

**Consiglio di Stato – Sez. V; Sent. n. 425 del 21.01.2011**

omissis

FATTO

Il T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione I, con sentenza n. 02647/1998, riuniti i gravami, ha dichiarato inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso n. 3491 del 1994 (con il quale il sig. R. M., dipendente della U.S.S.L. n. 60 di Vimercate, aveva chiesto l'annullamento della deliberazione del C.R. n. 913 dell'1.7.1994, di sospensione cautelare dal servizio con decorrenza 11.7.1994 e privazione dello stipendio), ha in parte dichiarata la cessazione della materia del contendere ed in parte ha respinto il ricorso n. 1386 del 1995 (con il quale il suddetto aveva chiesto l'annullamento della deliberazione del D.G. n. 241 del 22.3.1995, con la quale era stata irrogata la sanzione della sospensione dalla qualifica e dallo stipendio per mesi sei) e ha respinto il ricorso n. 4859 del 1994 (con il quale detto dipendente aveva chiesto l'annullamento della deliberazione del C.S. n. 1134 del 13.9.1994, di assegnazione temporanea al servizio n. 5 con sede ad Usmate).

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato il citato sig. M. ha chiesto l'annullamento di detta sentenza del T.A.R. deducendo i seguenti motivi:

1.- Quanto al ricorso n. 3491 del 1994, avverso la sospensione cautelare dal servizio:

Il T.A.R. ha fatto derivare dalla reiezione del ricorso di primo grado n. 1386 del 1995 (basato sul sostanziale assunto che la sospensione disciplinare dalla qualifica e dal servizio del dipendente in questione era stata legittimamente applicata) la inammissibilità del ricorso n. 3491 del 1994 per sopravvenuta carenza di interesse, ritenuto che la sospensione cautelare con esso impugnata fosse stata assorbita in detta sospensione disciplinare.

Poichè è contestata la sentenza nella parte in cui ha respinto detto ricorso n. 1386 del 1995, persiste interesse a censurare la citata sospensione cautelare, viziata da difetto di motivazione e da mancata individuazione dei presupposti in concreto legittimanti l'esercizio del relativo potere.

2.- Quanto al ricorso di primo grado n. 4859 del 1994, avverso la assegnazione temporanea del deducente al Servizio n. 5 di Usmate:

Erroneamente il T.A.R. ha ritenuto legittima la assegnazione de qua per essere sufficiente a giustificarla la legittimità della sanzione disciplinare irrogata al dipendente, senza considerare che non sussistevano i presupposti per l'allontanamento del suddetto dall'U.O. Approvvigionamenti in quanto non era venuta a crearsi alcuna incompatibilità che sconsigliasse la sua permanenza in detto ufficio e non sussistevano ragioni attinenti al corretto funzionamento del servizio che giustificassero il suo allontanamento. Denoterebbe inoltre sviamento la motivazione addotta con riguardo prospettata presentazione di una istanza di mobilità per esigenze di servizio.

3.- Quanto al ricorso di primo grado n. 1386 del 1995, avverso la sanzione disciplinare della sospensione dalla qualifica e dal servizio per mesi sei:

Erroneamente il T.A.R. avrebbe ritenuto smentita dalla lettura degli atti la censura di illegittimità della sanzione per nullità, ex artt. 112, V c., e 148 del D.P.R. n. 3 del 1957, della deliberazione adottata dalla Commissione di disciplina con la partecipazione di un numero di componenti eccedente quello legale.

Il Giudice di primo grado non ha tenuto nel debito conto che la fase istruttoria del procedimento de quo era viziata e che era inammissibile il riferimento a fatti attinenti alla



vita privata dell'appellante.

La tesi del T.A.R., che a prescindere dall'accertamento di un nesso tra la vita privata e la sfera lavorativa del suddetto comunque potevano essere valutati i fatti attinenti alla sfera privata, è stata formulata senza considerare che essi fatti non erano idonei in astratto a configurare pregiudizi per l'Amministrazione e non denotavano quindi mancanza di rettitudine o mancanza del senso dell'onore e della morale del dipendente.

