forze Armate.

L'appello va disatteso, sia pure per un ordine di considerazioni solo in parte coincidenti con quelle della sentenza appellata.

La Sezione è ben consapevole che, come la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare, la materia delle richieste di trasferimento ai sensi dell'art. 33 comma 5 L. 5 febbraio 1992 n. 104, e smi;

-) è spesso strumentalmente utilizzata quale escamotage per cercare avvicinamenti al luogo di origine;

-) che comunque l'Amministrazione ha il potere discrezionale di valutare se sussistono i presupposti per l'accoglimento dell'istanza del proprio dipendente di trasferimento nella sede più vicina per assistere una familiare con handicap (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 02 marzo 2010, n. 1219).

Tuttavia, se certamente il "militare professionista" è un'attività lavorativa del tutto particolare, che può comportare i trasferimenti necessari per esigenze organizzative dell'Amministrazione, si deve osservare, nel merito della questione, che le singole fattispecie devono essere esaminate caso per caso, con riferimento al criterio ispiratore del beneficio previsto dall'art. 33 comma 5, l. n. 104 del 1992, che resta quello di tutelare le situazioni di assistenza già esistenti, la cui interruzione potrebbe creare un pregiudizio allo stato di fatto favorevole al portatore di handicap, che già godeva dell'aiuto del familiare (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3566).

Con la novella recata dagli artt. 19 e 20, l. n. 53 del 2000, che ha modificato in più punti la disciplina di cui all'art. 33, l. 104 del 1992, è stata peraltro rafforzata l'esigenza di verificare l'effettività dell'assistenza prestata, al fine di riconoscere la spettanza dei benefici contemplati dal medesimo art. 33 (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7594) ai casi effettivamente meritevoli.

Ciò posto, nel caso in esame, appaiono ricorrere gli elementi assolutamente necessari ai fini del riconoscimento del diritto alla precedenza della peculiarità, complessità e particolare gravità dell'infermità della moglie dell'appellato che necessita di prestazioni assistenziali incompatibili con una sede distante del militare (arg. ex Consiglio Stato, sez. IV, 22 febbraio 2006, n. 793).

Al riguardo appare rilevante, ai fini della presente decisione, proprio il fatto che l'istanza non concerneva né un fratello o una sorella (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 02 marzo 2010, n. 1219), né

un anziano genitore (cfr. per Consiglio Stato, sez. IV, 18 maggio 2005, n. 2422), un altro generico familiare (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 07 febbraio 2001, n. 898), ma una moglie peraltro in giovane età (32 anni), con evidenti problemi di carattere fisico e psicologico, e con due figli piccoli da accudire.

In tale direzione nel caso di specie la sentenza appare corretta in quanto non vi sono dubbi che:

-- la moglie dell'appellato versa nelle condizioni di cui all'art. 33 L. 104/1992: essendo affetta non solo da talassemia, ma soprattutto essendo convalescente da un intervento di mastectomia demolitoria reso indispensabile da un cancro infiltrante al seno destro, con conseguente documentata necessità anche di sostegno psicologico (come da apposita certificazione in atti del primo giudizio);

-- il militare, utilizzando licenze e congedi, risulta aver costantemente affiancato la moglie nel corso delle cicliche visite e connesse terapie, assicurando la continuità dell'assistenza materiale e psicologica nei momenti critici: al riguardo anche il criterio della "continuità" non può essere inteso meccanicisticamente come "estensione lineare", ma deve essere valutato in coerenza con le diverse affezioni, come presenza assolutamente necessaria in tutti i momenti critici della patologia;

-- l'assoluta indisponibilità degli altri parenti che vivono nello stesso Comune erano assolutamente impossibilitati o indisponibili a prestare l'indicata assistenza: alla formula dell'assistenza "in via esclusiva" richiesta dall'art. 33 comma 5, l. n. 104 del 1992 ai fini del riconoscimento del trasferimento deve infatti essere riconosciuto il significato dell'indisponibilità (e non dell'inesistenza) oggettiva e soggettiva di altre persone in grado di sopperire alle esigenze assistenziali. Del resto un'interpretazione eccessivamente rigorosa vanificherebbe la tutela offerta dal Legislatore ai soggetti portatori di handicap (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3566; Consiglio Stato, sez. VI, 31 maggio 2005, n. 2843 Consiglio Stato, sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5319).

Quanto al profilo attinente agli organici, ai sensi dell'art. 33 l. 5 febbraio 1992 n. 104, la tutela dell'assistenza ai soggetti bisognosi deve essere naturalmente favorita nell'ambito dell'autonomia organizzativa di ciascuna amministrazione entro i limiti del rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità, essendo necessario al riguardo bilanciare l'interesse pubblico della P.A. con quello specifico della tutela dell'assistenza al soggetto portatore di handicap (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, n. 3566 cit.).

In conseguenza, considerato che l'art. 33 n. 104/1992 in esame assicura al dipendente il "...diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere.." deve concludersi che il contemperamento tra le esigenze assistenziali del dipendente e le necessità organizzative e funzionali dell'Amministrazione porti a dover affermare che, ricorrendo i presupposti di legge che l'applicazione del beneficio, ove la richiesta non possa essere immediatamente assentita per la carenza di "posti vacanti", deve affermarsi la priorità del ricorrente ad ottenere il richiesto avvicendamento in una sede compatibile al verificarsi del primo vuoto di organico compatibile e, in caso di più aspiranti, la P.A. deve compiere, in relazione alla relativa gravità, una valutazione discrezionale comparativa delle varie situazioni.

In definitiva, l'appello è dunque infondato e va respinto.

La sentenza di primo grado deve essere confermata, sia pure con le specificazioni e le integrazioni di cui sopra.

Le spese, in relazione alla natura controversa della questione, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

___ 1. respinge l'appello come in epigrafe proposto, nei sensi di cui in motivazione;

___ 2. spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Anna Leoni, Presidente FF

Raffaele Greco, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/04/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)