

## Corte d'Appello di Potenza, Sez. lavoro, 19 gennaio 2010

### Svolgimento del processo

Il Tribunale di Lagonegro, in composizione monocratica ed in funzione di giudice del lavoro, con sentenza pronunciata in data 16/1/2008, rigettava il ricorso proposto da Ce.Ri.Ma. in data 15/4/2004 nei confronti della Azienda Sanitaria U.S.L. n. 3 di Lagonegro ed avente ad oggetto l'impugnativa dell'atto di recesso per giusta causa; la regolamentazione delle spese processuali seguiva la soccombenza.

Con il suddetto ricorso, il Ce. aveva esposto: - che era stato alle dipendenze della convenuta in qualità di dirigente medico dal 18/8/1992 al 5/4/2000; - che era stato sospeso dal lavoro per giorni trenta con delibera del 10/3/2000; - che con delibera del 24/3/2000 n. 267 il Direttore Generale della ASL di Lagonegro aveva disposto il recesso per giusta causa dell'azienda dal rapporto di lavoro. Aveva dedotto che il licenziamento era illegittimo perché adottato in violazione delle garanzie procedurali e per l'insussistenza dei fatti posti a fondamento dello stesso. Aveva, pertanto chiesto che, previa declaratoria dell'illegittimità delle delibere di sospensione dal servizio e di recesso dal rapporto di lavoro, fosse condannata la ASL di Lagonegro: a) alla reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro precedentemente occupato; b) al risarcimento dei danni subiti per effetto del licenziamento commisurati alla retribuzione dalla data del licenziamento alla reintegra; c) al risarcimento del maggior danno subito e quantificato in Euro 2.000.000 o nella somma maggiore o minore da accertarsi. Il tutto con vittoria di spese, competenze ed onorari con attribuzione.

Si era costituita in giudizio la convenuta ed aveva contestato quanto ex adverso dedotto chiedendo il rigetto del ricorso. In particolare la convenuta aveva eccepito la inammissibilità del ricorso per non essere stato il licenziamento impugnato nei termini di cui alla L. 604/66, l'improcedibilità dello stesso per mancanza del tentativo obbligatorio di conciliazione ed in ogni caso l'infondatezza dello stesso nel merito.

Espletata l'istruttoria, il giudice aveva deciso la causa nei termini sopra riportati. Aveva, in particolare, il primo giudice superato le questioni preliminari sollevate dalla difesa della resistente nonché quelle, poste dal ricorrente, afferenti ad asseriti vizi procedurali nonché a decadenze istruttorie, e ritenuto, nel merito, che gli esiti istruttori deponessero nel senso della fondatezza degli addebiti e, dunque, della legittimità del licenziamento.

Avverso tale sentenza il Ce. proponeva appello, censurando la stessa con molteplici motivi.

Chiedeva, pertanto, all'adita Corte di Appello di Potenza, Sezione del Lavoro, di voler accogliere le conclusioni, come specificate in epigrafe.

Fissate dal Presidente, ai sensi dell'*art. 435 c.p.c.*, le udienze collegiali di discussione con decreto del 20/1/2009, si costituiva la Gestione Liquidatoria della ASL n. 3 di Lagonegro con memoria depositata in data 25/4/2009 (per l'udienza del 24/4/2009), pure concludendo come in epigrafe.

All'odierna udienza, all'esito della discussione da parte dei procuratori delle parti, la Corte adita si pronunciava come da dispositivo, di cui veniva data pubblica lettura.

### **Motivi della decisione**

Non sfugge alla Corte il difetto di legittimazione a contraddire della costituita Gestione Liquidatoria della ASL n. 3 di Lagonegro in ragione della titolarità del rapporto controverso, nel quale, in base agli artt. 2 e 6 della legge regionale di Basilicata n. 1272008, è subentrata dall'1/1/2009 alla ASL n. 3 di Lagonegro (non la gestione liquidatoria della stessa, ma) la ASP - Azienda Sanitaria Locale di Potenza.

Peraltro, trattasi di questione che, attinendo al merito della controversia, non è rilevabile di ufficio e, pertanto, esula dal thema decidendum non essendo stata sollevata dall'appellante.

Tanto premesso, vanno esaminate, per evidenti esigenze di ordine logico, innanzitutto le doglianze mosse dall'appellante afferenti ad asseriti vizi procedurali.

