

Illegittima la dispensa dal servizio senza le osservazioni dell'interessato

Consiglio di Stato, sez. V, decisione n. 2059 del 14 aprile 2010

di Federica Caponi *

Dispensa dal servizio per inabilità fisica - Personale comparto Regioni ed enti locali - Garanzie procedurali ex artt. 129 e 130 del Dpr n. 3/1957 - Omessa convocazione dell'interessato da parte del comune - Illegittimità

Accertamento di inidoneità all'impiego - Mancata assegnazione di un termine all'interessato per essere sentito personalmente - Atto di dispensa dal servizio - Illegittimità

È illegittima la dispensa dal servizio disposta dal comune nel caso in cui, nel convocare l'interessato alla visita collegiale, non abbia informato quest'ultimo del fatto che la visita avrebbe potuto determinare, in caso di accertata inidoneità, il suo collocamento a riposo e, successivamente, non abbia mai assegnato allo stesso un termine per presentare le proprie osservazioni e chiedere di essere sentito personalmente. Il procedimento risulta infatti viziato, fin dalla convocazione alla visita medico-collegiale, per il mancato rispetto, da parte dell'amministrazione comunale, delle garanzie procedurali previste dagli artt. 129 e 130 del Dpr n. 3/1957, previste per i dipendenti pubblici in generale. Il percorso procedimentale non può infatti essere considerato fine a se stesso, in quanto è concepito quale presidio di una duplice esigenza di responsabilizzazione, quella della PA, affinché la potestà di estinguere il rapporto di lavoro non sia utilizzata oltre i ristretti limiti funzionali fissati dalle norme, e quella del dipendente, destinatario dell'atto finale, in modo da renderlo edotto della rilevante portata negativa delle conseguenze giuridiche del provvedimento di futura adozione. Pertanto, la dispensa dal servizio per inidoneità fisica disposta senza l'osservanza degli atti procedurali prescritti dagli artt. 129 e 130 del T.U. degli impiegati civili dello Stato non può che essere dichiarata illegittima.



Il principio di cui in massima è l'importante caposaldo ribadito dal Consiglio di Stato nella decisione in commento, con la quale Palazzo Spada ha accolto il ricorso presentato da un dipendente dispensato dal servizio.

Il fatto

Il caso di specie è particolarmente complesso in quanto il fatto ha inizio nel 1989 e ancora sembrerebbe non essersi "concluso" completamente.

Un comune aveva deliberato la **dispensa dal servizio di un dipendente per inabilità fisica**. Avverso tale provvedimento, l'interessato aveva presentato ricorso al Tar, il quale aveva respinto il ricorso e dichiarato legittimo l'atto comunale.

L'interessato aveva successivamente presentato ricorso al Consiglio di Stato che, nel 2006, aveva riformato la sentenza di primo grado, annullando gli atti comuna-

li e condannando l'amministrazione alla ricostituzione della carriera del dipendente, mediante il riconoscimento di tutte le spettanze contributive e retributive dalla data della dispensa a quella della maturazione dell'età pensionabile, nonché dell'indennità di fine rapporto e del trattamento di quiescenza, oltre agli interessi e alla rivalutazione monetaria.

* Consulente Enti locali

Illegittimità

Il comune nel 2008 aveva comunicato all'interessato l'avvio di un nuovo procedimento teso all'adozione, con efficacia e, dunque, con esecutività, dalla data indicata nella delibera annullata (1989), di un **nuovo provvedimento di collocamento a riposo per inabilità fisica**, emanando successivamente il relativo atto.

L'interessato si era nuovamente rivolto al Consiglio di Stato, che nel 2009 ha dichiarato nullo tale nuovo provvedimento, ai sensi dell'articolo 21-septies della legge n. 241/1990, e ha disposto la piena esecuzione della pronuncia, prescrivendo all'ente di liquidare all'interessato *"tutte le sue spettanze contributive e retributive, a partire dalla data della dispensa dal servizio fino a quella della maturazione dell'età pensionabile, nonché delle sue maggiori spettanze agli effetti dell'indennità di fine rapporto e del trattamento di quiescenza; il tutto con interessi e rivalutazione monetaria come per legge"*.

