

CONSIGLIO DI STATO

Sezione V giurisdizionale

Gianpiero Paolo Cirillo, presidente ff;
Marco Lipari, Aniello Cerreto, Roberto Chieppa, consiglieri;
Nicola Russo, consigliere, estensore.

Sentenza 10 maggio 2010 n. 2752

*(pubblico impiego - discordanza tra referto del medico fiscale e referto del medico curante -
decadenza dall'impiego)*

sul ricorso numero di registro generale 7360 del 1998, proposto da:
Mla.Cla., rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Biagetti, Massimo Murru, Silvio Pinna, con
domicilio eletto presso Vittorio Biagetti in Roma, via A. Bertoloni, 35;

contro

Regione autonoma della Sardegna, rappresentata e difeso dagli avv. Graziano Campus, Laura
Picco, con domicilio eletto presso ufficio di rappresentanza Regione Sardegna in Roma, via
Lucullo, 24;

per la riforma

della sentenza del TAR Sardegna - Cagliari n. 00677/1997, resa tra le parti, concernente
dipendente regione: decadenza dell'impiego.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2010 il cons. Nicola Russo e uditi per le
parti gli avvocati Clarizia, per delega dell'avv. Biagetti, e Campus;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

Il sig. Cla.Mla., dipendente di ruolo della Regione autonoma della Sardegna quale impiegato
della IV qualifica funzionale (archivista), avendo subito un sinistro stradale con lesioni
personali, trasmetteva all'amministrazione d'appartenenza in data 13.7.1994 un certificato
medico, rilasciato da un sanitario della struttura pubblica, nel quale si attestava la diagnosi « ...
postumi sinistro stradale con distorsione del rachide cervicale ... » e si prescrivevano 60 giorni
di malattia fino al 10.9.1994.

Il signor Mla. veniva, dunque, sottoposto in data 29.7.1994 a visita, su richiesta dell'amministrazione d'appartenenza, da parte del medico fiscale, il quale confermava lo stato di malattia a decorrere dal 13.7.1994, ma riteneva l'odierno appellante in grado di riprendere servizio a partire dal giorno successivo a quello della visita.

Il Mla., oggettivamente impossibilitato a riprendere servizio alla data del 30.7.1994 a causa del suo stato di malattia, si vedeva recapitare in data 24.8.1994 una nota del coordinatore generale dell'Assessorato al personale della Regione, con la quale gli si contestava l'assenza ingiustificata dal servizio a far data dal 1.8.1994 e lo si invitava a far pervenire idonea documentazione giustificativa nel termine di 5 giorni, con l'avviso che, scaduto infruttuosamente detto termine, sarebbe stata avviata la procedura per la decadenza dall'impiego ai sensi dell'art. 127 del d.p.r. n. 3/1957.

A giustificazione della propria assenza per malattia il Mla. faceva pervenire all'amministrazione, in allegato alla raccomandata del 29.8.1994, a conferma del proprio stato di malattia assolutamente incompatibile con la ripresa del servizio, il referto specialistico del poliambulatorio della U.S.L. 20 di Cagliari che aveva dato origine al certificato medico già inviato in data 13.7.1994 all'amministrazione.

Per tutta risposta, con raccomandata del 5.9.1994, inviata alla Ragioneria regionale e per conoscenza al Mla., l'amministrazione intimava la sospensione degli emolumenti all'odierno appellante e preannunciava l'emanazione del formale provvedimento di decadenza dall'impiego dello stesso ai sensi dell'art. 127 del d.p.r. n. 3/1957.

Il signor Mla. impugnava, a titolo cautelativo, i suddetti provvedimenti dell'amministrazione regionale dinanzi al T.A.R. Sardegna, con ricorso n. 2881/1994, lamentando la violazione dell'art. 127, lett. c), del d.p.r. 3/1957 e l'eccesso di potere per difetto di motivazione e carenza di istruttoria, nonché per travisamento dei fatti.

Avendo, poi, l'amministrazione regionale adottato il formale decreto di decadenza dall'impiego del signor Mla. (decreto 25173/943 del 20.6.1995, parzialmente sostituito dal decreto 29946/1254 del 25.7.1995), quest'ultimo lo impugnava con ricorso al T.A.R. Sardegna n. 2291/95, lamentando il vizio di incompetenza e di violazione dell'art. 13 della l.r. n. 32/1988; la violazione dell'art. 127, lett. c), del d.p.r. n. 3/1957 e dell'art. 53, ult. comma, della l.r. n. 51/1978 e l'eccesso di potere per difetto di motivazione e carenza di istruttoria e travisamento dei fatti.