Censura parte appellante la violazione di legge e di norme contrattuali (artt. 36 e 59 C.C.N.L. 5/12/96, *art. 2119 c.c.*, *art. 20 D.Lgs. n. 29/93*, art. 21 D.L. n. 29/93 *art. 22 D.Lgs. n. 165/2001*, art. 38 C.C.N.L. 5/12/96; art. 23 C.C.N.L. 8/6//2000), il tutto anche in relazione *all'art. 97 della Cost.*

Deduce, al riguardo, la mancanza, in capo al Direttore Generale della ASL, del potere di irrogare direttamente sanzioni o di disporre direttamente il licenziamento, sul presupposto dell'applicabilità ai dirigenti della disposizione di cui all'art. 55, c. 4°, del *D.Lgs. n. 165/2001* (in cui è stato trasfuso l'art. 59, 4° c., del *D.Lgs. 3/2/93 n. 29*), secondo il quale: "Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. Tale ufficio, su segnalazione del capo della struttura in cui il dipendente lavora, contesta l'addebito al dipendente medesimo, istruisce il procedimento disciplinare e applica la sanzione. Quando le sanzioni da applicare siano rimprovero verbale e censura, il capo della struttura in cui il dipendente lavora provvede direttamente".

Ma tale norma, che evidentemente radica in capo all'U.P.D. la competenza in ordine alla applicazione, contestazione ed applicazione delle sanzioni disciplinari più gravi del rimprovero verbale e della censura, non può operare per i dirigenti.

Invero la figura del dirigente si connota, rispetto a quella degli altri dipendenti pubblici, per particolari caratteristiche.

Più precisamente, nell'ambito del generico rapporto di pubblico impiego la categoria del dirigente, sottoposto ad una disciplina legislativa e financo contrattuale apposita, è costruita in maniera del tutto peculiare e non è affatto riconducibile a quella dell'impiegato che, per converso, svolge le proprie mansioni nel contesto organizzativo predisposto dal dirigente.

Il sistema disegnato dalla privatizzazione del pubblico impiego si basa, come è noto, sulla separazione tra attività di indirizzo politico - amministrativo ed attività di gestione ed esecuzione amministrativa, la prima affidata ad organi di governo, la seconda affidata esclusivamente all'autonomia dei dirigenti e presidiata dal peculiare regime di responsabilità individuato dall'*art. 21 del D.Lgs. n. 29 del 1993*, modificato con *D.Lgs. n. 80 del 1998* (norma applicabile "rattorte temporis", potendo le modifiche introdotte dal sopravvenuto *art. 21 del D.Lgs. n. 165/2001* e dall'*art. 3 c. 3 della L. 15/7/2002 n. 145* essere citate soltanto a titolo indicativo di una evoluzione della legislazione in materia).

In questa ottica, in considerazione degli specifici contenuti professionali, delle particolari responsabilità che caratterizzano la figura del dirigente, nel rispetto del principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nonché della giurisprudenza costituzionale in materia, ed al fine di assicurare una migliore funzionalità ed operatività delle Pubbliche Amministrazioni, sono stabilite specifiche forme di responsabilità disciplinare per i dirigenti nonché il relativo sistema sanzionatorio, con la garanzia di adeguate tutele per il dirigente medesimo.

Così il sopra detto *art. 21* disciplina la c.d. responsabilità dirigenziale, statuendo che "Il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie di cui all'*articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 286*, comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione nei ruoli di cui all'*art. 23*, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

Sicché, in definitiva, mentre l'*art. 55, c. 4°*, del *D.Lgs. 165/2001* (in cui, come detto, è stato trasfuso l'*art. 59, 4°*, del *D.Lgs. 3/2/93 n. 29*), è una norma di generale applicazione per tutto il personale non dirigenziale, l'*art. 21* cit. è una norma speciale applicabile solo al ruolo dirigenziale. Tale ultima norma, inoltre, per ogni questione attinente alla responsabilità disciplinare rimanda alla disciplina prevista dai contratti collettivi, e non ad altra norma di legge, o dello stesso T.U.

A conferma del fatto che l'*art. 55 del D.Lgs. n. 165/2001* è norma che si applica ai soli dipendenti non dirigenti valga il richiamo all'*art. 55 - bis* introdotto dall'*art. 69 del D.Lgs. n. 150/2009* che al c. 7 ha espressamente previsto: "Il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una

diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni". L'esigenza di una specificazione, ai fini dell'individuazione del bacino di riferimento della disposizione innovativa, del "lavoratore dipendente" e del "dirigente" è significativa della portata dell'*art. 55 del D.Lgs. n. 165/2001* (come già dell'*art. 59 del D.Lgs. n. 29 del 1993*) come relativa ai lavoratori dipendenti diversi dai dirigenti, per i quali ultimi invece è l'*art. 21 del D.Lgs. 165/2001* a provvedere in modo esaustivo in punto di responsabilità dirigenziale (intesa come "responsabilità dirigenziale in senso stretto" e "responsabilità disciplinare"), statuendo che "Il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie di cui all'*articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 286*, comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione nei ruoli di cui all'*art. 23*, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

Va, in particolare, sottolineato l'inciso "ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo", che attesta la possibile doppia rilevanza ("dirigenziale" e "disciplinare") della medesima condotta.