I giudici amministrativi avevano anche statuito che, nel caso in cui l'ente non avesse provveduto, sarebbe stato nominato un Commissario ad acta.

Il commissario suddetto avrebbe dovuto provvedere al posto dell'ente inadempiente e nel caso in cui fossero sorti ulteriori problematiche, lo stesso commissario avrebbe dovuto informare la Procura regionale della Corte di conti. Il comune ha ritenuto di dare **ottemperanza alla decisione con una serie di atti** in base ai quali, ha:

- **computato il raggiungimento dell'età pensionabile** alla data nella quale il soggetto avrebbe raggiunto i 40 anni di servizio utili al trattamento di quiescenza;

- **detratto quanto l'ente previdenziale ha erogato direttamente all'interessato**, come ratei pensionistici (maggiorando peraltro tali somme degli interessi di legge), versando la differenza all'interessato.

L'interessato si è nuovamente rivolto ai giudici che hanno ribadito il comportamento illegittimo del comune e che le **garanzie imposte dagli articoli 129 e 130 del decreto del Presidente della Repubblica n. 3 del 1957** obbligano l'amministrazione ad assegnare al dipendente proposto per la dispensa dal servizio *"un termine per presentare, ove creda, le proprie osservazioni"*, con la possibilità di essere ascoltato personalmente (articolo 129, commi 3 e 4), e riconoscono la facoltà allo stesso, nel caso di dispensa dovuta a motivi di salute, di farsi assistere da un medico di fiducia alla vista collegiale chiamata ad accertare tale stato (articolo 130, comma 2).

L'eventuale inosservanza di tali regole procedurali determina l'**illegittimità del provvedimento finale emanato**, non costituendo un vizio meramente formale, ma la **violazione di norme procedurali ispirate al criterio del giusto procedimento**, secondo le quali il provvedimento autoritativo intanto può produrre l'effetto estintivo del rapporto, particolarmente gravoso nei confronti del destinatario, in quanto quest'ultimo sia posto in grado, in piena consapevolezza, di partecipare al procedimento, facendosi assistere da persona qualificata ed esponendo preventivamente le proprie ragioni.

Inoltre, il fatto che tali accertamenti non siano più ripetibili non può in alcun modo ricadere sul di-

ritto all'impiego del dipendente illegittimamente dispensato.

È possibile infatti rinnovare il procedimento e approvare un provvedimento di contenuto analogo a quello del provvedimento originario annullato, ma solo se in sede di rinnovazione il procedimento stesso venga emendato dagli originari vizi di legittimità.

La questione di fondo

La questione di fondo posta all'attenzione dei giudici del massimo consesso amministrativo attiene alla **verifica se il mancato rispetto delle garanzie procedurali**, contenute nei citati articoli 129 e 130 del decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957, **costituisca o meno vizio meramente formale** e, quindi, non in grado di determinare l'annullamento della dispensa dal servizio per inabilità fisica.

Inoltre, al Consiglio di Stato è stato chiesto di verificare se sia legittimo rinnovare un procedimento amministrativo senza il rinnovo dell'istruttoria amministrativa.

In merito a quest'ultimo punto, il comune ha sostenuto che il nuovo provvedimento fosse legittimo in quanto la rinnovazione dell'accertamento tecnico-sanitario era divenuta impossibile a causa del lungo tempo trascorso, con la maturazione da parte dell'interessato dell'età pensionabile e dell'inevitabile modificazione del quadro clinico dello stesso.

Pertanto, l'**istruttoria del nuovo atto**, non potendo ripetersi l'accertamento, **si è basata esclusivamente su di una ricostruzione storico-documentale**, sugli atti della prima istruttoria e su quelli postumi, prodotti dall'interessato nel tentativo di evitare comunque

la cessazione del rapporto di impiego.

I giudici di Palazzo Spada hanno precisato che **il fatto che l'istruttoria non potesse essere più rinnovata non può in alcun modo ricadere sul diritto all'impiego del ricorrente**, perché l'autore di una condotta antigiusuridica (in questo caso, il comune), come è stato accertato con sentenza passata in giudicato, non può far ricadere le conseguenze negative sulla parte lesa dalla condotta medesima.

