

16/02/2024 - Le attività incompatibili con il rapporto di pubblico impiego.

Posta

tratto da leautonomie.it

I commi 1,2 e 7 dell'articolo 53 del D.lgs. n. 165/2001 prevedono che le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati. I medesimo dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

Come è noto, la disciplina contenuta nell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di "*Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*" rappresenta uno degli assi portanti nell'ambito dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, poiché nel suo complesso è diretta a salvaguardare il principio di esclusività del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. L'obbligo di esclusività della prestazione lavorativa rinviene il proprio fondamento diretto nell'art. 98 della Costituzione con il quale il legislatore costituente, nel prevedere che "*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*", ha voluto rafforzare il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., sottraendo il dipendente pubblico dai condizionamenti che potrebbero derivare dall'esercizio di altre attività.

La giurisprudenza della Cassazione (Cassazione Civile –Sez. Lavoro, sentenze n. 8642 del 12 aprile 2010 e n. 18608 del 21 agosto 2009), in materia di pubblico impiego, evidenzia che la disciplina dell'incompatibilità prevista dagli artt. 60 e seguenti del D.P.R. n. 3 del 1957, – applicabile a tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati e non, a norma dell'art. 53, comma 1, del D.Lgs. n. 165 del 2001 nonché ai dipendenti degli enti locali, in virtù dell'abrogazione, da parte dell'art. 64 della legge n. 142 del 1990, dell'art. 241 del R.D. n. 393 del 1934 – prevede che l'impiegato che si trovi in situazione di incompatibilità venga diffidato a cessare da tale situazione e che, decorsi quindici giorni dalla diffida, decada dall'incarico.

Ne consegue che soltanto nel caso in cui l'impiegato ottemperi alla diffida, il suo comportamento assume rilievo disciplinare e rientra nelle previsioni di cui all'art. 55 del citato d.lgs. n. 165/2001, posto che, diversamente, trova applicazione l'istituto della decadenza, che non ha natura sanzionatoria o disciplinare, ma costituisce una diretta conseguenza della perdita di quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che, se fossero mancati "*ab origine*", avrebbero precluso la stessa costituzione del rapporto di lavoro.

Ciò posto, con riguardo al pubblico impiego privatizzato, per quanto riguarda la disciplina delle incompatibilità la medesima giurisprudenza ritiene che quando si verifichi una ipotesi di incompatibilità vengano in rilievo due diversi aspetti:

a) l'uno relativo alla cessazione automatica del rapporto, che per volontà del legislatore si verifica qualora la incompatibilità non venga rimossa nel termine assegnato al dipendente;

b) l'altro inerente alla responsabilità disciplinare per la violazione del dovere di esclusività, responsabilità che può essere comunque ravvisata anche nell'ipotesi in cui l'impiegato abbia ottemperato alla diffida, secondo quanto espressamente previsto dal Testo unico del pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001).

Mentre la prima conseguenza opera su un piano oggettivo e prescinde da valutazioni sulla gravità dell'inadempimento, la seconda è assoggettata ai principi propri della responsabilità disciplinare che presuppone sempre un giudizio di proporzionalità fra fatto contestato e sanzione, da esprimere tenendo conto di tutti gli aspetti oggettivi e soggettivi della condotta. Detta duplicità si riflette sulla natura dell'atto adottato dal datore di lavoro e sull'indagine che deve essere compiuta in sede giudiziale, qualora dell'atto medesimo venga contestata la legittimità.

Quanto suesposto è stato affermato dal Consiglio di Stato, sezione II, nella recente sentenza 23 gennaio 2024, n. 746.

Un Assistente Capo del Corpo di Polizia penitenziaria, in servizio presso una Casa circondariale, veniva trovato da agenti della Polizia Municipale presso una Pizzeria, impegnato quale addetto alla cassa e gestione tavoli. Pertanto con atto del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria il suindicato dipendente veniva diffidato dal cessare la situazione di incompatibilità nei 15 giorni dalla notifica della diffida.

Successivamente nel corso di un accesso effettuato dall'Ispettorato territoriale del lavoro, presso la medesima pizzeria veniva nuovamente accertata la presenza del medesimo Assistente con mansioni di cameriere.

Per entrambi gli episodi il Comandante di reparto contestava i relativi addebiti disciplinari.

Con nota del 16 dicembre 2022, la Direzione della casa circondariale competente trasmetteva al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria *"il rapporto disciplinare"* relativo al citato Assistente Capo, rilevando che era stato destinatario di diffida ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. 443 del 1992 *"e considerata la recidiva specifica e la pendenza di procedimento penale e disciplinare per fatti analoghi"*.

