

137/18



RG.NR. 70/15 + 71/15

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA- sezione Lavoro

CAUSA DI LAVORO	
SENT. N.	137/18
N. P.G. 2015	70-11
N. CRON.	2118/18
LETTURA DISP.	1.3.18
OGGETTO:	
	non nome
	di gestione

Composta dai Magistrati
Dr. Roberto Santoro
Dr. Umberto Dosi
Dr. Annalisa Multari

Presidente
Consigliere
Consigliere rel.

SENTENZA

Nella causa promossa in appello con ricorso depositato in data 4 febbraio 2015

Da

AZIENDA ULSS 9 SCALIGERA P.IVA 02573090236 incorporante dall'1.1.2017 ex art. 14 legge regionale 19/16 AZIENDA ULSS 22 REGIONE VENETO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa giusta deliberazione 147/17 dall'avv. Mattia Lancerotto del foro di Verona in sostituzione di avv.ti Dalla Mura e Colombaroli ed aggiuntivamente dall'avv. Eliana Bertagnolli con domicilio eletto presso il suo studio in Mestre-Venezia, via Fapanni 46/1 per delega telematica,

appellante

Contro

AVANZINI ALESSIO CF VNZLSS65C20F861P E GELSO ROBERTO CF GLSRT56D26L781F, rappresentati e difesi dall' Avv. Virgilio Frau e dall'Avv. Polo Romor del foro di Venezia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, San Marco 1902, per mandato a margine della memoria di appello,

appellati in cause riunite

Oggetto: appello avverso le sentenze del tribunale di Verona nn. 374 /14 e 375/14 del 28.10.14
notificate in data 5.1.15

In punto: sanzione disciplinare

CONCLUSIONI

Per parte appellante

In riforma parziale delle sentenze impugnate:
rigettare le domande proposte dai ricorrenti in primo grado;
confermarsi la sentenza per la parte non impugnata;
con il favore delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

Per parte appellata:

confermarsi le sentenze di primo grado;
in via subordinata e in ogni caso accogliersi le conclusioni proposte con il ricorso di primo grado di seguito trascritte.
in ogni caso spese e diritti rifusi;
ferma la riserva già formalizzata di separata domanda di riconoscimento del danno sofferto a causa dell' illegittima sospensione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con separati ricorsi in appello depositati in data 4.01.15, e riuniti ex art. 274 c.p.c., l'allora Azienda Sanitaria Ulss 22 della regione Veneto impugnava le sentenze del tribunale di Verona che, in accoglimento delle domande proposte in via separata dai dirigenti medici Alessio Avanzini e Roberto Gelso, dichiarava l'ente decaduto dal potere disciplinare, con condanna al pagamento di quanto non corrisposto in ragione della sospensione annullata (6 mesi per Gelso e 4 per Avanzini) e, in accoglimento parziale della domanda riconvenzionale azionata dalla datrice di lavoro, condannava i medici a restituire quanto percepito da gennaio ad ottobre 2012 a titolo di indennità di esclusività, con sospensione delle rate successive, condannando l'ente alla rifusione in favore dei medici della metà delle spese di lite.

Con ricorsi di primo grado, di eguale contenuto, depositati in data 15.03.13, i dirigenti medici Alessio Avanzini e Roberto Gelso assumevano che in data 10.07.12 l'Azienda sanitaria premenzionata aveva ricevuto un esposto anonimo in cui si evidenziava che i due medici anestesisti avevano collaborato senza alcun rapporto libero professionale, o convenzionale, con un Centro medico di Altavilla Vicentina denominato Sanimedica.

Proseguivano lamentando che in data 14.08.12 erano stati convocati dal direttore sanitario Tessari che li aveva interrogati separatamente sui fatti dell'esposto di cui gli interessati sconoscevano il contenuto e che in data 7.09.12 avevano ricevuto contestazione disciplinare, cui seguiva la procedura di conciliazione attivata dai dipendenti in ragione di quanto previsto dalle norme

disciplinari ; procedura fallita per mancata adesione dell'Azienda sanitaria, cui seguivano le sanzioni disciplinari della sospensione di 4 mesi per Avanzini e 6 mesi per Gelso.

I dirigenti medici impugnavano in via cautelare le sanzioni, ma la domanda era rigettata per carenza del *periculum* .

In sede giudiziale contestavano i provvedimenti disciplinari subiti rispetto ai quali eccepivano : la decadenza ex art. 55 bis TU 165/01 perché, dopo l'esposto del 10 luglio 2012, il direttore sanitario aveva provveduto a notificare l' ufficio disciplinare soltanto in data 17 agosto 2012, oltre i 5 giorni dalla cognizione del fatto; eccepivano che nessuna comunicazione dell' esposto era stata fatta agli interessati e che l'inculpazione era pervenuta soltanto in data 7.09.12, oltre i 40 giorni previsti dalla legge.

Nel merito contestavano le sanzioni irrogate per sproporzione, ritenuta la loro condotta professionale sempre collaborativa come dimostrato dalle dichiarazioni realizzate del primario del loro reparto e considerata la condotta osservata in sede disciplinare con proposizione di procedimento di conciliazione volto a deflazionare il contenzioso, durante il quale proponevano all'azienda di restituire le indennità di esclusività percepite.

Contestavano nel contenuto il provvedimento in quanto indeterminato anche rispetto alle indennità economiche richieste in restituzione.

L'Azienda sanitaria, nel costituirsi ritualmente in giudizio, contestava le richieste giudiziali rilevando che trattavasi di medici anestesisti, con rapporto esclusivo con l'ente; che il direttore sanitario, ricevuto l'esposto anonimo in data 10.07.12, aveva chiesto informazioni al primario del reparto dei due anestesisti, dott. Faggion, il quale aveva definito la denuncia poco attendibile non avendo riscontrato irregolarità nei turni dei due medici.