Con l'appellata sentenza, n. 677/97, pubblicata il 28.5.1997, il T.A.R. della Sardegna, previa riunione dei predetti ricorsi nn. 2881/94 e 2291/95, li ha rigettati entrambi, compensando le spese di lite fra le parti.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato il sig. Mla. ha impugnato la prefata sentenza del T.A.R. Sardegna n. 677/97, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'annullamento e/o la riforma, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado e, segnatamente, di quello di decadenza dall'impiego, con ogni conseguente statuizione, anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio.

Resiste la Regione Sardegna, la quale di è costituita chiedendo il rigetto dell'appello, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

In data 31.8.2009 l'appellante ha depositato rituale istanza di fissazione di udienza ai sensi dell'art. 9 l. n. 205/2000.

Indi, alla pubblica udienza del 12 gennaio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

Diritto

L'appello è fondato.

Con il primo motivo l'appellante deduce "1) Violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 32 del D.P.R. n. 686/1957 e dell'art. 127. lett. c), del d.p.r. 3/1957 - Eccesso di potere per difetto di motivazione, per carenza di istruttoria e per travisamento dei fatti - Violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 53, 3° comma, della l.r. 51/1978".

Il motivo è fondato.

Il tribunale non ha ritenuto di poter condividere le argomentazioni avanzata dal Mla. in ordine alla circostanza che l'amministrazione, nell'adottare il provvedimento di decadenza, non avrebbe specificato i motivi per cui ha ritenuto inattendibili le giustificazioni addotte dal dipendente a seguito della diffida a riassumere servizio.

Al riguardo osserva il giudice di prime cure che « ... nel decreto impugnato è chiaramente e specificamente rappresentata la vicenda in esame e, in particolare, è espressamente evidenziato che, a seguito della diffida del 18.8.1994 a produrre idonea documentazione giustificativa dell'assenza dal servizio senza giustificato motivo dal 1.8.1994, pena la decadenza dall'impiego ai sensi dell'art. 127 del d.p.r. n. 3/57, il ricorrente, con la nota del 28.4.1994, ha semplicemente inviato nuovamente, per la giustificazione dell'assenza, la certificazione medica a suo tempo prodotta e sulla base della quale l'amministrazione aveva richiesto il controllo del medico fiscale, che aveva convalidato il periodo di assenza per malattia solamente fino al 29.7.1994, per cui legittimamente e logicamente l'amministrazione medesima non ha ritenuto idonea tale giustificazione ... ». « ... Appare evidente - prosegue l'appellata sentenza - che in assenza di nuova certificazione e documentazione sanitaria, la pregressa certificazione medica, che aveva già costituito oggetto del controllo del medico fiscale che aveva convalidato il periodo di malattia solamente fino al 29.7.1994, non potesse avere alcuna valenza giustificativa per l'ulteriore assenza dal servizio del ricorrente dal 1.8.1994 in poi, per cui correttamente e legittimamente la Regione ha ritenuto ingiustificato il periodo d'assenza dal servizio in questione... ».

Orbene, preme al riguardo rimarcare che, come correttamente rilevato dall'appellante, in spregio di quanto previsto dall'art. 32 del d.p.r. n. 686/1957, il medico fiscale e, conseguentemente, l'amministrazione regionale che ha fatto proprie le conclusioni di cui al referto medico legale n. 06200 del 29.7.1994, ponendo le stesse a fondamento dell'impugnato provvedimento di decadenza, non ha minimamente motivato il proprio dissenso sulle osservazioni del medico

curante il signor Mla., il quale aveva, come detto, formulato una prognosi ben diversa da quella del medico fiscale medesimo.

In presenza, dunque, di una discordante posizione del medico fiscale e del medico curante non poteva l'amministrazione pretendere, così come ha illegittimamente fatto, dal Mla. di fornire giustificazioni in ordine al contenuto del certificato medico rilasciato dal proprio medico curante, non potendo egli che richiamarsi alla prognosi da quest'ultimo formulata e trasmettere alla Regione il relativo referto specialistico di copertura, mai trasmesso in precedenza, ad ulteriore giustificazione della propria posizione.

Era, invece, nell'obbligo dell'amministrazione, ai sensi del citato art. 32 del d.p.r. 686/1957, pretendere dal medico curante di fornire adeguata motivazione in ordine al contenuto del referto medico dallo stesso redatto ed al macroscopico dissenso di quest'ultimo rispetto alla certificazione rilasciata al Mla. dal medico curante. E, ottenute tali giustificazioni, ove l'amministrazione regionale avesse ritenuto di condividere le stesse e, dunque, di procedere alla dichiarazione di decadenza dall'impiego del Mla., avrebbe dovuto specificamente motivare sul punto, anche mediante il richiamo alle suddette giustificazioni fornite dal medico fiscale.

In tal senso si esprime anche la giurisprudenza circa l'obbligo di motivazione del dissenso del medico fiscale sulle osservazioni del medico di parte (cfr. Cons. St., sez. VI, 11.1.1972, n. 2).

