

Nonché da:

DG

C.F. **X**

elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE BRUNO BUOZZI
59, presso lo studio dell'avvocato STEFANO GIORGIO,
che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato
ANDREA ONESTI, giusta delega in atti;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

AZIENDA OSPEDALIERO **X**

POLICLINICO **X**

C.F. **X**, in

persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO
EMANUELE II N. 18, presso lo studio dell'avvocato
MAURO MONTINI, rappresentata e difesa dall'avvocato
SANDRO MAINARDI, giusta delega in atti;

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso il provvedimento n. 730/2012 della CORTE
D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 29/11/2012 R.G.N.
142/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 05/07/2016 dal Consigliere Dott. IRENE
TRICOMI;

udito l'Avvocato MAINARDI SANDRO;

udito l'Avvocato LUCA MIRCO per delega Avvocato
ONESTI ANDREA;



udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. MARIO FRESA che ha concluso per
accoglimento del primo e del secondo motivo del
ricorso incidentale condizionato, assorbito il
ricorso incidentale autonomo.

CASSAZIONE.NET



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La Corte d'Appello di Bologna, con la sentenza n. 730 del 2012, depositata il 29 novembre 2012, accoglieva in parte l'appello proposto da **DG** nei confronti dell'Azienda Ospedaliera **X**

Policlinico **X**, avverso la sentenza emessa tra le parti dal Tribunale di Bologna.

Il giudice di secondo grado annullava il recesso datoriale e condannava l'Azienda a reintegrare il lavoratore e a corrispondere allo stesso cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre all'ulteriore risarcimento pari alla retribuzione di fatto di competenza dal sesto mese successivo allo spirare del termine di preavviso fino alla reintegra, detratto *l'aliunde perceptum*, oltre agli accessori di cui all'art. 429 cpc, dal dovuto al saldo, nonché a regolarizzare la posizione contributiva.

2. Il **D** aveva adito il Tribunale di Bologna impugnando il recesso con preavviso (ex art. 2118 cc e 36 CCNL dirigenza medica del 1996), per motivi disciplinari, comminatogli il 10 aprile del 2002 e chiedendo l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, attesa, tra l'altro, la natura dirigenziale del rapporto.

In via gradata, eccepiva che gli competeva l'indennità supplementare di fonte pattizia collettiva. Trattandosi di recesso ingiurioso doveva essergli risarcito il danno biologico, in relazione all'ingiustificato protrarsi della procedura e della propalazione alla stampa del comminato recesso.

3. Il Tribunale, espletata CTU sulle caratteristiche del *facere* presso la datrice di lavoro e la struttura privata dove il **D** operava *extra moenia*, rigettava il ricorso.

4. La Corte d'Appello, svolta CTU medico-legale, riteneva prive di fondamento le eccezioni di carattere formale.

4.1. Riteneva fondate le doglianze di carattere sostanziale, atteso che, incontestata la malattia, avrebbe dovuto emergere un *facere ultra vires* nell'ambito della convalescenza idoneo a compromettere o a ritardare la guarigione. Si trattava, nella specie, di poche prestazioni di brevissima durata (quella necessaria ad eseguire gli esami e stilare il referto, ove non solo il secondo), giudicate dal CTU officiato in secondo grado del tutto compatibili con il decorso della malattia, e non incidenti sulla sua durata (e, quindi, le critiche mosse dal recedente non erano dirette a denunciare errori logici o scientifici, ma a contrapporre, in relazione ad un aumento verificatosi *ex post* della durata della prognosi, una diversa valutazione della *nox*a).

4.2. Né aveva pregio il richiamo alla sentenza penale assolutoria del 19 maggio 2005 - imputazione del delitto di cui all'art. 640 cpc - posto che si

trattava, quanto al nesso causale tra prestazioni *sub iudice* e prolungamento della prognosi di un *obiter dictum*, fondato, peraltro sulle deposizioni valutative raccolte, posto che la *ratio decidendi* era rappresentata unicamente dalla non raggiunta prova in punto ad assenza dal lavoro come risultante dal cartellino segnatempo del lavoratore.