In data 8.8.12 la Regione Veneto, invitava l' Asl a procedere alla verifica della segnalazione riferendone gli esiti; il direttore sanitario chiedeva in data 14.08.12 alla Sanimedica di controllare se i due medici operassero al suo interno e informalmente chiedeva spiegazione ai medici in data 14.08.12.

Essendo emersa la possibile attendibilità dell' esposto, il direttore lo comunicava all' ufficio del procedimento disciplinare in data 17.08.12; ed in data 28.08.12 la Sanimedica indicava il numero di interventi posti in essere dai medici nella propria struttura, in collaborazione con altri professionisti che utilizzavano i locali e che avevano provveduto a corrispondere agli interessati un compenso.

Pertanto in data 7.09.12 contestava il mancato rispetto delle norme di legge e contrattuali in materia di espletamento di attività libero professionale ed in particolare l'art. 8 comma 8 lettera g), nonché l'effettuazione di comunicazioni non veritiere in materia di attività professionale ex lege n.662/96.

Rispetto alla eccepita decadenza assumeva la regolarità del procedimento dovendo il termine di giorni 40 decorrere da quando- in data 17.08.12- il responsabile dell'ufficio dei procedimenti disciplinari aveva avuto l'evidenza che l'esposto poteva essere attendibile.

Assumeva che la condotta dell'azienda era sempre stata improntata a buona fede, tanto da non dare credito inizialmente all'esposto anonimo in ragione delle informazioni assunte dal primario del reparto dei due dirigenti.

Eccepiva la proporzionalità della sanzione in ragione del numero di interventi realizzati dai medici in violazione del vincolo di esclusività; evidenziava che trattavasi della sanzione meno grave tra quelle previste poiché, per condotte analoghe, il contratto comminava la sanzione del recesso senza preavviso.

Rilevava che erano state avviate anche indagini penali dei Nas sulla condotta dei medici.

Contestava le richieste risarcitorie poiché, in assenza di prestazione, non poteva essere corrisposta alcuna somma e nel merito in via riconvenzionale instava per la restituzione di quanto percepito dai medici per il regime di esclusività di fatto non rispettato.

Il Giudice in accoglimento dell'eccezione di decadenza per decorso del termine di giorni 40 dalla data dell'esposto anonimo del 10.07.12 alla data della contestazione disciplinare del 7.09.12, annullava le sanzioni impugnate, con sentenze di analogo contenuto, disponendo in favore dei due ricorrenti la restituzione di quanto non percepito durante la sospensione e condannandoli a restituire l'indennità di esclusività percepita in quanto non dovuta.

Avverso le sentenze proponeva rituale e tempestivo appello l'azienda sanitaria 22, cui successivamente ex art. 14 legge regionale n. 19/16, subentrava l'azienda sanitaria Scaligera n. 9, assumendo l'erroneità del giudice nel ritenere decaduta la datrice di lavoro dal potere disciplinare.

In particolare eccepiva il rispetto di art. 55 bis TU 165/01, in ragione della natura anonima dell'esposto del 10.07.12, non sufficiente a far decorrere il termine di decadenza; invocava il rispetto dei principi di buona fede e correttezza e la proporzione della sanzione agli addebiti contestati, poiché gli interessati avevano ammesso le condotte.

Con un secondo motivo contestava la pronuncia del giudice che, annullate le sanzioni, aveva condannato l'ente a restituire quanto non percepito dagli interessati durante il periodo di sospensione trattandosi- a proprio avviso- di indebito.

Gli appellati si costituivano in appello rilevando la correttezza della decisione di prime cure; nel merito, riproponevano le difese svolte in primo grado con riferimento all'illegittimità delle sanzioni per violazione delle norme procedurali e per non essere stati posti nella condizione di conoscere preventivamente il contenuto dell'esposto anonimo. Contestavano altresì la sproporzione della sanzione per le ragioni indicate in primo grado.

Contestavano il secondo motivo in ragione della illegittimità della sanzione irrogata.

La Corte di Appello di Venezia, riuniti i ricorsi ex art. 274 c.p.c. e 151 disp. att. c.p.c., esaurita la discussione, all'udienza dell'1.03.2018 ha deciso le controversie riunite come da separato dispositivo in atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello proposto merita accoglimento siccome fondato.

Con il primo motivo parte appellante contestava la decisione di primo grado, nel punto in cui il giudice adito nell'accogliere l'eccezione pregiudiziale, aveva dichiarato l'azienda decaduta dal potere disciplinare.

Il giudice adito in merito così motivava: "... La disciplina attualmente in vigore in materia di procedimento disciplinare con riferimento al rapporto di lavoro contrattualizzato dei dipendenti pubblici è contenuta nell'art. 55 bis del D.Leg.vo n. 165 del 2001 ("Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche") così come introdotto dall'art. 69 del D.Leg.vo n. 150 del 2009. L'art. 55 bis al comma 2 stabilisce il termine di 20 giorni per l'avvio del procedimento disciplinare e il termine di 60 giorni dalla contestazione dell'addebito per la sua conclusione. La disposizione così recita: "*il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, anche in posizione di comando o di fuori ruolo, quando ha notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari di cui al comma 1, primo periodo, senza indugio e comunque non oltre venti giorni contesta per iscritto l'addebito al dipendente medesimo e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni. Entro il termine fissato, il dipendente convocato, se non intende presentarsi, può inviare una memoria scritta o, in caso di grave ed oggettivo impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria, il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito (...)*". Nei casi di maggiore gravità è previsto il raddoppio dei termini fissati dal comma 2. L'art. 55 bis al comma 4 infatti così prosegue: "*Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari ai sensi del comma 1, secondo periodo. Il predetto ufficio contesta l'addebito al dipendente, lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, istruisce e conclude il procedimento secondo quanto previsto nel comma 2, ma se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, con applicazione di termini pari al doppio di*