Erroneamente il primo Giudice ha asserito che le graduazioni valutative in base alle quali il Direttore generale aveva inflitto una sanzione disciplinare meno grave di quella proposta dalla Commissione erano diverse da quelle effettuate da quest'ultima e non contestate.

Con atto depositato il 28.5.1999 si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera "Ospedale Civile" di Vimercate eccependo la inammissibilità e deducendo la infondatezza dell'appello. Con memoria depositata l'8.10.2010 l'Amministrazione resistente ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 22.10.2010 la causa è stata trattenuta in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello, in epigrafe specificato, il sig. R. M. ha chiesto l'annullamento della sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione I, n. 02647 del 1998, con la quale, riuniti i gravami, è stato dichiarato inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso n. 3491 del 1994 (con il quale il sig. R. M. aveva chiesto l'annullamento della deliberazione del C.R. n. 913 dell'1.7.1994, di sospensione cautelare dal servizio con decorrenza 11.7.1994 e privazione dello stipendio), è stata in parte dichiarata la cessazione della materia del contendere ed in parte è stato respinto il ricorso n. 1386 del 1995 (con il quale il suddetto aveva chiesto l'annullamento della deliberazione del D.G. n. 241 del 22.3.1995, con la quale era stata irrogata la sanzione della sospensione dalla qualifica e dallo stipendio per mesi sei) ed è stato respinto il ricorso n. 4859 del 1994 (con il quale il dipendente di cui trattasi aveva chiesto l'annullamento della deliberazione del C.S. n. 1134 del 13.9.1994, di assegnazione temporanea al servizio n. 5 con sede ad Usmate).

2.- La Sezione, per motivi di economia processuale, ritiene di dover trattare in primo luogo il terzo motivo di appello, riferito alla declaratoria, in parte, della cessazione della materia del contendere ed alla reiezione, nella restante parte, del ricorso di primo grado n. 1386 del 1995, proposto dal sig. M. avverso la sanzione disciplinare della sospensione dalla qualifica e dal servizio per mesi sei.

Ciò in quanto le determinazioni che il Collegio assumerà su detto motivo di appello saranno rilevanti con riguardo alla impugnazione, effettuata con il primo motivo di gravame, avverso la parte della sentenza impugnata che ha dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso contraddistinto in primo grado dal n. 3491 del 1994, con il quale era stato impugnato il provvedimento di sospensione cautelare dal servizio del deducente.

2.1.- Al riguardo è stato dedotto dall'appellante che erroneamente il T.A.R. avrebbe ritenuto smentita dalla lettura degli atti la censura di illegittimità della sanzione per nullità, ex artt. 112, V c., e 148 del D.P.R. n. 3 del 1957, della deliberazione della Commissione di disciplina cui aveva partecipato un numero di componenti (nove), eccedente quello legale di sei componenti effettivi.

2.1.1.- Considera il Collegio che l'art. 112, V c., del D.P.R. n. 3 del 1957 prevede, alla lettera c) che "se i componenti presenti alla seduta eccedono il numero legale, quelli di



qualifica meno elevata od i meno anziani non possono partecipare alla votazione a pena di nullità, salvo che uno di essi sia stato relatore nella seduta di trattazione, nel qual caso egli prende il posto del componente di qualifica meno elevata o del meno anziano fra coloro che avrebbero dovuto votare."

La norma stabilisce la nullità della votazione solo nell'ipotesi che ad essa abbia partecipato un numero di componenti eccedenti il numero legale e non per la sola circostanza della mera partecipazione alla seduta (e non alla votazione) di un numero di componenti superiore a quello legale.