4.3. Affermava la Corte d'Appello che trattandosi di posizione professionale C1, e cioè di contenuto dirigenziale solamente convenzionale, venivano in rilievo i consueti criteri di scrutinio involgenti anche l'elemento soggettivo in uno con quello oggettivo, posto che la lesione del vincolo fiduciario deve essere valutata non già in relazione alla soggettiva opinione della datrice di lavoro, ma alla stregua dell'*id quoad plerumque accidit*, alla concreta possibilità di porre in dubbio o meno la regolarità dei futuri adempimenti propri di un rapporto, come nella specie, a tratto successivo.

4.4. Dalla natura pseudo dirigenziale del rapporto discendeva l'applicabilità dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, nel testo anteriore alla novella n. 92 del 2012.

4.5. La Corte d'Appello qualificava di condanna generica la domanda relativa all'*aliunde perceptum* e riteneva non fondata la doglianza relativa al danno biologico.

4.6. Infine, la procedura non si era gratuitamente protratta e, in relazione alla propalazione, il capo 17 del ricorso di primo grado era stato rinunciato.

5. Per la cassazione della sentenza resa in grado di appello ricorre l'Azienda Ospedaliera X Policlinico X, prospettando quattro motivi di ricorso.

6. DG resiste con controricorso, ricorso incidentale condizionato articolato in tre motivi e ricorso incidentale autonomo articolato in due motivi.

7. L'Azienda resiste con controricorso.

8. Entrambe le parti hanno depositato memoria in prossimità dell'udienza pubblica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei ricorsi, in quanto proposti avverso la medesima sentenza di appello.

2. Occorre premettere che il D, medico aiuto e specialista radiologo, dipendente con posizione professionale C1 del Policlinico X

di Bologna, aveva optato per la prestazione di attività professionale *extra moenia*, e nel 2000, oltre alla attività ospedaliera esercitava attività libero professionale di radiologo per istituti privati fra cui la casa di cura VM srl, di Bologna.

Il lavoratore impugnava dinanzi al Tribunale il provvedimento di recesso con preavviso per motivi disciplinari irrogato dall'Azienda il 10 aprile 2002.

Il procedimento disciplinare era stato aperto in data 17 gennaio 2001 in ragione di diverse contestazioni: l'aver effettuato nel periodo in cui era assente per malattia (dal 27 giugno 2000 al 23 agosto 2000) alcune prestazioni professionali (rispettivamente due in data 12 luglio, una in data 18 luglio, una in data 7 agosto 2000) presso la casa di cura VM ; l'aver effettuato alcune prestazioni mentre risultava in servizio presso il Policlinico.

Era poi intervenuta contestazione del 3 agosto 2001 relativa ad altro esame radiografico effettuato presso la casa di cura VM di Bologna.

Esponde la Corte d'Appello che, dopo il parere del Comitato dei garanti, la condotta era stata sussunta nel paradigma del giustificato motivo soggettivo e non come, in un primo tempo, della giusta causa (comunicazione del 29 gennaio 2002).

2.1. Il recesso si fondava solo su i cinque episodi del luglio-agosto 2000.

Come esposto nel primo motivo del ricorso principale e non specificamente contestato nella trattazione, nel controricorso, di detto motivo, nell'atto di recesso veniva affermato "lo svolgimento dell'attività lavorativa durante l'assenza per malattia comporta la violazione dell'obbligo di rispettare i principi di buona fede e di correttezza quando una possibile attività professionale sia pure parziale rispetto alle funzioni proprie del lavoratore, è svolta a favore di terzi, senza che sia stata prima offerta al datore di lavoro: e ciò anche se detta attività non comporti di per se aggravamento o prolungamento della malattia. In questo quadro ha rilievo anche il fatto della retribuzione dell'attività svolta in quanto il diritto all'assenza per malattia è assicurato al lavoratore a salvaguardia del bene della salute e non per agevolare possibilità lucrative".