quelli ivi stabiliti e salva l'eventuale sospensione ai sensi dell'articolo 55-ter. Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora". Il rispetto del termine fissato per l'invio della contestazione disciplinare deve essere inteso in senso rigoroso, in quanto termine da considerarsi di natura espressamente perentoria. La violazione infatti dei termini di cui al comma 4 comporta per l'amministrazione, stabilisce la legge, la decadenza dall'azione disciplinare. il "dies a quo" per dare inizio al procedimento disciplinare deve ritenersi sia cominciato a decorrere dal giorno 10.7.2012, ossia dal giorno in cui è pervenuto all'Amministrazione l'esposto anonimo. L'Amministrazione contesta che detto esposto, per la forma anonima che aveva, costituisse una vera e propria "notizia" di comportamenti punibili disciplinarmente e fosse quindi idoneo a dare avvio al procedimento.

I principi applicabili in ambito penale non possono sic et simpliciter trovare applicazione in ambito disciplinare. Ben diversi sono infatti gli interessi che vengono in gioco nell'ambito penale e nell'ambito disciplinare. In ambito penale la notizia di reato necessaria per avviare le indagini è una "notitia criminis" in senso vero e proprio, quale atto che contiene indizi di reità. Un atto di tal genere deve essere iscritto immediatamente nel registro delle notizie di reato unitamente al nome della persona alla quale il reato è attribuito. Una volta acquisita la notizia di reato la P.G. di sua iniziativa o su sollecitazione del P.M. dà corso alle indagini preliminari, assicurando le fonti di prova e dando corso alle altre attività d'indagine. In ambito penale trova quindi una sua giustificazione la disciplina prevista dall'art. 333 c.p.p. in tema di denunce anonime. La disciplina limitativa dell'utilizzabilità della denuncia anonima per le indagini deriva dal fatto che nella denuncia anonima non sono ravvisabili indizi di reità. Anche nell'ambito dell'attività di indagine penale la denuncia anonima non è tuttavia inutilizzabile, gli elementi contenuti nelle denunce anonime possono stimolare infatti l'attività di iniziativa del P.M. e della polizia giudiziaria al fine di assumere dati conoscitivi, diretti a verificare se dall'anonimo possano ricavarsi estremi utili per l'individuazione di una "notitia criminis". In ambito disciplinare per l'avvio del procedimento non occorre che vi sia una notitia criminis in senso vero e proprio e cioè nel senso sussunto in ambito penale quale atto che contenga indizi di reità. Ad avviare un procedimento disciplinare può bastare anche un esposto anonimo purchè ben circostanziato. In ambito disciplinare la notizia di comportamenti rilevanti deve essere intesa in una accezione più ampia. 5.- Nella fattispecie in esame occorre osservare quanto segue. L'esposto pervenuto all'Amministrazione in data 10.7.2012 (doc. 4 fascicolo di parte convenuta), sia pur in forma anonima, conteneva circostanze assai precise,

facendo presente, con proprietà di linguaggio tecnico, che due medici specialisti in anestesia e in rianimazione, dei quali indicava i nomi (i dott. Gelso e Avanzini), dipendenti a tempo pieno nella ASL 22 della Regione Veneto, collaborassero con un centro medico di Altavilla Vicentina, tale Sanimedica senza essere né in rapporto libero professionale, né in rapporto da convenzione, né tanto meno in forza di accordi tra strutture. Un esposto così ben particolareggiato doveva costituire già di per sé un “input” adeguato per attivare il procedimento e quindi per far decorrere il termine, senza necessità di dar corso a verifiche preliminari. Non vi era in particolare la necessità di investire della vicenda il dott. Faggion, direttore dell’UO di Servizio Anestesia e Rianimazione, presso cui prestavano servizio i due medici anestesisti. 6.- E’ quindi ravvisabile la violazione dell’art. 55 bis del D.Leg.vo n. 165 del 2001 per mancato rispetto del termine per l’invio della contestazione termine che la disposizione di legge in esame fissa, come si è visto sopra, nei casi più gravi ossia nei casi di sospensione dal servizio per periodi superiori a 10 giorni, in 40 giorni a decorrere dalla data di trasmissione degli atti all’ufficio competente alla irrogazione della sanzione. Soltanto in data 7.9.2012 l’ufficio inviava all’incolpato l’atto di contestazione dell’addebito con l’invito a presentarsi per il giorno fissato per il contraddittorio. A tale data dal dies “a quo” fissato nel giorno 10.7.2012 erano trascorsi ben più di 40 giorni. I termini sono fissati come si è visto a pena di decadenza dall’azione disciplinare; non rileva pertanto a quale ragione il ritardo sia addebitabile. Nel computo dei termini nessuna rilevanza può essere pertanto attribuita al principio c.d. della “immediatezza relativa”. 7.- Ai fini del computo in ambito disciplinare non può tenersi conto della convocazione di data 14.8.2012, in occasione della quale il Direttore sanitario provvedeva a interrogare gli incolpati non però sulla base di un atto di contestazione vero e proprio che non era loro consegnato né all’inizio dell’incontro, né nel corso dello stesso né al suo termine. Erroneamente quindi la convocazione è stata considerata nel provvedimento di irrogazione della sanzione quale data di avvio del procedimento quando in realtà a quel tempo la notizia era già a conoscenza dell’azienda da oltre un mese! Con buona pace dei principi di buona fede e correttezza, nonché, non da ultimo, del diritto di difesa.”

