

Civile Sent. Sez. L Num. 3467 Anno 2019

Presidente: NAPOLETANO GIUSEPPE

Relatore: DI PAOLANTONIO ANNALISA

Data pubblicazione: 06/02/2019

SENTENZA

sul ricorso 20863-2017 proposto da:

MALLOZZI EZZELINO FULVIO, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA ANAPO n. 20,
presso lo studio dell'avvocato CARLA RIZZO,
che lo rappresenta e difende unitamente
agli avvocati FABRIZIO DOMENICO MASTRANGELI
e FRANCESCO NICCOLINI;

2018

3855

- **ricorrente** -

contro

AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE UMBRIA 1,
in persona del legale rappresentante *pro*
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA,
VIA CICERONE n.44 (studio avvocato Giovanni
Corbyons), presso lo studio degli avvocati
GIULIA SILVESTRI e MARIAGIOVANNA
BELARDINELLI;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 90/2017 della CORTE
D'APPELLO di PERUGIA, depositata il
21/04/2017 R.G.N.83/15 ;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 13/11/2018 dal
Consigliere Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO;

udito il P.M. in persona del Sostituto
Procuratore Generale Dott. MARIO FRESA che
ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato MASTRANGELI FABRIZIO
DOMENICO;

udito l'Avvocato CORBYONS GIOVANNI;
per delega avv. SILVESTRI e BELARDINELLI



FATTI DI CAUSA

1. La Corte di Appello di Perugia, adita dall'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria n. 1, in riforma della sentenza di primo grado, che aveva accolto parzialmente il ricorso, ha respinto integralmente le domande proposte da Ezzelino Fulvio Mallozzi, volte ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento per giusta causa intimato dal Direttore Generale il 1° dicembre 2009 e la conseguente condanna dell'Azienda al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti.

2. La Corte territoriale ha premesso in punto di fatto che il Mallozzi, dirigente medico responsabile della struttura semplice di gastroenterologia endoscopica, con decreto del sindaco di Todi del 23 aprile 2009 era stato nominato componente del consiglio di amministrazione dell'azienda pubblica di servizi alla persona «Letizia Varalli, Giulio ed Angelo Cortesi» e, con nota del 14 maggio 2009, si era limitato a comunicare al Direttore Generale la designazione, accettata senza preventiva autorizzazione. La A.S.L., per il tramite del suo rappresentante legale, aveva rilevato che l'incarico, che avrebbe richiesto un assenso preventivo, risultava incompatibile con il rapporto di impiego, perché l'azienda di servizi intratteneva rapporti convenzionali con il servizio sanitario nazionale. Poiché l'incompatibilità non era stata rimossa, con nota del 16 luglio 2009 il Direttore Generale aveva trasmesso gli atti all'ufficio competente che aveva avviato il procedimento, conclusosi con la proposta di recesso, in relazione alla quale anche il Comitato dei Garanti aveva espresso parere favorevole.

3. In punto di diritto il giudice d'appello, ritenuta ammissibile l'impugnazione, ha osservato che ai sensi dell'art. 53 del d.gs. n. 165/2001 l'incarico in questione doveva essere previamente autorizzato, innanzitutto perché la rinuncia al compenso era stata manifestata solo a seguito dei rilievi del Direttore Generale, quando già l'illecito si era consumato, ed inoltre in considerazione del possibile conflitto di interessi fra l'attività di dirigente medico e il ruolo apicale ricoperto nell'azienda di servizi, che intratteneva rapporti convenzionali con la ASL.

4. Ha aggiunto che l'obbligo di richiedere l'autorizzazione grava non solo sul soggetto che conferisce l'incarico ma anche sul dipendente il quale, in caso di inerzia del proponente, deve necessariamente sostituirsi a quest'ultimo.

5. La Corte perugina ha rilevato, inoltre, che il richiamo contenuto nell'art. 7 del d.lgs. n. 207/2001 all'art. 87 del d.lgs. n. 267/2000 non vale ad escludere la necessità dell'autorizzazione, perché l'equiparazione agli amministratori degli enti locali riguarda solo il godimento dei permessi e delle aspettative nonché la disciplina degli oneri previdenziali. Ha ritenuto, infine, che i fatti contestati fossero di gravità tale da giustificare il licenziamento per giusta causa ed ha precisato al riguardo che la condotta non poteva essere equiparata a quella

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

tenuta da altri dipendenti che o avevano accettato incarichi in enti che non intrattenevano rapporti con il servizio sanitario nazionale o si erano dimessi dopo la contestazione della incompatibilità.

