Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 68 del T.U. n. 3 del 1957 nella parte in cui per il personale non contrattualizzato (ricercatori universitari, nella specie) non esclude dal periodo massimo di comporto per malattia, in presenza di gravi patologie, i giorni da dedicare agli interventi ed alle terapie "salvavita" (esclusione al contrario disposta per il personale contrattualizzato).

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, ordinanza 3 luglio 2019, n. 647 – Pres. De Nictolis, Est. Immordino

Istruzione pubblica – Università – Ricercatori universitari – Malattia – Comporto – Periodo per interventi e terapie "salvavita" – Esclusione – Questione non manifestamente infondata di costituzionalità.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 68, comma 3, Testo Unico 10 gennaio 1957, n. 3, in relazione agli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui, per il caso di "gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti", non esclude dal computo dei consentiti 18 mesi di assenza per malattia i periodi non computabili secondo l'art. 35, comma 14, C.C.N.L. 2006 – 2009 – comparto Università, vale a dire i "giorni di ricovero ospedaliero o di day hospital e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie" (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il C.g.a. affronta il caso di una ricercatrice confermata dell'Università di Messina che, avendo superato il periodo massimo di aspettativa per motivi di salute (oltre 18 mesi nell'ultimo biennio), aveva subìto il recesso datoriale e dunque la cessazione dalle suddette funzioni di ricercatore.

II. – Più in particolare:

a) la ricercatrice era risultata affetta da una grave patologia tumorale e per tale motivo era stata costretta ad assentarsi, per un lungo periodo, al fine di sottoporsi ad interventi chirurgici e relative terapie "salvavita";
b) ciò aveva però determinato il superamento del periodo massimo di comporto previsto dall'art. 68 del d.P.R. n. 3 del 1957, ossia assenza continuata per malattia superiore a diciotto mesi;
c) la ricorrente aveva allora chiesto la applicazione della disposizione di cui all'art. 35, comma 14, del CCNL Comparto Università 2006 – 2009, a norma del quale *"in caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti sono esclusi dal computo dei giorni di assenza per malattia … oltre ai giorni*

di ricovero ospedaliero o di day hospital anche quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie" (c.d. terapie "salvavita");

d) tale disposizione è stata tuttavia ritenuta inapplicabile al caso di specie – prima dal T.a.r. Catania e poi anche dal C.g.a. – in quanto si riferisce al personale contrattualizzato e non anche a quello in regime di diritto pubblico (come i ricercatori universitari);

e) di qui la decisione di sollevare la questione di costituzionalità dal momento che, in punto di *rilevanza* della questione:

   e1) la vicenda può essere risolta solo facendo riferimento alla disposizione di cui all'art. 68 del T.U. n. 3 del 1957 (la quale, come detto, non distingue tra patologie gravi e meno gravi ai fini del calcolo del periodo di comporto), trattandosi di personale in regime di diritto pubblico cui non potrebbe giammai applicarsi la normativa pattizia del 2006 (prevista per il solo personale contrattualizzato delle Università);

   e2) nel caso di specie è stato accertato, in termini fattuali, che *"se nel periodo di assenza per malattia non fosse stato computato il periodo non computabile ai sensi del citato art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università, ma computabile invece ai sensi dell'art. 68 t.u. n. 3/10957, la ricorrente non avrebbe perso il posto di lavoro"*;

f) in punto di *non manifesta infondatezza*:

   f1) la citata disposizione del testo unico del 1957 (il quale prevede, si rammenta, che in caso di superamento del periodo massimo di comporto, ossia 18 mesi continuativi ovvero 30 mesi nel quinquennio, si proceda alla risoluzione del rapporto di lavoro) non distingue tra assenza per malattia "da grave patologia" ed assenza per malattia "non da grave patologia";

   f2) in questo modo, i giorni necessari per sottoporsi a così delicati interventi chirurgici ed alla connessa terapia "salvavita" non sarebbero esclusi dal calcolo del suddetto periodo massimo di comporto;

   f3) una simile esclusione è invece prevista per il personale contrattualizzato delle Università, ossia per il personale amministrativo dirigenziale e non dirigenziale;

   f4) pertanto, secondo il giudice rimettente, si delinea una disparità di trattamento tra dipendenti pubblici in regime di impiego "privatizzato" e dipendenti pubblici in regime di impiego "non privatizzato", in danno di questi ultimi, atteso che nel periodo massimo di assenza per malattia vengono computati anche i periodi di assenza per potersi curare da gravi patologie tumorali. Ciò darebbe luogo ad una *"discriminazione rilevante ai sensi degli artt. 3 e 32 Cost."*.

