

Terapie “salvavita” e periodo di comportamento: rimessa alla Corte costituzionale la normativa del pubblico impiego non contrattualizzato
(Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ord. 16 gennaio 2019 – 3 luglio 2019, n. 647)

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 68 comma 3, T.U. 10.1.1957 n. 3, in relazione agli artt. 3 e 32, Costituzione, 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*”.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA
Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 824 del 2016, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avvocati Guglielmo Conca, Raffaello Capunzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Leone Giunta in Palermo, via G. Arimondi n. 2/Q;

contro

Università degli Studi di Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è *ex legedomiciliata*, in Palermo, via Villareale, n. 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, n. -OMISSIS-, concernente cessazione dalle funzioni di ricercatore per scadenza del periodo di aspettativa per malattia

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Messina;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2019 il Cons. Maria Immordino e udito per l'appellante l'avvocato Maria Beatrice Miceli su delega dell'avvocato Raffaello Capunzo e l'avvocato Guglielmo Conca, nonché l'avvocato dello Stato Francesco Pignatone;

1. L'odierna appellante lamenta l'ingiustizia della sentenza del TAR Catania, n. -OMISSIS- che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

- decreto rettorale n. 1053 (prot. 28961) dell'8.5.2015, con il quale è stata disposta la cessazione della ricorrente dalle funzioni di ricercatore confermato per il SSD MED/29 presso il Dipartimento di scienze sperimentali chirurgiche ed odontomatologiche presso l'Università degli studi di Messina per scadenza del periodo di aspettativa, con decorrenza dal 3.3.2015;

- nota di accompagnamento a tale decreto;

- nota prot. 15569 del 12.3.2015, recante comunicazione di avvio del procedimento amministrativo finalizzato al recesso datoriale per scadenza del periodo massimo di aspettativa;

- nota rettorale prot. 21314 del 9.4.2015, recante osservazioni alla memoria partecipativa della ricorrente inviata *ex art. 10-bis*, l. n. 241/1990;

- ogni altro atto preordinato, conseguente e/o connesso con quelli che precedono, in ogni caso lesivo del diritto della ricorrente al reintegro nel ruolo di ricercatore confermato per il SSD MED/29 presso il Dipartimento di scienze sperimentali chirurgiche ed odontomatologiche dell'Università degli studi di Messina;

nonché per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente:

- ad essere immediatamente reintegrata in ruolo, previo ripristino dello stato di servizio matricolare,

nonché alla retribuzione in uno con gli arretrati dovuti e debendi, maggiorati degli accessori di legge;

- al risarcimento del danno morale e biologico patito a cagione dell'illegittima esclusione dai ruoli dei ricercatori confermati in servizio alle dipendenze del convenuto Ateneo, da liquidarsi anche in via equitativa.

2. Per una migliore comprensione della questione oggetto dell'appello in epigrafe, giova una sintetica ricostruzione dei fatti sottesi al provvedimento impugnato.

Alla prof.ssa -OMISSIS-, ricercatore confermato per il SSD MED/29 presso il Dipartimento di scienze sperimentali chirurgiche ed odontomatologiche dell'Università degli studi di Messina, in data 17.12.2014 è stato diagnosticato un -OMISSIS- che ha comportato la sottoposizione della stessa, -OMISSIS-

Per seguire il suddetto percorso terapeutico la ricorrente si è assentata dal servizio a partire dal 17.12.2014 fino all'11.4.2015.

In precedenza, dal 24.4.2013 al 6.12.2014 la prof.ssa -OMISSIS- era stata assente dal servizio, per motivi di salute, nonché dal 18.9.2014 al 6.12.2014, aveva usufruito di un periodo di aspettativa non retribuita, sempre per motivi di salute.

Ritenendo scaduto il periodo di massima aspettativa per motivi di salute, di cui agli artt. 2110 c.c. e 68, 70 del d.lgs. n. 3/1957, con decreto del rettore n. 1053 dell'8.5.2015 l'Università ha proceduto al "*recesso datoriale per scadenza del periodo massimo di aspettativa*" per motivi di salute, con conseguente cessazione del rapporto di lavoro a decorrere dal 28.2.2015, essendosi la ricorrente assentata dal lavoro, per motivi di salute, nei due anni precedenti per un periodo superiore a complessivi diciotto mesi.