6. La Corte ha ritenuto infondate tutte le censure mosse in relazione alla regolarità formale del procedimento ed ha evidenziato che:

a) il Direttore generale non aveva compiuto alcuna attività istruttoria, essendosi solo limitato ad invitare il Mallozzi a rimuovere l'incompatibilità;

b) la lettera di contestazione era stata sottoscritta dal direttore sanitario nella sua qualità di presidente dell'ufficio dei procedimenti disciplinari e quindi l'atto, sebbene non sottoscritto da tutti i componenti del collegio perfetto, a quest'ultimo era senz'altro riferibile;

c) non viziava il procedimento l'avvenuta sostituzione del dott. Lipparoni, il quale aveva ritenuto opportuno astenersi a seguito della pubblicazione sulla stampa locale di articoli che lo coinvolgevano direttamente nella vicenda;

d) l'ufficio aveva direttamente formulato la proposta di recesso, condivisa dal Comitato dei Garanti, ed il Direttore Generale si era solo limitato a recepire quanto deliberato dal collegio competente;

e) la notizia di infrazione può essere comunicata all'UPD anche da soggetti diversi dal direttore del dipartimento competente ed infatti il regolamento interno prevede espressamente che la segnalazione possa essere effettuata dagli organi di vertice dell'azienda;

f) il procedimento era stato tempestivamente avviato, perché l'ufficio aveva agito entro 20 giorni dalla ricezione degli atti e l'attività in precedenza svolta dal Direttore Generale era stata finalizzata a consentire la rimozione della causa di incompatibilità;

g) il licenziamento, intimato in relazione ad una condotta connotata da gravità, doveva ritenersi efficace a far tempo dal 2 dicembre 2009 perché in detta data il Mallozzi, che stava svolgendo la propria attività lavorativa, aveva rifiutato di ricevere la comunicazione dell'atto di recesso, adducendo problemi di salute.

7. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso Ezzelino Fulvio Mallozzi sulla base di sette motivi, ai quali l'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1 ha opposto difese con tempestivo controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 371 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo è denunciata, ex art. 360 n. 4 cod. proc. civ., la violazione dell'art. 342 cod. proc. civ. perché la Corte territoriale, accogliendo l'eccezione formulata dall'appellato, avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità del gravame. Il ricorrente sostiene che l'Azienda si

era limitata a censurare la sentenza del Tribunale solo limitatamente alla ritenuta gratuità dell'incarico, ma nulla aveva dedotto quanto al conflitto di interessi che il giudice di prime cure aveva ritenuto non dimostrato.

2. Con la seconda censura il ricorrente si duole, ex art. 360 n. 3 cod. proc. civ., della violazione dell'art. 416 cod. proc. civ. e rileva che nel giudizio di primo grado l'azienda si era costituita tardivamente, sicché era decaduta dalla possibilità di depositare documenti e di richiedere mezzi di prova finalizzati a dimostrare la giusta causa di licenziamento. Sebbene in appello fosse stata espressamente riproposta l'eccezione, la Corte territoriale, ai fini della decisione, aveva utilizzato la documentazione tardivamente prodotta, fondando la decisione su circostanze che la datrice di lavoro non poteva più provare, essendo incorsa nella decadenza di cui all'art. 416 cod. proc. civ.. In particolare i documenti depositati dall'Azienda erano stati utilizzati per superare l'eccezione relativa alla formazione dell'ufficio dei procedimenti disciplinari, da sola sufficiente a fondare l'invocata dichiarazione di nullità della sanzione espulsiva adottata. Il giudice d'appello, inoltre, nel respingere le deduzioni di parte appellata relative all'inefficacia del licenziamento sino al 21 gennaio 2010, aveva valorizzato quanto dedotto dalla resistente in merito al preteso rifiuto del Mallozzi di ricevere il 2 dicembre 2009 la comunicazione, della quale era stata tentata la consegna a mani, ed aveva ritenuto la circostanza provata sulla base dei documenti inammissibilmente allegati alla memoria di costituzione.

3. Il terzo motivo addebita alla sentenza impugnata la violazione dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001 nella parte in cui prevede che tutti gli atti del procedimento disciplinare debbano essere compiuti dall'UPD. Il ricorrente, premesso che la natura di collegio perfetto era stata accertata dalla stessa Corte territoriale, sostiene, in estrema sintesi, che anche la contestazione doveva essere frutto di una deliberazione collegiale e, quindi, non poteva essere sottoscritta dal solo Presidente. Aggiunge che, comunque, il contenuto dell'atto non consentiva di ritenere che lo stesso fosse da riferire all'organo collegiale, sicché il procedimento era da ritenersi integralmente viziato, in quanto avviato da soggetto non competente.

3.1. Rileva, inoltre, che la nullità doveva essere dichiarata anche in relazione ad altro profilo, perché il regolamento individuava in modo espresso la qualità dei soggetti chiamati a comporre l'ufficio dei procedimenti e non prevedeva forme di sostituzione, sicché la dott.ssa Rossi del tutto illegittimamente aveva partecipato al procedimento.

3.2. Il ricorrente sostiene, altresì, che la sanzione inflitta non poteva essere riferita all'UPD, che si era limitato a formulare una mera proposta di recesso. Il licenziamento era stato disposto dal Direttore Generale ed anche la richiesta di parere del Comitato dei garanti era riferibile a quest'ultimo, sicché palese doveva essere ritenuta la violazione dell'art. 55 in

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

quanto il modello procedimentale delineato dal legislatore non ammette deroghe neppure ad opera della contrattazione collettiva.