3. Tanto premesso, può passarsi all'esame dei motivi del ricorso principale

4. Con il primo motivo del ricorso principale è dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 2104 e 2105 cc, nonché degli artt. 1175 e 1375 cc, in relazione all'art. 360, n. 3, cpc.

Il ricorrente censura la statuizione del giudice di secondo grado sopra riportata al punto 4.1.

Esponde che la malattia sospende l'esigibilità della prestazione ma non il rapporto di lavoro come obbligazioni intercorrenti tra le parti.

Il lavoratore assente per malattia è tenuto al rispetto dei doveri di correttezza e buona fede, di diligenza e fedeltà, la cui violazione comporta l'applicazione di sanzioni disciplinari.

Lo stesso deve adoperarsi per una pronta guarigione e può svolgere attività extralavorativa sempre che ciò non incida sui doveri di cura e non sia dimostrativa del fatto che lo stato di malattia non è assoluto.

Inoltre, il lavoratore ha l'onere di offrire la propria prestazione parziale al proprio datore di lavoro, che esercitando lo *ius variandi* di cui all'art. 2103 cc, potrebbe temporaneamente assegnare il lavoratore a mansioni equivalenti alle originarie quale lavoratore idoneo.

Erroneamente, la Corte d'Appello avrebbe vagliato solo il profilo della prognosi della possibile incidenza negativa dell'attività lavorativa prestata durante la malattia sulla pronta guarigione del lavoratore.

Nella specie lo stato di malattia non era assoluto ma consentiva e aveva consentito un'attività lavorativa parziale del dirigente medico radiologo - identica a quella non praticabile presso l'Amministrazione pubblica di appartenenza per lo stato di malattia - che avrebbe dovuto essere offerta alla pubblica amministrazione e non ad una casa di cura privata.

5. Con il secondo motivo di ricorso è dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2105 e 2106 cc.

Erroneamente, la Corte d'Appello avrebbe applicato l'art. 2106 cc (valutazione dell'elemento soggettivo della condotta del lavoratore alla luce del criterio dell'*id quoad plerumque accidit*).

Il giudice di appello riteneva la modesta intenzionalità della condotta, affermando che non si trattava dell'ordinaria attività della struttura VR srl (non è contestato né nel ricorso, né nel controricorso, che la Corte d'Appello intenda riferirsi alla struttura dove venivano svolte le prestazioni oggetto della contestazione disciplinare, benché indicata come VR e non VM, ma di specifici esami urgenti richiesti, a titolo di cortesia, dai pazienti al lavoratore, nel quadro di relazioni personali preesistenti.

La ricorrente espone che non si trattava di prestazioni rese a titolo gratuito, ma che, comunque, della saltuarietà e non continuità delle stesse si era tenuto conto nell'irrogare il recesso ex art. 2118 e non ex art. 2119 cc.

La condotta del lavoratore, pubblico dipendente e dirigente medico, di offrire la propria prestazione lavorativa ad una struttura privata, venendo remunerato, e non all'Amministrazione, denotava particolare gravità tale da scuotere la fiducia del datore di lavoro.

6. I suddetti motivi di ricorso devono essere trattati congiuntamente in ragione della loro connessione. Gli stessi sono fondati.

6.1. Occorre rilevare che, diversamente da quanto rappresenta il controricorrente, la censura del primo motivo è prospettata non con riguardo alla possibilità da parte del datore di lavoro di impiegare il lavoratore in ragione di

uno *ius variandi*, fattispecie che logicamente presupporrebbe una sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni svolte), atteso che tale ipotesi è richiamata dall'Azienda nell'illustrazione complessiva dei profili giuridici che possono venire in rilievo nel rapporto tra malattia e modalità della ripresa della prestazione lavorativa, ma come detto espressamente al punto 1.6 del ricorso (pag. 14), in ragione del mancato rilievo attribuito dalla Corte d'Appello alla effettuazione, presso la casa di cura privata, da parte del lavoratore di prestazione professionale retribuita identica a quella che non stava svolgendo presso l'Amministrazione in ragione della assenza per malattia.