Il che porta a ritenere che, nei confronti del dirigente pubblico, possa essere fatta valere dall'amministrazione datrice di lavoro una duplice responsabilità: quella dirigenziale e quella disciplinare.

La prima si fonda sulla valutazione dei risultati dell'azione del dirigente, e può determinare l'impossibilità di rinnovo dell'incarico, oppure (secondo la gravità del caso) la revoca dell'incarico con collocamento del dirigente "a disposizione", ovvero il recesso datoriale in base alle disposizioni collettive (*art. 21 D.Lgs. 165/2001*, come modificato dall'*art. 3 della L. n. 145/2002*); è sempre necessario, per l'adozione dei citati provvedimenti, il parere del comitato dei garanti (*art. 22 D.Lgs. cit.* come modificato dall'*art. 3 L. 145/2002*). La responsabilità dirigenziale (che diversamente dalle altre forme di responsabilità, non tende all'applicazione di sanzioni, o comunque a conseguenze di tipo afflittivo o risarcitorio per il dipendente, quanto piuttosto a consentire all'amministrazione di ovviare a eventuali malfunzionamenti attraverso la tempestiva rimozione del dirigente che si sia dimostrato inidoneo alla funzione, in quanto non in grado di raggiungere i risultati prefissati) prescinde, dunque, da specifiche condotte, ricollegandosi direttamente ai risultati conseguiti dal dirigente nell'espletamento del proprio incarico con la conseguenza che oggetto di accertamento e valutazione, in questo caso, non è una colpa del funzionario, sebbene la sua inidoneità alla funzione. Per tali caratteristiche si distingue dalla responsabilità disciplinare, la quale presuppone un comportamento illecito e colposo del dipendente che si fonda invece, tradizionalmente, su illeciti disciplinari del dirigente, che abbia violato, colposamente,

taluno degli obblighi inerenti il rapporto. Come detto, con riferimento a tale responsabilità, l'art. 21 del T.U. fa interamente rinvio al contratto collettivo.

L'inciso sopra citato di cui all'art. 21 c. 1 ("ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo") e la circostanza che, con riguardo a tale fattispecie, non sia operato alcun rinvio ad altra norma di legge, o dello stesso T.U., sono chiaramente indicativi del fatto che, nell'ipotesi di responsabilità disciplinare, la disciplina applicabile è quella contenuta nel contratto collettivo.

La suddetta "riserva" avvalorata, quindi, la tesi sopra prospettata secondo cui, mentre l'art. 55, c. 4°, del *D.Lgs. n. 165 del 2001* è una norma generale e si applica a tutto il personale non dirigenziale, l'art. 21 cit. è una norma speciale applicabile solo al ruolo dirigenziale.

L'esistenza, dunque, di una disciplina specifica per i dirigenti (attuata mediante il rinvio alla contrattazione collettiva) esclude che possa porsi, nello specifico, il problema di un alterato rapporto tra fonti normative e che possa ritenersi, sulla base del richiamo operato dall'art. 55, c. 3°, del medesimo T.U. (per cui solo la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definibile dai contratti collettivi), che la previsione contrattuale di un procedimento diverso da quello delineato da citato c. 4° si risolva in una violazione di legge.

In sostanza, se può ipotizzarsi come legittimo che la contrattazione collettiva relativa ai dirigenti preveda, per l'ipotesi di responsabilità disciplinare, la stessa procedura prevista per i dipendenti dal citato art. 55 c. 4, non è, di contro, illegittimo che, nella medesima sede, si preveda una disciplina diversa, prescindendo dalle previsioni di cui al citato art. 55 c. 4.

Ritiene, perciò, questa Corte di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Cassazione nella sent. Sez. L n. 2168 del 2004 anche evidenziando, ad ulteriore conforto del ragionamento sopra espresso, che proprio l'art. 55 c. 3 del *D.Lgs. n. 165 del 2001* fa salvo quanto previsto dall'art. 21, con ciò ammettendo che la limitazione della possibilità di una definizione da parte dei contratti collettivi alla sola tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni non riguardi i dirigenti per i quali vi è piena devoluzione alla contrattazione collettiva della regolamentazione della responsabilità disciplinare.

