



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4905 del 2004, proposto da:
Pizzati Cesare, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Maurici, con domicilio
eletto presso Segreteria Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

IRCSS Policlinico S. Matteo di Pavia, rappresentato e difeso dall'avv. Mariella
Magnani, con domicilio eletto presso Marina Zela in Roma, via Antonio Gramsci
n. 54;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE II n.
00486/2003, resa tra le parti, concernente licenziamento senza preavviso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2013 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parte appellante l'avvocato Stoppello su delega dell'avvocato Magnani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Il signor Cesare Pizzati ha impugnato la sentenza del TAR Lombardia - Milano n. 486/2003 che ha respinto i suoi ricorsi n. 2751/1997 e n. 4824/1997, riuniti in quanto strettamente connessi, rispettivamente concernenti:

- l'annullamento della sanzione del licenziamento senza preavviso irrogata con deliberazione del Commissario straordinario del 12 marzo 1997 n. R. comm.2/362/1997, n. prot. 294/93 Pers.;
- l'annullamento della decisione del primo Collegio arbitrale di disciplina dell'IRCSS- Policlinico S. Matteo del 19 giugno 1997.

2. – La sentenza dichiara inammissibile l'impugnazione del provvedimento di licenziamento senza preavviso di cui al primo ricorso, affermando che il ricorrente, precedentemente alla notifica del ricorso giurisdizionale, ha attivato il diverso rimedio di cui all'art. 59, commi 8 e 9, del D.Lgs. n. 29/1993 e di cui all'art. 30 del Regolamento dei procedimenti disciplinari dell'Istituto stesso. In base alla giurisprudenza consolidata l'accessione all'arbitrato irrituale di fonte negoziale comporta l'implicita rinunzia delle parti alla giurisdizione. E', altresì, dichiarata inammissibile dal TAR l'impugnazione della decisione del Collegio arbitrale di cui al secondo ricorso: in quanto le doglianze non investono vizi della volontà negoziale, ma vizi di violazione di legge e di eccesso di potere oltre i limiti fissati dalla giurisprudenza quanto alla impugnabilità del lodo reso in sede di arbitro irrituale.

3. – L'appellante contesta la sentenza impugnata affermando che, erroneamente, essa ha dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione della decisione del Collegio arbitrale di disciplina nonostante sussistesse il vizio della volontà negoziale e cioè l'incapacità legale dell'arbitro di pronunciarsi, dovuta all'obbligo di sospendere il procedimento disciplinare in pendenza di un procedimento penale fino alla sentenza passata in giudicato. Ciò in applicazione del combinato disposto degli art. 8, comma 5, e dell'art. 6, comma 1, lettera c), n. 2, del Regolamento per i procedimenti di disciplinari dell'Istituto nonché dell'art. 117 del DPR n. 3/1957. In relazione alle stesse disposizioni, inoltre, sussiste anche l'errore sulla esistenza di norme giuridiche applicabili al caso. Non sono infatti applicate né richiamate le già citate disposizioni: dell'art. 6, comma 1, lettera c, del Regolamento per i procedimenti disciplinari, che tassativamente prescrive che la sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso si applica solo in caso di condanna passata in giudicato per alcuni reati tra cui il delitto previsto dall'art. 317 c.p.; nonché dell'art. 8, comma 5, del medesimo regolamento che prescrive che il procedimento disciplinare è avviato dalla data di conoscenza della sentenza. Sussistendo precise norme applicabili al caso, la sentenza impugnata viola anche gli articoli 1427, 1428, 1429 del c.c.. Gli stessi articoli del codice civile sono stati violati a seguito dei manifesti errori compiuti su fatti essenziali concernenti l'inesistenza dei solleciti rivolti all'interessato e del ritardo nella consegna del capitolato speciale a lui affidato. A causa dei gravi vizi dedotti che dovrebbero determinare l'annullamento della decisione arbitrale è errata anche la dichiarazione di inammissibilità relativa al primo ricorso in primo grado per violazione dell'alternatività tra ricorso giurisdizionale e collegio arbitrale, in quanto non può sussistere un'implicita rinuncia alla giurisdizione, quando siano dedotti vizi invalidanti la manifestazione di volontà negoziale del Collegio arbitrale e quando il lodo sia annullato per siffatti vizi. L'alternatività tra il ricorso al collegio arbitrale e quello giurisdizionale non è

prevista dalla legge. Infine, la sentenza impugnata viola l'art. 653 c.p.p., non essendosi attenuta, in ordine all'accertamento del fatto-reato contestato disciplinarmente, alla sentenza del Giudice penale che fa stato nel giudizio amministrativo per responsabilità disciplinare. La sentenza penale dimostra che sia il commissario straordinario sia il Collegio arbitrale hanno adottato le rispettive decisioni nella completa ignoranza dei fatti accaduti. Sono altresì violate le disposizioni della legge n. 241/1990, ed in particolare l'art.3, comma 1, in quanto la sanzione è stata comminata sulla base di un'istruttoria inadeguata e viziata da travisamento dei fatti e illogicità manifesta, nonché errori di fatto in quanto adduce la pendenza di una causa per risarcimento dei danni che non è stata promossa. Sono violate, infine, anche sul piano procedimentale, le già richiamate disposizioni dell'art. 117 del DPR n. 3/1957 e degli artt. 6, comma 1, lettera c, n. 2), e 8, comma 5, del Regolamento dei procedimenti disciplinari, nonché quelle relative al diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione.

4. – L'Amministrazione appellata si costituisce con memoria costitutiva e con memoria conclusionale in data 4 gennaio 2013. Con quest'ultima memoria preliminarmente si allega la più recente sentenza n.1595/2011 del TAR di Milano, non appellata e passata in giudicato, che ha dichiarato inammissibile per tardività dell'impugnazione il terzo ricorso presentato dall'appellante per la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro e la condanna al pagamento degli emolumenti arretrati a seguito della sentenza di assoluzione nel procedimento penale successivo a quello disciplinare. Dal passaggio in giudicato dell'ultima sentenza del TAR di Milano sullo stesso oggetto la difesa dell'Amministrazione deduce che il ricorso deve ritenersi almeno in parte improcedibile per carenza di interesse, non potendo più richiedere l'appellante la reintegrazione del posto e relativi arretrati, oggetto di questa ultima sentenza. La memoria ripropone le difese già contrapposte in primo

grado, sottolineando come l'appellante si è limitato a riproporre i motivi dei due ricorsi in primo grado senza portare ulteriori argomentazioni per superare le precise motivazioni con le quali la sentenza di primo grado ha accolto le eccezioni di inammissibilità dei due ricorsi riuniti.

5. – La causa è passata in decisione all'udienza pubblica dell'8 febbraio 2013.

6. - L'appello non è fondato.

6.1.- Deve ritenersi in primo luogo sussistente l'interesse dell'appellante al giudizio di appello, in quanto la sentenza del TAR di Milano n. 1595/2011, passata in giudicato, non si è pronunciata sugli oggetti del presente giudizio. E' invece del tutto estranea al presente giudizio ogni valutazione relativa alla sentenza del giudice penale ed ai suoi effetti sulla pregressa vicenda che sono invece oggetto della richiamata sentenza n. 1595/2011.

6.2. – La sentenza TAR merita di essere integralmente condivisa per quanto concerne l'inammissibilità del primo ricorso in primo grado relativo alla impugnazione del provvedimento di licenziamento senza preavviso di cui al primo dei due ricorsi riuniti in primo grado per violazione dell'alternatività tra ricorso giurisdizionale e collegio arbitrale. Per quanto riguarda l'inammissibilità dell'impugnazione della decisione del Collegio arbitrale di disciplina, di cui al secondo ricorso in primo grado, in quanto i motivi non rientrano tra quelli per i quali è ammessa la impugnazione della decisione del collegio arbitrale, va rilevato che l'appello ripropone alcuni di questi motivi, qualificandoli come incapacità legale dell'arbitro ovvero errori di fatto o di ignoranza. Tali motivi risultano pertanto ammissibili ma infondati, mentre i restanti sono inammissibili come già stabilito dalla sentenza del TAR.

6.3. – L'alternatività tra ricorso al collegio arbitrale e ricorso giurisdizionale è fondata su una costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cfr. in particolare la

sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2001, n. 2807, oltre alla ampia giurisprudenza richiamata dalla sentenza impugnata). Essa deve essere ribadita alla luce del nuovo codice del processo amministrativo che afferma, all'art. 7, comma 7, in via generale principi di economia e di concentrazione della giurisdizione amministrativa, che devono ritenersi estesi anche ai rapporti tra giurisdizione amministrativa e collegi arbitrale, al fine di non vanificare gli scopi delle norme che prevedono questi ultimi proprio come soluzione alternativa alla giurisdizione.

6.4. – Il principio di alternatività è confermato dal fatto che sia pure limitatamente a qualificati motivi è consentita la impugnazione della decisione del collegio arbitrale, come infatti avviene anche nel presente giudizio, nonché dalla esistenza di limiti alla impugnabilità della decisione arbitrale, che non avrebbero senso, se non esistesse un principio di alternatività quanto al merito della decisione. La stessa difesa appellante lo riconosce quando argomenta che dall'accoglimento delle censure relative alla mancanza dei presupposti di validità della decisione arbitrale deriverebbe il venir meno dell'inammissibilità relativa al primo ricorso in primo grado.

6.5. – Del resto, passando ai motivi di appello relativi alla seconda dichiarazione di inammissibilità, non risulta neppure contestata la esistenza di limiti alla impugnabilità della decisione arbitrale, dal momento che la difesa appellante sostiene che i vizi della decisione arbitrale già dedotti in primo grado non riguardano il merito della decisione, ma concernono proprio quei vizi della volontà negoziale ovvero quegli errori di fatto o sulla esistenza di norme giuridiche, che costituiscono gli ambiti ammessi dalla giurisprudenza. Pertanto il giudizio deve concentrarsi su tali censure per valutare se esse rientrano o meno tra quelle ammesse e, nel caso siano ammissibili, se siano fondate.

6.6. – Va innanzitutto ricordato l'ambito entro il quale può essere impugnata la decisione arbitrale secondo la già richiamata sentenza n. 21 maggio 2001, n. 2807,

alla cui impostazione questo Collegio aderisce: “ Ne consegue che il lodo emesso in sede di arbitrato irrituale è impugnabile solo per i vizi che possano vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale (errore, violenza, dolo, incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico o dell'arbitro stesso) (Cass., Sez. Un., 8 agosto 1990, n. 8010).”..... In particolare, l'errore rilevante deve presentare, a norma dell'art. 1428 c.c. i requisiti della essenzialità e della riconoscibilità e vertere su taluno degli elementi indicati nell'art. 1429 c.c., che le parti abbiano debitamente prospettato agli arbitri stessi; dunque l'errore rilevante è solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri e ricorrente quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà per non avere preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti ovvero per aver dato come contestati fatti pacifici o viceversa; mentre è preclusa ogni impugnativa per errori di giudizio, sia in ordine alla valutazione delle prove che in riferimento all'idoneità della decisione adottata a comporre la controversia (Cass., Sez. Un., 8 agosto 1990, n. 8010; Cass. civ., Sez. I, 10 marzo 1995, n. 2802; Cass., Sez. I, 28 novembre 1992, n. 12725; Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1988, n. 664). Deve dunque senz'altro escludersi la impugnabilità del lodo arbitrale per errori di giudizio, cioè errori di valutazione dei fatti, ferma restando l'esatta rappresentazione degli stessi. Quanto agli errori di diritto, giova osservare che gli stessi non sono del tutto irrilevanti, ai sensi dell'art. 1429 cod. civ., quale causa di annullamento degli atti negoziali: e, invero, l'art. 1429, n. 4, considera essenziale, e dunque possibile causa di annullamento del negozio, l'errore di diritto che sia “stato la ragione unica o principale del contratto”; l'errore di diritto, poi, oltre che determinante, deve essere riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 cod. civ.).... L'errore di diritto rilevante quale vizio del consenso è quello che si traduce in una erronea rappresentazione dei fatti a causa di una erronea premessa giuridica. Si tratterà, di

regola, di errore sulla esistenza o inesistenza di una norma giuridica, e non di un errore di interpretazione e valutazione della portata della norma medesima.”

6.7. – Alla stregua di questi criteri vanno dunque esaminate le censure proposte nel presente giudizio con riferimento alla seconda parte della sentenza impugnata. La prima censura concerne l’incapacità legale a pronunciarsi del Collegio arbitrale, il quale non avrebbe sospeso il procedimento in attesa della sentenza definitiva di condanna, come previsto dall’art. 8, comma 5, del Regolamento per i procedimenti disciplinari. La censura deve essere respinta per diversi ordini di motivi tra loro connessi:

- il procedimento penale non era ancora iniziato quando si è concluso il procedimento disciplinare e neppure al momento in cui si è concluso il giudizio arbitrale;
- il provvedimento di licenziamento oggetto del giudizio arbitrale è motivato in primo luogo da una serie di comportamenti neglienti e inadempienti di cui solo uno poteva avere rilevanza penale. Di fatti il provvedimento di licenziamento è stato adottato sulla base, non della lett. c), che fa riferimento a condanne passate in giudicato per determinati reati, ma della lettera e), dell’art. 6, comma 1, del già più volte citato Regolamento per i procedimenti disciplinari, che prevede la sanzione del licenziamento senza preavviso per “violazione intenzionale dei doveri di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro”;
- La stessa normativa citata dall’appellante, di cui all’art. 8, comma 5, prevede che la sospensione possa essere disposta anche se la connessione con fatti oggetto di procedimento penale, emerge nel corso del procedimento disciplinare e dunque può essere interpretata nel senso che - in presenza di una motivazione del provvedimento di licenziamento incentrato su una pluralità di motivi, tra i quali solo l’ultimo poteva avere rilevanza penale - il procedimento disciplinare possa

avviarsi e procedere ed anche eventualmente concludersi senza che tale connessione diventi rilevante ovvero nel senso che, comunque, il procedimento non debba sospendersi, in attesa di un eventuale procedimento penale, se concorrono una pluralità di altri motivi oltre quello avente rilevanza penale, come avviene in questo caso.

6.8. - La seconda censura riguarda l'errore asseritamente compiuto dal Collegio arbitrale per avere ignorato norme giuridiche applicabili al caso con riferimento ai già citati artt. 6 e 8 del Regolamento di disciplina per i profili già sopra considerati e deve essere respinta con le stesse motivazioni di cui al precedente punto nel senso che la questione riguarda come sono state interpretate e applicate le norme relative all'obbligo di sospendere il procedimento disciplinare o quello arbitrale in presenza di fatti che potevano essere oggetto del procedimento penale tra le motivazioni del procedimento disciplinare. Infatti il provvedimento di licenziamento richiamava esplicitamente a suo fondamento solo la già citata lettera e), dell'art. 6 del Regolamento per i procedimenti disciplinari, la quale lettera di per sé non implica, contrariamente alla lettera c), l'applicazione delle disposizioni dell'art. 8, comma 5, del medesimo regolamento, relative all'obbligo di avviare il procedimento disciplinare dopo la sentenza definitiva in caso di comportamenti aventi rilevanza penale. Infine è certo che il Collegio arbitrale non ha ignorato la norma visto che si pronuncia espressamente sul punto affermando che non risulta avviato alcun procedimento penale.

6.9. - La terza censura riguarda errori di fatto che sarebbero stati compiuti dal Collegio arbitrale e che non risultano dimostrati. Sono invece contestate le valutazioni sui fatti operate dal Collegio ed in particolare la esistenza di una prova in ordine alla ripetuta inosservanza di disposizioni di servizio e al ritardo nella consegna del capitolato da parte dell'appellante. L'argomento che viene addotto - e cioè la nota del superiore gerarchico che differisce il termine poco prima della

successiva revoca dell'incarico dovuta agli ulteriori elementi emersi sul comportamento dell'interessato - è reversibile in senso contrario nel senso che il differimento del termine dimostra che vi era un ritardo, mentre il comportamento negligente dell'appellante è testimoniato anche dalle convergenti dichiarazioni del collega successivamente subentrato nello svolgimento dell'incarico stesso. Neppure la sentenza del giudice penale che assolve l'appellante ai sensi dell'art. 530, secondo comma, c.p., dimostra che il Collegio arbitrale abbia ignorato fatti rilevanti, dal momento che è sostanzialmente fondata sul diverso apprezzamento della testimonianza della persona che aveva dichiarato di aver ricevuto richieste di denaro a causa del ritardo, con il quale questa dichiarazione viene resa.

6.10. – Tutte le restanti censure sono inammissibili perchè riprendono quelle già contenute nei ricorsi in primo grado e attengono alla valutazione dei fatti e alla interpretazione e applicazione di norme giuridiche operata dal provvedimento impugnato e dal Collegio arbitrale e non a vizi della volontà negoziale o errori evidenti attinenti a fatti o alla esistenza di norme giuridiche applicabili al caso, che costituiscono l'ambito di impugnabilità della decisione del Collegio arbitrale secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato sopra richiamata.

7. – In conclusione, l' appello deve essere in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto. In particolare sono respinti, perché infondati, i motivi di appello relativi alla mancanza di capacità legale del Collegio arbitrale e agli asseriti errori di fatto ovvero a seguito della ignoranza di norme attribuiti al medesimo collegio e sono inammissibili tutti gli altri.

8. – Nella durata del giudizio e nella complessità delle questioni di ordine procedurale, si ravvisano giusti motivi per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,
respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2013 con
l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)