§

Il motivo è fondato.

L’esposto anonimo ricevuto in data 10.07.12 ed inviato al Direttore Generale e Sanitario della Azienda Sanitaria 22, alla Regione Veneto, all’Ordine dei Medici, ai Carabinieri ed alla Guardia di Finanza aveva il seguente contenuto : “ *la presente per informare che i dr. Gelso e Avanzini specialisti in anestesia e rianimazione dipendenti a tempo pieno operanti nell’Asl 22 della regione veneto collaborano in rapporto né libero professionale, nè da convenzione né, tanto meno, con accordi tra strutture con un centro medico di Altavilla vicentina Sanimedica. Riteniamo che*

l'operato dei colleghi sia deontologicamente scorretto, non considerando che mette a repentaglio l'assistenza all'interno dell'ospedale dove lavorano chiedendo ferie, giorni di recupero, ecc. e affidando la copertura dei turni ad altri colleghi. Nell'attesa che vengano presi i provvedimenti nei confronti dei sanitari inviamo distinti saluti" (cfr. doc. 4 parte appellante).

Ne seguiva una interlocuzione di data 18.07.12 tra direttore sanitario e direttore del Servizio di anestesia e rianimazione ove operavano i dott.ri Gelso e Avanzini nella quale si legge *"dopo aver visionato esposto, anonimo e di conseguenza poco attendibile, ho provveduto a richiamare i colleghi coinvolti nel presunto illecito al rispetto delle norme contrattuali che vietano attività libero professionale non autorizzata dalla direzione aziendale. Considerato che non ho personalmente riscontrato irregolarità nella copertura dei turni programmati da parte dei medici segnalati nel suddetto esposto, non ritengo possibile, né utile, avviare alcun provvedimento, fatto salvo un eventuale approfondimento delle indagini che rimane a discrezione delle autorità coinvolte nella segnalazione anonima"* (cfr. doc. 5 parte appellante).

Soltanto a seguito di nota della Regione Veneto- ricevuta in data 8.08.12- con la quale l'ente chiedeva spiegazioni in merito all'esposto (cfr. doc. 6 parte appellante), il direttore sanitario, in data 14.08.12, avviava un approfondimento, con richiesta di informazioni al Direttore Sanitario della Sanimedica s.r.l. (cfr. doc. 7 parte appellante), e -nel contempo- convocava gli interessati esponendo loro il contenuto dell'esposto e chiedendo spiegazioni in merito (cfr. doc. 3 parte appellata Gelso).

Colloquio verbalizzato e durante il quale gli interessati contestavano l'esistenza di un rapporto professionale con la Sanimedica, ammettendo di essersi recati occasionalmente presso la struttura sanitaria in compagnia di altri professionisti medici con cui avevano collaborato in una serie di interventi operatori, ricevendo in cambio il compenso pattuito .

Ne seguiva in data 18.08.12 la trasmissione degli atti all'ufficio per i procedimenti disciplinari precostituito.

Indi in data 28.08.12 la Sanimedica aveva risposto alla richiesta di informazioni, confermando una pluralità di prestazioni rese come anestesisti dagli interessati (cfr. doc. 8 parte appellante), ed escludendo l'esistenza di un rapporto di collaborazione diretto con l'ente, ma ammettendo che i due medici avevano operato insieme ad altri chirurghi che li avevano compensati per la prestazione resa, limitandosi la struttura a mettere a disposizione gli spazi, previa autorizzazione della propria direzione sanitaria .

Ne seguiva la contestazione disciplinare del 7.09.12 per cui è causa.

Ad avviso della Corte di Appello di Venezia il termine decadenziale non poteva essere fatto decorrere dal 10.07.12 atteso il contenuto dell'esposto anonimo e delle informazioni rese dal

direttore del reparto Faggion, bensì dalla data del 18.08.17; dunque alla data dell'inculpazione il termine procedimentale era stato rispettato (cfr. doc.9 parte appellante).

Come osservato correttamente dalla parte appellante l'esposto sopra riportato non conteneva elementi sufficienti per individuare la condotta disciplinarmente rilevante, limitandosi gli scriventi ad indicare una condotta comune ai due professionisti, ma senza precisare i periodi temporali, né l'entità degli interventi, tanto che soltanto a seguito di maggiori chiarimenti il direttore sanitario aveva provveduto a trasmettere la *notitia criminis* all'ufficio competente.

Trattasi di interpretazione rispettosa dell'orientamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità che, nell'interpretare la riforma Brunetta che ha introdotto a tutela dei dipendenti termini decadenziali, ha chiarito che, per esigenze di certezza, il termine de quo decorre da quando il responsabile del procedimento disciplinare viene a conoscenza dei fatti in modo tale da poter procedere ad una contestazione che consenta anche all' incolpato di difendersi in modo adeguato.

