

**Consiglio di Stato – Sez. IV; Sent. n. 8530 del 03.12.2010***omissis***FATTO e DIRITTO**

1. - Con atto notificato il 16 novembre 2004, depositato il successivo 6 dicembre, il Ministero dell'economia e delle finanze ha proposto appello avverso la sentenza del T.A.R. per la Calabria – Sezione di Reggio Calabria n. 485/2004, che aveva accolto il ricorso del militare della Guardia di finanza X. X. inteso all'annullamento della determinazione del Comando Regionale Calabria in data 24 maggio 2003, relativa alla archiviazione della domanda di trasferimento in altra sede (Milazzo o Barcellona Pozzo di Gotto) presentata dal predetto militare il 15 aprile 2003 al fine di poter prestare assistenza ad uno zio - affetto da grave forma di deficienza mentale - del quale era stato nominato tutore con decreto n. 142/2003 del giudice tutelare del Tribunale di Milazzo.

2. - Il primo giudice aveva ritenuto inadeguata la motivazione della contestata archiviazione, tesa ad escludere la effettiva possibilità per l'istante di fornire una assistenza continuativa, nonché a rilevare che gli impedimenti dichiarati da altri parenti non risultavano tali da impedire di occuparsi del soggetto inabile; da parte del detto giudice si era, quindi, ritenuto che per dare corretta applicazione all'art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, doveva considerarsi che la distanza di 100 chilometri dal luogo di residenza del ricorrente e le sedi richieste rendeva possibile un "pendolarismo giornaliero" ai fini assistenziali e che, comunque, dall'atto impugnato non emergevano indicazioni circa i parenti in grado di prestare assistenza al posto del ricorrente stesso.

3. - Nell'atto di appello si contestano ampiamente tali statuizioni, facendo leva in particolare sulle disposizioni della citata legge n. 104/1992 che consente i trasferimenti per fini assistenziali solo "ove possibile", subordinandoli quindi alla loro compatibilità con l'organizzazione dell'Amministrazione di appartenenza, tenendo conto che la finalità specifica della norma è quella di tutelare le situazioni di assistenza esclusiva e continuativa già esistente ed in atto, mentre nel caso in esame tale situazione non è configurabile, atteso che l'interessato quando ha avuto la nomina a tutore era già in servizio presso il Comando Regionale Calabria, mentre, senza entrare nel merito delle situazioni personali degli altri parenti, l'Amministrazione non poteva che prendere atto della presenza di altri soggetti oggettivamente non impossibilitati ad assolvere l'onere assistenziale.

4. - Si è costituito per resistere all'appello il militare interessato che deduce l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, sottolineando in particolare che la preesistenza alla domanda di trasferimento della nomina a tutore dimostrerebbe, nel contempo, la preesistenza dell'assistenza richiesta dalla legge.

5. - L'istanza cautelare presentata dall'Amministrazione è stata accolta, con ordinanza n. 774/2005 in data 15 febbraio 2005, sulla base della seguente motivazione: "Richiamati i precedenti resi in materia dalla Sezione (cfr. per tutti, ord. n. 898/2001) in base ai quali, ai fini della concessione del beneficio richiesto, è necessario che l'assistenza da prestare al soggetto bisognoso sia già in atto e non ancora da instaurare".

6. - La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 26 ottobre 2010.

7. - La Sezione ritiene che l'appello dell'Amministrazione sia fondato emergendo chiaramente, dal provvedimento impugnato, ragioni ostative idonee a precludere la possibilità del trasferimento per le adottate finalità di assistenza a persona handicappata.

In tale provvedimento, infatti, si era messo in evidenza che mancava il requisito dell'attualità e della continuità dell'assistenza e, comunque, il pendolarismo quotidiano prospettato dall'istante "non sembra funzionale all'esigenza di impiegare il militare in condizioni psicofisiche tali da consentirgli



di esercitare le sue funzioni in sicurezza e pienezza di responsabilità”, tenuto conto del tempo che, invece di essere dedicato a quello fisiologico del riposo “verrebbe speso per raggiungere la sede di servizio e per ritornare nel luogo di residenza”.

7.1. - Tali argomentazioni appaiono persuasive, anzitutto, in riferimento alla mancata dimostrazione della condizione essenziale per ottenere il beneficio richiesto che, secondo l’orientamento giurisprudenziale cui la Sezione aderisce, è costituito dalla continuità dell’assistenza già precedentemente prestata dal richiedente al familiare handicappato (cfr. da ultimo: Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1733).

A tal proposito va opportunamente aggiunto che privo di consistenza si manifesta l’assunto esposto dal militare resistente secondo cui il conferimento della tutela in momento anteriore alla domanda di trasferimento dimostrerebbe la preesistenza dell’attività assistenziale, dovendosi considerare che i compiti del tutore, delineati dagli artt. 424 e 343 c.c., attengono essenzialmente alla attribuzione di una responsabilità giuridica per sopperire alle esigenze della vita di persone inabili, e non coincidono affatto con la assidua prestazione delle cure specifiche richieste dalle persone handicappate, che nel caso in esame non potevano materialmente essere assicurate dal militare in questione.

7.2. - Le argomentazioni riportate nell’atto impugnato appaiono persuasive anche ai fini della dimostrazione della preminente considerazione di esigenze di servizio che avrebbero ragionevolmente escluso la asserita possibilità di assidua prestazione dell’attività assistenziale di cui si discute, tenuto conto della situazione logistica rappresentata.

7.3. - In tale prospettiva, appaiono prive di rilevanza e di interesse le ulteriori considerazioni dell’atto impugnato (e le relative censure dedotte al riguardo dall’interessato, recepite dal primo giudice) in ordine alla reale possibilità, per altri parenti, di prestare assistenza, atteso che non è compito dell’Amministrazione di formulare simili indicazioni e che, comunque, nella specie non sussistevano i presupposti per il trasferimento chiesto dal militare in parola, il quale al momento non risultava effettivamente prestare l’assistenza, restando quindi rimessa alla responsabilità dei soggetti presenti in loco di predisporre ogni possibile soluzione in proposito.

8. - Per le ragioni sopra esposte l’appello deve essere accolto.

9. - Le spese del doppio grado di giudizio, stante la peculiarità delle vicende in causa, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2010 con l’intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Pier Luigi Lodi, Consigliere, Estensore

Anna Leoni, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE



S.I.Ve.M.P

Consiglio di Stato Sentenza n. 8530/2010

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 03/12/2010
IL SEGRETARIO
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)