Il verbale, cui il T.A.R. ha fatto riferimento sostenendo che dagli atti non risultava che avesse partecipato alla votazione una persona non legittimata, precisava infatti che il Presidente aveva raccolto i voti dei componenti presenti "aventi titolo", il che non può che essere interpretato nel senso che avevano partecipato alla votazione solo i componenti nel numero legale previsto.

La censura in esame non può quindi essere condivisa.

2.2.- Il Giudice di prime cure, secondo il deducente, non avrebbe tenuto nel debito conto i vizi della fase istruttoria del procedimento, consistenti nella mancata valutazione e acquisizione delle prove offerte dall'incolpato. Non sarebbe infatti stato considerato lo stato di necessità che affliggeva l'appellante, non sarebbe stato ascoltato un testimone in relazione ai rapporti del dipendente in questione con il suo padrone di casa, non sarebbe stata valutata documentazione prodotta a prova della correttezza del suo comportamento e non sarebbero stati oggetto di valutazione incarichi ed atti dallo stesso indicati; sarebbe invece stata impropriamente acquisita la testimonianza di una teste presentatasi spontaneamente e di un dirigente nei cui confronti sussisteva grave inimicizia a causa di una querela sporta dall'appellante contro lo stesso.

Inammissibile sarebbe stato inoltre il riferimento a fatti attinenti alla vita privata dell'appellante, come l'aver tenuto un presunto comportamento scorretto con il padrone di casa e il non aver onorato debiti contratti con terzi, senza considerare che il suddetto aveva agito come privato cittadino, e non nella qualità di dipendente della U.S.S.L. di Vimercate, e che le circostanze addotte a suo carico sarebbero smentite sia dall'essere stato onorato il debito con detto padrone di casa (giustificando il ritardo), sia dalla contraddittorietà delle testimonianze rese a suo carico da funzionari di banca e sia dal fatto che non avrebbe mai potuto esercitare il commercio all'ingrosso, essendo iscritto al REC, ma non al registro delle ditte.

La tesi del T.A.R., che, a prescindere dall'accertamento di un nesso tra la vita privata e la sfera lavorativa, comunque potevano essere valutati i fatti attinenti alla sfera privata del dipendente, sarebbe stata formulata senza considerare che detti fatti non erano idonei in astratto a configurare pregiudizi per l'Amministrazione e non denotavano quindi mancanza di rettitudine o mancanza del senso dell'onore e della morale (anche perché i debiti erano stati contratti per comprovato stato di necessità e ne era stata preannunciata l'esistenza all'Amministrazione).

2.2.1.- Osserva preliminarmente il Collegio che in materia di procedimento disciplinare, al Giudice amministrativo non è consentito di valutare nel merito il giudizio formulato dalla Commissione di disciplina, anche per quanto attiene alla determinazione concreta della sanzione in relazione ai fatti contestati, tranne nei casi in cui essa appaia manifestamente illogica o immotivata.

La motivazione del provvedimento disciplinare non deve, peraltro, contenere una



contestazione analitica della tesi difensiva, essendo sufficiente che l'Amministrazione abbia esplicitato, se pur sinteticamente, l'autonomo percorso valutativo seguito dalla Autorità amministrativa nel corso dell'iter disciplinare svoltosi in contraddittorio con il soggetto interessato (Cassazione civile, sez. lav., 11 gennaio 2010, n. 214).

Nel caso che occupa risulta che la Commissione di disciplina ha effettuato la prevista istruttoria in cinque sedute, dando udienza più volte al sig. M., che ha avuto modo di esporre le proprie ragioni.

In particolare non appare manifestamente illogico il non aver considerato quale causa di giustificazione lo stato di necessità con riguardo ai comportamenti tenuti dall'appellante, dei quali è stata riscontrata la effettività, considerato che esso non ha provato - essendone onerato per effetto dell'applicazione delle regole penalistiche sullo stato di necessità, alle quali occorre fare riferimento anche ai fini previsti dall'art. 4 della legge n. 689 del 1981 - di aver agito spinto dalla necessità di salvarsi dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto posto in essere fosse proporzionato al pericolo.