Così in tema Cass. 7134/17” *In tema di pubblico impiego contrattualizzato, ai fini della decorrenza del termine perentorio previsto per la conclusione del procedimento disciplinare dall'acquisizione della notizia dell'infrazione (ex art. 55-bis, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001), in conformità con il principio del giusto procedimento, come inteso dalla Corte cost. (sentenza n. 310 del 5 novembre 2010), assume rilievo esclusivamente il momento in cui tale acquisizione, da parte dell'ufficio competente regolarmente investito del procedimento, riguardi una "notizia di infrazione" di contenuto tale da consentire allo stesso di dare, in modo corretto, l'avvio al procedimento disciplinare, nelle sue tre fasi fondamentali della contestazione dell'addebito, dell'istruttoria e dell'adozione della sanzione; ciò vale anche nell'ipotesi in cui il procedimento predetto abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti sui quali è in corso un procedimento penale, per cui sarebbe ammessa la sospensione del primo, e che, comunque, ai fini disciplinari, vanno valutati in modo autonomo e possono portare anche al licenziamento del dipendente.*

Le verifiche realizzate dal direttore con la richiesta di informazioni al Primario Faggion e poi agli stessi interessati con il colloquio del 14.08.12, sono ammissibili in termini di approfondimento dei fatti (vedi Consiglio di Stato 12.2.2012, n. 1022) e non incidono sulla tempestività e sul termine della decadenza poiché, come ritenuto dalla Corte di Appello di Venezia con sentenza n. 1/15-orientamento cui si ritiene di dare continuità- lo svolgimento di attività di audit, “ *si pone nel solco di quel filone dottrinale e giurisprudenziale che ammette le indagini preliminari alla contestazione, ma non la loro prosecuzione oltre il tempo strettamente necessario ad acquisire notizie sufficienti alla contestazione, cioè a verificare la possibile esistenza di una violazione e la sua verosimile imputabilità al dipendente*” .

In particolare una conoscenza sommaria non è idonea a far decorrere i termini, ma si può ritenere che sia sufficiente una determinatezza della notizia, allorché quanto noto « *consenta, anche indirettamente e in via generale, di identificare un fatto- inadempimento ed il presunto responsabile, utilizzando i giorni intercorrenti tra la notizia e la contestazione per verificare e circostanziare la fondatezza e il grado di reale di corrispondenza della notizia ai fatti nella loro reale estrinsecazione, oggettiva e soggettiva.* » (cfr. Corte Appello Venezia 1/15 e relativi richiami giurisprudenziali).

In ordine al procedimento disciplinare, ed alla natura ordinatoria e perentoria dei termini ivi previsti va altresì richiamata, ex art. 118 disp. att. c.p.c., sentenza della Corte di Cassazione sezione lavoro n. 16900 del 2016 nella quale i giudici, oltre a chiarire il contenuto della *notizia criminis*, prendono posizione in merito alla natura ordinatoria del termine di giorni 5 per la trasmissione degli atti all'ufficio del procedimento disciplinare e alla decorrenza del termine di decadenza. Nella motivazione della sentenza in particolare si legge che: "... 13. Come già affermato da questa Corte, nella recente decisione n. 11632 del 2016, la regola della "competenza" caratterizza, come il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55, nel testo antecedente le modifiche apportate dal citato decreto del 2009, l'intero impianto della nuova disposizione, che ripartisce, con previsione, in parte sovrapponibile al contenuto dell'originario art. 55, il potere disciplinare tra il responsabile della struttura avente qualifica dirigenziale (comma 1) e l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari - U.P.D. - (comma 4), in relazione alla gravità della sanzione, attribuendo al primo la competenza per le sanzioni di minore gravità (dal rimprovero scritto alla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione sino a 10 giorni) ed al secondo quella per le sanzioni più gravi (dalla sospensione da 11 giorni a sei mesi al licenziamento). 14. Ad essa è affiancata una serie di disposizioni che regolano il procedimento (comma 2), secondo una disciplina che esclude, diversamente da quanto previsto nell'originario testo dell'art. 55, l'applicazione di termini diversi o ulteriori rispetto a quelli stabiliti per legge, ed introduce una sequenza di attività volte, nel complesso, ad assicurare tempestività di contestazione, contraddittorio, e celerità di definizione del procedimento disciplinare, secondo regole comuni (comma 4), quale che sia l'organo competente, salvo il raddoppio dei termini perentori nel caso di procedimento gestito dall'U.P.D.. 15. In particolare, per gli illeciti disciplinari di maggiore gravità, imputabili al pubblico impiegato, come quelli che comportano il licenziamento, l'art. 55 bis contiene due previsioni: con la prima (comma 3), è imposto al dirigente della struttura amministrativa in cui presta servizio l'impiegato la trasmissione degli atti all'ufficio disciplinare "entro cinque giorni dalla notizia del fatto" e la contestuale comunicazione all'interessato; con la seconda (comma 4) si prescrive all'ufficio disciplinare la contestazione dell'addebito al dipendente "con l'applicazione di un termine" pari al

