

Cons. Stato, Sez. II, Sent., (data ud. 19/12/2023) 23/01/2024, n. 746**Intestazione**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6071 del 2023, proposto dal signor -OMISSIS- rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Montini e Francesco Alvaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sezione prima, n. -OMISSIS- resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023 il Cons. Cecilia Altavista e udito per la parte appellante l'avvocato Francesco Alvaro;

Svolgimento del processo

Il signor -OMISSIS- Assistente Capo del Corpo di Polizia penitenziaria, in servizio presso la Casa circondariale di -OMISSIS- il 18 agosto 2021, veniva trovato da agenti della Polizia Municipale -OMISSIS- presso la Pizzeria "-OMISSIS-", nel centro storico -OMISSIS-, impegnato quale addetto alla cassa e gestione tavoli. Pertanto con atto del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del 15 dicembre 2021 veniva diffidato dal cessare la situazione di incompatibilità nei 15 giorni dalla notifica della diffida, avvenuta il 21 dicembre 2021.

Successivamente in data 24 novembre 2022 nel corso di un accesso effettuato dall'Ispettorato territoriale del lavoro -OMISSIS- presso la medesima pizzeria veniva nuovamente accertata la presenza dell'Assistente -OMISSIS- con mansioni di cameriere.

Per entrambi gli episodi il Comandante di reparto, rispettivamente in data 10 novembre 2021 e 13 dicembre 2022, contestava i relativi addebiti disciplinari.

Con nota del 16 dicembre 2022, la Direzione della casa circondariale -OMISSIS- trasmetteva al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria "il rapporto disciplinare" relativo all'Assistente Capo -

OMISSIS- rilevando che era stato destinatario di diffida ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 443 del 1992 "e considerata la recidiva specifica e la pendenza di procedimento penale e disciplinare per fatti analoghi".

Con atto del Capo del Dipartimento del 21 dicembre 2022, veniva avviato il procedimento di decadenza dal servizio, ai sensi degli art. 60 e segg. del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

Nella comunicazione di avvio del procedimento inviata alla Direzione della Casa circondariale di - OMISSIS- per la notifica al dipendente dal Direttore dell'Ufficio IX- Disciplina Corpo di Polizia penitenziaria del 21 dicembre 2022 si faceva riferimento alla "mancanza del senso dell'onore e del senso morale", alla "dolosa violazione dei doveri con grave pregiudizio dell'Amministrazione penitenziaria". Nel corso del procedimento si esprimeva all'unanimità, in data 27 febbraio 2023, il Consiglio di Amministrazione del Ministero della Giustizia, rilevando che l'assistente capo "ha dato prova di un comportamento di assoluta noncuranza per le proprie sorti lavorative, lasciando cadere nel vuoto i tentativi fatti dalla direzione di richiamarlo alle sue responsabilità e ai suoi doveri" e "considerata la gravità dei fatti esposti", riteneva sussistenti i presupposti per la decadenza dal servizio ai sensi degli artt. 60 e segg. del D.P.R. n. 3 del 1957.

Con provvedimento del Capo del Dipartimento del 7 marzo 2023 veniva, quindi, disposta la decadenza dal servizio ai sensi degli artt. 60 e segg. del D.P.R. n. 3 del 1957 con effetti dalla data di notifica del provvedimento, avvenuta il 17 marzo 2023.

