

**Consiglio di Stato - Sez. quinta, Sent. n. 6785 del 28/12/2007**

Omissis

FATTO E DIRITTO

1.1 Nei confronti della dipendente X, assente alla visita di controllo, nella fascia oraria pomeridiana (ore 17,25) dell'ultimo giorno di convalescenza assegnatole dopo che la stessa era stata sottoposta ad intervento chirurgico presso il Presidio ospedaliero di Gavardo (AUSSL 15 di Salò – prov. Di Brescia), il Comune di X ha comminato la decadenza dal trattamento economico di malattia per il periodo dal 9 al 16 aprile 1997, con relativa trattenuta retributiva, per essere risultata assente, la medesima, alla visita di controllo del 16 aprile 1997 (ore 17,25).

Il relativo provvedimento è stato impugnato dall'interessata con ricorso davanti la Sezione staccata di Brescia del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, che, con sentenza n. 151/1998 del 27 febbraio 1998 l'ha respinto, compensando fra le parti le spese del giudizio.

1.2. Avverso l'anzidetta sentenza ha proposto appello l'interessata: erroneamente il giudice di primo grado ha ritenuto che il provvedimento impugnato fosse correttamente anche se succintamente motivato con mero riferimento alla normativa applicata, che, al contrario, avrebbe richiesto la corretta valutazione delle ragioni esimenti ovvero della circostanza che l'allontanamento non si è verificato nella fascia d'obbligo, ma in un periodo intermedio, entro il quale una situazione imprevista ha impedito il rientro in tempo utile nel domicilio. Il convincimento espresso in sentenza, secondo cui la responsabilità dell'impiegato risiederebbe nel non avere comunicato per tempo l'allontanamento, evidenzia la confusione fatta dal giudice e dall'amministrazione fra comportamento rilevante ai fini disciplinari e causa dell'assenza, su cui doveva incentrarsi il giudizio in ordine alla giustificabilità.

L'appellante ripropone, pertanto, le censure di violazione di legge (art. 5, comma quattordici, L. 11 novembre 1983 n. 638) e di eccesso di potere per difetto di motivazione, dedotti in primo grado e ne chiede l'accoglimento, con la riforma della sentenza appellata ed il conseguenziale annullamento del provvedimento impugnato.

1.3. Si è costituito in giudizio il Comune di X resistendo all'appello.

Successivamente la causa, chiamata alla pubblica udienza del 9 ottobre 2007, è stata trattenuta in decisione.

2.1. L'appello è fondato e merita accoglimento.

2.2. In fatto, deve essere chiarito che l'appellante si è allontanata dal proprio domicilio in un momento intermedio fra le due fasce orarie recepite dall'art. 21 del contratto di categoria (quella antimeridiana compresa fra le ore 10 e le ore 12 e quella pomeridiana compresa fra le ore 17 e le ore 19) per le visite di controllo; ciò, per sottoporsi alla rimozione dei punti di sutura, l'ultimo giorno concessogli per la convalescenza, anche con la finalità di evitare di dovere richiedere altro giorno di permesso per tale incombenza, peraltro indispensabile alla sua salute e non eludibile. In linea di principio, la non completa rimarginazione della ferita operatoria (non è in discussione che l'interessata sia stata sottoposta ad intervento chirurgico, presso il presidio ospedaliero pubblico, né il periodo di convalescenza assegnatole) avrebbe potuto comportare la continuazione della convalescenza e l'impossibilità, per la stessa di rientrare in servizio.

2.3. In diritto, la circostanza che la dipendente si fosse recata (al termine finale della fascia oraria antimeridiana, presso il presidio ospedaliero ove aveva subito l'intervento, non troppo distante dal domicilio (anche se in differente Comune), costituisce una circostanza che doveva essere apprezzata



con ragionevolezza, non a carico della dipendente (che, in relazione al momento in cui ha avuto inizio l'assenza dal domicilio non aveva alcun obbligo di previamente comunicare l'allontanamento) bensì in suo favore, in quanto rispondente ad una necessità (di rimuovere i punti di sutura e di controllare il decorso postoperatorio ai fini del rientro in servizio), con riferimento alla quale, doveva poi essere apprezzata la plausibilità del ritardo del rientro nel domicilio, rispetto all'inizio della fascia oraria (sulla considerazione dell'inaspettato ritardo con cui la visita di controllo e la rimozione dei punti venne in concreto effettuata). La documentata presenza della dipendente presso il presidio ospedaliero, per l'intervento anzidetto nel periodo pomeridiano delle ore 16/17, non avrebbe potuto esimere l'Amministrazione da tale valutazione.