Solo dopo che al datore di lavoro sia stata offerta la ripresa dell'attività lavorativa, e dunque il lavoratore abbia adempiuto agli obblighi di fedeltà, correttezza e buona fede, si può porre una questione di *ius variandi*, che, dunque, non concorre a integrare la fattispecie dell'illecito disciplinare che viene in rilievo nella fattispecie in esame.

6.2. Ancora, va osservato come non assume rilievo nella presente fattispecie il richiamo a pronuncia resa dalla Corte dei Conti nei confronti del lavoratore, in quanto come si evince dal ricorso, la stessa è intervenuta in ordine a profili della vicenda, che esulano dall'ambito dell'odierno *thema decidendum*.

6.3. La statuizione della Corte d'Appello che ha valutato la illegittimità del recesso in ragione della mancanza di aggravamento della malattia e della insussistenza della violazione dei doveri di cura, fonda su principi di questa Corte consolidati (cfr., Cass., n. 21938 del 2012, n. 586 del 2016).

La statuizione, tuttavia, è erronea perché, nella specie non viene in rilievo la compatibilità del lavoro svolto presso terzi con l'infermità denunciata, e la sua inidoneità a pregiudicare il recupero delle normali energie psicofisiche, ma la mancata comunicazione, in ragione degli obblighi di fedeltà, buona fede e correttezza che gravano sul lavoratore, tenuto conto, altresì che si è in presenza di un rapporto di lavoro pubblico privatizzato, alla datrice di lavoro del ripristino della capacità lavorativa.

6.3. Il lavoratore, pur avendo reso prestazioni *extra moenia* (il lavoratore, che svolgeva presso il Policlinico l'attività di medico radiologo, effettuava prestazioni radiologiche - risonanza magnetica, RX, TAC - presso una casa di cura privata) durante il periodo di assenza per malattia, non aveva reso edotta l'Amministrazione del recupero della capacità lavorativa, offrendo la relativa prestazione.

6.4. Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, l'obbligo di fedeltà ha un contenuto più ampio di quello risultante dall'art. 2105 cc, integrandosi detta norma con gli artt. 1175 e 1375 cc, che impongono correttezza, lealtà e buona fede, anche nei comportamenti extralavorativi, sicché

il lavoratore è tenuto ad astenersi da qualsiasi condotta che risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto (cfr., *ex multis*, Cass., n. 114 del 2015, n. 2550 del 2015).

Ciò, tenuto conto, altresì, delle condizioni poste dal legislatore all'esercizio dell'attività *extra moenia*, ai sensi dell'art. 15-*sexies* (aggiunto dall'art. 13 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229), del d.lgs. n. 502 del 1992, che prevede come l'opzione per l'esercizio della libera professione extramuraria, "comporta la totale disponibilità nell'ambito dell'impegno di servizio, per la realizzazione dei risultati programmati e lo svolgimento delle attività professionali di competenza. Le aziende stabiliscono i volumi e le tipologie delle attività e delle prestazioni che i singoli dirigenti sono tenuti ad assicurare, nonché le sedi operative in cui le stesse devono essere effettuate".

Tale previsione pone in evidenza come lo svolgimento delle attività istituzionali e la realizzazione dei programmi dirigenziali, sia pure nell'ambito dell'impegno di servizio, non possono essere disattese per lo svolgimento di attività *extra moenia*.

6.5. Pertanto, deve essere affermato il seguente principio di diritto: "Il medico dirigente/dirigente per convenzione, in rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato non esclusivo, che durante il periodo di assenza per malattia presti attività libero-professionale presso una casa di cura privata, sia pure per un breve arco temporale e in misura limitata (poche prestazioni), senza avere offerto la prestazione lavorativa all'Amministrazione datrice di lavoro, viene meno ai canoni della reciproca lealtà e della buona fede che nel rapporto di lavoro devono connotare le reciproche obbligazioni delle parti, anche al fine del buon andamento dell'Amministrazione. Tale condotta è di per sé suscettibile di rilievo disciplinare".