3.3. Infine il ricorrente ribadisce che il procedimento disciplinare aveva replicato un precedente procedimento interamente curato dal Direttore Generale il quale aveva direttamente proceduto alla contestazione dell'addebito ed aveva anche respinto le giustificazioni fornite dal dirigente medico.

4. Con la quarta censura è denunciata la violazione dell'art. 53, commi 8 e 10, del d.lgs. n. 165/2001 perché, si sostiene, l'obbligo di richiedere l'autorizzazione grava non sul dipendente bensì sull'amministrazione che conferisce l'incarico. La norma, infatti, prevede solo la «possibilità» per l'impiegato di sostituirsi al proponente nell'attivazione del procedimento e non si esprime in termini di doverosità della iniziativa sostitutiva, sicché non poteva essere contestato al dirigente l'illecito disciplinare, non avendo egli il dovere giuridico di attivarsi.

5. Il quinto motivo si duole dell'errata interpretazione e della violazione degli artt. 53, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, 50 comma 8 d.lgs. n. 267/2000, 7 d.lgs. n. 207/2001. Il ricorrente premette che la nomina era stata disposta dal Sindaco del Comune di Todi ai sensi del richiamato art. 50 e, quindi, il Mallozzi avrebbe dovuto rappresentare l'ente locale all'interno dell'azienda di servizi. Aggiunge che sulla base dell'art. 7 del d.lgs. n. 207/2001, di riordino delle IPAB, ai componenti degli organi di governo si applicano le disposizioni di cui all'art. 87 del d.lgs. n. 267/2000 e, quindi, la nomina è equiparata all'esercizio di cariche pubbliche elettive, in relazione alle quali non opera il regime delle incompatibilità. Il procedimento disciplinare, pertanto, non poteva essere avviato per la mancanza di un'autorizzazione che nella specie non era richiesta.

6. La sesta critica addebita alla sentenza impugnata la violazione degli artt. 116 e 115 cod. proc. civ.. Il ricorrente torna a censurare la valutazione espressa dalla Corte territoriale in merito al contenuto della contestazione e ravvisa il vizio denunciato in rubrica perché il giudice d'appello avrebbe dovuto arrestarsi al fatto «oggettivo e provato che la contestazione non era stata deliberata né condivisa da tutti i componenti» ed inoltre avrebbe dovuto considerare che le circostanze allegare nell'atto introduttivo non erano state contestate in modo specifico dalla resistente. La violazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. è ravvisata anche con riferimento al capo della decisione che ha escluso l'eccepita disparità di trattamento rispetto ad altri dipendenti perché, si sostiene, la diversità delle situazioni a confronto sarebbe stata affermata in assenza di qualsivoglia riscontro probatorio ed anche in tal caso in difetto di una specifica contestazione da parte dell'Azienda.

7. Infine con il settimo motivo è denunciata la violazione degli artt. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 5 della legge n. 604/1966. Sostiene il ricorrente che l'incarico doveva essere ritenuto gratuito in quanto egli aveva rinunciato al compenso prima che fosse

instaurato il procedimento disciplinare. Richiama la diversa motivazione della sentenza del Tribunale che, appunto, aveva valorizzato la rinuncia al compenso per escludere la legittimità del licenziamento. Infine ribadisce che non era stato provato dall'azienda il potenziale conflitto di interessi, tra l'altro escluso dal Comitato dei garanti, anche in considerazione del fatto che il rapporto di lavoro sarebbe cessato dopo poco, con la conseguenza che i marginali casi di conflitto di interessi ben potevano essere evitati ricorrendo all'astensione.

7. Il primo motivo è inammissibile, perché formulato senza il necessario rispetto dell'onere di specificazione imposto dall'art. 366 n. 6 cod. proc. civ..

La giurisprudenza di questa Corte è consolidata nell'affermare che, anche qualora venga dedotto un *error in procedendo*, rispetto al quale la Corte è giudice del «fatto processuale», l'esercizio del potere/dovere di esame diretto degli atti è subordinato al rispetto delle regole di ammissibilità e di procedibilità stabilite dal codice di rito, in nulla derogate dall'estensione ai profili di fatto del potere cognitivo del giudice di legittimità (Cass. S.U. n. 8077/2012).

La parte, quindi, non è dispensata dall'onere di indicare in modo specifico i fatti processuali alla base dell'errore denunciato e di trascrivere nel ricorso gli atti rilevanti, non essendo consentito il rinvio *per relationem* agli atti del giudizio di merito, perché la Corte di Cassazione, anche quando è giudice del fatto processuale, deve essere posta in condizione di valutare *ex actis* la fondatezza della censura e deve procedere solo ad una verifica degli atti stessi non già alla loro ricerca (Cass. n. 15367/2014; Cass. n. 21226/2010).

Dal principio di diritto discende che, qualora, come nella fattispecie, il ricorrente assuma che l'appello doveva essere dichiarato inammissibile per difetto della necessaria specificità dei motivi di impugnazione, la censura potrà essere scrutinata a condizione che vengano riportati nel ricorso, nelle parti essenziali, la motivazione della sentenza di primo grado e l'atto di appello.