Va, altresì, precisato che i due tipi di responsabilità sopra delineati possono in parte coincidere, in parte essere divergenti. Infatti, la responsabilità dirigenziale può prescindere da ogni rilevanza dell'elemento soggettivo (dolo o negligenza del lavoratore) per quanto riguarda il mancato raggiungimento degli obiettivi (ad esempio per difficoltà oggettive o economiche, per scarsa collaborazione del personale), sicché può configurarsi piuttosto come una sorta di responsabilità oggettiva: in tal caso la responsabilità dirigenziale è cosa del tutto distinta da una responsabilità disciplinare o per mancanze, che presuppone sempre, quanto meno, la negligenza colpevole del lavoratore. Ma quante volte il mancato raggiungimento degli obiettivi dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, la responsabilità dirigenziale sarà tutt'uno con quella disciplinare o per mancanze.

Orbene, la scelta sul tipo di responsabilità da far valere nei confronti del dirigente non può che spettare all'amministrazione, salva la verifica giurisdizionale sul legittimo esercizio dei relativi poteri datoriali. In altri termini, è l'amministrazione a dover valutare se il dirigente abbia offerto una prestazione non idonea in termini di risultato, ovvero abbia commesso una mancanza disciplinare; la stessa amministrazione adotterà poi provvedimenti conseguenti (ad esempio, il recesso per responsabilità dirigenziale ovvero il licenziamento disciplinare), in base alle procedure previste. Il dirigente potrà sempre chiedere l'accertamento giudiziale dell'illegittimità della condotta datoriale, e sarà allora l'amministrazione a dover provare la sussistenza dei presupposti per l'affermazione della responsabilità (dirigenziale o disciplinare) del dirigente in ordine alle condotte in discussione, nonché il rispetto delle procedure proprie dell'uno o dell'altro caso.

Al fine dell'individuazione della procedura applicabile, compito dell'interprete è quello di verificare in concreto se, nella specie, la natura dei presunti addebiti sia stata tale da integrare gli estremi del mancato raggiungimento degli obiettivi o della grave inosservanza di direttive, ovvero se gli addebiti siano stati relativi a mancanze disciplinari.

Nello specifico la contestazione di addebito (consistente, come si evince dalla nota a firma del Direttore Generale dell'1/3/2000 e dalla delibera n. 267 del 24/2/2000, nella violazione dell'obbligo di fedeltà per aver il Ce. posto in essere attività insanabilmente confliggenti con la sua posizione giuridica di Dirigente Sanitario e nella violazione degli obblighi di correttezza e collaborazione per aver esercitato attività durante l'assenza per infortunio o per malattia) ha un contenuto evidentemente disciplinare, laddove - oltre che descrivere il comportamento addebitato - si fa riferimento al venir meno del vincolo fiduciario ed alla violazione degli obblighi di diligenza, cioè ad elementi tipici della responsabilità disciplinare.

Ai sensi, dunque, di quanto previsto dal citato art. 21 occorre far riferimento, per tale tipo di responsabilità alla disciplina contenuta nel contratto collettivo *ratione temporis* applicabile.

Orbene non si evince dal contratto collettivo alcun richiamo alla invocata procedura prevista dall'*art. 55 del D.Lgs. n. 165/2001*, già *art. 59 D.Lgs. n. 29/93*.

Anzi, dalla disposizione di cui al comma 4° dell'art. 36 del C.C.N.L. 1996 (che testualmente stabilisce: "La responsabilità particolarmente grave e reiterata, accertata secondo le procedure dell'art. 59, costituisce giusta causa di recesso. L'annullamento della procedura di accertamento della responsabilità del dirigente, disciplinata dall'art. 59, comma 5 e seguenti, fa venir meno gli effetti del recesso") si rileva proprio il contrario e cioè che il rispetto delle procedure di cui all'*art. 55 del D.Lgs. n. 165 del 2001*, come confermato dal richiamo operato dal citato art. 36, c. 4°, all'art. 59 del medesimo C.C.N.L. (norma pattizia disciplinante la valutazione dei risultati conseguiti dai dirigenti attraverso la definizione di sistemi e meccanismi di controllo interno o nuclei di valutazione istituiti ai sensi dell'*art. 20 del D.Lgs. n. 29/93* e dell'*art. 3 comma 6 del D.Lgs. 502/92*), è richiesto solo nell'ipotesi di responsabilità dirigenziale (che, ove accertata con le indicate modalità può integrare anche una giusta causa di recesso) ma non, dunque, per le ipotesi di recesso che nulla hanno a che fare con la responsabilità dirigenziale.

Né può legittimamente invocarsi, non discutendosi, nel caso in esame, di responsabilità dirigenziale, bensì di responsabilità disciplinare, la disposizione di cui all'*art. 22 del D.Lgs. n. 165 del 2001* (e cioè la necessità dell'acquisizione del parere del comitato dei garanti). - cfr. in tal senso Cass. del 20/02/2007 n. 3929 -.