Avverso tale provvedimento è stato proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Toscana chiedendo l'annullamento del provvedimento di decadenza e la condanna alla reintegra in servizio. Sono state formulate censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 60 e segg. del D.P.R. n. 3 del 1957, del D.P.R. 30 gennaio 1992, n. 443, dei principi di correttezza, buon andamento, imparzialità e non discriminazione, violazione dei principi di proporzionalità e legittimo affidamento, eccesso di potere per sviamento, ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, deducendo con una prima censura che il provvedimento di decadenza sarebbe stato emanato in mancanza della previa diffida poiché quanto verificatosi il 24 novembre 2022 non poteva essere ricollegabile, per il lungo lasso temporale trascorso, alla diffida del 15 dicembre 2021 relativa all'episodio verificatosi ad agosto del 2021, non essendo seguito alcun provvedimento di decadenza successivamente al decorso dei 15 giorni dalla detta diffida. Con una seconda censura sono state contestate le circostanze di fatto relative all'attività lavorativa svolta presso la pizzeria "- OMISSIS-", dove svolge attività lavorativa il figlio quale cameriere a tempo indeterminato, deducendo di essere solo amico dei titolari e di trovarsi occasionalmente presso tale pizzeria; in ogni caso i due episodi proverebbero solo una presenza occasionale e un'attività svolta gratuitamente non un rapporto di lavoro retribuito a cui sarebbe se mai applicabile la disciplina dell'art. 53 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Con il terzo motivo ha sostenuto la natura sanzionatoria e disciplinare, che emergerebbe anche dal parere del Consiglio di Amministrazione, della decadenza disposta in mancanza di apposito procedimento disciplinare, mentre i rilievi disciplinari sono estranei alla decadenza, ai sensi dell'art. 60 del D.P.R. n. 3 del 1957 e agli artt. 35 e 36 del D.Lgs. n. 443 del 1992.

Nel giudizio di primo grado si è costituito il Ministero della Giustizia, che ha contestato la fondatezza del ricorso, deducendo che gli effetti della diffida, una volta inviata, non verrebbero meno per il decorso del tempo e varrebbero per ogni attività presente o futura; inoltre nel caso di specie comunque non vi sarebbe stata necessità di una nuova diffida trattandosi della medesima attività lavorativa; in ogni caso la diffida avrebbe effetti dichiarativi provocando la decadenza al persistere della situazione di incompatibilità, mentre sarebbe irrilevante la mancata attivazione del procedimento di decadenza, che non sarebbe dovuto alla cessazione della incompatibilità ma alla circostanza che "non è stato riscontrato il suo proseguimento, ma ciò non impedisce che laddove a distanza di tempo, breve o lungo il lasso temporale che sia, il dipendente sia colto a svolgerla, possa applicarsi la decadenza senza bisogno alcuno di una nuova diffida, pacificamente valendo la precedente". Il

Ministero ha poi sostenuto la sussistenza della prova dell'attività lavorativa e ha richiamato la giurisprudenza per cui alla decadenza è estraneo qualsiasi contenuto disciplinare o sanzionatorio.

Il Tribunale amministrativo regionale della Toscana, all'esito della camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare, con la sentenza n. -OMISSIS- ha respinto il ricorso per l'insussistenza di elementi fattuali che possano "portare a concludere per la cessazione della situazione di incompatibilità dopo la notificazione dell'atto di diffida del 15 dicembre 2021" e pertanto non potendo "trovare accoglimento la prospettazione di parte ricorrente tendente a ricostruire in maniera separata i due episodi del 18 agosto 2021 e 24 novembre 2022 (con conseguente necessità di una nuova diffida a cessare dalla situazione di incompatibilità), risultando, al contrario, evidente come si tratti di manifestazioni di uno stesso rapporto di lavoro che non risulta per nulla essere cessato a seguito della diffida". Ha escluso, altresì la sussistenza di elementi fattuali a sostegno della natura occasionale e gratuita dell'esercizio delle mansioni di cameriere; ha ritenuto che "il riferimento alla sostanziale assoluta noncuranza per le proprie sorti lavorative contenuto nel parere del Consiglio di Amministrazione del Ministero della Giustizia trovi un sostanziale riscontro nel comportamento del ricorrente nel procedimento e non alteri il contenuto sostanziale del provvedimento che risulta ben ancorato all'accertamento della mancata rimozione della causa di incompatibilità di cui alla diffida del 15 dicembre 2021 e quindi al pacifico carattere di accertamento dell'omessa rimozione della causa di incompatibilità propria dell'istituto della decadenza".