Non è, invece, sufficiente che il ricorrente assolva al distinto onere previsto, a pena di improcedibilità, dall'art. 369 n. 4 cod. proc. civ., indicando la sede nella quale l'atto processuale è reperibile, perché l'art. 366 cod. proc. civ., come modificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 40 del 2006, richiede che al giudice di legittimità vengano forniti tutti gli elementi necessari per avere la completa cognizione della controversia, senza necessità di accedere a fonti esterne, mentre la produzione è finalizzata a permettere l'agevole reperibilità del documento o dell'atto la cui rilevanza è invocata ai fini dell'accoglimento del ricorso (fra le più recenti, sulla non sovrapposibilità dei due requisiti, Cass. 28.9.2016 n. 19048).

8. Poiché la decisione va resa nel rispetto dell'ordine logico giuridico delle questioni, va posposto l'esame del secondo motivo, in quanto l'asserita decisività delle prove, che si assumono illegittimamente acquisite dalla Corte territoriale, presuppone la pronuncia sulle ulteriori censure, con le quali il ricorrente ha dedotto che il licenziamento doveva essere

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ritenuto illegittimo per ragioni sostanziali, non essendo configurabile la contestata incompatibilità e, comunque, la giusta causa di recesso, e formali, avendo il datore di lavoro pubblico inflitto la sanzione all'esito di un procedimento svoltosi senza il necessario rispetto delle regole fissate dall'art. 55 d.lgs. n. 165/2001.

Va, quindi, esaminato, nell'ordine, il terzo motivo, con il quale il ricorrente fa valere quattro distinte censure deducendo, in sintesi, che doveva essere dichiarata la nullità della sanzione disciplinare perché: a) la contestazione non era riferibile all'UPD, del quale la stessa Corte territoriale aveva accertato la natura di collegio perfetto; b) l'ufficio non era stato validamente costituito, perché ne potevano fare parte solo i soggetti che rivestivano la qualità indicata nel regolamento; c) il procedimento non era stato interamente condotto dall'UPD in quanto quest'ultimo aveva formulato una mera proposta di recesso e la sanzione era stata inflitta dal Direttore Generale, dopo avere acquisito il parere del Comitato dei Garanti; d) l'iniziativa disciplinare aveva replicato un precedente procedimento, interamente curato dal Direttore Generale.

8.1. Le censure presentano profili comuni di inammissibilità, perché solo la contestazione disciplinare ed il parere del Comitato dei Garanti sono allegati al ricorso, nel quale non risultano trascritti il regolamento, la delibera istitutiva dell'UPD, la "proposta di recesso" formulata dall'Ufficio, gli atti a firma del Direttore Generale formati in epoca antecedente all'avvio del procedimento disciplinare, sebbene si tratti di documenti posti a fondamento delle doglianze, rispetto ai quali, quindi, dovevano essere assolti, per quanto già evidenziato nel punto che precede, entrambi gli oneri di specificazione ex art. 366 n. 6 cod. proc. civ. e di allegazione ex art. 369 n. 4 cod. proc. civ..

8.2. A detto assorbente rilievo si deve aggiungere, in relazione alla regolarità formale della contestazione, che la Corte territoriale ha esaminato l'atto e l'ha ritenuto riferibile all'UPD, perché sottoscritto dalla Dott. Donatella Seppoloni, nella sua qualità di Presidente dell'Ufficio (pag. 18-19 della sentenza impugnata).

L'interpretazione degli atti unilaterali, qual è la contestazione degli addebiti, è riservata al giudice del merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per violazione dei canoni di ermeneutica di cui agli artt. 1362 e seguenti cod. civ., applicabili in forza del rinvio contenuto nell'art. 1324 cod. civ., sicché il ricorrente per cassazione non solo deve fare esplicito riferimento alle regole legali d'interpretazione, mediante specifica indicazione delle norme asseritamente violate e dei principi in esse contenuti, ma è tenuto, altresì, a precisare in quale modo e con quali considerazioni il giudice del merito si sia discostato dai richiamati canoni legali (in tal senso, fra le più recenti, Cass. n. 13667/2018). E', pertanto, inammissibile la censura che si limiti, come nel caso di specie, a prospettare una diversa interpretazione dell'atto, sollecitando un riesame del merito della causa non consentito alla Corte di legittimità.

8.2. Rileva, inoltre, il Collegio che il motivo non considera che in relazione all'attività degli organi collegiali la formazione della volontà resta distinta dalla manifestazione, sicché mentre la prima si deve formare all'interno dell'organo collegiale secondo le regole che ne presidono il funzionamento, all'esterno l'organo agisce in persona del soggetto che lo rappresenta, sicché gli atti ben possono essere sottoscritti solo da quest'ultimo, non avendo giuridico fondamento la tesi del ricorrente, secondo cui dalla natura perfetta del collegio deriverebbe la necessità che tutte le persone fisiche che lo pongono assumano anche all'esterno la paternità dell'atto, sottoscrivendolo.