D'altra parte, non può invocarsi, quivi, la previa necessità dell'acquisizione del suddetto parere, sulla base di una introduzione dello stesso da parte della contrattazione collettiva anche nell'ipotesi di responsabilità disciplinare.

Si osserva, infatti, che l'inclusione nella disciplina collettiva della sottoposizione al comitato dei garanti di tutte le ipotesi di recesso distingue fra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare si è avuta solo con il C.C.N.L. stipulato in data 8/6/2000 (art. 23 - Comitato dei Garanti. - "1. Entro 3 mesi dall'entrata in vigore del presente contratto, presso ciascuna Regione è istituito un Comitato dei Garanti, composto da 3 membri, chiamato ad esprimere parere preventivo sulle ipotesi di recesso proposte dalle aziende nei confronti dei dirigenti nei casi e con il rispetto delle procedure previsti dall'art. 36, CCNL 5.12.96 e dall'art. 34 del presente contratto che, per quanto attiene l'accertamento delle responsabilità dirigenziali, sostituisce l'art. 59 ivi citato. 2. Il presidente è nominato dalla Regione tra magistrati od esperti con specifica qualificazione ed esperienza professionale nei settori dell'organizzazione, del controllo di gestione e del lavoro pubblico in Sanità. 3. Gli altri componenti sono nominati, 1 dalla Regione stessa sentito l'organismo di coordinamento dei direttori generali delle aziende, l'altro esperto, designato congiuntamente dalle OO.SS. firmatarie del presente contratto entro 10 giorni dalla richiesta. In mancanza, di designazione unitaria detto componente è sorteggiato dalla Regione, tra i designati, nei 10 giorni successivi. 4. Le nomine di cui ai commi precedenti devono avvenire entro un mese dall'entrata in vigore del presente contratto e devono prevedere anche i componenti supplenti. 5. Il recesso è adottato previo conforme parere del Comitato che deve essere espresso improrogabilmente entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta, termine decorso il quale l'azienda può procedere al recesso. 6. Il Comitato dei garanti dura in carica 3 anni e i suoi componenti non sono rinnovabili. 7. Le procedure di recesso in corso all'entrata in vigore del presente contratto sono sospese per il periodo di 3 mesi necessario alla costituzione del Comitato dei Garanti, decorso inutilmente il quale avvengono con le procedure dell'art. 36 e ss., CCNL 5.12.96") non applicabile *ratione temporis* al caso in esame (si ricorda, infatti, che gli effetti giuridici del C.C.N.L. decorrono dal giorno successivo alla data di stipulazione; nello specifico, peraltro, la procedura di recesso non poteva neppure essere considerata "in corso" al momento dell'entrata in vigore del C.C.N.L. essendo la stessa definita con l'adozione della delibera del 24/3/2000).

Analoga disposizione non era prevista nel C.C.N.L. del 5/12/96 che all'art. 36 così disponeva: "1. Nel caso di recesso dell'azienda o ente ai sensi dell'*art. 2118 del c.c.* quest'ultima deve comunicarlo per iscritto all'interessato, indicandone contestualmente i motivi e rispettando, salvo che nel caso del comma 2, i termini di preavviso. 2. In caso di recesso per giusta causa si applica *l'art. 2119 del codice civile*. La giusta causa consiste in fatti e comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da non consentire la prosecuzione, sia pure provvisoria, del rapporto di lavoro. 3 Nei casi previsti dai commi 1 e 2, l'azienda o ente, prima di recedere dal rapporto di lavoro, contesta per iscritto l'eventuale addebito all'interessato convocandolo, non prima che

siano trascorsi cinque giorni dal ricevimento della contestazione, per sentirlo a sua difesa. Il dirigente può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un procuratore di sua fiducia. Se l'azienda o ente lo ritenga necessario, in concomitanza con la contestazione, può disporre la sospensione dal lavoro del dirigente per un periodo non superiore a trenta giorni mantenendo la corresponsione del trattamento economico complessivo in godimento e la conservazione dell'anzianità di servizio".

Si aggiunga che per la dirigenza medica la disciplina del *D.Lgs. n. 29/93* (oggi *D.Lgs. n. 165/2001*) si applica solo per quanto non previsto dal *D.Lgs. n. 502/92 art. 15, c. 2°*.