Con successivo atto del Capo del Dipartimento veniva avviato il procedimento di decadenza dal servizio, ai sensi degli art. 60 e segg. del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

In particolare, nella comunicazione di avvio del procedimento inviata alla Direzione della Casa circondariale per la notifica al dipendente dal Direttore dell'Ufficio IX- Disciplina Corpo di Polizia penitenziaria si faceva riferimento alla *"mancanza del senso dell'onore e del senso morale"*, alla *"dolosa violazione dei doveri con grave pregiudizio dell'Amministrazione penitenziaria"*. Nel corso del procedimento si esprimeva all'unanimità il Consiglio di Amministrazione del Ministero della Giustizia, rilevando che l'assistente capo *"ha dato prova di un comportamento di assoluta noncuranza per le proprie sorti lavorative, lasciando cadere nel vuoto i tentativi fatti dalla direzione di richiamarlo alle sue responsabilità e ai suoi doveri"* e *"considerata la gravità dei fatti esposti"*, riteneva sussistenti i presupposti per la decadenza dal servizio ai sensi degli artt. 60 e segg. del D.P.R. n. 3 del 1957.

Avverso tale provvedimento di decadenza è stato proposto ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Toscana chiedendo l'annullamento del provvedimento di decadenza e la condanna alla reintegra in servizio.

Sono state formulate censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 60 e segg. del D.P.R. n. 3 del 1957, del D.P.R. 30 gennaio 1992, n. 443, dei principi di correttezza, buon andamento, imparzialità e non discriminazione, violazione dei principi di proporzionalità e legittimo affidamento, eccesso di potere per sviamento, ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, deducendo con una prima censura che il provvedimento di decadenza sarebbe stato emanato in mancanza della previa diffida, non essendo seguito alcun provvedimento di decadenza successivamente al decorso dei 15 giorni dalla detta diffida.

Con una seconda censura sono state contestate le circostanze di fatto relative all'attività lavorativa svolta presso la pizzeria dal medesimo dipendente, dove svolge attività lavorativa il figlio quale cameriere a tempo indeterminato, deducendo di essere solo amico dei titolari e di trovarsi occasionalmente presso tale pizzeria; in ogni caso i due episodi provverebbero solo una presenza occasionale e

un'attività svolta gratuitamente non un rapporto di lavoro retribuito a cui sarebbe se mai applicabile la disciplina dell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Con il terzo motivo ha sostenuto la natura sanzionatoria e disciplinare, che emergerebbe anche dal parere del Consiglio di Amministrazione, della decadenza disposta in mancanza di apposito procedimento disciplinare, mentre i rilievi disciplinari sono estranei alla decadenza, ai sensi dell'art. 60 del D.P.R. n. 3 del 1957 e agli artt. 35 e 36 del d.lgs. 443 del 1992.

Il Tribunale amministrativo regionale della Toscana, all'esito della camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare, ha respinto il ricorso per l'insussistenza di elementi fattuali che possano *"portare a concludere per la cessazione della situazione di incompatibilità dopo la notificazione dell'atto di diffida ..."* e pertanto non potendo *"trovare accoglimento la prospettazione di parte ricorrente tendente a ricostruire in maniera separata i due episodi (con conseguente necessità di una nuova diffida a cessare dalla situazione di incompatibilità), risultando, al contrario, evidente come si tratti di manifestazioni di uno stesso rapporto di lavoro che non risulta per nulla essere cessato a seguito della diffida"*. Ha escluso, altresì la sussistenza di elementi fattuali a sostegno della natura occasionale e gratuita dell'esercizio delle mansioni di cameriere; ha ritenuto che *"il riferimento alla sostanziale assoluta noncuranza per le proprie sorti lavorative contenuto nel parere del Consiglio di Amministrazione del Ministero della Giustizia trovi un sostanziale riscontro nel comportamento del ricorrente nel procedimento e non alteri il contenuto sostanziale del provvedimento che risulta ben ancorato all'accertamento della mancata rimozione della causa di incompatibilità di cui alla diffida... e quindi al pacifico carattere di accertamento dell'omessa rimozione della causa di incompatibilità propria dell'istituto della decadenza"*.

Avverso tale sentenza è stato proposto il presente appello, riproponendo le censure del ricorso di primo grado e contestando la pronuncia di primo grado per tre specifici motivi.

Con un primo motivo si è lamentato l'errore *in iudicando* e la violazione degli artt. 2697 e 2797 c.c. e dei principi dell'onere della prova ex artt. 64 c.p.a., in quanto in relazione al lungo lasso temporale trascorso tra i due episodi, pari a più di un anno, sarebbe rimasto indimostrato il permanere della situazione lavorativa per l'intero arco temporale fra i due episodi contestati, con conseguente perdita di efficacia della diffida.