doppio di quello stabilito nel comma 2 (ossia quaranta giorni). 16. Il quarto comma dispone che la violazione dei termini "di cui al presente comma" comporta per l'amministrazione la decadenza dal potere disciplinare. 17. La "ratio" della norma è da individuare, in primo luogo, ma solo per i procedimenti relativi a fatti puniti con sanzioni più severe, nella esigenza di assicurare al dipendente maggiori garanzie di "terzietà", quali sono indubbiamente assicurate dall'U.P.D.. 18. Ulteriore "ratio" 55 bis è da individuare nell'esigenza di rendere più veloce l'esercizio del potere disciplinare, attraverso la previsione di regole che mettono in correlazione, funzionale e temporale, le attività e le fasi del procedimento, anche nei casi in cui queste si svolgano davanti ai due diversi organi individuati come "competenti", tant'è che il termine di 120 giorni per la conclusione del procedimento gestito dall'U.P.D. viene fatto decorrere dalla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, "anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora". 19. Questa Corte, con riguardo a fattispecie ricadenti nell'ambito del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55, nel testo originario vigente prima della riforma attuata con il D.Lgs. n. 150 del 2009, ha precisato che i termini per segnalare il fatto illecito all'ufficio per i procedimenti disciplinari (ex art. 24, comma 4, CCNL compatto Ministeri) e per contestare l'addebito (20 giorni, art. 24, comma 2, CCNL cit.) dovessero reputarsi ordinatori, e non perentori e che la loro inosservanza non comportasse un vizio della sanzione finale. Tanto sul rilievo che, in un assetto disciplinare contrattualizzato, gli effetti decadenziali non possono verificarsi in mancanza di una espressa previsione normativa o negoziale che preveda detti effetti (Cass. 6091/2010, 5637/2009, 20654/2007, 23900/2004). Il principio è stato, da ultimo, ribadito nella decisione n. 24529 del 2015, sempre con riferimento all'art. 24, comma 2, del CCNL del comparto Ministeri del 16 maggio 1995. 20. Successivamente, e con riguardo a fattispecie, quale quella in esame, disciplinata "ratione temporis" dall'art. 55 bis, questa Corte, nella sentenza n. 17153 del 2015, ha affermato che " Per gli illeciti disciplinari di maggiore gravità, imputabili al pubblico impiegato, come quelli che comportano il licenziamento, l'art. 55-bis contiene due previsioni: con la prima (comma 3) è imposto al dirigente della struttura amministrativa in cui presta servizio l'impiegato la trasmissione degli atti all'ufficio disciplinare "entro cinque giorni dalla notizia del fatto"; con la seconda (comma 4) si prescrive all'ufficio disciplinare la contestazione dell'addebito al dipendente "con l'applicazione di un termine" pari al doppio di quello stabilito nel comma 2 (ossia quaranta giorni). Lo stesso comma 4 dice che la violazione dei termini "di cui al presente comma" comporta per l'amministrazione la decadenza dal potere disciplinare. E' evidente perciò che la decadenza sanziona soltanto l'inosservanza del termine oggetto della seconda previsione, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente". 21. A detto orientamento questo Collegio ritiene di dare continuità, aggiungendo l'ulteriore considerazione che la fase delineata dal comma 3 non

costituisce ancora avvio del procedimento, come è confermato dalla distinzione operata dalla disposizione in esame tra la "trasmissione", atto interno non avente rilievo disciplinare vero e proprio, e la "contestazione" costituente, invece, primo atto del procedimento disciplinare (Cass. 2168/2004). 22. Va, inoltre, escluso che la affermata natura ordinatoria del termine di cui al citato art. 55-bis, comma 3 vulneri le esigenze di celerità del procedimento funzionali alla difesa del lavoratore incolpato, e che condizioni negativamente la trasparenza dell'attività della Amministrazione datrice di lavoro, perchè queste ultime sono garantite dal fatto che, ai sensi del comma 4 dell'art. 55-bis "la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora". 23. Sulla scorta delle considerazioni svolte e in continuità con l'indirizzo giurisprudenziale espresso nella già citata sentenza di questa Corte n. 1781 del 2015, il primo motivo va, quindi, rigettato, dovendo ribadirsi il principio secondo il quale "In tema di illeciti disciplinari di maggiore gravità imputabili al pubblico impiegato, il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55 bis, comma 3, nel disciplinare i tempi della contestazione, impone al dirigente della struttura amministrativa di trasmettere, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, gli atti all'ufficio disciplinare e prescrive a quest'ultimo, a pena di decadenza, di contestare l'addebito entro il termine di giorni 40 dalla ricezione degli atti. Va escluso che l'inosservanza del primo termine, che assolve ad una funzione sollecitatoria, comporti, di per sè, l'illegittimità della sanzione inflitta, assumendo rilievo la sua violazione solo allorchè la trasmissione degli atti venga ritardata in misura tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o tardiva la contestazione dell'illecito". 24. L'ultima parte citato art. 55 bis, comma 3 dispone che il responsabile della struttura, alla quale è addetto il pubblico dipendente, quando trasmette gli atti relativi al fatto disciplinarmente rilevante, ne dà "contestuale comunicazione all'interessato". 25. A giudizio del Collegio, gli effetti dell'eventuale omissione di tale adempimento non si riverberano sul procedimento disciplinare e sul suo svolgimento, che prosegue regolarmente, in quanto la comunicazione "all'interessato" ha una funzione meramente informativa, senza alcun pregiudizio per le garanzie difensive, le quali vengono in considerazione solo se ed in quanto venga avviato, dall'organo competente, il vero e proprio procedimento disciplinare. 26. Al riguardo va rilevato che la norma non contiene alcuna previsione sanzionatoria in relazione ai casi in cui la comunicazione al lavoratore sia stata omessa e che manca qualsiasi espressione che ricostruisca l'adempimento come cogente, non essendo esso costruito in termini di "obbligo"; obbligo che non sarebbe nemmeno configurabile, atteso che tutto il materiale relativo alla "notizia" del fatto disciplinarmente refluiscie nella contestazione. 27. Nessun pregiudizio dei diritti di difesa del sottoposto a procedimento disciplinare potrebbe,