Orbene anche la normativa di tale ultimo decreto legislativo richiama le disposizioni del contratto collettivo individuando, anzi, una precisa competenza con riferimento al recesso in capo al Direttore Generale. Così l'art. 15 - ter (coerentemente con una differenziazione tra responsabilità dirigenziale e disciplinare), prevede: "Gli incarichi di cui ai commi 1 e 2 sono revocati, secondo le procedure previste dalle disposizioni vigenti e dai contratti collettivi nazionali di lavoro, in caso di: inosservanza delle direttive impartite dalla direzione generale o dalla direzione del dipartimento; mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati; responsabilità grave e reiterata; in tutti gli altri casi previsti dai contratti di lavoro. Nei casi di maggiore gravità, il direttore generale può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi nazionali di lavoro".

Alla luce di tale speciale normativa di settore, peraltro, anche i dirigenti medici di primo livello, pur non essendo preposti a strutture o reparti, sono comunque legittimamente qualificati come dirigenti in forza della particolare complessità ed autonomia della mansione.

Ciò costituisce ulteriore argomento per ritenere che, nella fattispecie in esame e con riferimento al recesso intimato a Ce.Ri.Ma. per una ipotesi di responsabilità disciplinare, sussistesse la competenza del Direttore Generale senza alcuna necessità dell'acquisizione del previo parere del Comitato dei Garanti.

Con ulteriore motivo di gravame censura l'appellante la decisione di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che non sussistesse in capo al Direttore Generale un obbligo di astenersi dal decidere in ragione della degli evidenti motivi di inimicizia e di rancore nei confronti del Ce.

Anche tale motivo è infondato.

Come evidenziato dal primo giudice, le disposizioni di cui agli artt. 51 e ss. c.p.c. valgono solo nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali e non sono estensibili al di fuori di essi.

Del resto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, come in caso di inosservanza da parte del giudice dell'obbligo di astensione non deriva la nullità della sentenza (salvo che il giudice che la ha pronunciata non avesse un interesse proprio e diretto nella causa, tale da porlo nella qualità di parte del giudizio) con la conseguenza



che, negli altri casi, quella violazione resta ininfluyente (cfr. in tal senso, ex multis, Cass. Sez. 1, Sent. n. 528 del 18/01/2002), tanto più deve escludersi un profilo di illegittimità del provvedimento adottato da un soggetto che, secondo l'assunto attoreo - "lo stesso Direttore Generale si era reso responsabile di un disegno aziendale volto ad emarginare con ogni mezzo, un dipendente scomodo" - (peraltro, in alcun modo provato e solo dato per scontato in ragione dell'adozione, da parte del medesimo Direttore Generale, di due delibere, risalenti al 1998, con le quali era stata disposta per esigenze organizzative, la cessazione del Ce. dall'incarico di provvisorio di Responsabile del Modulo di Medicina ad indirizzo geriatrico del plesso di Maratea e nominato, nello stesso incarico fino ad allora ricoperto dall'appellante, altro sanitario, delibere cui aveva fatto seguito una denuncia presentata dal Ce. alla Procura di Lagonegro) non avrebbe offerto quelle garanzie di imparzialità che devono presiedere all'azione amministrativa (ancorché privatizzata).

Si ricorda, al riguardo, che rispetto ad un atto datoriale privatistico, il sindacato del giudice ordinario deve essere operato non alla stregua dei parametri di legittimità tipici degli atti amministrativi - incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere - ma alla luce dei vizi propri della patologia negoziale - nullità, annullabilità, inesistenza, risolubilità - derivanti dalla violazione delle norme di legge e delle clausole contrattuali che regolano l'azione privatistica della Pubblica Amministrazione datrice di lavoro, ovvero alla luce della violazione del principio di correttezza, buona fede e parità di trattamento.

Eguali considerazioni vanno svolte con riferimento alla istanza di ricusazione proposta dal Ce. nei confronti del Direttore Generale. La mancata previsione di un procedimento di ricusazione nello specifico ambito amministrativo di cui trattasi induce a ritenere che le istanze presentate dall'interessato debbano qualificarsi come esposti, intesi a sollecitare una eventuale astensione, e non come certo atti idonei a sospendere il procedimento disciplinare fino all'espletamento di un autonomo sub - procedimento.

Si aggiunga, in ogni caso, che la giurisprudenza ha costantemente affermato che la proposizione di una denuncia in sede penale non dà luogo di per sé alla grave inimicizia rilevante ai fini della ricusazione (cfr. in tal senso Trib. Roma ord. 9/5/2003, ND, 2003, 1, 753).

Nello specifico, dunque, il Direttore Generale, nella qualità di unico titolare dei poteri - doveri gestionali non poteva sottrarsi, in ragione del munus pubblico connesso alla sua carica, non solo alla funzione datoriale ma anche a precisi obblighi impostigli dalla legge e diretti a rimuovere e perseguire gli abusi commessi dai dirigenti medici, la cui attività è sottoposta a particolari cautele da parte del legislatore.