Dall'illegittimità della richiesta di giustificazioni inoltrata dalla Regione al signor Mla. e dall'omissione della dovuta richiesta di giustificazioni al medico fiscale in ordine al referto dallo stesso redatto in totale difformità dalla certificazione del medico curante del Mla. - atti questi assunti in violazione del citato art. 32 del d.p.r. 686/1957 - deriva, dunque, l'illegittimità del provvedimento di decadenza, in quanto atto finale di un procedimento amministrativo viziato sin dalla sua attivazione.

Oltre quanto sopra esposto circa la presenza nell'appellata sentenza del T.A.R. Sardegna del vizio di violazione di legge per mancata applicazione del più volte citato art. 32 del d.p.r. 686/1957, sussiste, come fondatamente dedotto dall'appellante, anche quello relativo alla erronea applicazione dell'art. 127, lett. c), del d.p.r. 3/1957, come anche interpretato dalla costante giurisprudenza, secondo cui, per la legittima applicazione della norma *de qua*, « ... occorre che sussista la deliberata volontà del dipendente di sottrarsi ai doveri d'ufficio; e tale volontà, a sua volta, è ricavabile, in concreto, dall'insieme delle circostanze in cui si verifica l'assenza; pena l'illegittimità della decadenza per assenza arbitraria quando il dipendente in più occasioni abbia espressamente e chiaramente manifestato l'intenzione di riassumere servizio ... »: e nel caso di specie risulta che il signor Mla., lungi dal volersi sottrarre ai propri doveri d'ufficio e, anzi, ribadendo la propria volontà di riprendere il lavoro al termine del periodo di malattia prescrittogli dal medico curante, si è limitato a far rilevare all'amministrazione il contrasto fra le posizioni assunte dal medico fiscale e da quello curante, rimettendo alla Regione il compito di dirimere tale controversia.

Fondato è altresì il secondo motivo di appello, con cui si deduce “2) Violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 53 ult. comma, della l.r. 51/1978” .

Il giudice di primo grado non ha, infatti, ritenuto applicabile alla fattispecie in esame l'art. 53 della l.r. 51/1978, di cui pure il signor Mla. aveva lamentato la violazione.

Ha, infatti, ritenuto il T.A.R. Sardegna che, stando alla formulazione del 3° comma del predetto art. 53 - che prevede che qualora l'esistenza o l'entità della malattia denunciata dal dipendente non venga riconosciuta in sede di controllo disposto, ai sensi del precedente 2° comma, dall'amministrazione regionale, l'assenza è considerata ingiustificata agli effetti retributivi e disciplinari - « ... deve ritenersi che l'assenza cui la norma si riferisce sia quella maturata fino al giorno del controllo, posto che in via normale, il dipendente non riconosciuto malato dovrà riprendere servizio dal giorno successivo, ovvero, se del caso comunicare l'inizio di un nuovo e distinto periodo di malattia debitamente certificato ...» .

Il Collegio ritiene di non condividere tale interpretazione riduttiva che il T.A.R. fornisce in ordine alla norma regionale *de qua*. E comunque, la concreta fattispecie cui, secondo il T.A.R. Sardegna, s'applicherebbe il 3° comma dell'art. 53 della l.r. 51/1978 ricomprende il caso in esame, in cui il signor Mla., sottoposto a controllo medico dall'amministrazione regionale d'appartenenza in data 29.7.1994, si è visto contestare dal medico fiscale l'entità (e non già l'esistenza) della malattia e, successivamente a ciò, ha comunicato la necessità di proseguire, suo malgrado, le cure sino alla successiva data del 10.9.1994, così come da referto specialistico allegato alla predetta comunicazione.

In conseguenza, dunque, dell'applicazione al caso di specie dell'invocata norma regionale - e della prevalenza, in ogni caso, di quest'ultima sulla normativa statale di cui al d.p.r. 3/1957, in virtù della particolare competenza normativa riconosciuta alla Regione Sardegna in materia di trattamento del personale dipendente dell'amministrazione regionale - l'assenza dal servizio del signor Mla., anche a volerla ritenere ingiustificata, avrebbe dovuto essere considerata tale ai soli effetti disciplinari e retributivi e non anche ai ben diversi fini della decadenza dall'impiego.

Per tali assorbenti considerazioni, dunque, l'appello è fondato e deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, devono essere annullati i provvedimenti impugnati in primo grado e, segnatamente, quello di decadenza dall'impiego dell'appellante, sig. Cla.Mla., con ogni conseguenza di legge, anche in ordine alle spese del doppio grado di giudizio, che, in applicazione della regola della soccombenza, vengono poste a carico dell'amministrazione appellata e liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V:

- accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado e, segnatamente, quello di decadenza dall'impiego, con ogni conseguenza di legge;
 - condanna l'amministrazione regionale appellata al pagamento delle spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre I.V.A. e C.P.A., in favore della parte appellante;
- ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2010.