pertanto, derivare dall'eventuale mancanza della comunicazione preliminare informativa da parte del soggetto che vi è temuto, ove si consideri che il lavoratore, nei cui confronti sia, poi, avviato il procedimento disciplinare, ha il diritto di accedere agli atti istruttori, anche per potere verificare il rispetto dei termini perentori, come è espressamente previsto dall'ultima parte dell'art. 55 bis, comma 5 ("Il dipendente ha diritto di accesso agli atti istruttori riguardanti il procedimento"). 28. Sono, quindi, prive di pregio le deduzioni che correlano alla violazione dei termini e dell'attività previsti nel citato art. 55 bis, comma 3 la violazione degli oneri probatori, che la Corte territoriale, con accertamento in fatto incensurabile in questa sede (ex plurimis, Cass.SSU 24148/ 2013, Cass. n.1541/2016, 15208/2014), ha ritenuto assolti con la produzione del fax di trasmissione recante la data di trasmissione degli atti all'U.P.D.. 29. Sulla scorta delle considerazioni svolte, il secondo motivo di ricorso va rigettato, con affermazione del principio di diritto secondo cui: "In tema di illeciti disciplinari di maggiore gravità imputabili al pubblico impiegato, la comunicazione all'interessato della trasmissione degli atti da parte del responsabile della struttura all'U.P.D., prevista dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55-bis, comma 3, ha una funzione meramente informativa, sicchè gli effetti dell'eventuale omissione di tale adempimento non si riverberano sul procedimento disciplinare e sul suo svolgimento, che prosegue regolarmente". 30. Il terzo motivo è infondato. 31. Questa Corte nelle decisioni n. 24157 e n. 20733 del 2015 ha già affermato che l'art. 55-bis, al comma 4, là dove fa riferimento alla "data nella quale l'Ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione si riferisce non a qualsiasi ufficio dell'amministrazione ma soltanto all'ufficio per i procedimenti disciplinari e/o del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora. 32. E' stato osservato che il dato letterale richiama soltanto l'U.P.D. e il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora ed è stato anche rilevato che la scansione del procedimento stesso, e la decadenza dall'azione disciplinare, prevista come sanzione per il mancato rispetto del termine entro il quale l'iter deve concludersi, richiede necessariamente un'individuazione certa ed oggettiva del "dies a quo". Individuazione impossibile, ove si ritenesse di agganciarlo ad una qualsiasi notizia pervenuta a qualunque ufficio o persona dell'amministrazione, magari anche privi di veste formale e di protocollazione. La contraria opinione, inoltre, collide con la "ratio" della fissazione d'un termine finale entro cui concludere il procedimento, che è quella di far sì che il dipendente non vi resti assoggettato per un tempo indefinito. Ciò significa che, se esigenze di certezza sono a base della tutela del dipendente, le medesime esigenze vanno rispettate, per irrinunciabile simmetria, anche avuto riguardo alla posizione dell'Amministrazione, il che non può avvenire se non individuando in modo certo ed oggettivamente verificabile il "dies a quo" da cui far decorrere il termine in discorso. Nè va trascurato che il valore costituzionale di regole che assicurino il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) risulterebbe vulnerato da

un'interpretazione che lasciasse nel vago il "dies a quo" del procedimento, rimettendolo, in ipotesi, anche a notizie informali o comunque pervenute ad uffici periferici di amministrazioni di grandi dimensioni. 33. E' stato anche affermato (Cass. 24157/2015) che, nei casi in cui, come quello in esame, l'U.P.D. sia costituito da un organo Collegiale, anche a volere, in ipotesi, ritenere che tale collegio non sia perfetto e che, quindi, non necessariamente debba operare con la contemporanea partecipazione di tutti i suoi componenti, ad ogni modo, in nessun caso un collegio imperfetto può ridursi sino ad essere considerato come organo monocratico. 34. Al richiamato indirizzo il Collegio ritiene di dare continuità, aggiungendo l'ulteriore considerazione che la conoscenza della notizia dei fatti disciplinarmente rilevanti, per essere correlata ad una serie di attività da realizzarsi dall'organo nella sua istituzionale consistenza, postula un'attività di ufficializzazione, anche attraverso un autonomo sistema di formale protocollazione, che è propria dell'Ufficio nel suo complesso, nella sua veste istituzionale, che prescinde dalle attività effettuate e/o ricevute dai singoli componenti dell'organo sia esso individuale o collegiale. 35. Sulla scorta delle considerazioni svolte va rigettato il terzo motivo di ricorso dovendo affermarsi il principio di diritto secondo cui "In tema di procedimento disciplinare nel rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 55 bis, comma 4, secondo e terzo periodo, la data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione - dalla quale decorre il termine entro il quale deve concludersi, a pena di decadenza dall'azione disciplinare, il relativo procedimento coincide con quella in cui la notizia è pervenuta all'ufficio per i procedimenti disciplinari o, se anteriore, con la data in cui la notizia medesima è pervenuta al responsabile della struttura in cui il dipendente lavora, la collegialità dell'U.P.D. rilevando, infatti, non solo per i suoi provvedimenti ma anche per le sue conoscenze, e pertanto restando irrilevante la conoscenza acquisita non dall'Ufficio in sé, sede dell'organo collegiale, ma dai suoi singoli componenti".

L'azienda sanitaria, avendo rispettato i termini di cui all'art. 55 bis citato, non era quindi decaduta dall'esercizio del potere disciplinare.

Il giudice di primo grado aveva dichiarato assorbite le ulteriori eccezioni sollevate dalla parte appellata- ricorrente in primo grado che, alla luce dell'accoglimento del primo motivo di appello, debbono essere esaminate dal Collegio, in quanto riproposte in questa sede ex art. 346 c.p.c..

In merito alla doglianza di mancata comunicazione all'interessato della trasmissione degli atti all'ufficio disciplinare (cfr. punto A 1. del ricorso di primo grado), è sufficiente richiamare il precedente sopra citato (2016 n.16900, cui si aderisce), nel quale la Corte di Cassazione ha escluso che l'omessa informazione costituisca motivo di illegittimità della sanzione disciplinare irrogata.