6.6. Erroneamente, dunque, la Corte d'Appello nel vagliare l'attività svolta dal lavoratore presso la casa di cura privata, durante l'assenza per malattia, ha preso in esame solo la ricaduta della stessa sul decorso della malattia.

6.7. Pertanto, la Corte d'Appello dovrà fare applicazione del suddetto principio di diritto nel vagliare il licenziamento disciplinare irrogato con preavviso al lavoratore.

7. Il terzo (art. 360, n. 5 cpc, omissis esame circa un fatto decisivo per il giudizio) ed il quarto motivo del ricorso principale (art. 360, n. 3, cpc. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, nel testo anteriore alla riforma ex legge n. 92 del 2012, e dell'art. 36 del CCNL per la dirigenza

medica del 5 dicembre 1996), che riguardano, rispettivamente, le conclusioni della CTU svolta nel giudizio di appello circa la ritenuta compatibilità dell'attività prestata presso la casa di cura privata con il decorso della malattia, e l'applicazione della tutela reale, sono assorbiti in ragione dell'accoglimento del primo e del secondo motivo.

8. Vanno esaminati i motivi del ricorso incidentale condizionato.

9. Con il primo motivo del ricorso incidentale condizionato è prospettato il vizio di omessa motivazione (art. 360, n.5, cpc), relativo alla dedotta duplicità della contestazione (17 gennaio 2001 e 29 gennaio 2002) e del procedimento disciplinare per i medesimi fatti.

Il lavoratore censura la statuizione della Corte d'Appello che ha ritenuto non rinvenibile alcun elemento idoneo a comprovare una rinuncia da parte dell'Amministrazione al potere sanzionatorio, per cui era privo di pregio il richiamo al principio della consumazione del potere disciplinare.

Per esporre la censura il D riporta quanto contenuto nel ricorso di primo grado (che la contestazione ex art. 2118 sarebbe intervenuta con atto del 29 gennaio 2002 successivo alla contestazione per giusta causa del 17 gennaio 2001) e, a sostegno della circostanza che la questione era stata oggetto di discussione tra le parti in appello, fa riferimento alla sola memoria di costituzione in appello dell'Azienda ospedaliera.

9.1. Il motivo è inammissibile in quanto la censura per come formulata, in relazione alla statuizione assunta dalla Corte d'Appello, esula dalla previsione normativa dell'art. 360, n. 5, cpc, come novellato, secondo i principi enunciati da questa Corte, a Sezioni Unite con la sentenza n. 8053 del 2014).

Nella specie, in ragione della motivazione della sentenza di appello, che non presenta anomalie motivazionale, nei sensi di cui alla citata pronuncia delle Sezioni Unite, e della mancata circostanziata indicazione del motivo di appello con cui sarebbe stato riproposta in secondo grado la doglianza di duplicazione della contestazione disciplinare, già sottoposta al giudice di primo grado, la censura è inammissibile.

10. Con il secondo motivo del ricorso incidentale condizionato è prospettato il vizio di violazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 (anche in relazione agli artt. 39 cpc e 649 cpp) e degli artt. 1175 e 375 cc, deducendosi la lesione del principio del *ne bis in idem* in relazione alle circostanze riportate nell'esposizione del primo motivo del ricorso incidentale, ove si riproduceva parte del ricorso di primo grado.

10.1. Il motivo è inammissibile in quanto privo dei requisiti di autosufficienza. Ed infatti, da un lato la censura non palesa connessioni con le statuizioni adottate dalla Corte d'Appello, dall'altro, come già detto nel trattare il

primo motivo del ricorso incidentale, il **D** non indica in modo circostanziato di aver sottoposto tale questione alla Corte d'Appello.

11. Con il terzo motivo del ricorso incidentale è dedotta la violazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1987 e degli artt. 1175 e 1375 cc, sotto il profilo della intempestività dell'adozione della sanzione. Assume il ricorrente che il giudice di secondo grado avrebbe erroneamente parificato la tardività della contestazione con la tardività nell'adozione del provvedimento, e che il lasso di tempo di quattro mesi trascorso tra il parere dei **G** e la comunicazione della sussunzione dei fatti contestati nell'art. 2118 cc, viziava la procedura.