III. – Si segnala per completezza quanto segue:

g) in tema di ricercatori universitari a tempo determinato:

g1) T.a.r. per la Calabria, sez. I, ordinanza 30 aprile 2019, n. 858 (oggetto della News US n. 65 del 29 maggio 2019 cui si rinvia per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *"E' rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, comma 6, della legge 30 dicembre 2010, n. 240 ("*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento*"), nella parte in cui prevede che la procedura di valutazione dei ricercatori a tempo indeterminato, ai fini della chiamata nel ruolo di professore di prima e seconda fascia, "*può*" essere utilizzata anziché "*è*" utilizzata"*. Tale ordinanza di rimessione ha riguardato, in particolare, lo *status* dei ricercatori a tempo indeterminato (del vecchio regime) per i quali – una volta ottenuta l'abilitazione nazionale, ma a differenza di quanto la stessa legge prevede per i ricercatori a tempo determinato – l'attivazione della successiva procedura di valutazione (finalizzata alla loro chiamata in ruolo come professori di prima o di seconda fascia) non costituisce un "diritto" ma è subordinata ad una scelta discrezionale dell'università;

g2) T.a.r. per il Lazio, sez. III, ordinanza 3 aprile 2019, n. 4336 (oggetto della News US n. 44 del 15 aprile 2019, cui si rinvia per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza), secondo cui si dubita della compatibilità con il diritto comunitario della normativa nazionale che, nel caso dei ricercatori universitari disciplinati dall'art. 24 comma 3, lettera *a)*, della legge n. 240 del 2010 (assunzione di ricercatori a tempo determinato mediante "*contratti di durata triennale prorogabili per soli due anni, per una sola volta, previa positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte*"), vieta la conversione del rapporto di lavoro di detti dipendenti da rapporto a tempo determinato a rapporto a tempo indeterminato;

g3) in dottrina si veda L. CAPALDO, *Lo stato giuridico del docente universitario e lo svolgimento del rapporto*, in CAPALDO – DAPAS – SANTINI – VIOLA, *Il Pubblico impiego non privatizzato* – V – *I professori universitari*, Milano, 2010, 136 ss., ove si traccia, in sintesi, il percorso professionale altresì dei ricercatori universitari, sebbene con riferimento alla disciplina normativa antecedente alla entrata in vigore della legge n. 240 del 2010 (c.d. "Legge Gelmini");

h) in tema di inidoneità sopravvenuta dovuta ad infermità si veda:

h1) Cons. Stato, Ad. gen., 12 marzo 2014, n. 825 (in *Giurisdiz. amm.*, 2014, ant., 241), secondo cui *"L'istituto dell'aspettativa per infermità è differente da situazioni caratterizzate dalla non recuperabilità della idoneità al lavoro, ed è uno strumento utilizzabile in vista di una possibile prosecuzione del rapporto d'impiego; diversamente, l'amministrazione deve disporre la dispensa dal servizio ovvero il collocamento a riposo d'ufficio, restando precluso il ricorso agli istituti del congedo o dell'aspettativa nelle misure massime previste dalla legge (nel caso di specie un magistrato amministrativo, dichiarato inidoneo allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali, si era assentato dal lavoro ad intermittenza, ma con conseguenti ricadute sull'andamento dell'ufficio giudiziario di appartenenza)"*;

h2) Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2196 (in *Foro it.*, 2006, III, 505), secondo cui *"È legittima la circolare ministeriale che, introducendo un ulteriore accertamento medico, disciplini la materia dell'inidoneità per motivi di salute del personale docente della scuola, rimessa alla regolamentazione del contratto collettivo"*;