Con il secondo motivo sono state riproposte le contestazioni in ordine alla sussistenza del rapporto di lavoro, lamentando la violazione delle norme e dei principi sull'onere della prova nonché degli artt. 112 c.p.c. e 39 c.p.a., sostenendo la natura del tutto occasionale della sua presenza nella pizzeria, mentre il giudice di primo grado avrebbe invertito completamente l'onere della prova spettando all'Amministrazione dimostrare la percezione di un compenso o la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente ed avendo il giudice omesso di pronunciarsi sul regime dell'art. 53 commi 5-7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Con il terzo motivo è stata riproposta la censura relativa alla natura disciplinare del provvedimento di decadenza, contestando le argomentazioni della sentenza, in quanto dalle indicazioni del parere del Consiglio di Amministrazione emergerebbe chiaramente la volontà dell'Amministrazione di emanare un procedimento disciplinare in violazione delle disposizioni di legge e regolamentari in materia.

All'udienza pubblica del 19 dicembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione e successivamente il medesimo Consiglio di Stato ha riconosciuto l'appello fondato.

Ai sensi dell'art. 60 del D.P.R. n. 3 del 1957 e degli artt. 35 e 36 del d.lgs. 30 ottobre 1992 n. 443 , *"l'impiegato non può esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del ministro competente"*.

La giurisprudenza della Cassazione, con riguardo al pubblico impiego privatizzato, ma con affermazioni applicabili anche ai settori non privatizzati, essendo ad entrambe le categorie applicabile il T.U. del 1957 per quanto riguarda la disciplina delle incompatibilità (Cass. Sez. Lavoro, 7 maggio 2019, n. 11949; 30 novembre 2017, n. 28797), ritiene che quando si verifichi una ipotesi di incompatibilità vengano in rilievo due diversi aspetti: *“l’uno relativo alla cessazione automatica del rapporto, che per volontà del legislatore si verifica qualora la incompatibilità non venga rimossa nel termine assegnato al dipendente; l’altro inerente alla responsabilità disciplinare per la violazione del dovere di esclusività, responsabilità che può essere comunque ravvisata anche nell’ipotesi in cui l’impiegato abbia ottemperato alla diffida”*, secondo quanto espressamente previsto dal Testo unico. *“Mentre la prima conseguenza opera su un piano oggettivo e prescinde da valutazioni sulla gravità dell’inadempimento, la seconda è assoggettata ai principi propri della responsabilità disciplinare che... presuppone sempre un giudizio di proporzionalità fra fatto contestato e sanzione, da esprimere tenendo conto di tutti gli aspetti oggettivi e soggettivi della condotta. Detta duplicità si riflette sulla natura dell’atto adottato dal datore di lavoro e sull’indagine che deve essere compiuta in sede giudiziale, qualora dell’atto medesimo venga contestata la legittimità”* (Cass. civ., Sez. lavoro, 4 aprile 2017, n. 8722).

L’istituto della decadenza, infatti, non ha natura sanzionatoria o disciplinare, ma costituisce una diretta conseguenza della perdita di quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che, se fossero mancati *ab origine*, avrebbero precluso la stessa costituzione del rapporto di lavoro (Cass. Sez. Lavoro, 7 maggio 2019, n. 11949; 30 novembre 2017, n. 28797; 4 aprile 2017, n. 8722; 15 gennaio 2015, n. 617; 12 ottobre 2012, n. 17437), mentre l’incompatibilità riguarda una valutazione astratta con giudizio prognostico *ex ante*, indipendentemente dall’esistenza di riflessi negativi sul rendimento e sull’osservanza dei doveri d’ufficio, in quanto l’ordinamento ha inteso prevenire, con il regime delle incompatibilità, il concretarsi del contrasto, inibendo le condizioni favorevoli al suo insorgere (Cass. civ., Sez. lavoro, 3 agosto 2021, n. 22188).

Nel caso di specie si deve, in primo luogo, rilevare che l’attività considerata dall’Amministrazione incompatibile, in mancanza di altri riscontri da parte della stessa Amministrazione, è una attività di mero fatto, in cui non risulta né la sottoscrizione di un contratto di lavoro né la percezione di un compenso né la partecipazione ad una società o lo svolgimento di uno specifico incarico. Ne deriva che la verifica della causa di incompatibilità (costituita da un’attività lavorativa svolta presso un esercizio commerciale), non poteva che presupporre un accertamento di fatto in ordine alla effettiva sussistenza di tale attività ovvero di una attività lavorativa che integrasse una causa di incompatibilità, salva ovviamente la valutazione degli episodi relativi alla presenza, anche occasionale, presso una pizzeria con svolgimento di mansioni di cameriere o altro ai fini dell’esercizio dell’azione disciplinare, nell’ambito del quadro delineato dal d.lgs. 30 ottobre 1992, n. 449, considerato che ai sensi dell’art. 3 comma 2 lettera b) di tale decreto legislativo *“l’esercizio occasionale di commercio o di mestiere incompatibile”* costituisce uno dei presupposti per l’irrogazione della pena pecuniaria, mentre le recidive rilevano entro sei mesi (art. 4 comma 1 lettera -a, per la deplorazione; art. 5 per la sospensione).

- Pagine visitate da settembre 2019 -