A detto assorbente rilievo si deve aggiungere che secondo la giurisprudenza amministrativa caratterizza il collegio perfetto la circostanza che lo stesso deve operare con il *plenum* dei suoi componenti nelle fasi in cui l'organo è chiamato a compiere valutazioni tecnico - discrezionali o ad esercitare prerogative decisorie, rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale, esigenza che, invece, non ricorre rispetto agli atti istruttori (C.d.S. n. 5187/2015, C.d.S. n. 40/2015).

Alle medesime conclusioni questa Corte è pervenuta in relazione all'attività dell'UPD, se a composizione collegiale, in ordine alla quale si è sottolineato che devono essere collegialmente compiute «solo le attività valutative e deliberative vere e proprie (rispetto alle quali sussiste l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il proprio contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale) e non anche quelle preparatorie, istruttorie o strumentali, verificabili a posteriori dall'intero consesso» (Cass. n. 8245/2016 richiamata da Cass. 14200/2018).

Anche sotto questo profilo, pertanto, la doglianza è infondata perché la contestazione, con la quale si dà avvio al procedimento disciplinare, non ha natura decisoria né è espressione di un potere discrezionale, in quanto nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato, a differenza dell'impiego privato, l'iniziativa disciplinare è doverosa (Cass. n. 8722/2017, richiamata fra le più recenti da Cass. n. 20880/2018), tanto che la sua omissione è fonte di responsabilità per il soggetto tenuto ad attivare il procedimento.

8.3. Quanto, poi, alla pretesa di far discendere la nullità della sanzione disciplinare dall'avvenuta sostituzione di uno dei componenti dell'UPD, a detta del ricorrente non consentita dal regolamento, il Collegio ribadisce il principio già affermato da Cass. 25 ottobre 2017 n. 25379 secondo cui occorre distinguere le regole legali sulla competenza da quelle regolamentari che disciplinano la costituzione e il funzionamento dell'organo collegiale secondo l'ordinamento interno di ciascuna Pubblica Amministrazione, perché il d.lgs. n. 165 del 2001 «non attribuisce natura imperativa "riflessa" al complesso delle regole procedurali interne che regolano la costituzione e il funzionamento dell'UPD».

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Ciò perché l'interpretazione dell'art. 55 bis, comma 4, non può essere ispirata ad un eccessivo formalismo ma deve essere coerente con la sua *ratio*, che è quella di tutelare il diritto di difesa dei dipendenti pubblici, senza alcuna eccezione, anche per i casi più gravi di condotte penalmente rilevanti, tenendo, però, in considerazione i principi di cui agli artt. 54, 97 e 98 Cost. Si è conseguentemente ritenuto che ai fini della legittimità della sanzione rileva che sia stato garantito il principio di terzietà, sul quale riposa la necessaria previa individuazione dell'ufficio dei procedimenti, il che « postula solo la distinzione sul piano organizzativo fra detto ufficio e la struttura nella quale opera il dipendente» (Cass. 2 marzo 2017 n. 5317).

8.4. Infine non determina nullità della sanzione la circostanza che, successivamente alla decisione assunta dall'UPD, il provvedimento sia stato formalmente adottato dal Direttore Generale, previa acquisizione del parere del Comitato dei Garanti.

Non vi è dubbio che occorra distinguere la responsabilità disciplinare del dirigente da quella dirigenziale e che il d.lgs. n. 165/2001, nel testo antecedente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 150/2009, non applicabile alla fattispecie *ratione temporis* (il procedimento disciplinare è stato infatti avviato con la contestazione del 6 luglio 2009), solo in relazione a quest'ultima richieda l'intervento del Comitato (si rimanda a Cass. n. 1753/2017 e per la dirigenza medica a Cass. n. 14628/2010).

E' stato, però, affermato da questa Corte, ed al principio deve essere data continuità, che la nullità della sanzione disciplinare per violazione della regola sulla competenza può essere ritenuta sussistente solo qualora «l'interferenza di organi esterni si sia tradotta in una compartecipazione sostitutiva e non meramente additiva» (Cass. 11632/2016), posto che in tal caso non si verifica alcuna lesione del diritto di difesa del dipendente e dei principi che hanno indotto il legislatore a riservare ad un organo specializzato l'esercizio del potere disciplinare in relazione alle sanzioni più gravi.

La sentenza impugnata non si è discostata da detto principio di diritto, perché la Corte ha esaminato il documento finale redatto dall'UPD il 20.10.2009 ed ha sottolineato che indubbiamente quest'ultimo aveva già individuato nel licenziamento la sanzione da infliggere in relazione all'addebito contestato, sanzione che, quindi, andava riferita all'organo competente secondo le previsioni del d.lgs. n. 165/2001.

8.5. Infine il principio del *ne bis in idem* in materia disciplinare opera solo allorquando il datore di lavoro pretenda di avviare e concludere più procedimenti disciplinari rispetto ad un'identica condotta ritenuta meritevole di sanzione (fra le più recenti Cass. n. 27657/2018).