Non migliore sorte merita il motivo di appello relativo alla mancata osservanza da parte della P.A. dei termini per la contestazione fissati dall'art. 36 del C.C.N.L. ("l'azienda o ente, prima di recedere dal rapporto di lavoro, contesta per iscritto l'eventuale addebito all'interessato convocandolo, non prima che siano trascorsi cinque giorni dal ricevimento della contestazione, per sentirlo a sua difesa").

Si evince dagli atti che della fissata audizione per il giorno 21/3/2000 (di cui il Ce. aveva avuto notizia in data 17/3/2000) era stato disposto, su istanza dello stesso dirigente medico e del suo difensore, il differimento per il giorno 24/3/2000 (data suggerita dallo stesso Ce.), con ciò pienamente rispettandosi il termine di cui al citato art. 36 del C.C.N.L. Inoltre, lo stesso giorno 17/3/2000 il Ce. era stato notiziato dell'avvenuta adozione della delibera di sospensione cautelare che, a termini contrattuali, non doveva essere "preceduta" da alcuna contestazione, ben potendo essere disposta (laddove ritenuto necessario dall'Azienda) "in concomitanza" con la contestazione.

Passando, poi, all'esame dei motivi di gravame coinvolgenti più direttamente il merito della controversia, si osserva che con primo motivo di gravame censura l'appellante la decisione di primo grado per omessa declaratoria di decadenza di parte resistente dalla prova testimoniale.

Il motivo è infondato.

*L'art. 104 delle disp. att. c.p.c.* che, al 1° comma, dispone che "Se la parte senza giusto motivo non fa chiamare i testimoni davanti al giudice, questi la dichiara decaduta dalla prova, salvo che l'altra parte dichiari di avere interesse all'audizione" - comma così sostituito dall'*art. 52, comma 3, legge 18/06/2009, n. 69* (Gazzetta ufficiale n. 140 del 19/06/2009 - Al 2° comma dispone che "Se il giudice riconosce giustificata l'omissione, fissa una nuova udienza per l'assunzione della prova".

Nello specifico il provvedimento ammissivo della prova testimoniale è quello reso in data 22/12/2004 dal magistrato titolare del procedimento (e cioè dalla dott.ssa Per.) per l'udienza del 25/5/2005. Si rileva dagli atti che i testi erano stati regolarmente citati per l'udienza del 25/5/2005 (di tale circostanza da atto il primo giudice in sede di ordinanza resa in data 13/12/2006) ed anzi a tale udienza risultava anche presente il teste dott. Do.Be. Peraltro la suddetta udienza, come anche le successive del 5/10/2005, del 22/2/2006, del 21/6/2006 sono state udienze di rinvio "per impossibilità di trattazione" della causa per assenza del magistrato titolare. Ciò ha indotto il primo giudice a ritenere, ai sensi del 2° c. del citato *art. 104 disp. att. c.p.c.*, giustificata l'omessa citazione per le udienze successive a quella del 25/5/2005.

Ritiene questa Corte di condividere il giudizio espresso dall'istruttore apparendo del tutto incongruo oltre che contrario a principi di economia processuale un onere di citazione di testimoni per udienze che, rispetto alla prima fissata per l'assunzione dei mezzi istruttori (poi rinviata per ragioni afferenti all'assenza del magistrato titolare) si prospettavano (circostanza, questa, conoscibile da parte dei difensori delle parti con l'ordinaria diligenza ed acquisita tra gli operatori del Tribunale di Lagonegro come un fatto notorio) come presentanti le medesime ragioni ostative ad una trattazione della causa.

Del resto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la decadenza dalla prova, in caso di omessa citazione dei testi senza giusto motivo, deve essere pronunciata quando tale omissione venga posta in essere in relazione all'udienza nella quale in concreto la prova stessa deve essere assunta (cfr. in tal senso Cass. Sez. I, Sentenza n. 7436 del 09/08/1997, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 15759 del 13/08/2004). Il che porta a

ritenere che se l'udienza in origine fissata per l'assunzione della prova venga rinviata per ragioni oggettivamente impeditive della trattazione, l'onere di citazione dei testi sussiste con riferimento all'udienza successiva di "effettiva trattazione della causa".

Non vi è stata, in sostanza, una inerzia colpevole della parte ma una scelta (in fondo ragionevole) di non compulsare la presenza di testimoni (sottraendoli alle ordinarie incombenze) per una udienza che, per il permanere dell'assenza del magistrato titolare, sarebbe stata destinata ad un rinvio.