Avverso tale sentenza è stato proposto il presente appello, riproponendo le censure del ricorso di primo grado e contestando la pronuncia di primo grado per tre specifici motivi. Con un primo motivo si è lamentato l'errore in iudicando e la violazione degli artt. 2697 e 2797 c.c. e dei principi dell'onere della prova ex artt. 64 c.p.a., in quanto in relazione al lungo lasso temporale trascorso tra i due episodi, pari a più di un anno, sarebbe rimasto indimostrato il permanere della situazione lavorativa per l'intero arco temporale fra i due episodi contestati, con conseguente perdita di efficacia della diffida. Inoltre la diffida del 15 dicembre 2021 riguardava l'episodio del 18 agosto 2021 in cui l'-OMISSIS- era stato trovato nello svolgimento dell'attività di "quale addetto alla cassa e gestione tavoli", mentre il 24 novembre 2022 sarebbero state accertate le mansioni di cameriere; in ogni caso sarebbe mancata qualsiasi prova della continuità dell'attività lavorativa e quindi la diffida avrebbe dovuto essere disposta ex novo ai fini dell'avvio del procedimento di decadenza. Con il secondo motivo sono state riproposte le contestazioni in ordine alla sussistenza del rapporto di lavoro, lamentando la violazione delle norme e dei principi sull'onere della prova nonché degli artt. 112 c.p.c. e 39 c.p.a., sostenendo la natura del tutto occasionale della sua presenza nella pizzeria, mentre il giudice di primo grado avrebbe invertito completamente l'onere della prova spettando all'Amministrazione dimostrare la percezione di un compenso o la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente ed avendo il giudice omesso di pronunciarsi sul regime dell'art. 53 commi 5-7, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Con il terzo motivo è stata riproposta la censura relativa alla natura disciplinare del provvedimento di decadenza, contestando le argomentazioni della sentenza, in quanto dalle indicazioni del parere del Consiglio di Amministrazione emergerebbe chiaramente la volontà dell'Amministrazione di emanare un procedimento disciplinare in violazione delle disposizioni di legge e regolamentari in materia.

Si è costituito nel giudizio di appello il Ministero della Giustizia, che ha ribadito le argomentazioni difensive del primo grado.

Con ordinanza n. -OMISSIS- è stata accolta la domanda cautelare ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., ai soli fini della definizione del giudizio nel merito, ed è stata fissata l'udienza pubblica del 19 dicembre 2023.

In vista dell'udienza pubblica la parte appellante ha presentato memoria di replica in cui ha insistito per la fondatezza delle proprie tesi difensive.

Il Ministero della Giustizia ha presentato istanza di passaggio in decisione senza discussione orale.

All'udienza pubblica del 19 dicembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

L'appello è fondato.

Ai sensi dell'art. 60 del D.P.R. n. 3 del 1957, "l'impiegato non può esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del ministro competente".

In base all'art. 63, l'impiegato che contravvenga a tale divieto "viene diffidato dal ministro o dal direttore generale competente, a cessare dalla situazione di incompatibilità.

La circostanza che l'impiegato abbia obbedito alla diffida non preclude l'eventuale azione disciplinare.

Decorsi quindici giorni dalla diffida, senza che l'incompatibilità sia cessata, l'impiegato decade dall'impiego.

La decadenza è dichiarata con decreto del ministro competente, sentito il Consiglio di amministrazione".

Tali disposizioni sono richiamate dagli artt. 35 e 36 del D.Lgs. 30 ottobre 1992, n. 443, per cui "Il personale del Corpo di polizia penitenziaria non può esercitare il commercio, l'industria né alcuna professione o mestiere o assumere impieghi pubblici o privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, salvo i casi previsti da disposizioni speciali" (art. 35); "1. Il personale del Corpo di polizia penitenziaria, che contravvenga al divieto previsto dall'articolo 35 viene diffidato dal Ministro di grazia e giustizia, o dal direttore generale da lui delegato, a cessare dalla situazione di incompatibilità.

2. Decorsi quindici giorni dalla diffida, senza che la incompatibilità sia cessata, il personale stesso decade dall'impiego.