Quanto alla mancata audizione di un testimone circa i rapporti con il padrone di casa, alla mancata acquisizione di documentazione prodotta a prova della correttezza del comportamento dell'appellante e alla acquisizione della testimonianza di una teste presentatasi spontaneamente e di un dirigente nei cui confronti sussisteva grave inimicizia (a causa di una querela sporta dall'appellante contro lo stesso), rileva il Collegio che non appare illogico il comportamento della Commissione che ha discrezionalmente ritenuto non necessari ulteriori approfondimenti probatori oltre quelli, già numerosi, acquisiti e che correttamente è stata acquisita la testimonianza del funzionario nei cui confronti l'appellante aveva sporto querela, atteso che tanto era di per sé inidoneo a provare la sussistenza della grave inimicizia (che implica che la conflittualità sia reciproca e fondata esclusivamente su pregressi rapporti personali, derivanti da vicende estranee allo svolgimento delle funzioni per le quali si lamenta l'assenza di neutralità e riferibili a dati di fatto concreti, precisi e documentati).

Era infatti da valutare insufficiente la semplice proposizione di una querela nei confronti del teste sopra citato (Consiglio Stato, sez. I, 23 ottobre 1981, n. 384), in assenza degli ulteriori dati probatori prima elencati, a provare la inaffidabilità dello stesso per grave inimicizia, che, si ribadisce, per essere rilevante deve essere reciproca.

Quanto alla valutazione di fatti attinenti alla sfera privata dell'appellante osserva la Sezione che i comportamenti tenuti dal dipendente nella sua vita privata ed estranei all'esecuzione della prestazione lavorativa sono irrilevanti, a meno che essi non siano di natura tale da far ritenere il dipendente inidoneo alla prosecuzione del rapporto, specie allorché, per le caratteristiche o per le peculiarità di questo, la prestazione lavorativa richieda un ampio margine di fiducia, ovvero possa incidere negativamente sull'immagine del datore di lavoro. Per la apprezzabilità di detti fatti è sufficiente che essi siano idonei a determinare una situazione di disagio insanabile, tenuto conto della natura delle funzioni espletate dal dipendente, in relazione ai fatti stessi, tenuto conto della modestia o meno delle dimensioni dell'ufficio e del contesto ambientale di riferimento.

Posto che la "ratio" sottesa alla disposizione regolante la sanzione disciplinare è quella di reprimere i comportamenti dei pubblici dipendenti che arrechino pregiudizio alla dignità delle funzioni esercitate e che possano far temere che queste non vengano espletate correttamente, fra i comportamenti censurabili ritiene il Collegio che debbano essere



ricompresi non solo quelli tenuti nello svolgimento del servizio, ma anche quelli che, pur se estranei al servizio, siano in qualche modo lesivi del prestigio e del decoro dell'Amministrazione (Consiglio Stato, sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2182).

Nel caso che occupa, tenuto conto della non irrilevanza delle plurime circostanze contestate al dipendente relativamente comportamento tenuto nella sua sfera privata (in relazione alle ridotte dimensioni dell'Ufficio in cui prestava servizio e del Comune in cui l'Ufficio stesso è situato nonché alle particolari mansioni da esso svolte), non appare irragionevole la valutazione dell'Amministrazione, che ha ritenuto che gli stigmatizzati comportamenti dell'appellante avessero comunque comportato il venir meno della fiducia anche circa la correttezza dello svolgimento del suo lavoro ed ha comunque poi in concreto inflitto una sanzione disciplinare ridotta rispetto a quella proposta dalla competente Commissione.

2.3.- Erroneamente il primo Giudice, secondo il motivo in esame, avrebbe asserito che le graduazioni valutative in base alle quali il Direttore generale aveva inflitto una sanzione disciplinare meno grave di quella proposta dalla Commissione erano diverse da quelle poste in essere da questa e non contestate, perché esso Direttore Generale aveva ravvisato le stesse fattispecie di illeciti disciplinari individuate dalla Commissione, limitandosi a tenere conto dell'esistenza di circostanze attenuanti.