Viziato è invece il percorso inverso che l'autorità procedente afferma di avere posto in essere (in ciò avallata dal convincimento del giudice di primo grado) muovendo dal mancato preavviso che alla data del 16 aprile 1997 si sarebbe recata presso il presidio ospedaliero per la rimozione dei punti di sutura, per trarre da ciò il convincimento (non altrimenti motivato) della ingiustificabilità della assenza.

2.4. La disposizione contrattuale che impone l'obbligo della comunicazione in caso di allontanamento "durante le fasce di reperibilità" è norma di stretta interpretazione, che non contempla l'ipotesi differente di allontanamento nella fase intermedia, nell'ambito della quale un causa non prevista impedisce il rientro del dipendente nel domicilio dichiarato.

Ove dunque l'allontanamento sia avvenuto nella fase temporale intermedia, l'assenza nella fascia pomeridiana successiva deve essere considerata e valutata con ragionevolezza, in rapporto alle ragioni che l'hanno determinata.

Ne consegue, che, nell'ipotesi in esame, la mera indicazione della norma applicata non costituisce idonea (ancorché sintetica) motivazione della misura adottata, ma, al contrario elude l'obbligo giuridico di valutare le giustificazioni addotte.

Al di là del vizio formale espressamente denunciato, l'automatica applicazione della disposizione citata, costituisce di per sé violazione della fonte primaria e della norma contrattuale che la recepisce.

La norma primaria infatti non soltanto non preclude ma, al contrario faculta il dipendente ad allontanarsi dal domicilio dichiarato nel segmento temporale intermedio fra le due fasce, con il che non stabilisce alcuna presunzione del fatto che l'assenza in una determinata fascia abbia implicato "l'allontanamento" nell'ambito della fascia suddetta o nella fascia anteriore.

A ben vedere, nessuna automatica conseguenza viene fatta derivare dal legislatore nazionale dalla circostanza che l'allontanamento non sia stato previamente comunicato. Al contrario, nella lettera e nello spirito della disposizione citata, rileva l'assenza in sé alla visita di controllo e la previa comunicazione può soltanto essere ricondotta fra le esimenti (ai fini della decadenza comminata) ma la sua mancanza deve essere considerata ed opportunamente valutata nell'ambito delle cause addotte dal dipendente per giustificare l'assenza, le quali, pertanto, devono essere prese in esame indipendentemente dalla comunicazione preventiva, con criterio di ragionevolezza.

2.5. Il convincimento che precede trova conforto nella giurisprudenza del giudice del lavoro che, affrontando questo specifico aspetto della questione, ha avuto modo di precisare che il giustificato motivo di esonero del lavoratore in stato di malattia dall'obbligo di reperibilità a visita domiciliare di controllo, secondo la previsione del citato art. 5, comma 14 del D.L. n. 463 del 1983, nel testo modificato dalla legge di conversione n. 638 de 1983, non si identifica con il concetto di forza maggiore (che postula un impedimento assoluto dovuto a causa ineluttabile) e ricorre in presenza di un ragionevole impedimento e di qualsivoglia serio motivo di assenza durante la "fascia oraria", la cui rigorosa dimostrazione, pur essendo onere del lavoratore, non può essere oggetto di una deroga



"in peius" derivante dalla contrattazione collettiva, con la previsione di un onere di comunicazione dell'assenza al datore di lavoro.

In questo senso si è espressa, infatti, la Suprema Corte di cassazione (Sez. Lav., sent. n. 3681 del 3 maggio 1990), nel confermare la sentenza con la quale i giudici del merito avevano escluso l'inadempimento dell'obbligo suddetto da parte di lavoratrice non reperita in occasione della visita di controllo domiciliare per essersi recata all'ambulatorio della locale U.S.S.L. a causa del riacutizzarsi dell'affezione morbosa che la colpiva, ma senza la preventiva comunicazione al datore di lavoro di tale momentanea irreperibilità, prevista dall'art. 41, lettera c), del C.C.N.L. 4 luglio 1984 per i dipendenti dell'industria delle materie plastiche.