3. Il relativo provvedimento è adottato con decreto del Ministro di grazia e giustizia, sentito il consiglio di amministrazione.

4. La circostanza che il dipendente abbia ottemperato alla diffida di cui al comma 1 non preclude l'eventuale azione disciplinare".

La giurisprudenza della Cassazione, con riguardo al pubblico impiego privatizzato, ma con affermazioni applicabili anche ai settori non privatizzati, essendo ad entrambe le categorie applicabile il T.U. del 1957 per quanto riguarda la disciplina delle incompatibilità (Cass. Sez. Lavoro, 7 maggio 2019, n. 11949; 30 novembre 2017, n. 28797), ritiene che quando si verifichi una ipotesi di incompatibilità vengano in rilievo due diversi aspetti: "l'uno relativo alla cessazione automatica del rapporto, che per volontà del legislatore si verifica qualora la incompatibilità non venga rimossa nel termine assegnato al dipendente; l'altro inerente alla responsabilità disciplinare per la violazione del dovere di esclusività, responsabilità che può essere comunque ravvisata anche nell'ipotesi in cui l'impiegato abbia ottemperato alla diffida", secondo quanto espressamente previsto dal Testo unico. "Mentre la prima conseguenza opera su un piano oggettivo e prescinde da valutazioni sulla gravità dell'inadempimento, la seconda è assoggettata ai principi propri della responsabilità disciplinare che... presuppone sempre un giudizio di proporzionalità fra fatto contestato e sanzione, da esprimere tenendo conto di tutti gli aspetti oggettivi e soggettivi della condotta. Detta duplicità si riflette sulla natura dell'atto adottato dal datore di lavoro e sull'indagine che deve essere compiuta in sede giudiziale, qualora dell'atto medesimo venga contestata la legittimità" (Cass. civ., Sez. lavoro, 4 aprile 2017, n. 8722). L'istituto della decadenza, infatti, non ha natura sanzionatoria o disciplinare, ma costituisce una diretta conseguenza della perdita di quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che, se fossero mancati ab origine, avrebbero precluso la stessa costituzione del rapporto di lavoro (Cass. Sez. Lavoro, 7 maggio 2019, n. 11949; 30 novembre 2017, n. 28797; 4 aprile 2017, n. 8722; 15 gennaio 2015, n. 617; 12 ottobre 2012,

n. 17437), mentre l'incompatibilità riguarda una valutazione astratta con giudizio prognostico ex ante, indipendentemente dall'esistenza di riflessi negativi sul rendimento e sull'osservanza dei doveri d'ufficio, in quanto l'ordinamento ha inteso prevenire, con il regime delle incompatibilità, il concretarsi del contrasto, inibendo le condizioni favorevoli al suo insorgere (Cass. civ., Sez. lavoro, 3 agosto 2021, n. 22188).

Nel caso di specie si deve, in primo luogo, rilevare che l'attività considerata dall'Amministrazione incompatibile, in mancanza di altri riscontri da parte della stessa Amministrazione, è una attività di mero fatto, in cui non risulta né la sottoscrizione di un contratto di lavoro né la percezione di un compenso né la partecipazione ad una società o lo svolgimento di uno specifico incarico. Ne deriva che la verifica della causa di incompatibilità (costituita da un'attività lavorativa svolta presso un esercizio commerciale), non poteva che presupporre un accertamento di fatto in ordine alla effettiva sussistenza di tale attività ovvero di una attività lavorativa che integrasse una causa di incompatibilità, salva ovviamente la valutazione degli episodi relativi alla presenza, anche occasionale, presso una pizzeria con svolgimento di mansioni di cameriere o altro ai fini dell'esercizio dell'azione disciplinare, nell'ambito del quadro delineato dal D.Lgs. 30 ottobre 1992, n. 449, considerato che ai sensi dell'art. 3 comma 2 lettera b) di tale decreto legislativo "l'esercizio occasionale di commercio o di mestiere incompatibile" costituisce uno dei presupposti per l'irrogazione della pena pecuniaria, mentre le recidive rilevano entro sei mesi (art. 4 comma 1 lettera -a, per la deplorazione; art. 5 per la sospensione).

