

Numero 00808/2011 e data 22/02/2011

REPUBBLICA ITALIANA
Consiglio di Stato
Adunanza Generale del 20 gennaio 2011

Gabinetto 00001/2011

NUMERO AFFARE 04520/2010

OGGETTO:

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dalla sig.ra XXX, per l'annullamento del provvedimento del dirigente dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Ascoli Piceno n. 7431 del 15 luglio 2009, di diniego di riconoscimento dell'infermità denunciata come dipendente da causa di servizio.

Vista la relazione del 7 ottobre 2010, con la quale il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, direzione risorse umane, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore Consigliere Nicola Russo;

Premesso:

La signora XXX, assistente amministrativo a tempo indeterminato, ha impugnato il provvedimento n. 7431 del 15 luglio 2009 con cui il Dirigente dell'Ufficio Scolastico Provinciale (U.S.P.) di Ascoli Piceno non ha accolto, su conforme parere del Comitato di Verifica delle cause di servizio in data 22 giugno 2009, la richiesta tesa ad ottenere il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle lesioni riportate in seguito ad incidente stradale occorso in data 27 giugno 2006 in località Grottammare, mentre rientrava a casa dopo essere uscita dal lavoro svolto presso il Liceo Scientifico Statale “[*omissis*]”.

Con istanza in data 22 dicembre 2006 la ricorrente ha chiesto il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio. Tale istanza è stata trasmessa, a cura del competente dirigente scolastico, alla Commissione Medica Periferica di Verifica di Ascoli Piceno, che, con verbale n. 331 ICS del 27 marzo 2007, ha giudicato l'infermità “N.C.” (non classificabile). Il fascicolo è stato poi inviato per il prescritto parere circa il nesso di causalità tra il servizio prestato e l'infermità riscontrata, al Comitato di Verifica per le cause di servizio in Roma, che, nell'adunanza n. 349/11/2008, ha chiesto un rapporto dettagliato sulle circostanze di tempo, modo e luogo in cui si verificò l'incidente.

Il Dirigente dell'U.S.P. di Ascoli Piceno ha, quindi, acquisito un nuovo rapporto informativo dal dirigente del Liceo Scientifico “[*omissis*]”, che ha dichiarato, fra l'altro, che “...il tratto di strada in cui si è verificato l'infortunio NON rientra nel percorso abitazione-ufficio secondo quanto risulta dagli atti”.

Il predetto Comitato di Verifica, acquisti gli atti, con parere espresso nell'adunanza n. 296/2009 del

22 giugno 2009, ha deliberato che l'infermità denunciata "NON può riconoscersi dipendente da fatti di servizio", in quanto le circostanze di tempo, modo e luogo in cui si è verificato l'incidente escludono la possibilità di riconoscerlo come avvenuto in itinere. Il Dirigente dell'U.S.P. di Ascoli Piceno, conformandosi al citato parere, con atto prot. n. 7431 del 15 luglio 2009, non ha, quindi, accolto la richiesta della signora XXX.

A fondamento dell'impugnativa la ricorrente deduce che "nell'istanza di riconoscimento del 22.12.2006 - ... mea culpa - non ho menzionato di essere stata domiciliata stabilmente in Via Cairoli in quel periodo, ho citato soltanto la mia nuova residenza (per disattenzione o superficialità credo...poiché tutti a scuola sapevano ...che ero ospite stabilmente da mia madre, con mio marito e mio figlio, a causa delle disavventure legate alla realizzazione della mia nuova abitazione!)"

A riprova di tali asserite circostanze di fatto la ricorrente deposita la dichiarazione testimoniale in data 9 dicembre 2009 del signor [omissis], amministratore del condominio di Via [omissis] in Grottammare, affermando che, di fronte a tale comprovata situazione, non possa essere negata la correlazione causale e possa ritenersi dimostrato che l'infortunio è avvenuto in itinere.

Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso straordinario, in quanto attinente a materia che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

La Sezione, nell'adunanza del 17 novembre 2010, ha ritenuto di dover rimettere il ricorso all'Adunanza generale del Consiglio di Stato.