Giova tenere conto che la stessa Sezione lavoro della Suprema Corte, sulla base del principio sopra evidenziato (sent. n. 9940 del 24 settembre 1991) ha confermato la decisione dei giudici di merito che aveva ritenuto giustificata l'assenza dovuta a visita medica, anche se l'orario di apertura dello studio del sanitario non coincideva con detta fascia oraria, in relazione all'impossibilità per l'assicurato di essere ricevuto ad un'ora precisa.

Con maggiore attinenza al caso in esame è stato, anche, affermato che, in tema di indennità di malattia, il giustificato motivo di assenza - necessario per escludere la sanzione per il mancato reperimento del lavoratore alla visita di controllo durante le fasce orarie di reperibilità ben può essere connesso alla tutela di un interesse apprezzabile sul piano giuridico-sociale che non potrebbe essere utilmente soddisfatto, se non in condizioni di rilevante disagio o di notevole pregiudizio per altri interessi del soggetto, in tempi diversi da quelli corrispondenti alle suddette fasce e su tale base è stata confermata (dalla Suprema Corte di cassazione) la sentenza di merito che aveva ritenuto giustificata l'assenza della lavoratrice che si era recata presso lo studio del medico curante per ottenere la certificazione della prosecuzione della malattia, essendo di fatto esclusa la possibilità di rientrare a casa prima dell'inizio della fascia pomeridiana (Cass. Sez. Lav., sent. n. 12465 del 17 dicembre 1993).

Nella medesima direzione si muove la sentenza n. 12465 del 17 dicembre 1993, con la quale la Sezione lavoro della Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto giustificata l'assenza della lavoratrice che si era recata presso lo studio del medico curante per ottenere la certificazione della prosecuzione della malattia, essendo di fatto esclusa la possibilità di rientrare a casa prima dell'inizio della fascia pomeridiana, affermando il principio che il giustificato motivo di assenza - necessario per escludere la sanzione per il mancato reperimento del lavoratore alla visita di controllo durante le fasce orarie di reperibilità ben può essere connesso alla tutela di un interesse apprezzabile sul piano giuridico-sociale che non potrebbe essere utilmente soddisfatto, se non in condizioni di rilevante disagio o di notevole pregiudizio per altri interessi del soggetto, in tempi diversi da quelli corrispondenti alle suddette fasce.

2.6. La Sezione non ha ragione di discostarsi dagli insegnamenti che vengono, nella specifica materia, dal giudice del lavoro ordinario e, in primo luogo, dalla Suprema Corte di cassazione, non essendo differenti i principi applicabili nell'ambito del pubblico impiego governati dalla medesima fonte primaria (direttamente o per formale recepimento della disciplina contrattuale)

Non vi è dubbio che l'apprezzamento sulla giustificabilità o meno dell'assenza è questione di merito, appartenente alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione, che però non si sottrae al sindacato di legittimità sotto il profilo della corretta interpretazione ed applicazione della norma (oltre che per gli aspetti formali del difetto della motivazione) allorché, come nel caso in esame, risulti di palmare evidenza che il presupposto essenziale della ingiustificabilità è stato fatto risiedere nel mancato preavviso, che ha escluso in radice l'apprezzamento delle ragioni, che, in concreto, hanno indotto l'assenza (ineludibile necessità di effettuare l'intervento sanitario di pertinenza del



presidio che aveva praticato l'operazione, ed effettuazione, in concreto dell'intervento nel periodo compreso fra le ore 16 e le ore 17 pomeridiane in rapporto all'accertato inizio dell'assenza all'interno del segmento intermedio e suo protrarsi per causa non imputabile alla dipendente).

3. Sulla base di quanto precede, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado e deve essere annullato il provvedimento con esso impugnato.

Le spese dei due gradi del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico dell'Amministrazione ed in favore della parte appellante.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla il provvedimento prot. 368 del 3 giugno 1997 del Comune di X;

Condanna il Comune di X al pagamento, in favore dell'attuale appellante, delle spese dei due gradi del giudizio che si liquidano in complessivi €5.000,00 (cinquemila//00) oltre IVA e CPA come per legge;

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

Così deciso in Roma, addì 9 ottobre 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

omissis

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 28.12.2007.