Nella materia delle incompatibilità non ha natura disciplinare l'atto con il quale il datore di lavoro pubblico diffida l'impiegato a rimuovere l'incompatibilità stessa perché, come già osservato da questa Corte con la sentenza n. 1753/2017, in forza del richiamo contenuto nell'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 alla disciplina dettata dal d.P.R. n. 3/1957 il datore

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



di lavoro pubblico deve diffidare il dipendente dal rimuovere la causa di incompatibilità, fermo restando che la rilevanza disciplinare della condotta non viene meno, ex art. 63 dello stesso d.P.R., per il solo fatto che l'impiegato abbia ottemperato.

La Corte territoriale ha accertato che l'iniziativa del Direttore Generale «si è dispiegata prima dell'inizio del procedimento disciplinare» ed era finalizzata a consentire la «preventiva rimozione della causa che avrebbe potuto dar luogo all'addebito disciplinare», sicché anche sotto detto profilo non si ravvisa alcuna violazione delle regole procedurali fissate dal d.lgs. n. 165/2001.

9. Il quarto, il quinto ed il settimo motivo, da trattare unitariamente in ragione della loro connessione logico giuridica, sono infondati.

L'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, nel testo applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, al comma 7 stabilisce che «i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza» ed aggiunge che «in caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato a cura dell'erogante o, in difetto del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente...». Il comma 10 della stessa disposizione prevede, inoltre, che «l'autorizzazione...deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati che intendono conferire l'incarico; può altresì essere richiesta dal dipendente interessato».

E' stato già affermato da questa Corte, e deve essere qui ribadito, che l'obbligo di esclusività, desumibile dal richiamato art. 53, ha particolare rilievo nel rapporto di impiego pubblico perché trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 98 Cost. con il quale il legislatore costituente, nel prevedere che « i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione », ha voluto rafforzare il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., sottraendo il dipendente pubblico dai condizionamenti che potrebbero derivare dall'esercizio di altre attività (cfr. fra le più recenti Cass.n. 427/2019 che richiama Cass. n. 20880/2018, Cass. n. 28797/2017; Cass. 8722/2017 e Cass. n. 28975/2017).

La *ratio* che ispira la disposizione orienta nell'interpretazione della stessa, che va compiuta tenendo conto dell'intera disciplina dettata. Ne discende che non è condivisibile la tesi, prospettata dal ricorrente, secondo cui, poiché il comma 10 pone l'obbligo della richiesta a carico dell'amministrazione conferente l'incarico e non del dipendente, che ha solo la facoltà di sostituirsi all'obbligato, non potrebbe assumere rilevanza disciplinare il mancato esercizio del potere sostitutivo.

In realtà il comma 7 è chiaro nel vietare al dipendente lo svolgimento di incarichi non autorizzati e nell'affermare la rilevanza disciplinare della violazione del divieto ed in

considerazione di ciò si giustifica il potere sostitutivo previsto dal comma 10, finalizzato a rendere possibile l'accettazione dell'incarico autorizzabile e lo svolgimento dello stesso, una volta ottenuta l'autorizzazione, anche in caso di inerzia del conferente.

9.1. E' infondata anche la quinta censura, con la quale il ricorrente insiste nel sostenere che nella specie l'autorizzazione non doveva essere richiesta, avendo il legislatore equiparato agli amministratori locali gli organi di governo delle aziende pubbliche di servizi alla persona.

L'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 207/2001 di riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza estende ai componenti degli organi di governo delle IPAB e delle aziende di servizi l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 87 del d.lgs. n. 267/2000 che, a sua volta, rende applicabili ai componenti dei consigli di amministrazione delle aziende speciali, anche consortili, «le disposizioni contenute nell'articolo 78, comma 2, nell'articolo 79, commi 3 e 4, nell'art. 81, nell'articolo 85 e nell'articolo 86» dello stesso d.lgs. n. 267/2000.

Il rinvio è, quindi, limitato a singoli istituti (obbligo di astensione, permessi retribuiti, aspettativa non retribuita, partecipazione alle associazioni rappresentative degli enti locali, oneri previdenziali ed assicurativi, regime fiscale) sicché deve escludersi che il legislatore abbia inteso equiparare integralmente e a tutti gli effetti gli organi di governo delle aziende di servizi agli amministratori degli enti territoriali. E' significativo, in tal senso, il mancato richiamo dell'art. 77 che, nel dettare la definizione di amministratore locale, sancisce il «diritto di ogni cittadino chiamato a ricoprire cariche pubbliche nelle amministrazioni degli enti locali ad espletare il mandato, disponendo del tempo, dei servizi e delle risorse necessari ed usufruendo di indennità e di rimborsi spese nei modi e nei limiti previsti dalla legge».

Detto mancato richiamo assume particolare rilievo nella soluzione della questione qui controversa perché, appunto, la non necessità dell'autorizzazione da parte del datore di lavoro pubblico trova la sua giustificazione, quanto alle cariche negli enti locali, nel «diritto» del cittadino a ricoprirle, diritto non esteso agli organi di governo delle IPAB e delle aziende di servizi.