Considerato:

Nell'ordine logico deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata dal Ministero referente, ad avviso del quale il gravame sarebbe inammissibile in quanto la controversia rientrerebbe nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario.

In proposito, occorre premettere che la giurisprudenza ha costantemente affermato la regola secondo cui il ricorso straordinario è un rimedio amministrativo di carattere generale, il che ne comporta l'esperibilità in tutti i casi in cui ciò non sia escluso dalla legge e comunque anche nelle materie che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, tra cui, appunto, quelle concernenti le controversie, come quelle in esame, aventi ad oggetto atti di gestione del rapporto di impiego privatizzato (cfr. Cons. St., Ad. gen., 10 giugno 1999, n. 7; Cons. St., Sez. II, 23 giugno 2010, n. 1255/2006), salve le ipotesi in cui vengano attribuite al giudice ordinario competenze speciali e funzionali, nel qual caso si ritiene che il legislatore abbia voluto escludere il rimedio del ricorso straordinario.

Tuttavia, al fine della soluzione della questione prospettata con l'eccezione di inammissibilità occorre prendere in considerazione la norma sopravvenuta di cui al comma 8 dell'art. 7 del nuovo codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), entrata in vigore dal 16 settembre 2010, la quale stabilisce che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica "è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa".

La questione di diritto che si pone, dunque, all'attenzione dell'interprete è quella di stabilire se tale norma si applichi anche ai ricorsi straordinari, come quello in esame - vertente nella materia del pubblico impiego c.d. contrattualizzato - proposti prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, oppure si applichi solo a quelli proposti successivamente a tale data.

A tale proposito vi è da dire che la relazione illustrativa della recente disposizione di cui all'art. 7, comma 8 cit., precisa che con tale disposizione "è stato altresì chiarito che il ricorso straordinario è

ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa”.

Ritiene, tuttavia, la Sezione, che seppure l’espressione utilizzata nella relazione al codice del processo amministrativo possa far pensare ad un carattere interpretativo della norma, debba invece ritenersi che la norma medesima abbia contenuto innovativo e non interpretativo, non essendo formulata (e quindi non avendone le caratteristiche) come norma di interpretazione autentica e che quindi ad essa non possa attribuirsi una valenza retroattiva.

Del resto, anche in base all’art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile (c.d. preleggi), la legge non dispone che per l’avvenire, e, cioè, essa non ha, di regola, efficacia retroattiva.

A tale proposito, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, dopo aver riconosciuto nel divieto generale di retroattività della legge un principio generale dell’ordinamento, nonché un fondamentale valore di civiltà giuridica a cui il legislatore deve in linea di principio attenersi, ha, tuttavia, ricordato come “lo stesso non sia stato tuttavia elevato a dignità costituzionale ad eccezione di quanto stabilito dall’art. 25 Cost., limitatamente alle leggi in materia penale” (sentenze n. 6 e n. 397 del 1994, n. 432 del 1997, n. 229 e n. 416 del 1999, n. 419 del 2000, n. 374 del 2002, n. 291 del 2003), precisando, però, come “il legislatore ordinario può, nel rispetto di tale limite, emanare norme retroattive, purché trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere dalle leggi precedenti” (sent. n. 432 del 1997).

In particolare, i limiti a tale riguardo posti dai giudici della Consulta attengono, oltre che a principi sanciti dalla Costituzione, ad altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza (che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento), la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto, la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico, il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (sent. n. 6 del 1994).

E’ altrettanto costante insegnamento della Corte che il legislatore ha il potere di precisare il significato di norme, al fine di vincolare il significato loro ascrivibile ad una tra le tante possibili varianti di senso del testo originario. E, tuttavia, anche con riguardo alle norme di interpretazione autentica - quale, ad avviso della Sezione, non è quella in esame - la Corte ha più volte ribadito che il ricorso ad esse non può essere utilizzato per mascherare norme effettivamente innovative dotate di efficacia retroattiva, in quanto, così facendo, la legge interpretativa tradirebbe la funzione che le è propria: quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale. Ciò, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea di politica del diritto voluta dal legislatore.

Tale carattere interpretativo “deve peraltro desumersi non già dalla qualificazione che tali leggi danno di se stesse, quanto invece dalla struttura della loro fattispecie normativa” (sent. n. 397 del 1994).

Nel valutare il rispetto di tale principio, uno dei parametri sovente utilizzati, per quanto interessa in questa sede, è proprio la valutazione e quindi la tutela dell’affidamento nella stabilità dell’ordinamento giuridico nutrito dai cittadini (ex art. 3 Cost.).

Ora, non può, al riguardo sottacersi che si è formato ormai nella materia in questione, quasi un “diritto vivente”, di rango giurisprudenziale, e, quindi, si è creato ormai un legittimo affidamento, sia in capo ai cittadini che alle pubbliche amministrazioni, circa la possibilità di ottenere una

pronuncia sul ricorso straordinario in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato anche dopo che essa è stata sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Si è, infatti, ormai consolidato l'indirizzo che ritiene che con il ricorso straordinario è possibile impugnare gli atti amministrativi relativi al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti pur dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che, salve le eccezioni di legge, ha devoluto la cognizione di tale rilevante contenzioso al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro (cfr. giurisprudenza a partire da Cons. St., Ad. gen. n. 7 del 1999 cit., fino ad arrivare, da ult., a Cons. St., Sez. II, n. 1255/2006 del 2010 cit.). Ciò in quanto sono stati considerati "atti amministrativi", e quindi impugnabili con il ricorso straordinario, anche quegli atti che, seppur provenienti dalla pubblica amministrazione in regime privatistico, sono atti "soggettivamente amministrativi" e pertanto finalizzati alla realizzazione di interessi pubblici.

In base al principio dell'affidamento, non appare possibile, dunque, dubitare del fatto che alla disposizione di cui all'art. 7, comma 8, del nuovo codice del processo amministrativo debba attribuirsi carattere innovativo e non interpretativo.

2. Le osservazioni sopra esposte, seppure idonee ad escludere il carattere interpretativo della norma di cui all'art. 7, comma 8, del codice del processo amministrativo non appaiono tuttavia sufficienti a risolvere il quesito prospettato. A tal fine, occorre infatti stabilire se nel presente caso, che vede il sopravvenire di una norma che limita l'esperibilità del rimedio straordinario alle controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, debba farsi applicazione del principio "tempus regit actum", che disciplina la successione delle leggi nel procedimento amministrativo. Nel caso infatti che dovesse ritenersi applicabile la regola del "tempus regit actum", in forza della quale ad ogni fase del procedimento si applica la norma in vigore all'atto del suo perfezionamento, la nuova disposizione di cui al cennato art. 7 troverebbe immediata applicazione nella presente fase di redazione del parere, con conseguente (sopravvenuta) inammissibilità del gravame straordinario.

La Sezione ritiene, peraltro, che nella fattispecie debba trovare applicazione il principio desumibile dall'art. 5 del codice di procedura civile (nel testo risultante dall'art. 2 della L. 26 novembre 1990, n. 353). Tale disposizione, alla stregua della quale la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, enuncia infatti un principio - quello della permanenza del potere di definire la controversia in capo all'organo chiamato a pronunciarsi, nonostante i mutamenti sopravvenuti della legge attributiva di tale potere - che appare ad avviso della Sezione certamente applicabile al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Il ricorso straordinario, infatti, ha una natura atipica, non assimilabile agli altri ricorsi amministrativi, con spiccate caratteristiche di giustizia; siffatta natura è confermata dal fatto che il provvedimento finale rappresenta solo l'atto conclusivo di esternazione di un momento decisionale contenuto nel parere del Consiglio di Stato. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato, d'altra parte, è un rimedio alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale amministrativo (artt. 8 e 10 d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199); l'interessato, che ha piena facoltà di scegliere tra i due tipi di ricorsi, sa che una volta che ha effettuato la sua opzione non è più possibile tornare indietro (electa una via, non datur recursus ad alteram) e, quindi, qualunque strada intraprenda in ossequio alla regola dell'alternatività, appare ragionevole che egli consegua comunque una tutela adeguata.