L'Amministrazione, peraltro, non ha neppure operato una corretta applicazione delle disposizioni dell'art. 63 del Testo unico n. 3 del 1957 e dell'art. 36 del D.Lgs. n. 442 del 1993, in quanto successivamente alla prima diffida avrebbe dovuto accertare l'avvenuta cessazione o meno della causa di incompatibilità, procedendo in caso di permanenza della incompatibilità alla "dichiarazione" di decadenza dal servizio, che si sarebbe prodotta automaticamente al verificarsi dei presupposti.

Non essendosi verificata una tale circostanza è evidente che dopo circa un anno la diffida non poteva avere più alcun effetto, risultando dalla stessa disposizione di legge che la diffida ha un effetto limitato nel tempo, producendosi successivamente l'effetto di decadenza al riscontro dell'inadempimento, riscontro mancato nel caso di specie. Peraltro, anche a ritenere che la diffida potesse avere una ultrattività, non è stata comunque accertata neppure in fatto la permanenza della causa di incompatibilità ininterrotta dalla emanazione della diffida, il 15 dicembre 2021, al 24 novembre 2022 o dal 18 agosto 2021 al 24 novembre 2022 e non potendosi, allo stato, che ritenere provata, in mancanza di ulteriori accertamenti in fatto da parte dell'Amministrazione, solo la sussistenza di un'attività lavorativa occasionale.

Per i singoli episodi, in base alle disposizioni sopra citate del D.Lgs. n. 449 del 1992, e salva la valutazione della gravità del fatto ai fini di una sanzione più grave, avrebbe potuto essere avviato il procedimento disciplinare, come, peraltro, risulta dalle contestazioni disciplinari del Comandante del Reparto, senza neppure bisogno di alcun ulteriore accertamento in fatto, essendo già sufficiente ai fini di integrare il presupposto di cui all'art. 3 comma 2 lettera b) l'esercizio occasionale di attività lavorativa.

Non risulta, agli atti del giudizio, che i procedimenti disciplinari siano stati formalmente portati avanti. Risulta, invece, palese il contenuto disciplinare del provvedimento adottato sia dalle indicazioni contenute nel parere del Consiglio di Amministrazione, che ha fatto riferimento alla "responsabilità e ai doveri" e alla "gravità dei fatti esposti", sia nella comunicazione di avvio del procedimento del Direttore dell'Ufficio IX- Disciplina Corpo di Polizia penitenziaria del 21 dicembre 2022, che ancora più esplicitamente ha richiamato la "mancanza del senso dell'onore e del senso morale" e la "dolosa violazione dei doveri con grave pregiudizio dell'Amministrazione penitenziaria", che costituiscono evidenti presupposti disciplinari ai sensi dell'art. 6 del D.Lgs. n. 449 del 1992, che indica i presupposti della sanzione disciplinare della destituzione dal servizio (cfr. comma 2 lettere - a,- b e -d), nonché

dalla stessa nota della Direzione della Casa circondariale di -OMISSIS-del 16 dicembre 2022 di trasmissione del "rapporto disciplinare" al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

Sussiste quindi lo sviamento di potere, avendo l'Amministrazione esercitato sostanzialmente un potere disciplinare in mancanza degli atti e procedimenti a tale fine espressamente previsti dalla disciplina legislativa (cfr. D.Lgs. n. 449 del 1992), mentre il procedimento di decadenza, ai sensi degli artt. 36 del D.Lgs. n. 443 del 1992 e 63 del T.U. n. 3 del 1957 esula da qualsiasi connotazione di carattere disciplinare.

L'appello è quindi fondato e deve essere accolto e, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso di primo grado.

In considerazione della particolarità delle circostanze di fatto le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellante.

Conclusione

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Dario Simeoli, Presidente FF

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere

Giancarlo Carmelo Pezzuto, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere