

N. 07501/2009 REG.DEC.
N. 03313/2003 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3313 del 2003, proposto da:
Guerci Alessandro, rappresentato e difeso dall'avv. Giulio Prosperetti,
con domicilio eletto presso Giulio Prosperetti in Roma, via Gerolamo
Belloni, 88;

contro

Ministero della Giustizia, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
Gen.le dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi,
12;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA :Sezione I n. 02477/2002,
resa tra le parti, concernente RISOLUZIONE DEL CONTRATTO
DI LAVORO PER MANCATA PRESENTAZIONE IN
SERVIZIO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2009 il dott. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Fascione, su delega di Prosperetti, e l'avv. dello Stato Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

L'appellante, in data 12 dicembre 1997, ha sottoscritto il contratto individuale di lavoro con il Ministero di Grazia e Giustizia, in base al quale avrebbe dovuto svolgere assumere servizio il giorno 30 della stesso mese presso il Tribunale di Ivrea, per svolgervi le mansioni di assistente addetto agli uffici notificazioni , esecuzioni e protesti.

Poco prima del giorno all'uopo stabilito, il suddetto comunicava l'impossibilità di assumere servizio a causa di gravi motivi familiari.

L'Amministrazione in considerazione di ciò, differiva il giorno stabilito per la presentazione in servizio, cosa che avveniva anche successivamente a seguito di nuove istanze dell'interessato.

Prima del giorno 1 giugno 1998, nuovo termine stabilito per la presentazione in servizio nel Tribunale di Ivrea, il ricorrente, in data 15 aprile 1998, ribadita il 6 maggio successivo, con apposita istanza chiedeva all'amministrazione di poter fruire dei benefici di cui al comma 5° dell'art.33 della legge n. 104 del 1992, adducendo la

necessità di assistere in Roma la madre handicappata.

L'Amministrazione respingeva l'istanza con nota del 6 maggio 1998, confermata in data 21 maggio, con l'argomento che lo stato di handicap della genitrice non integrava gli estremi della gravità previsti dall'art.33 , comma 5°, della legge citata.

Tale diniego veniva impugnato dinanzi al T.A.R. del Lazio, contestando l'interpretazione data alla norma anzidetta, in base alla quale il beneficio in essa previsto non è stato riconosciuto.

Nel frattempo, l'Amministrazione, non avendo l'interessato preso servizio il predetto giorno 1 giugno 1998, dichiarava la risoluzione del contratto di lavoro in precedenza stipulato .

Anche tale provvedimento veniva impugnato con un secondo ricorso chiedendone l'annullamento per carenza di motivazione.

Con unica sentenza, entrambi i ricorsi sono stati respinti dal giudice di primo grado, rilevandone l'infondatezza sulla considerazione dell'insussistenza delle condizioni per godere del beneficio di cui al comma .5° dell'art.33 della legge n.104 del 1992.

Con l'appello in esame, il ricorrente in primo grado chiede la riforma della sentenza impugnata e torna ad esporre la sua tesi principale, volta ad escludere che il beneficio in parola, per essere riconosciuto, debba essere connotato da gravità, dovendosi tenere distinta l'ipotesi contemplata dal comma 5° da quella del comma 3° della stesso art.33 della legge citata.

Parte appellante ha depositato memoria in prossimità dell'udienza di

discussione.

Quivi il ricorso, è stato introitato dal Collegio che si è riservato di decidere.

La Sezione ritiene che debba essere invertito l'ordine in cui sono state esaminate le questioni emerse in primo grado, riconoscendo di conseguenza priorità, considerata la sua incidenza su tutta la controversia, a quella riguardante l'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro partecipata dall'Amministrazione appellata, con nota del 30 giugno.

A tanto l'Amministrazione è addivenuta non avendo l'appellante preso servizio nella data da essa stabilita del 1 giugno 1998.

Osserva al riguardo la Sezione che tale provvedimento è espressione di un potere dell'Amministrazione che ha fondamento nell'art.9 ultimo comma del d.P.R. 10 gennaio 1957 n.3, contenente lo Statuto degli impiegati civili dello Stato, per questa parte tutt'ora applicabile alla fattispecie in esame, non essendo stato abrogato dalle leggi successive(v. d.lgs. 165/2001, Tab.A) n.1 , lett.a).

Leggi che hanno determinato la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego.

Recita tale disposizione che *“Colui che ha conseguito la nomina, se non assume servizio senza giustificato motivo entro il termine stabilito, decade dalla nomina”*.

Il giustificato motivo, di cui all'art. 9, ultimo comma, del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, nella costante giurisprudenza del giudice

amministrativo è rappresentato da un ostacolo obiettivo, che effettivamente impedisca di assumere servizio nell'ufficio di prima destinazione, dovendosi qualificare come un onere specifico a carico del soggetto quello di presentarsi in servizio alla data indicata dall'Amministrazione che ha indetto la procedura selettiva e nella quale egli si è posizionato utilmente (Sez. I, par. n. 908 del 28-06-1985; T.a.r. Piemonte –Torino, Sez. II 7 febbraio 2009 , n.342.) , con la conseguenza che la mancata presentazione comporta, di per sé, la legittima emanazione del provvedimento di decadenza.

Con riferimento alla fattispecie in esame, giova evidenziare che la condizione di handicap della madre dell'appellato, quand'anche la si dovesse ritenere grave, come da quest'ultimo sostenuto, ad avviso della Sezione, non integra, con tutta evidenza, l'ipotesi del giustificato motivo, la cui presenza evita il provvedimento di decadenza dal rapporto di lavoro.

Su tale piano di considerazione, occorre invero tenere distinta la condizione di handicap del familiare, che consente al dipendente che abbia preso servizio di ottenere il beneficio di cui al comma 5° dell'art.33 delle legge n.104 del 1992, da quella integrante l'obiettivo impedimento che alla data stabilita non consente al medesimo di prendere servizio.

Poiché per evitare la decadenza è sufficiente l'adempimento dell'onere della presenza in servizio nel giorno stabilito, la necessità di assistere continuativamente un familiare con handicap, ancorché

grave, non presenta il carattere di effettività necessario affinché possa ritenersi avverato l'impedimento ad assumere servizio, giacché se così fosse, a rigore, nessuna sede, neppure quelle coincidenti con la dimora dell'handicappato da assistere, potrebbe consentire al dipendente di prendere servizio, non potendo egli allontanarsi da tale dimora neppure per un giorno, cosa, invece, senz'altro compatibile con la continuità dell'assistenza richiesta dalla norma predetta.

Per tale ragione, la mancata presentazione dell'appellato, vale a dire l'inadempimento ad un suo preciso onere, ha legittimato la risoluzione del rapporto di lavoro, non potendo egli, in contrario, addurre neppure le varie proroghe concessegli dall'Amministrazione.

Tali proroghe implicano una valutazione positiva di compatibilità delle esigenze, pur sempre prevalenti, dell'Amministrazione con quelle del dipendente, la cui valenza è circoscritta al momento in cui tale valutazione viene effettuata.

Dal che consegue che le proroghe non possono aver rappresentato alcun vincolo ovvero un auto-vincolo per l'Amministrazione, nel momento in cui si è successivamente determinata ad adottare il provvedimento di risoluzione del rapporto di lavoro, apprezzando diversamente la situazione venutasi a creare per l'ennesimo rifiuto dell'appellato di prendere servizio ad Ivrea.

Definita nei termini che precedono la questione concernente la risoluzione del rapporto di lavoro, verrebbe a cadere, conseguentemente, anche la necessità di esaminare la questione del

mancato riconoscimento del beneficio richiesto dall'appellato prima ancora di prendere servizio.

Beneficio contemplato dal comma 5° dell'art.33 della legge n.104 del 1992, per il quale il dipendente che assiste con continuità un familiare handicappato, può, "ove possibile", ottenere una sede di servizio più vicina, onde gli sia consentito di continuare nell'attività assistenza.

La Sezione ritiene comunque di osservare, che non può essere condivisa la tesi dell'appellato secondo la quale detto beneficio può essere attribuito al dipendente anche quando l'handicap del familiare non sia grave, non richiedendo tale gravità l'invocato comma 5° dell'art. 33 l. n.104 citata, a differenza di quanto statuito dal precedente comma 3° dello stesso articolo.

Al riguardo, è sufficiente considerare che la prospettazione in esame si scontra con tutta la consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, che parte appellante mostra di ben conoscere e dalla quale la Sezione non ritiene di doversi discostare, formatasi in punto di necessità che l'handicap del familiare sia grave, affinché il dipendente possa ottenere il beneficio in parola.

La tesi dell'appellante, in effetti, privilegia una interpretazione di carattere letterale alla quale deve contrapporsi l'interpretazione di carattere sistematico seguita dalla giurisprudenza richiamata, e che viene animata dallo scopo di evitare, in ossequio alla finalità dell'art. 33 della già citata legge n.104, che il beneficio in parola abbia una base applicativa la quale, dilatandosi, sacrifichi oltre misura le esigenze

gestionali dell'amministrazione pubblica.

L'appello deve quindi essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge .Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier Luigi Lodi, Presidente FF

Giuseppe Romeo, Consigliere

Antonino Anastasi, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2009

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

Il Dirigente della Sezione