h3) Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 1994, n. 1129 (in *Foro it.*, 1995, III, 145), secondo cui *"Nel procedimento di dispensa dal servizio per inidoneità sopravvenuta dovuta ad infermità, i giudizi medici tecnico-discrezionali degli appositi organi collegiali sullo stato di salute del pubblico dipendente sono prevalenti sulle perizie mediche di parte che non sono nello stesso modo in grado di valutare l'inidoneità fisica del dipendente in relazione alle imprescindibili e particolari esigenze dell'amministrazione interessata; peraltro, il sopravvenuto miglioramento o ristabilimento dello stato di salute, al fine della ripresa del rapporto d'impiego, consente al dipendente di chiedere la riammissione in servizio, a seguito di Corte cost. 26 gennaio 1994, n. 3"*. In tale ultima sentenza la Corte costituzionale ha in particolare dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 132, primo comma, del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, nella parte in cui non comprende, tra le fattispecie di cessazione del rapporto di impiego in ordine alle quali è possibile la riammissione in servizio, la dispensa dal servizio per motivi di salute. Il Consiglio di Stato, nella richiamata decisione n. 1129 del 1994, ha inoltre affermato che *"il giudizio tecnico-discrezionale espresso dalla commissione medica in ordine alla sopravvenuta inidoneità del pubblico dipendente al servizio per motivi di salute non è contestabile in sede di impugnativa del provvedimento di dispensa, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione"*;

h4) per riferimenti sulle garanzie del contraddittorio nei procedimenti (disciplinari e simili) nei confronti dei pubblici dipendenti, cfr. la nota di richiami a Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 1991, n. 136, in *Foro it.*, 1992, III, 57;

sull'istituto della dispensa dal servizio per infermità, inoltre, cfr. T.a.r. per la Toscana, 24 ottobre 1988, n. 1527, e T.a.r. per il Lazio, sez. II, 3 giugno 1988, n. 761, in *Foro it.*, 1989, III, 293, nonché T.a.r. per il Lazio, sez. I, 14 marzo 1988, n. 346 ed altre, *ibid.*, 256, con nota di M. LACOGNATA;

i) in tema di ferite e lesioni si veda Cons. Stato, Ad. gen., 5 febbraio 2014, n. 439, secondo cui *"poiché il mesotelioma pleurico è una patologia originata da una lesione, e precisamente dall'insediamento nel tessuto di una fibra di amianto, che negli anni sviluppa la patologia letale, può farsi luogo al beneficio dell'assunzione diretta dei congiunti del personale del corpo nazionale dei vigili del fuoco, ora previsto dall'art. 4, 2º comma bis, d.l. 20 giugno 2012 n. 79, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 131, in quanto beneficio applicabile solo in favore dei congiunti «degli appartenenti al corpo nazionale dei vigili del fuoco deceduti o divenuti permanentemente inabili al servizio, per effetto di ferite o lesioni riportate nell'espletamento delle attività istituzionali», correlato alla sussistenza appunto due condizioni: a) l'ex dipendente (congiunto di colui che richiede di essere assunto) deve aver subìto ferite o lesioni nel corso di un singolo evento traumatico riconducibile all'espletamento dell'attività istituzionale svolta in dato momento; b) le ferite o lesioni subite devono essere state tali da determinare, quale conseguenza, il decesso (o la permanente inabilità) del congiunto dei richiedenti l'assunzione; il mesotelioma pleurico può essere ricompreso nella nozione medico-legale di «lesione», che a differenza della «ferita» non implica un fatto traumatico specifico, ma può includere situazioni in cui l'alterazione traumatica dell'organismo deriva da fattori non dotati di puntuale specificità, quanto meno sotto il profilo della loro precisa individuazione, ma comportanti comunque un analogo processo invalidante"*;

j) per quanto attiene alla speciale disciplina dettata per il personale militare, in materia di accertamento del possesso e del mantenimento dei più rigorosi indici di idoneità psico fisica, si veda:

   j1) Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 2016, n. 4039, secondo cui *"la … sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea … sez. II, 13 novembre 2014, in causa C-416/13 "Perez" … è riferibile a una fattispecie strutturalmente differente (reclutamento di agenti di polizia locale, che non rientrano in un corpo militare) da quella che viene ora in discussione (cfr., sull'ambito applicativo della sentenza "Perez", Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2016, n. 345) e si mostrano invece decisive in senso contrario … le decisioni di segno diverso della C.G.U.E. (Grande sez., 12 gennaio 2010, in causa C- 229/08 "Wolf"; Grande sez., 13 settembre 2011, in causa C-447-09 "Prigge"), secondo le quali l'esigenza di selezionare soggetti dotati di adeguate capacità fisiche può legittimare la previsione di limiti di età per la partecipazione a procedure selettive e di verifiche differenziate sui requisiti fisici"*;