11.1. La censura è inammissibile.

La Corte d'Appello, a fondamento della propria decisione di non fondatezza delle eccezioni di carattere formale, con riguardo al tema dell'immediatezza, prende in considerazione l'immediatezza sia della comunicazione del provvedimento espulsivo, sia della contestazione, richiamando giurisprudenza in proposito.

Osserva che il diritto vivente accoglie una nozione relativa del suddetto requisito laddove siano richiesti accertamenti, la struttura datoriale sia complessa e il fluire del tempo non ostacoli il diritto di difesa.

Rileva, quindi, che nella specie occorreva tener conto della struttura complessa dell'Azienda, della necessità delle indagini amministrative, anche presso una struttura terza, della ritenuta necessità (sia pure poi esclusa dalla giurisprudenza) del parere del Comitato dei garanti, né vi era alcun elemento anche solo indiziario idoneo a comprovare che l'Azienda volesse rinunciare al potere sanzionatorio, o aggravare il diritto di difesa, tenuto conto, altresì che la condotta addebitata era stata ammessa sin dalle prime difese.

Tale *ratio decidendi* non viene censurata con il motivo in esame che si palesa privo di specificità e non adeguato.

12. Il ricorso incidentale autonomo è articolato in due motivi.

12.1. Con il primo motivo si illustra, ai sensi dell'art. 360, n. 3, cpc, censurando la statuizione di rigetto della domanda di risarcimento del danno ulteriore (alla salute, all'onore personale, alla reputazione professionale), la violazione e falsa applicazione dell'art. 32 Cost., degli artt. 2087, 1218, 1223, 1175 e 1375 cc, in conseguenza dei vizi della sentenza dedotti nel ricorso incidentale condizionato, ovvero omessa motivazione relativa al fatto della duplice contestazione disciplinare e del duplice procedimento per i medesimi addebiti; violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970 (anche in relazione agli artt. 39 cpc e 90 cpp), degli artt. 1175 e 1375 cc, violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970, degli artt. 1175 e 1375 cc, sotto il profilo della intempestività dell'adozione della sanzione.

12.2. Con il secondo motivo, censurando la statuizione relativa al rigetto della domanda di risarcimento per la violazione della reputazione del ricorrente in ragione della comunicazione della vicenda alla stampa, si prospetta la violazione dell'art. 360, n. 4; violazione dell'art. 115 cpc.

12.3. I suddetti motivi sono assorbiti in ragione dell'accoglimento dei primi due motivi del ricorso principale.

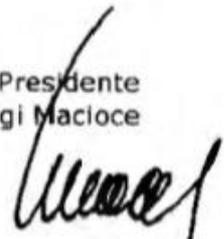
13. La Corte accoglie il primo ed il secondo motivo del ricorso principale. Rigetta gli altri motivi del ricorso principale. Dichiaro assorbiti i motivi del ricorso incidentale autonomo. Dichiaro inammissibili i motivi del ricorso incidentale condizionato. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi del ricorso principale accolti e rinvia anche per le spese del presente giudizio alla Corte d'Appello di Bologna in diversa composizione.

PQM

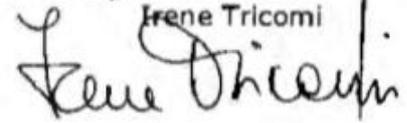
La Corte accoglie il primo ed il secondo motivo del ricorso principale. Rigetta gli altri motivi del ricorso principale. Dichiaro assorbiti i motivi del ricorso incidentale autonomo. Dichiaro inammissibili i motivi del ricorso incidentale condizionato. Cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi del ricorso principale accolti e rinvia anche per le spese del presente giudizio alla Corte d'Appello di Bologna in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 luglio 2016

Il Presidente
Luigi Macioce



Il Consigliere estensore
Irene Tricomi



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott. Giovanni Pirella