Del pari è a dirsi in merito all'eccepito mancato rispetto del termine di giorni 5 trattandosi di termine ordinatorio e non perentorio; termine che, peraltro, nel caso di specie era stato osservato (dal 14 agosto al 18.08.12 data non contestata di trasmissione degli atti, i giorni decorsi sono 4).

Del pari la convocazione del 14 agosto 2012, ed il colloquio nel quale era stato reso noto agli interessati l'esistenza dell'esposto anonimo, è condotta rispettosa del principio di buona fede in quanto volto a verificare l'effettività o meno delle condotte segnalate; comportamenti che la Regione Veneto aveva chiesto di approfondire.

Pertanto le eccezioni formali debbono essere rigettate siccome infondate.

§§§§§

Nel merito entrambi gli appellati non hanno mai contestato, né in sede di audizione, né in sede di tentativo di conciliazione, le condotte addebitate, ammettendo di aver collaborato agli interventi operatori, in qualità di anestesisti, con pagamento di compensi da parte di terzi, nonostante il regime di esclusività pattuito con l'azienda sanitaria.

La Corte di Appello di Venezia rileva che i dirigenti medici, entro il 30 novembre di ogni anno, potevano optare per il rapporto non esclusivo ai sensi di art. 2 septies Legge 138/04; tanto che dal 2013, sia Avanzini che Gelso, avevano preferito operare in regime di non esclusività.

L'opzione aveva un effetto [che] sul trattamento retributivo dei dirigenti ed in particolare sulle indennità di esclusività e di posizione percepite nel tempo.

Nella contestazione disciplinare era stato contestato ad entrambi gli interessati: " *il mancato rispetto delle norme di legge e contrattuali e dei regolamenti aziendali in materia di espletamento di attività libero professionali*" (codice disciplinare art. 8 comma 8 lettera g) e *la mancata effettuazione di comunicazioni veritiere in materia di svolgimento di attività professionale* (art. 1 comma 61 legge n. 662/96)

La prima norma disciplinare comminava la sospensione disciplinare (fino ad un massimo di mesi 6) e la seconda il licenziamento per giusta causa.

Le sospensioni applicate risultano proporzionate ai fatti addebitati poichè dalla documentazione acquisita e da quanto emerso in sede disciplinare e non contestato dagli interessati, i dirigenti medici, nonostante il regime di esclusività con l'azienda di cui erano dipendenti, avevano prestato attività libero professionale per terzi, da cui avevano ricevuto compensi senza autorizzazione della datrice di lavoro e violando il regime di incompatibilità previsto dalle norme collettive e di legge; inoltre avevano reso delle dichiarazioni non veritiere in merito allo svolgimento della propria professione.

Gli interventi realizzati nell'arco temporale in contestazione relativo all'anno 2012 – prescindendo dagli ulteriori periodi non oggetto della contestazione disciplinare impugnata- sono stati molteplici (

cfr. doc 8 parte appellante) ; tenuto conto dei criteri indicati trattasi di sanzioni proporzionate e rispettose dei vincoli contrattuali.

La gravità della condotta commessa sotto il profilo della violazione dell'obbligo di imparzialità e tutela dell'interesse pubblico, prescindeva dalla diligenza generale dei professionisti e dalla volontà, manifestata in sede di tentativo di conciliazione, di restituire le indennità indebitamente percepite; pertanto le argomentazioni svolte dagli appellati sul tema non sono pertinenti.

Alla luce di quanto esposto, in ragione dell'accoglimento del primo motivo di appello la domanda così come accolta dal giudice di primo grado va rigettata, con conseguente conferma della legittimità delle sospensioni disciplinari irrogate.

Le spese di lite sono liquidate secondo i criteri minimi di cui al Dm 55/14, in ragione del contenuto degli atti predisposti che appaiono riproduttivi del primo grado ed identici per ciascun procedimento; inoltre sono poste a carico degli appellati in via separata per il primo grado, mentre per il secondo grado in via solidale, in ragione della operata riunione dei due procedimenti.

PER QUESTI MOTIVI

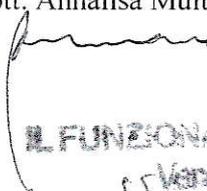
Ogni contraria istanza eccezione deduzione disattesa, definitivamente pronunciando:

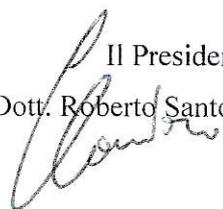
- In accoglimento dell'appello proposto ed in riforma parziale delle sentenze impugnate, rigetta le domande dei ricorrenti accolte in primo grado;
- Condanna Avanzini Alessio a rimborsare alla parte convenuta in primo grado le spese di lite liquidate, quanto al primo grado, in euro 3532,00, di cui euro 20,00 per esborsi ed il resto per compenso professionale, oltre a rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge;
- Condanna Gelso Roberto a rimborsare alla parte convenuta in primo grado le spese di lite liquidate, quanto al primo grado, in euro 3532,00, di cui euro 20,00 per esborsi ed il resto per compenso professionale, oltre a rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge;
- condanna gli appellati in solido a rimborsare alla parte convenuta in primo grado, le spese del secondo grado che liquida in euro 3328,00, di cui euro 20,00 per esborsi ed il resto per compenso professionale, oltre a rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge.

Venezia, 1 marzo 2018

Il Consigliere Estensore

Dott. Annalisa Multari


IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Vanna GOSI


Il Presidente
Dott. Roberto Santoro


16

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Venezia
8 GIU 2018

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