Ne discende che la norma invocata non è idonea a derogare alla disciplina specifica dettata in tema di incompatibilità, cumulo di impieghi e di incarichi dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, sicché il rinvio va interpretato nel senso che le garanzie operano a condizione che l'autorizzazione sia stata richiesta e concessa dall'amministrazione di appartenenza.

9.2. Non vale, poi, sostenere che nella specie la necessità dell'autorizzazione doveva essere esclusa, perché non era stato dimostrato il conflitto di interessi fra il ruolo di dirigente medico e quello di amministratore dell'azienda di servizi.

Gli incarichi soggetti ad autorizzazione sono quelli ai quali fa riferimento il comma 6 dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 ossia «tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di uffici, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso», ad

esclusione di quelli elencati nelle lettere da a) a f) dello stesso comma 6, che pacificamente non vengono in rilievo nella fattispecie.

Il conflitto di interessi esclude che l'incarico possa essere autorizzato e lo rende assolutamente incompatibile con il rapporto di impiego. In tal senso si esprime per i dipendenti delle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale l'art. 4, comma 7, della legge n. 412/1991 che, appunto, prevede che «il rapporto di lavoro con il Servizio sanitario nazionale è altresì incompatibile con l'esercizio di altre attività o con la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con lo stesso».

L'assenza di conflitto, quindi, che deve essere comunque verificata dall'amministrazione di appartenenza, non fa venir meno la necessità dell'autorizzazione, bensì costituisce una condizione che deve sussistere affinché quest'ultima possa essere rilasciata. E' significativo, al riguardo, che il legislatore, nel modificare con la legge n. 190/2012 il comma 7 del più volte richiamato art. 53, abbia precisato che «ai fini dell'autorizzazione l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni anche potenziali di conflitto di interessi» rendendo esplicito in tal modo un principio già desumibile dal previgente sistema.

9.4. Infine correttamente la Corte territoriale ha escluso che l'incarico in questione potesse essere ritenuto gratuito per il solo fatto che, successivamente all'iniziativa assunta dal Direttore Generale, il dirigente medico avesse rinunciato al compenso «per il periodo decorrente dall'insediamento fino al 31.12.2009». Detta rinuncia, peraltro temporalmente limitata, non muta la natura dell'incarico, ai fini della necessità o meno dell'autorizzazione, natura che va valutata in relazione al momento in cui l'incarico stesso viene conferito ed accettato. Non a caso il comma 8 dell'art. 53 è chiaro nel prevedere che l'autorizzazione deve precedere il conferimento, tanto che quest'ultimo, se avvenuto in difetto della necessaria condizione legittimante, è «nullo di diritto» ed è fonte di responsabilità disciplinare, oltre che per il destinatario, anche per il funzionario responsabile del procedimento.

10. Il sesto motivo è inammissibile perché, al di là del formale richiamo alla violazione di norme di legge contenuto nell'instestazione, in realtà si risolve nella denuncia di errata valutazione da parte del giudice del merito del materiale probatorio acquisito ai fini della ricostruzione dei fatti e finisce con l'esprimere un mero dissenso valutativo rispetto al motivato apprezzamento delle risultanze istruttorie effettuato dalla Corte d'appello.

Occorre rammentare al riguardo che il vizio di violazione di norme di diritto consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie normativa astratta e, quindi, implica necessariamente un problema interpretativo della stessa; viceversa, l'allegazione di una errata ricostruzione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all'esatta interpretazione della norma ed inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, sotto

- l'aspetto del vizio di motivazione, nei limiti in cui ciò sia consentito dall'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. (fra le più recenti, tra le tante, Cass. 12.9.2016 n. 17921; Cass. 11.1.2016 n. 195; Cass. 30.12.2015 n. 26110).

Questa Corte ha, poi, recentemente affermato, e a detto orientamento il Collegio intende dare continuità, che «in tema di valutazione delle prove, il principio del libero convincimento, posto a fondamento degli artt. 115 e 116 c.p.c., opera interamente sul piano dell'apprezzamento di merito, insindacabile in sede di legittimità, sicché la denuncia della violazione delle predette regole da parte del giudice del merito non configura un vizio di violazione o falsa applicazione di norme processuali, sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., bensì un errore di fatto, che deve essere censurato attraverso il corretto paradigma normativo del difetto di motivazione, e dunque nei limiti consentiti dall'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., come riformulato dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 134 del 2012.» (Cass. n. 23940/2017).

Perché, quindi, possa essere censurato con il ricorso per cassazione l'accertamento di fatto compiuto dal giudice del merito è necessario, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite di questa Corte (Cass. S.U. n. 8053/2014), che venga denunciato l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo nel senso che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia. L'omesso esame di elementi istruttori, in quanto tale, non integra l'omesso esame circa un fatto decisivo previsto dalla norma, quando il fatto storico rappresentato sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché questi non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti.

Il motivo, quindi, è validamente formulato ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c. solo qualora il ricorrente indichi il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività".