2.3.1.- La censura non appare idonea, ad avviso del Collegio, a comportare la illegittimità della determinazione assunta da detto Direttore generale, considerato che comunque, per le considerazioni in precedenza espresse, i fatti posti a base del provvedimento disciplinare adottato erano rilevanti ed idonei a supportare la decisione in concreto assunta.

3.- Stabilito che la sanzione disciplinare della sospensione dalla qualifica e dal servizio dall'1.4.1995 fino al 30.9.1995, con riconoscimento di un assegno alimentare pari alla metà dello stipendio, adottata dal Direttore generale de quo, è stata legittimamente comminata, può essere esaminato il primo motivo di appello con il quale, con riferimento al ricorso n. 3491 del 1994 proposto in primo grado avverso la sospensione cautelare dal servizio, è stato dedotto che il T.A.R. erroneamente avrebbe fatto derivare dalla reiezione del ricorso n. 1386 del 1995 (nell'assunto che la sospensione disciplinare dalla qualifica e dal servizio era stata legittimamente applicata), la inammissibilità del ricorso n. 3491 del 1994 per sopravvenuta carenza di interesse, essendo stata assorbita la sospensione cautelare in detta sospensione disciplinare.

L'appellante, dalla premessa di aver fondatamente contestato la sentenza de qua nella parte in cui ha respinto detto ricorso n. 1386 del 1995, fa derivare il perdurare dell'interesse a censurare detta sospensione cautelare per difetto di motivazione e mancata individuazione dei presupposti in concreto legittimanti l'esercizio del relativo potere, perché non sarebbe a suo tempo sussistita una situazione di gravità dei fatti tale da giustificare il provvedimento ed essendo stata effettuata una illogica valutazione della stessa.

3.1.- Il Collegio ritiene la censura insuscettibile di positiva valutazione, atteso che il Direttore generale di cui trattasi con deliberazione n. 268 del 30.3.1995 (in atti) ha dato atto che doveva tenersi conto, con riguardo all'adottato provvedimento disciplinare, anche del periodo di sospensione cautelare dal servizio con decorrenza 11.7.1994, già subita dall'appellante in esecuzione della precedente deliberazione del C.R. n. 913 del 1.7.1994, sicché correttamente va ritenuto che con riguardo a detto ricorso sia sopravvenuta carenza di interesse, non potendo trarre alcun concreto vantaggio l'appellante dall'eventuale accoglimento del gravame, essendo stata assorbita la impugnata sanzione dal successivo provvedimento disciplinare, che è stato definitivamente stabilito in questa sede



che fosse stato legittimamente adottato.

4.- Con il secondo motivo di appello, quanto al ricorso di primo grado n. 4859 del 1994, proposto avverso la assegnazione temporanea dell'appellante al Servizio n. 5 di Usmate, è stato dedotto che ingiustificatamente il T.A.R. avrebbe ritenuto legittima la assegnazione de qua per essere sufficienti a giustificarla la legittimità della sanzione disciplinare irrogata al dipendente, senza considerare che non sussistevano i presupposti per l'allontanamento del dipendente dall'U.O. Approvvigionamenti non essendo mai esistite né ragioni di incompatibilità alla permanenza in detto ufficio né ragioni attinenti al corretto funzionamento del servizio; inoltre sarebbe sintomo di sviamento la motivazione addotta dall'Amministrazione con riguardo alla mobilità per esigenze di servizio, atteso che oggetto della delibera era invece la mera presa d'atto della ordinanza giurisdizionale di sospensione del provvedimento di sospensione cautelare (il trasferimento era stato invero disposto per motivi disciplinari o di incompatibilità ambientale e non per esigenze di servizio, atteso che in tal caso avrebbero dovuto essere sentite, ex art. 11 del D.P.R. n. 384 del 1990, le Organizzazioni sindacali più rappresentative).