Se così è, allora, appare preferibile applicare alla fattispecie in esame il principio sopra richiamato, ricavabile dall'art. 5 c.p.c.; tale disposizione, del resto, è stata ritenuta dalla Corte di Cassazione non contrastante sia con l'art. 3 Cost. (essendo razionale e conforme ad elementari esigenze di stabilità e certezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche sostanziali e processuali), sia con l'art. 24 Cost. (dovendosi coordinare il diritto di difesa dell'attore con il contrapposto diritto di difesa del convenuto), e neppure con l'art. 25 Cost. (perché il principio di predeterminazione del giudice ne

impone la individuazione prima che sorga la “regiudicanda”), allorquando la Suprema Corte ha ritenuto consentito, per motivi di economia processuale, attribuire rilievo a mutamenti della situazione di diritto che siano idonei a radicare la giurisdizione, di cui il giudice al momento della domanda sia sfornito, con la motivazione che contrasterebbe con l’art. 111 Cost. la vanificazione dell’attività processuale fino a quel momento compiuta (principio enunciato dalla Suprema Corte con riguardo all’art. 33 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nel testo sostituito dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004: cfr. Cass., Sez. Un., sent. n. 19495 del 16 luglio 2008).

La diversa soluzione, nel senso dell’applicabilità della norma di cui al comma 8 dell’art. 7 anche alle controversie pendenti in sede straordinaria alla data di entrata in vigore del nuovo codice, porterebbe alla declaratoria di inammissibilità dei ricorsi proposti nel vigore del regime precedente, con conseguente frustrazione delle aspettative e dell’affidamento degli interessati nello strumento di giustizia (ricorso straordinario) da essi stessi volontariamente e alternativamente prescelto, rinunciando alla tutela in sede giurisdizionale.

Ci si troverebbe di fronte, in questo caso, ad una sostanziale violazione del principio di effettività della tutela, di cui all’art. 24 Cost., che deve ritenersi invocabile anche in sede di ricorso straordinario.

La Sezione, dunque, è dell’avviso che, in base alle esigenze di certezza dell’ordinamento e dei rapporti giuridici e di tutela dell’affidamento sopra esposte, debba preferirsi l’opinione che consente di rendere comunque il parere sul merito dell’affare in trattazione, così come sui ricorsi straordinari in materia di pubblico impiego privatizzato, notificati anteriormente alla data di entrata in vigore del nuovo codice, in applicazione dei principi desumibili dall’art 5 c.p.c., mentre per quelli proposti successivamente a tale data si deve ritenere senz’altro applicabile il citato art. 7, comma 8, con le conseguenze in rito di cui si è detto.

L’eccezione di inammissibilità spiegata dal Ministero dell’istruzione va, pertanto, disattesa.

3. Occorre, perciò, passare ad esaminare il merito dell’affare in trattazione.

Il provvedimento impugnato, prot. n. 7431 del 15 luglio 2009, nega il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio sulla base del parere espresso dal Comitato di Verifica per le cause di servizio n. 296 del 22 giugno 2009, il quale ha ritenuto di non riconoscere l’infermità denunciata dalla docente in quanto “le circostanze di tempo, di modo e di luogo in cui si è verificato l’incidente, escludono la possibilità di riconoscerlo come avvenuto in itinere”.

La giurisprudenza della Cassazione (si veda Cass. n. 5063/2000 e Cass. n. 9099/1994), ritiene in proposito che l’indennizzabilità dell’infortunio in itinere subito dal lavoratore nel percorrere, con un mezzo proprio, la distanza tra la sua abitazione ed il luogo di lavoro postuli:

- a) la necessità dell’uso del veicolo privato, adoperato dal lavoratore, per il collegamento fra abitazione e luogo di lavoro, considerati i suoi orari di lavoro e quelli dei pubblici servizi di trasporto;
- b) la sussistenza di un nesso eziologico tra il percorso seguito e l’evento, nel senso che tale percorso costituisca, per l’infortunato, quello normale per recarsi al lavoro e per tornare alla propria abitazione;
- c) la sussistenza di un nesso almeno occasionale tra itinerario seguito e attività lavorativa, nel senso che il primo non sia dal lavoratore percorso per ragioni personali o in orari non collegabili alla seconda.