Inoltre, la giurisprudenza ammette sì la possibilità che il procedimento rinnovato si concluda con un provvedimento di contenuto analogo a quello del provvedimento originario annullato, ma solo se **in sede di rinnovazione il procedimento stesso venga emendato dagli originali vizi di legittimità**.

Nel caso di specie così non è stato, perché il comune non ha ripreso il procedimento, adottando un nuovo avviso di convocazione dell'interessato alla visita collegiale, con la specifica indicazione che questa era stata disposta ai fini della sua dispensa dal servizio e che egli avrebbe potuto essere accompagnato da un medico di fiducia.

A questo **avrebbe dovuto seguire un nuovo accertamento tecnico-sanitario** e l'assegnazione all'interessato di un termine per presentare le proprie osservazioni e chiedere di essere sentito personalmente. **Il provvedimento sopravvenuto è, quindi secondo i giudici, in palese contrasto con l'obbligo (processuale) di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire**, consistente nella rinnovazione del procedimento e formazione di una nuova istruttoria nel rispetto delle garanzie procedurali previste dagli articoli 129 e 130 del Dpr n. 3 del 10 gennaio 1957, Testo unico degli impiegati civili dello Stato.

Per cui, **il nuovo provvedimento così emanato non può che essere considerato nullo**, ai sensi dell'articolo 21-septies, comma 1, della legge n. 241 del 1990.

Nel procedimento per la dispensa dall'impiego causata da inabilità fisica, il legislatore ha previsto **specifiche garanzie procedurali a favore del dipendente coinvolto**. In particolare, il citato **articolo 129** ha stabilito che può essere dispensato dal servizio l'impiegato divenuto inabile per motivi di salute, salvo che non sia diversamente utilizzato. All'impiegato proposto per la dispensa dal servizio **deve essere assegnato un termine per presentare**, ove creda, le proprie osservazioni.

L'articolo 130 ha previsto che, in tal caso, si debba procedere all'accertamento delle condizioni di salute dell'impiegato mediante **visita medica collegiale** e al dipendente è riconosciuto il **diritto di farsi assistere da un medico di propria fiducia**.

Per quanto riguarda il rilievo che deve essere riconosciuto, nel citato procedimento per la dispensa dall'impiego causata da inabilità fisica, all'eventuale violazione di tali garanzie, i giudici hanno precisato che tale percorso procedimentale *"non è inutilmente fine a se stesso, ma è concepito quale presidio di una duplice esigenza di responsabilizzazione non solo della P.A., affinché l'esercizio della potestà di estinguere un rapporto non travalichi i ristretti limiti funzionali fissati dalle norme che la prevedono, ma anche del destinatario dell'atto finale, in modo da renderlo edotto della rilevante portata negativa delle conseguenze giuridiche del provvedimento di futura adozione; pertanto, è illegittima la dispensa dal servizio per inidoneità fisica disposta senza l'osservanza degli atti procedurali prescritti dagli*

art. 129 e 130 T.U. imp. civ. St. (Dpr 10 gennaio 1957 n. 3)".

Quindi, non si tratta di un vizio meramente formale, ma della violazione di norme procedurali ispirate al criterio del giusto procedimento, secondo le quali il provvedimento autoritativo intanto può produrre l'effetto estintivo del rapporto, particolarmente gravoso nei confronti del destinatario, in quanto quest'ultimo sia posto in grado, in piena consapevolezza, di partecipare al procedimento, facendosi assistere da persona qualificata ed esponendo preventivamente le proprie ragioni.

Ne consegue che **gli atti istruttori formati senza il rispetto di dette garanzie non possono che essere dichiarati illegittimi**.

I giudici hanno anche chiarito **è stato corretto che il dipendente, avendo ormai maturato l'età massima per il trattenimento in servizio e non essendo più possibile la sua riassunzione, abbia chiesto la ricostruzione della carriera** mediante il riconoscimento di tutte le sue spettanze contributive e retributive, oltre agli interessi e alla rivalutazione monetaria.

L'obbligo della ricostruzione, sia pur economica, della carriera non ha, infatti, natura risarcitoria ma **discende in via immediata dall'effetto ripristinatorio della situazione giuridica antecedente al provvedimento estintivo del rapporto d'impiego**, annullato dalla decisione giurisdizionale passata in giudicato.