j2) Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6030 (in *Foro it.*, 2014, III, 183, con nota di BASSETTA), secondo cui *"La mancata sottoposizione a visita medica, disposta dall'amministrazione militare a fini di accertamento dell'idoneità al servizio, per comportamento colpevole dell'interessato comporta la responsabilità disciplinare di quest'ultimo"*; *ivi* si è anche precisato che la mancata sottoposizione a visita medica (per valutare l'accertamento dell'idoneità al servizio del militare assente dallo stesso per malattia) *"non equivale a un perdurante stato di infermità temporanea dell'interessato, sicché il conseguente provvedimento di collocamento in aspettativa deve ritenersi illegittimo"*; l'autore, dopo avere evidenziato che si registra un consolidato indirizzo giurisprudenziale in forza del quale — per il personale delle forze armate e di polizia — devono essere considerate le speciali norme tecniche proprie del settore di appartenenza che richiedono il possesso di specifici requisiti di idoneità, accertati secondo cogenti metodologie (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2381, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Militare*, n. 114; 12 marzo 2007, n. 1208, ibid., voce *Impiegato dello Stato*, n. 957; 16 maggio 2006, n. 2806, *id.*, Rep. 2006, voce *Militare*, n. 121; 1° ottobre 2004, n. 6394, *id.*, Rep. 2005, voce cit., n. 12), ha avuto modo di osservare che *"le disposizioni integrative e derogatorie di quelle generali, in materia di computo del periodo massimo di aspettativa per infermità temporanea, sono le seguenti:*

a) il periodo di ricovero in luoghi di cura a seguito di ferite o lesioni riportate per cause di servizio non è computato ai fini del compimento del periodo massimo di aspettativa (art. 14, 2° comma, d.p.r. 394/95, e 49, 2° comma, d.p.r. 395/95);

b) fino a completa guarigione clinica, i periodi di assenza del personale dovuti a ferite o lesioni traumatiche riportate in servizio, che non comportino inidoneità assoluta al servizio, non sono computati ai fini del compimento del periodo massimo di aspettativa (art. 14, 3° comma, d.p.r. 394/95, e 49, 3° comma, d.p.r. 395/95);

c) il personale militare, giudicato permanentemente non idoneo al servizio in modo parziale, permane ovvero è collocato in aspettativa fino alla pronuncia sul riconoscimento della dipendenza da causa di servizio della lesione o infermità che ha causato la predetta non idoneità, anche oltre i limiti massimi previsti dalla normativa vigente";

j3) in tale ultima pronuncia, in particolare, il Consiglio di Stato ha avuto modo di rilevare che:

– *"L'amministrazione ha collocato l'appellante in aspettativa per malattia senza averlo mai visitato, sulla base di una* fictio *per la quale la mancata*

sottoposizione a visita equivale al perdurare dello stato di malattia. Trattasi invero di un episodio scolastico di sviamento di potere: anziché far valere la responsabilità disciplinare del dipendente per la mancata sottoposizione alla visita medica, lo si è sanzionato considerandolo inidoneo ad oltranza";

- *"Non si può considerare il lungo lasso temporale intercorso tra il verbale di mancata sottoposizione a visita e la ripresa del servizio, quale assenza per «malattia». La comunicazione, a mente della quale, in caso di mancata sottoposizione a visita, deve ritenersi persistente lo stato di inidoneità, avvalora infatti una presunzione di continuità dello stato di malattia che non ha fondamento alcuno dal punto di vista medico"*;
- *"Il periodo di malattia da computare nel periodo biennale è solo quello qualificato tale da certificazioni mediche contenenti l'indicazione di una patologia che impedisce lo svolgimento del servizio, nonché i giorni necessari per la guarigione"*;

j4) in dottrina, sull'aspettativa per infermità e sulla cessazione dal servizio del personale militare, v. F. BASSETTA, in *Commentario all'ordinamento militare*, a cura di R. DE NICTOLIS-V. POLI-V. TENORE, Roma, 2011, v. IV, t. II, 182 ss. e 289 ss.; A. BALDANZA, *Ruoli e posizioni di Stato*, in *L'ordinamento militare,* a cura di V. POLI-V. TENORE, Milano, 2006, II, 112 ss.