4.1.- Premette il Collegio che con il provvedimento impugnato la U.S.S.L. n. 60 di Vimercate, in ottemperanza alla ordinanza del T.A.R. di accoglimento della istanza di sospensione della efficacia del provvedimento di sospensione cautelare dal servizio dell'appellante, lo ha riammesso in servizio e ha ripristinato il trattamento economico ad esso spettante, disponendo tuttavia il suo impiego nell'ambito delle attività amministrative del Servizio n. 5 con sede nel C.P.U., nell'assunto che le competenze istituzionali si fossero aggravate e stante la rilevata opportunità e necessità di impiegare il dipendente in UU.OO. diverse da quelle di provenienza (anche per non metterlo in contatto con fornitori di beni o servizi dell'Ente e per non turbare il normale svolgimento delle attività istituzionali, dato atto che nei confronti di alcuni di essi fornitori il dipendente risultava essere debitore insoluto); ciò tenuto conto che il dipendente stesso con nota del 2.12.1991 aveva chiesto di essere assegnato ad altra Unità Operativa.

Va rilevato in proposito che il trasferimento per incompatibilità ambientale del pubblico dipendente non ha carattere sanzionatorio, né ha natura disciplinare (non postulando comportamenti contrari ai doveri d'ufficio), ma è condizionato solo alla valutazione, ampiamente discrezionale, dei fatti che possano far ritenere nociva per il prestigio, il decoro o la funzionalità dell'Ufficio la permanenza del dipendente in una determinata sede. Tale trasferimento ha infatti il fine di tutelare il prestigio ed il corretto funzionamento degli uffici pubblici e di garantire la regolarità e la continuità dell'azione amministrativa e mira ad eliminare la causa obiettiva dei disagi e delle difficoltà che discendono dalla presenza del dipendente, tanto da trascendere da ogni valutazione circa l'imputabilità al dipendente la ricorrenza di eventuali profili soggettivi di colpa per la situazione di incompatibilità ambientale ingeneratasi.

L'impossibilità di riconoscere al procedimento il carattere sanzionatorio, comporta che ad esso non può applicarsi la disciplina dettata per i procedimenti aventi tale carattere, e, dunque, le garanzie sostanziali e procedurali fissate per le sanzioni disciplinari così come la previsione del preventivo nulla osta dell'organizzazione sindacale.

Tanto premesso ritiene la Sezione di non poter apprezzare in senso favorevole la censura in esame, considerato che appare non illogica o affetta da sviamento la valutazione discrezionale effettuata dalla Amministrazione circa la opportunità di reimpiegare l'appellante in un diverso Ufficio, in esecuzione del provvedimento giurisdizionale che



aveva sospeso la sospensione cautelare dal servizio del suddetto, al fine di tutelare il corretto funzionamento dell'ufficio pubblico di provenienza e di destinazione, tenuto conto anche di una domanda in tal senso formulata dal dipendente.

Aggiungasi che con il provvedimento di assegnazione al diverso Ufficio dell'appellante non risulta violato l'art. 11 del D.P.R. n. 384 del 1990, né usato il potere con sviamento dalla causa tipica, atteso che non trattavasi di vero e proprio provvedimento di mobilità ordinaria interna, a domanda o d'ufficio, che avrebbe dovuto essere adottato dal Comitato di Gestione dell'Unità Sanitaria Locale od organo corrispondente, sentite le Organizzazioni Sindacali maggiormente rappresentative, ma di peculiare provvedimento di riassunzione in servizio dopo la sospensione giurisdizionale del provvedimento di sospensione cautelare dal servizio, rispondente a diverse esigenze e di natura diversa rispetto al provvedimento di trasferimento per mobilità da adottare prima della copertura dei posti vacanti, a domanda (di mobilità) degli interessati.

5.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

6.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 21 GEN. 2011.