Effetto che, come è pacifico in giurisprudenza, *"comporta la cancellazione delle modificazioni della realtà - giuridica e di fatto - intervenute per effetto dell'atto annullato e rientra a pieno titolo nei doveri di esecuzione che gravano sulla P.A. a seguito della pronuncia di annullamento"* (Consiglio di Stato, sez. VI, decisione n. 5409/2007).

Illegittimità

RAPPORTO DI LAVORO

I giudici hanno inoltre chiarito che l'età pensionabile alla quale l'ente avrebbe dovuto rapportare gli adempimenti doveva essere individuata nel raggiungimento del **sessantacinquesimo anno di età** da parte dell'interessato.

Il collocamento a riposo poteva avvenire d'ufficio al raggiungimento **dei 40 anni di servizio utile ai fini del trattamento di quiescenza**, a meno che l'interessato non avesse richiesto eventuali migliori condizioni previste dalle vigenti norme. Secondo il Consiglio di Stato, il dipendente non ha potuto effettuare la scelta per il mantenimento in servizio fino al sessantacinquesimo anno perché non era più dipendente comunale al momento del compimento di 40 anni di servizio utile e deve ritenersi che sia in relazione al *factum principis*, sia valutando la richiesta dell'interessato ora per allora, **il periodo utile di servizio**

debba essere considerato fino al sessantacinquesimo anno.

Infine, Palazzo Spada ha ritenuto **del tutto priva di ogni coerenza logica** e apertamente elusiva del giudicato, **la decisione del comune di trattenere i ratei di pensione corrisposti** dall'ente previdenziale al dipendente.

Conclusioni

Il Consiglio di Stato ha chiarito che è **illegittima la dispensa dal servizio disposta dal comune** in quanto il dipendente non era stato informato del fatto che la visita avrebbe potuto determinare, in caso di accertata inidoneità, il suo collocamento a riposo e non era stato assegnato all'interessato un termine per presentare le proprie osservazioni e chiedere di essere sentito personalmente.

Il procedimento risulta infatti viziato, fin dalla convocazione alla visita medico-collegiale, per il

mancato rispetto, da parte dell'amministrazione comunale, **delle garanzie procedurali previste dagli articoli 129 e 130 del Dpr n. 3/1957**, previste per i dipendenti pubblici in generale.

I giudici hanno anche ritenuto **illegittimo il nuovo provvedimento** con cui il comune ha disposto nuovamente la dispensa dal servizio del dipendente, in quanto non era stata rinnovata l'attività istruttoria. Il Consiglio di Stato ha **così condannato l'ente a procedere alla liquidazione** *"di tutte le sue spettanze contributive e retributive, a partire dalla data della dispensa dal servizio fino a quella della maturazione dell'età pensionabile, nonché delle sue maggiori spettanze agli effetti dell'indennità di fine rapporto e del trattamento di quiescenza; il tutto con interessi e rivalutazione monetaria come per legge"*. ■

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

**NUOVA
EDIZIONE**



**COMUNICAZIONE PUBBLICA
SAPERE & FARE**

di A. Rovinetti

Questo volume, aggiornato al 2010, coniuga l'interesse di chi studia la comunicazione con la necessità di chi la pratica nella pubblica amministrazione.

Uffici stampa, URP, uffici del portavoce, nuove tecnologie, Reti civiche, customer, marketing, ascolto, profili professionali sono qui presentati come le diverse facce dello stesso problema: assicurare una comunicazione pubblica efficace e di qualità, una comunicazione in cui etica e valori assumano una funzione centrale e prioritaria rispetto alle tecniche. Nel consueto confronto dialettico tra addetti ai lavori c'è sempre qualcuno che tenta di dividere il mondo tra ottimisti e pessimisti.

In questo libro c'è tutto l'ottimismo necessario per impegnare amministratori, dipendenti pubblici, studiosi, docenti, studenti e giornalisti ad affrontare, con intelligente pessimismo, il futuro della comunicazione e dei comunicatori pubblici.

Pagg. 380 - € 35,00

Il prodotto è disponibile anche nelle librerie professionali.
Trova quella più vicina all'indirizzo www.libreria.ilsolo24ore.com

GRUPPO 24 ORE

72