3. Avverso detto provvedimento l'attuale appellante ricorreva innanzi al TAR Catania, deducendone l'illegittimità per contrasto, in particolare, con l'art. 35, comma 14, del c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università, secondo cui "*in caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti sono esclusi dal computo dei giorni di assenza per malattia di*

cui al comma 1 del presente articolo, oltre ai giorni di ricovero ospedaliero o di day hospital anche quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie. Pertanto per i giorni anzidetti di assenza spetta l'intera retribuzione", e chiedendone, contestualmente, la sospensione in via cautelare.

La sospensione cautelare veniva accordata dal Giudice di prime cure alla camera di consiglio dell'8.10.2015, e confermata da questo Consiglio, con ordinanza n. 89/2016, a seguito della proposizione dell'appello da parte dell'Ateneo messinese contro l'ordinanza cautelare di primo grado.

L'Ateneo di Messina, costituitosi in giudizio, eccepiva, tra l'altro, l'inapplicabilità della citata norma e, quindi, dei benefici previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro relativa al personale del comparto università, invocati dalla ricorrente.

4. Trattenuta la causa per la decisione alla pubblica udienza del 24 marzo 2016, con la sentenza n. -OMISSIS- il Giudice di prime cure respingeva il ricorso.

Ad avviso dell'adito TAR la norma di cui al richiamato art. 35, comma 14 c.c.n.l. 2006-2009 comparto Università il, non è applicabile alla prof.ssa -OMISSIS- in quanto, ai sensi dell'art. 3, comma 2, d.lgs. 30.3.2001 n. 165, il rapporto di lavoro dei docenti e ricercatori universitari è sottoposto ad uno statuto speciale di diritto pubblico, le cui principali previsioni normative sono contenute nel d.P.R. 11.7.1980 n. 382, come modificato ed integrato dalla l. 9.12.1985 n. 705 e dalla l. 18.3.1989 n. 118.

L'inapplicabilità della disciplina contenuta nei contratti collettivi concernenti il comparto del personale dell'Università e, quindi, anche del citato comma 14 dell'art. 35, al personale docente trova conferma nell'art. 12 del contratto collettivo quadro per la definizione dei comparti di contrattazione per il quadriennio 2006-2009 (c.c.n.q.) dell'11.6.2007, il quale espressamente esclude dall'ambito di operatività di tale comparto i professori e ricercatori universitari.

Anche le altre censure sollevate dalla ricorrente avverso il provvedimento impugnato venivano dichiarate infondate dal TAR.

5. Con l'appello in esame la prof.ssa -OMISSIS- ha chiesto la riforma della sentenza per le conseguenti statuizioni conformative e di condanna, chiedendo altresì la sospensione cautelare della sentenza gravata.

6. Questo Consesso con ordinanza cautelare 28.9.2016 n. 629, ha disposto la sospensione della sentenza appellata e, per l'effetto, dei provvedimenti impugnati in prime cure, con la seguente motivazione: *"Ritenuto che le ragioni dell'appellante appaiono, sia pure alla sommaria cognizione propria della fase, meritevoli di attento tempestivo approfondimento, sia sotto il profilo della dubbia conformità a costituzione degli orientamenti interpretativi adottati dal Giudice di primo grado, sia sotto quello della dubbia legittimità, dal punto di vista della competenza funzionale, del provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo; ritenuto che sussistono gli elementi di periculum evocati"*.

7. L'appello è affidato a due censure.

Con la prima si contesta l'erroneità della sentenza per avere ritenuto inapplicabile ai docenti universitari le disposizioni di cui al richiamato art. 35, comma 14, del c.c.n.l. 2006 - 2009 - comparto Università, escludendo così dai relativi benefici la prof.ssa -OMISSIS-. In particolare, secondo l'assunto della ricorrente, non andava computato nel limite di 18 mesi il periodo di aspettativa per il trattamento terapeutico richiesto per la cura del -OMISSIS-.

Secondo l'appellante l'inapplicabilità della suindicata disposizione al personale docente sarebbe in contrasto sia con l'art. 3 Cost., che garantisce il principio d'uguaglianza, sia con l'art. 32 Cost., che tutela il diritto alla salute di tutti i cittadini. Una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del c.c.n.l. avrebbe consentito all'appellante di godere dei benefici discendenti dalla

suddetta disposizione in caso di gravi patologie per il personale universitario, senza cioè escludere il personale docente.

Con la seconda censura, si contesta, come in primo grado, l'incompetenza del sottoscrittore del provvedimento impugnato.

8. Questo Consesso, con sentenza parziale e istruttoria 22.2.2018 n. 108, ha:

a) delimitato la materia del contendere, evidenziando che il ricorso di primo grado era affidato a tre censure, la terza delle quali assorbita dal Tar e non riproposta in appello; sicché deve intendersi rinunciata ai sensi dell'art. 101 c.p.a.;

b) esaminato la seconda censura, respingendola;

c) esaminato in parte la prima censura, ritenendo, in sintesi, che:

c1) non fosse possibile applicare nel pubblico impiego non privatizzato l'invocato art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università;

c2) non fosse nemmeno possibile una interpretazione dell'art. 68, t.u. n. 3/1957, "costituzionalmente orientata" nel senso di escludere dal computo del periodo massimo di assenza per malattia i periodi non computabili secondo il citato art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università;

c3) sussistesse una oggettiva disparità di trattamento tra pubblico impiego non privatizzato e privatizzato, atteso che nel primo non si escludono dal computo del periodo massimo di assenza per malattia, in caso di gravi patologie, i giorni di ricovero e cura previsti dall'art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università;

c4) occorresse approfondire in fatto la rilevanza della questione ai fini di un possibile incidente di costituzionalità;

c5) per l'effetto, disposto istruttoria in ordine alla prima censura, al duplice fine di verificare se fosse in fatto stato superato il periodo massimo di aspettativa utilizzabile, applicando tutte le possibilità consentite dal quadro normativo vigente, e se, sempre in fatto, la patologia della ricorrente rientrasse tra quelle di cui all'art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università.

8.1. Dall'istruttoria demandata all'Università è emerso che fossero stati utilizzati dalla ricorrente tutte le tipologie di permesso consentite, e che non residuassero ulteriori periodi fruibili.

8.2. La verifica è stata affidata prof. -OMISSIS-, ed è stata finalizzata ad accertare *"se il periodo di assenza dal lavoro da parte della ricorrente dal 17.12.2014 al 27.2.2015 e dal 28.2.2015 al 10.3.2015, fosse necessario e, dunque, giustificato, dall'esigenza di effettuare una terapia salvavita, oppure se la patologia e le relative cure potessero consentire alla stessa ricorrente una ripresa, sia pure saltuaria del servizio"*.

Il verificatore nella sua relazione afferma che *"il periodo di assenza per malattia dal lavoro nel periodo dal 17.12.2014 al 10.3.2015 era giustificato dalla esigenza di effettuare un iter terapeutico salvavita con margini pressoché inesistenti per una sua ripresa saltuaria del servizio"*.

8.3. Nelle controdeduzioni della prof. -OMISSIS- (Direttore U.O.C. Medicina del lavoro presso l'Università di Messina, inoltrate al C.T.U., si afferma, diversamente, che non è documentabile con certezza se la signora -OMISSIS- fosse in grado di riprendere, anche saltuariamente, il servizio durante il trattamento terapeutico, essendo questa una scelta personale che varia da caso a caso anche in relazioni alle condizioni generali del paziente.

8.4. Il Collegio ritiene che la consulenza di parte dell'Università non sia in grado di scalfire il ragionamento e le conclusioni del verificatore nominato dal Collegio, che si è fondato sull'esame della documentazione sanitaria in atti, su accertamenti diagnostici e sull'esame diretto della ricorrente.

9. Il Collegio ritiene che la causa non possa essere decisa senza sollevare incidente di costituzionalità, nei termini che seguono.

9.1. In punto di *non manifesta infondatezza della questione*, giova richiamare le considerazioni già svolte nella decisione parziale n. 108/2018, che di seguito si riportano.

L'unica residua questione di diritto che la causa pone è se sia estensibile o meno l'art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università al rapporto di pubblico impiego non privatizzato.

E' indubbio che tale previsione, di natura contrattuale, sia dettata per il rapporto di impiego privatizzato, e che pertanto la stessa non sia applicabile al rapporto di pubblico impiego non privatizzato, quale è quello del ricercatore universitario.

Il periodo di assenza per malattia, nel pubblico impiego non privatizzato, è disciplinato dagli artt. 68 e 70, d.P.R. n. 3/1957, che prevedono un periodo massimo di assenza continuata per malattia pari a diciotto mesi, e un periodo massimo cumulato di assenza per malattia e per motivi di famiglia, pari a due anni e mezzo nel quinquennio (con possibilità di una ulteriore estensione, su domanda, per altri sei mesi, e dunque per un totale di tre anni), senza escludere dal computo i periodi di assenza per grave patologia, per ricovero e intervento chirurgico e successive terapie salvavita.

Pertanto, in termini di stretto diritto, 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 -OMISSIS- Trattasi di discriminazione rilevante ai sensi degli artt. 3 e 32 Cost.

La disparità di trattamento non è tuttavia superabile mediante applicazione diretta dell'art. 35 comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università, trattandosi di previsione che non trova applicazione al rapporto di pubblico impiego non privatizzato.

Né la disparità di trattamento è superabile attraverso l'interpretazione "costituzionalmente orientata" degli artt. 68 e 70, d.P.R. n. 3/1957, perché l'interpretazione costituzionalmente orientata è possibile quando di un testo normativo sono possibili più opzioni ermeneutiche. Tanto non si verifica nel caso di specie, dove la norma pone un periodo massimo dell'assenza per malattia, senza dare spazio a possibili eccezioni in via esegetica.

9.2. In punto di *rilevanza* della questione, la causa non può essere decisa prescindendo dalla soluzione della medesima, che è l'unica residua che la causa pone.

In punto di fatto si è accertato:

a) 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;

b) che la patologia tumorale di cui è stata affetta la ricorrente rientra nella fattispecie astratta delineata dall'art. 35, comma 14, c.c.n.l. 2006 – 2009 – comparto Università; sicché ove la ricorrente fosse stata una dipendente in regime di pubblico impiego privatizzato, avrebbe potuto usufruire del beneficio ivi previsto (non computabilità di certi periodi di assenza per malattia nel c.d. periodo di comporto), mentre non ne ha potuto fruire, trattandosi di dipendente in regime di diritto pubblico non privatizzato;

c) né giova la considerazione che gli artt. 68 e ss. n. 3/1957 consentono di fruire di periodi di aspettativa a titolo diverso dalla malattia:

(i) perché in punto di fatto la ricorrente ne aveva già fruito prima che insorgesse la patologia tumorale, e dunque non poteva più avvalersene per assentarsi per le cure oncologiche;

(ii) e perché in punto di diritto si tratta di istituti giuridici diversi, e dunque non comparabili; al fine della verifica della violazione dell'art. 3 Cost. occorre comparare "poste omogenee" e segnatamente i periodi di assenza per malattia consentiti per il pubblico impiego in regime di diritto pubblico e

per quello in regime di diritto privato, e i relativi criteri di computo; la comparazione evidenzia che il regime della contrattazione collettiva è più favorevole rispetto a quello posto dalle norme primarie per il pubblico impiego non contrattualizzato.

9.3. In conclusione, la questione di legittimità costituzionale è sia rilevante sia non manifestamente infondata.

Pertanto il giudizio deve essere sospeso, e gli atti vanno trasmessi alla Corte costituzionale, ritenendo il Collegio rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 68 comma 3, t.u. 10.1.1957 n. 3, in relazione agli artt. 3 e 32, Costituzione, 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"*.

10. Ogni ulteriore statuizione in rito, in merito, e in ordine alle spese, resta riservata alla decisione definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe,

visti gli artt. 134, Costituzione; 1, legge costituzionale 9.2.1948 n. 1; 23, legge 11.3.1953 n. 87;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 68 comma 3, t.u. 10.1.1957 n. 3, in relazione agli artt. 3 e 32, Costituzione, 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"*.

Dispone la sospensione del presente giudizio.

Ordina l'immediata trasmissione alla Corte costituzionale della presente ordinanza, nonché degli atti del fascicolo (e in particolare di tutti i provvedimenti cautelari, istruttori e decisori adottati, dell'atto di appello, degli altri atti di parte, della relazione del verificatore, dell'adempimento istruttorio dell'Università, del ricorso di primo grado, dei provvedimenti impugnati, della sentenza di primo grado).

Ordina che a cura della segreteria della Sezione la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei Ministri, e che sia comunicata ai Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati della Repubblica.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'art. 52, commi 1 e 2, d.lgs. 30.6.2003 n. 196, e all'art. 9, paragrafi 1 e 4, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27.4.2016 e all'art. 2-septies d.lgs. n. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 10.8.2018 n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità della prof.ssa -OMISSIS-.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere, Estensore