Dette condizioni non ricorrono nella fattispecie, poiché il ricorso non denuncia l'omessa considerazione di un fatto storico bensì la valutazione delle risultanze probatorie effettuata dalla Corte territoriale per giungere ad affermare che la contestazione era riferibile all'UPD, non già al Direttore Sanitario, e che non era ravvisabile la denunciata disparità di trattamento.

11. Resta, pertanto, da esaminare il secondo motivo, con il quale si addebita alla sentenza impugnata di avere posto a fondamento del *decisum* documenti che non potevano essere utilizzati ai fini della decisione, perché tardivamente depositati dalla AUSL, la quale si era costituita in giudizio il 30.11.2012, una volta spirato il termine imposto dall'art. 416 cod. proc. civ., perché l'udienza di discussione era stata fissata per il 4.12.2012 (pag. 9 e 14 del ricorso).

- Questa Corte ha affermato che la tardiva costituzione del convenuto in primo grado non comporta che il giudice di appello non possa prendere in considerazione, ai fini della decisione, la documentazione relativa al giudizio di primo grado, ma a condizione che, in assenza di tempestiva opposizione all'irrituale produzione, la stessa sia stata ritualmente acquisita e sia entrata a far parte del tema di indagine (Cass. n. 8924/2015).

Nel caso di specie, al contrario, la tardività della costituzione e della produzione, eccepita all'udienza ex art. 420 cod. proc. civ. e della quale aveva dato atto il giudice di primo grado nella sentenza impugnata (doc. c e f del fascicolo ex art. 369 n. 4 cod. proc. civ.), era stata nuovamente eccepita in grado di appello, in quanto con la memoria di costituzione l'appellato aveva rappresentato che «andrà stralciata tutta la documentazione allegata al ricorso in appello ed inserita nel fascicolo di parte avversaria» (pag. 15 ricorso e documento a).

Ciò premesso rileva il Collegio che la nullità di un atto di acquisizione probatoria non comporta la nullità derivata della sentenza, ma pone solo una questione di giustificatezza o meno delle statuizioni in fatto della decisione la quale, se fondata unicamente sulla prova nulla, come tale non utilizzabile, potrebbe essere priva di valida motivazione (Cass. n. 18587/2014 e Cass. n. 1794/2015).

Perché, quindi, l'*error in procedendo* possa essere rilevante è necessario che la irrituale acquisizione probatoria abbia riguardato circostanze entrate nel processo solo a seguito dell'illegittima acquisizione e sulle quali il giudice abbia fondato il proprio convincimento. Deve, cioè, emergere con giudizio di certezza e non di mera probabilità che la circostanza, non valutabile, abbia avuto efficacia determinante nella soluzione della controversia, di modo che la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di base, una volta accertata la irritualità della prova, attraverso la quale la circostanza stessa è stata acquisita al processo.

La necessaria decisività della documentazione illegittimamente acquisita non sussiste in relazione al preteso vizio del procedimento disciplinare, comunque non rilevante per le assorbenti ragioni indicate al punto 8.3., ed al conflitto di interessi, per il quale valgono le considerazioni esposte sub 9.2..

A diverse conclusioni si giunge, invece, quanto alla questione dell'efficacia della sanzione espulsiva perché la Corte territoriale a pag. 13 della motivazione dà atto che l'episodio verificatosi il 2 dicembre 2009, quando la dipendente dell'azienda sanitaria tentava di consegnare a mani la comunicazione del recesso, risulta «dalla nota in atti», nota prodotta tardivamente dall'Azienda e come tale non utilizzabile. A pag. 24 della decisione, inoltre, il giudice d'appello, nel motivare le ragioni per le quali il recesso doveva ritenersi pienamente efficace già alla data del 2 dicembre 2009, rinvia alla "descrizione dei fatti", contenuta, appunto, nelle pagine da 8 a 13 che riassumono i termini fattuali della vicenda.



- Sussiste, pertanto, il vizio denunciato in quanto, in relazione all'episodio del 2 dicembre 2009, decisivo ai fini dell'individuazione del momento in cui il licenziamento ha prodotto i suoi effetti, la pronuncia è motivata con esclusivo riferimento alla produzione documentale, non valutabile per le ragioni sopra evidenziate.

Il vizio rileva, pur a seguito della riformulazione dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., perché, una volta ritenuto inutilizzabile il documento, la decisione risulta sul punto totalmente priva di una valida motivazione, il che rende *l'error in procedendo* rilevante anche dopo l'ultimo intervento normativo, perché si traduce in una violazione dell'art. 111 comma 6 Cost..

12. In via conclusiva deve essere accolto, nei limiti sopra indicati, il solo secondo motivo.

La sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte territoriale indicata in dispositivo che procederà ad un nuovo esame dell'unica questione ancora controversa, attenendosi, quanto all'ammissibilità della produzione documentale, ai principi enunciati nel punto che precede e provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità.

L'accoglimento, sia pure in minima parte, del ricorso rende inapplicabile l'art. 13, comma 1 quater del d.P.R. n. 115/2002.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, nei limiti di cui in motivazione e rigetta gli altri. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'Appello di Perugia in diversa composizione alla quale demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 13 novembre 2018