Sulla base della legislazione infortunistica (cfr. art. 13 D. Lgs. n. 38/2000, che prevede che

“l’assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo privato, purché necessitato”), la Cassazione si è più volte pronunciata negando l’indennizzabilità dell’infortunio quando non sia dimostrata la “necessità” dell’uso del mezzo privato di trasporto per raggiungere il posto di lavoro (cfr. Cass. n. 995/2007, che ha escluso la indennizzabilità dell’infortunio poiché il risparmio di quaranta minuti che la lavoratrice conseguiva con l’uso del mezzo privato configura solo “una mera comodità personale, trattandosi di differenza di tempo di entità modesta e sicuramente tollerabile”; Cass. n. 17167/2006 nega l’indennizzabilità dell’infortunio in itinere partendo dalla considerazione che il risparmio di tempo di circa 25 minuti per ogni viaggio - si trattava di una lavoratrice part/time con orario variato di mese in mese - non era da considerare “gravoso in relazione alle comuni esigenze di vita familiare”).

Con la sentenza n. 12326/2009 la Corte di Cassazione, tornando a pronunciarsi in materia di indennizzabilità degli infortuni in itinere, ha ribadito che l’infortunio in itinere è indennizzabile anche nell’ipotesi in cui il lavoratore sia tornato a casa per la pausa pranzo, usufruendo di un mezzo proprio, purché l’uso del mezzo proprio sia giustificato dalla mancanza di mezzi di trasporto pubblici, ovvero dalla mancanza di una mensa aziendale.

Tanto premesso, e venendo ad esaminare il caso di specie, dalla documentazione versata in atti (v., in particolare, nota prot. n. 4423 del 6 aprile 2009, a firma del dirigente scolastico del liceo ove presta servizio la ricorrente), emerge che il tratto di strada in cui si è verificato l’incidente non rientra nel normale percorso abitazione-ufficio (punto 1), che i trasporti pubblici assicuravano il collegamento almeno ogni ora (punto 5) e che l’uso del mezzo proprio non era stato autorizzato né imposto dall’amministrazione (punto 6). Da ciò consegue, dunque, che deve considerarsi corretta la motivazione addotta dall’amministrazione a fondamento del provvedimento di diniego impugnato (“le circostanze di tempo, di modo e di luogo in cui si è verificato l’incidente, escludono la possibilità di riconoscerlo come avvenuto in itinere”).

Alla stregua dell’indirizzo sopra riportato della Cassazione il ricorso non può, quindi, essere accolto, in quanto l’uso del mezzo proprio non solo non era stato autorizzato, ma lo stesso non poteva ritenersi necessitato, stante la presenza di mezzi pubblici di trasporto.

Le argomentazioni sopra esposte finiscono, a ben vedere, con il rendere irrilevante la questione dell’itinerario seguito dalla dipendente.

A tale riguardo, si deve solamente aggiungere che la circostanza dedotta a fondamento del ricorso straordinario in questione, vale a dire l’essersi la ricorrente da tempo trasferita stabilmente assieme con la famiglia nell’abitazione della madre, come dalla medesima ammesso, non solo non è stata comunicata formalmente all’Amministrazione scolastica, come, invece, sarebbe stato obbligo dell’interessata, ma ciò non è avvenuto nemmeno nell’istanza di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio, per cui del tutto correttamente l’Amministrazione non ne ha tenuto conto, sia in sede di istruttoria, che in sede di emanazione del provvedimento definitivo di diniego.

In conclusione, si esprime il parere che il ricorso debba essere respinto in quanto privo di fondamento.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere respinto.

L'ESTENSORE
Nicola Russo

IL PRESIDENTE
Pasquale de Lise