N. 07246/2009 REG.DEC.
N. 10991/1999 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10991 del 1999, proposto dall'Azienda sanitaria locale A.S.L. N.1 Venosa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Di Gioia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza G. Mazzini n. 27;

contro

Casorelli Pasquale, rappresentato e difeso dall'avvocato Imperio Napolitano, con domicilio eletto presso l'avvocato Paola Pignataro in Roma, via Po, 25/B (Studio Pessi);

per la riforma

della sentenza del Ta.r. della Basilicata, n. 417 del 28 settembre 1999.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Pasquale Casorelli;

Viste le memorie difensive depositate dalla parte appellante in data 27 ottobre 2008 e 2 ottobre 2009;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2009 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Di Gioia e Ferrentino su delega dell'avvocato Napolitano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il dott. Pasquale Casorelli, primario di ruolo presso l'Ospedale di Melfi, è stato sottoposto dall'Azienda sanitaria locale di Venosa n. 1 (in prosieguo l'Azienda), a procedimento disciplinare (cfr. atto di contestazione degli addebiti in data 27 gennaio 1995 prot. n. 0031164).

1.1. Con determinazione del commissario straordinario dell'Azienda sono stati nominati due funzionari istruttori nelle persone del dott. Fabrizio D'Andrea – coordinatore amministrativo dell'Azienda medesima e del dott. Franco Maratia – primario chirurgo presso l'ospedale di Venosa prima e di Melfi poi – (cfr. nota prot. n. 004345 del 7 febbraio 1995).

1.2. Concluso il giudizio disciplinare, all'inquisito è stata inflitta la sanzione disciplinare di stato della sospensione dalla qualifica per la durata di novanta giorni ex art. 81, lett. b), d.P.R. n. 3 del 1957 - t.u.imp.civ.St. – (cfr. determinazione del direttore generale dell'Azienda n. 5 del 24 novembre 1995).

2. Avverso il provvedimento sanzionatorio il dott. Casorelli è insorto davanti al T.a.r. della Basilicata articolando cinque autonomi motivi di censura; con il terzo, in particolare, ha lamentato l'illegittimità della nomina, a mente dell'art. 107 t.u.imp.civ.St., del dott. Maratia quale funzionario istruttore, ovvero consulente tecnico del dott. Dott. D'Andrea, essendo in possesso di una anzianità nella qualifica di primario inferiore alla propria.

3. L'impugnata sentenza – T.a.r. della Basilicata, n. 417 del 28 settembre 1999 -:

a) ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso;

b) ha accolto il terzo motivo assumendo che l'Azienda avesse nominato il dott. Maratia consulente tecnico del funzionario istruttore;

c) ha annullato i provvedimenti impugnati;

d) ha compensato fra le parti le spese di lite.

4. Con ricorso notificato il 2 dicembre 1999, e depositato il successivo 21 dicembre, l'Azienda ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza sviluppando due autonomi motivi.

5. Si è costituito il dott. Casorelli deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

6. Con ordinanza di questa sezione n. 588 del 3 febbraio 2009 è stato mandato alla segreteria di effettuare le comunicazioni ai sensi dell'art. 54, d.l. n. 112 del 2008 in vista del perfezionamento della perenzione quinquennale.

In data 2 ottobre 2009 la difesa dell'appellante ha depositato in

segreteria nuova istanza di fissazione della udienza di discussione sottoscritta personalmente dal commissario liquidatore dell'Azienda.

7. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 16 ottobre 2009.

8. L'appello è infondato e deve essere respinto.

9. In ordine logico è prioritario l'esame del secondo motivo di gravame con cui si reiterano le eccezioni di tardività ed inammissibilità delle censure rivolte contro la nomina del funzionario istruttore.

9.1. L'eccezione è infondata.

E' pacifico in giurisprudenza che la nomina del funzionario istruttore costituisce un mero atto interno che attiene ad una fase endoprocedimentale inautonoma (cfr. fra le tante, Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2533; sez. II, 12 novembre 2003, n. 158/01).