D'altra parte, discutendosi di un processo instaurato prima del 4/7/2009 cui non è applicabile la modifica dell'art. 104 disp. att. c.p.c. come attuata dall'art. 52, comma 4 della L. 18 giugno 2009, n. 69 (che prevede la declaratoria, anche d'ufficio - e dunque, senza necessità di una eccezione di parte -, della decadenza dalla prova in caso di mancata intimazione dei testimoni) non può non evidenziarsi che se le udienze in relazione alle quali la citazione non era stata effettuata fossero state da considerare, comunque, destinate alla trattazione, avrebbe dovuto la parte interessata direttamente a tali udienze eccepire la decadenza, cosa che, nello specifico, non è accaduto.

Del pari infondato è l'ulteriore motivo di gravame con il quale censura l'appellante la decisione impugnata nella parte in cui non si sarebbe tenuto conto del fatto che era mancato, in sede amministrativa, ogni accertamento o qualsiasi verifica dell'esposto - querela anche da parte degli organi interni.

Esclusa, per quanto, detto la necessità di una valutazione da parte di organi interni (istituzionalizzati per la sola ipotesi di responsabilità dirigenziale), non si vede, a fronte di una denuncia proveniente da incaricati di pubblico servizio, dipendenti di una struttura privata accreditata e cioè di un Ente diverso da quello alle cui dipendenze era il Ce., denuncia ratificata dinanzi ai Carabinieri di Belvedere Marittimo, quale specifico accertamento dovesse svolgere la A.S.L. di Lagonegro ulteriore rispetto alla verifica della presenza in servizio del Ce. (ancorché senza l'inserimento nei turni) ovvero del suo stato di malattia in periodi coincidenti con quelli nei quali lo stesso, ad avviso concorde dei numerosi denunciati, svolgeva in modo continuativo presso la Clinica Sp. una serie di attività (impartire direttive non solo di ordine tecnico ed organizzativo ma anche sotto il profilo clinico, sottoponendo i pazienti ivi ricoverati ad esami clinici e strumentali e finanche interferendo nelle terapie mediche prescritte dai sanitari della clinica) riconducibili alle attribuzioni di dirigente medico di presidio ospedaliero.

Sulla A.S.L., evidentemente, incombeva l'onere (puntualmente adempiuto) di sentire a discolpa l'interessato e di tener conto (come è avvenuto e come si rileva dal contenuto della delibera n. 267 del 24/3/2000) delle giustificazioni addotte, nella cui acquisizione si è, perciò, esaurita l'istruttoria.

Peraltro i fatti segnalati in detta denuncia sono stati confermati in sede di dichiarazioni testimoniali rese nel corso del giudizio di primo grado da Di.So.Ag., Be.Do., De.Pa.Ca.An. e cioè dai primi tre firmatari della denuncia medesima.

La credibilità di tali dichiarazioni ha trovato poi il conforto degli esiti istruttori raccolti in sede di giudizio penale dinanzi al Tribunale di Lagonegro, definito con sentenza penale

di condanna del Ce. per il reato di agli artt. 81 cpv. 640, n. 1 e n. 2 c.p.c., resa in data 15/5/2007, confermata dalla Corte di Appello di Potenza con sentenza resa in data 24/1/2008 (gravata di ricorso per Cassazione) - cfr. atti acquisiti come da ordinanza collegiale di questa Corte resa in data 23/4/2009 -.

Alla luce delle considerazioni che precedono, assorbita ogni decisione sull'ultimo motivo di gravame concernente il mancato accoglimento da parte del primo giudice della istanza di nomina di un C.T.U., l'appello deve essere integralmente rigettato.

La regolamentazione delle spese processuali segue la soccombenza.

### **P.Q.M.**

La Corte di Appello di Potenza, Sezione Lavoro, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Ce.Ri.Ma. con atto depositato in data 15/1/2009 nei confronti della Azienda Sanitaria U.S.L. di Lagonegro con atto depositato in data 15/1/2009 avverso la sentenza del Tribunale di Lagonegro - giudice del lavoro - n. 25/2008 pronunciata in data 16/1/2008, ogni altra domanda, eccezione e deduzione disattesa così provvede:

- 1) rigetta l'appello;
- 2) condanna Ce.Ri.Ma. al pagamento, in favore della Gestione Liquidatoria della A.S.L. n. 3 di Lagonegro costituitasi come parte appellata, delle spese processuali del presente grado di giudizio che liquida in complessivi Euro 2.025,00 di cui Euro 600,00 per diritti, Euro 1.200,00 per onorari ed Euro 225,00 per rimborso forfettario oltre IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Potenza, il 3 dicembre 2009.

Depositata in Cancelleria il 19 gennaio 2010.