Una volta acclarata la natura del provvedimento di nomina, la sezione ribadisce la regola generale secondo cui gli atti infraprocedimentali non sono di norma impugnabili disgiuntamente dal provvedimento terminale del procedimento in cui si inseriscono, in quanto atti preparatori e come tali sforniti di autonoma capacità lesiva immediata; coerentemente, gli eventuali vizi dell'atto interno possono farsi valere solo in sede di impugnativa del provvedimento finale che lo recepisce poiché i suoi vizi ridondano in vizi di quest'ultimo (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2876).

Le uniche eccezioni – che non ricorrono nel caso di specie - si rinvengono allorquando l'atto interno:

a) determini un arresto del procedimentale ovvero preveda lo svolgimento di una determinata attività ma senza predeterminazione temporale lasciando l'interesse pretensivo, *sine die*, esposto all'arbitrio dell'amministrazione;

b) modifichi l'ordinato e corretto *iter* decisionale alterando la sequenza disegnata dalla disciplina di settore;

c) sia esso stesso conclusivo di una fase autonoma, sotto il profilo giuridico, del procedimento generale in cui si inserisce producendo effetti esterni (si pensi all'adozione degli strumenti urbanistici che incidono sulle proprietà interessate), o anticipando gli effetti del provvedimento terminale (si pensi all'applicazione cautelare di misure di tutela di beni culturali).

Deve escludersi, infine, dall'esame del tenore testuale del ricorso di primo grado che il ricorrente non abbia inteso contestare specificamente i vizi propri dell'atto di nomina.

10. Con il primo motivo di appello (pagine 5 – 11), si deduce che il T.a.r.:

a) ha errato nella ricostruzione dei fatti perché il dott. Maratia non è stato nominato consulente tecnico ma funzionario istruttore;

b) in ogni caso il dott. Maratia è un dirigente medico in possesso di qualifica apicale (primario), il che soddisfa la *ratio* della norma sancita dall'art. 107 cit.;

c) è irrilevante che il dott. Maratia abbia una anzianità primariale inferiore a quella dell'inquisito atteso che quest'ultimo non lo ha ricusato, con ciò dimostrando di non nutrire dubbi sulla sua

imparzialità.

10.1. Anche questo motivo è infondato.

In primo luogo deve sgombrarsi il campo dal dubbio adombrato dalla difesa appellante - nella memoria conclusionale del 24 ottobre 2008 - la dove afferma che il t.u.imp.civ.St. e le garanzie difensive ivi previste si applicherebbero in via diretta solo al personale statale: il procedimento disciplinare in contestazione, all'epoca del suo svolgimento, era governato in via immediata da tutte le norme del citato t.u. per l'espresso richiamato operato in tal senso dall'art. 51, co. 1, d.P.R. n. 761 del 1979.

Parimenti errata è la prospettazione del travisamento di fatto in cui sarebbe incorso il T.a.r., di tale rilievo da inficiare la correttezza della soluzione giurisdizionale adottata.

E' del tutto irrilevante, per le ragioni che si esporrano in prosieguo, che il T.a.r. abbia qualificato il dott. Maratia come consulente tecnico invece che come funzionario istruttore perché ha comunque colto, nella sua pienezza, la censura sollevata dal dott. Casorelli nella parte in cui ha contestato l'illegittimità della nomina del dott. Maratia avuto riguardo, alternativamente, ad entrambi gli incarichi.

In punto di fatto osserva la sezione che è pacifico, risultando dai certificati versati in atti dalla difesa dell'appellato (e non contestati specificamente dall'amministrazione), che all'epoca dello svolgimento del procedimento disciplinare, erano presenti in Azienda altri primari in possesso di una maggiore anzianità di servizio rispetto a quella dell'inquisito (primari Penna e Restini).

10.1.1. In diritto si osserva quanto segue.

L'art. 107 cit. sancisce che <<*Il capo del personale, quando attraverso le indagini preliminari e le giustificazioni dell'impiegato ritenga che possa applicarsi una sanzione più grave della censura e che il caso sia sufficientemente istruito, trasmette gli atti alla Commissione di disciplina, agli effetti degli artt. 80 e seguenti, entro il quindicesimo giorno da quello in cui sono pervenute le giustificazioni.*

Se, invece, ritenga opportune ulteriori indagini nomina, entro il termine indicato nel comma precedente, un funzionario istruttore scegliendolo tra gli impiegati aventi qualifica superiore a quella dell'impiegato.

Quando la natura delle indagini investe l'esercizio di mansioni tecniche proprie della carriera cui l'impiegato appartiene ed il funzionario istruttore sia di carriera diversa, il capo del personale può designare un funzionario della stessa carriera dell'impiegato sottoposto al procedimento ma di qualifica o di anzianità superiore perché, in qualità di consulente tecnico, collabori nello svolgimento delle indagini con il funzionario istruttore.

La nomina a funzionario istruttore od a consulente non può essere affidata agli addetti ai gabinetti ed alle segreterie particolari>>.

L'interpretazione letterale della disposizione conduce ad enucleare due norme: la prima stabilisce, in linea generale, che sia il funzionario istruttore che l'eventuale consulente tecnico devono essere scelti fra dipendenti aventi una qualifica superiore a quella dell'inquisito; la seconda, avuto riguardo all'affidamento dell'incarico di consulente tecnico, introduce una parziale deroga, compensata dalla presenza di un requisito soggettivo indefettibile, ammettendo che possa essere

nominato un impiegato con qualifica uguale a quella dell'inquisito purché di anzianità superiore.

Quanto all'individuazione della *ratio* della previsione, alle conseguenze della sua violazione ed agli eventuali correttivi pratici nei casi eccezionali in cui manchino funzionari aventi qualifica superiore a quella dell'inquisito, la sezione non intende discostarsi dai risultati esegetici cui è giunto questo Consiglio (cfr. Cons. St., sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6752; sez. III, 15 marzo 1983, n. 161), in forza dei quali:

a) la scelta di un funzionario istruttore o di un consulente tecnico, con qualifica o anzianità superiore rispetto a quella posseduta dall'inquisito, riposa sull'esigenza di assicurare all'amministrazione ed allo stesso inquisito l'apporto di un soggetto munito di bagaglio professionale ed esperienze lavorative adeguate alla delicatezza degli accertamenti richiesti in sede di procedimento disciplinare;

b) nell'ipotesi in cui, per ragioni eccezionali e contingenti, si debba ricorrere all'apporto, in qualità di funzionario istruttore, di un dipendente avente una qualifica pari a quella dell'inquisito, in ogni caso dovrà rispettarsi l'ulteriore requisito richiesto dalla norma della maggiore anzianità di servizio;

c) la violazione dell'art. 107 cit. conduce alla illegittimità della sanzione disciplinare irrogata.

Nella specie, sia che si voglia intendere l'incarico conferito al dott. Maratia, sotto il profilo sostanziale, come di consulenza tecnica (atteso che il coordinatore amministrativo non aveva specifica

esperienza di attività sanitaria), sia che si voglia rimanere fedeli al dato formale, in entrambi i casi, è stata comunque violata la garanzia minima inderogabile richiesta dalla norma.

In ordine al mancato esercizio della facoltà di ricusazione, la sezione ritiene che trattasi di un profilo di fatto irrilevante atteso che:

a) tale garanzia, come si è visto, non è nella disponibilità esclusiva dell'inquisito che, pertanto, non vi può abdicare attraverso la mancata proposizione dell'istanza di ricusazione;

b) l'inidoneità soggettiva del funzionario istruttore o del consulente tecnico non integra nessuna delle cause tipiche di ricusazione previste dall'art. 149 t.u.imp.civ.St.;

c) in ogni caso, a mente dell'art. 108, u.c., t.u.imp.civ.St., <<*la mancata proposizione della ricusazione non preclude la facoltà di far valere, in tale sede, i vizi del provvedimento derivanti dall'incompatibilità del funzionario istruttore o del consulente*>>.

11. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Rimangono salvi gli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione adotterà all'esito di un eventuale rinnovo del procedimento disciplinare.

Nella particolare natura della controversia e del vizio di legittimità riscontrato il collegio ravvisa giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Gabriele Carlotti, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione