



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta da

Antonio VALITUTTI - Presidente -
Clotilde PARISE - Consigliere -
Giulia IOFRIDA - Consigliere -
Guido MERCOLINO - Consigliere Rel. -
Andrea FIDANZIA - Consigliere -

Oggetto:

prestazione d'opera
professionale - incom-
patibilità

R.G.N. 15606/2021

Cron.

CC - 26/03/2024

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 15606/2021 R.G. proposto da

██████████ rappresentato e difeso dall'Avv. ██████████ con
domicilio eletto in Roma, ██████████ presso lo studio dell'Avv.
██████████

- *ricorrente* -

contro

COMUNE DI PESCARA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso
dall'Avv. ██████████ dell'Avvocatura comunale, con domicilio in Roma,
piazza Cavour, presso la Cancelleria civile della Corte di cassazione;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza della Corte d'appello di L'Aquila n. 1609/20, depositata
il 24 novembre 2020.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 26 marzo 2024 dal
Consigliere Guido Mercolino;



lette le conclusioni scritte del Pubblico ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Mauro VITIELLO, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. Il Comune di Pescara convenne in giudizio l'Ing. [REDACTED] proponendo opposizione al decreto ingiuntivo n. 2021/09, emesso il 21 settembre 2009, con cui gli era stato intimato il pagamento della somma di Euro 122.742,44, oltre interessi, a titolo di corrispettivo per la progettazione esecutiva dei lavori di costruzione dei loculi e di sistemazione del Cimitero [REDACTED]

A sostegno dell'opposizione, il Comune eccepì la prescrizione del credito azionato e la nullità del contratto di prestazione d'opera professionale, per violazione del divieto di cumulo degli impieghi pubblici, sostenendo che il [REDACTED] ricopriva la carica di direttore generale di un'Azienda sanitaria locale; aggiunse che l'incarico professionale era stato revocato, a causa della difformità del progetto esecutivo dal progetto definitivo.

Si costituì il [REDACTED] e resistette all'opposizione, chiedendone il rigetto.

1.1. Con sentenza del 12 luglio 2016, il Tribunale di Pescara accolse l'opposizione, revocando il decreto ingiuntivo e rigettando la domanda di pagamento.

2. L'impugnazione proposta dal [REDACTED] è stata rigettata dalla Corte d'appello di L'Aquila con sentenza del 24 novembre 2020.

A fondamento della decisione, la Corte ha innanzitutto escluso che la nomina dell'appellante a direttore generale dell'Asl [REDACTED] avesse avuto luogo in data successiva al conferimento dell'incarico professionale, osservando che a tal fine doveva farsi riferimento alla stipulazione del contratto in forma scritta, risalente a data successiva all'assunzione della predetta carica, avvenuta il 14 maggio 2002.

Premesso inoltre che, nonostante il carattere privatistico del rapporto intercorrente tra l'Asl e il direttore generale, tale incarico dev'essere espletato con lo stesso vincolo di esclusività previsto per i pubblici dipendenti, ai sensi dell'art. 3-bis, comma decimo, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ha escluso che, nel ritenere applicabile l'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165,



il Tribunale fosse incorso in *extrapetizione*, osservando che, nel richiamare l'art. 58 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, sostituito dall'art. 53 cit., il Comune di Pescara aveva inteso riferirsi a quest'ultima disposizione, che prevede le ipotesi d'incompatibilità tra incarichi cumulati nell'ambito di rapporti con la Pubblica Amministrazione.

Ha confermato inoltre che la violazione della predetta disposizione, avente carattere imperativo in quanto volta a garantire il buon funzionamento del Servizio Sanitario Nazionale attraverso l'impiego a tempo pieno del direttore generale, comportava la nullità del contratto di prestazione d'opera professionale, contrastante con il divieto di assumere altri incarichi in quanto conferito in pendenza del rapporto esclusivo tra l'appellante e l'Asl, ritenendo irrilevanti, a tal fine, le finalità dell'incarico professionale.

Ha escluso infine che il vizio in questione fosse configurabile come nullità di protezione, opponibile soltanto dall'Asl, qualificandolo piuttosto come nullità assoluta, in quanto finalizzata a tutelare la salute dei cittadini, e quindi un bene di rilevanza costituzionale, ed affermando invece la piena validità del rapporto con l'Asl, in quanto anteriore al conferimento dell'incarico professionale, che avrebbe potuto quindi condurre soltanto alla revoca della nomina.

3. Avverso la predetta sentenza il [REDACTED] ha proposto ricorso per cassazione, articolato in quattro motivi. Il Comune ha resistito con controricorso, illustrato anche con memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 3 e *3-bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 e degli artt. 1, 2 e 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, sostenendo che, nel ritenere applicabile il divieto di cumulo degli incarichi, la sentenza impugnata non ha tenuto conto delle particolari caratteristiche della figura del direttore generale della asl, non qualificabile come pubblico dipendente, in quanto collocato in posizione apicale, con ampi poteri organizzativi e gestionali, ed avente la veste di funzionario neutrale, nominato dalla Regione sulla base del possesso di requisiti specifici di professionalità e competenza. Premesso che l'art. *3-bis* cit. si riferisce esclusivamente ai dipendenti pubblici o privati investiti delle cari-



che di direttore generale, direttore sanitario o dirigente amministrativo della asl, afferma che, in quanto volto a rafforzare l'imparzialità della Pubblica Amministrazione e a sottrarla a condizionamenti derivanti da altri rapporti, esso non si applica ai liberi professionisti, e non comporta pertanto la nullità dell'incarico professionale conferito da un altro soggetto.

2. Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 1418 cod. civ., dell'art. 3-bis del d.lgs. n. 502 del 1992 e dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, sostenendo che la disciplina delle incompatibilità si riferisce esclusivamente ai dipendenti pubblici, per i quali è appositamente prevista la possibilità del rilascio di un'autorizzazione all'assunzione di altri incarichi, e non anche agli altri soggetti, ai quali non è vietato l'espletamento d'incarichi extraistituzionali. Aggiunge che la violazione del divieto di cumulo degli incarichi non comporta la nullità del contratto di prestazione d'opera professionale, ma l'applicazione di sanzioni, demandata all'Agenzia delle entrate.

3. Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la violazione e/o la falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1364 e 1366 cod. civ. e dell'art. 55, comma quinto, della legge 8 giugno 1990, n. 142, nonché l'omesso esame di un fatto controverso e decisivo per il giudizio, osservando che, nell'interpretazione del contratto di prestazione d'opera professionale, la sentenza impugnata non ha tenuto conto del collegamento esistente tra quest'ultimo e la determina di autorizzazione dell'incarico, adottata il 5 settembre 2002 e recante l'indicazione dell'impegno di spesa e della copertura finanziaria.

4. Con il quarto motivo, il ricorrente chiede, per l'ipotesi di accoglimento del ricorso per cassazione, il riesame del regolamento delle spese processuali, da porsi a carico del Comune di Pescara.

5. I primi due motivi, da esaminarsi congiuntamente, in quanto aventi ad oggetto profili diversi della medesima questione, sono infondati.

Ai sensi dell'art. 3-bis del d.lgs. n. 502 del 1992, il rapporto di lavoro del direttore generale dell'asl «è esclusivo ed è regolato da contratto di diritto privato stipulato in osservanza delle norme del titolo III del libro V del codice civile» (comma ottavo), e la relativa carica «è incompatibile con la sussistenza di ogni altro rapporto di lavoro, dipendente o autonomo» (comma de-



cimo).

A tale figura è stato ritenuto pertanto applicabile l'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, il quale prevede al comma settimo che «i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza», aggiungendo che «in caso d'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'ente 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», ed al comma ottavo che «le pubbliche amministrazioni non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti di altre amministrazioni pubbliche senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi», precisando che «salve le più gravi sanzioni, il conferimento dei predetti incarichi, senza la previa autorizzazione, costituisce in ogni caso infrazione disciplinare per il funzionario responsabile del procedimento; il relativo provvedimento è nullo di diritto».

Si è infatti osservato che l'ambito di applicazione di tale disciplina è molto ampio, e tale da ricomprendere tutte le situazioni di svolgimento di funzioni in qualità di "agente dell'Amministrazione Pubblica", normalmente grazie alla esistenza di un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione, che comporta specifici doveri in capo all'interessato, correlati allo svolgimento di compiti attribuiti all'Amministrazione e derivanti dall'obbligo di esclusività sancito dall'art. 98 Cost. e dalla relativa disciplina attuativa. Le disposizioni in esame sono quindi applicabili sia ai dipendenti il cui rapporto di lavoro sia stato contrattualizzato, sia a quelli rimasti in regime di diritto pubblico (art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001), sia ai lavoratori professionali con rapporto a tempo determinato o *part-time* al di sopra di certi limiti, sia a coloro che svolgono incarichi onorari (Cass., Sez. Un., 28/01/2020, n. 1869), sia a coloro che sono legati alla Pubblica Amministrazione da un contratto di diritto privato anche di natura autonoma (come il direttore generale di un ente del Servizio sanitario nazionale). Quel che conta per il legislatore è che vi sia un inserimento dell'attività lavorativa nell'apparato organizzativo della Pubblica Amministrazione,



in quanto ciò comporta l'applicazione degli artt. 97 e 98 Cost. e delle norme che ne costituiscono attuazione, restando irrilevante, a tal fine, il tipo di titolo in base al quale la suddetta attività è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in un contratto di diritto privato etc.

Con particolare riferimento al direttore generale dell'asl, si è poi rilevato che tale figura è responsabile della gestione complessiva dell'azienda, nomina i direttori amministrativi e i direttori sanitari e, in qualità di legale rappresentante dell'azienda, è destinataria della funzione di garanzia dell'osservanza e della corretta applicazione delle norme legali e contrattuali che disciplinano i rapporti di lavoro; la nomina, spettante alla regione, è disciplinata da norme progressivamente evolute nel senso di precisare meglio i requisiti necessari, in modo da ridurre l'ampia discrezionalità che il d.lgs. n. 502 del 1992 attribuiva al presidente della regione, al fine di tutelare l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione (cfr. Corte cost., sent. n. 87 del 2019; n. 159 del 2018; n. 190 del 2017). Ciò comporta che l'affermata incompatibilità della carica in questione con la sussistenza di altro rapporto di lavoro, dipendente o autonomo dev'essere intesa allo stesso modo in cui è da intendere per tutti coloro che hanno un rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, ai sensi della disciplina generale di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, peraltro in analogia anche con quanto dispone, per i medici del Servizio sanitario nazionale, l'art. 4, comma settimo, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, secondo cui «con il Servizio sanitario nazionale può intercorrere un unico rapporto di lavoro» (cfr. Cass., Sez. Un., 11/11/2020, n. 25369).

Non può quindi condividersi la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo cui l'art. 3-bis del d.lgs. n. 502 del 1992, nella parte in cui prevede l'esclusività del rapporto di lavoro del direttore generale e la sua incompatibilità con la sussistenza di ogni altro rapporto di lavoro, si riferirebbe ai soli dipendenti pubblici o privati investiti della predetta carica, e non sarebbe quindi applicabile ai liberi professionisti: tale interpretazione, oltre a trovare smentita nella lettera dell'art. 3-bis, comma decimo, che estende l'incompatibilità anche ai rapporti di lavoro autonomo, quale indubbiamente è quello che s'instaura tra il libero professionista e il soggetto che gli abbia conferito un incarico profes-



sionale, si pone in contrasto con le finalità perseguite dall'art. 53, commi settimo e ottavo, del d.lgs. n. 165 del 2001, che, in quanto consistenti nel sottrarre tutti coloro che svolgano un'attività alle dipendenze (in senso lato) della Pubblica Amministrazione ai condizionamenti che potrebbero derivare dall'esercizio di altre attività, sono indubbiamente riferibili anche ai soggetti che svolgono un'attività di lavoro autonomo. La sottrazione di tali soggetti al vincolo di esclusività determinerebbe d'altronde, sotto il profilo economico, una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti di quelli investiti della medesima carica che svolgano un'attività di lavoro subordinato, giacché consentirebbe ai primi di continuare a svolgere la loro attività ed a percepire i relativi compensi, laddove per i lavoratori dipendenti il comma undicesimo dell'art. 3-bis prevede il collocamento in aspettativa senza assegni.

Quanto, infine, alle conseguenze dell'inosservanza dell'art. 3-bis, comma decimo, del d.lgs. n. 502 del 1992, è appena il caso di richiamare il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la disciplina dettata dall'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 ha carattere imperativo ed inderogabile, e la sua violazione comporta la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico, trattandosi di una normativa volta a garantire l'obbligo di esclusività, che ha primario rilievo nel rapporto di impiego pubblico, in quanto trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 98 Cost., con cui si è voluto rafforzare il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. (cfr. Cass., Sez. lav., 26/06/2020, n. 12626; 7/05/2019, n. 11949; 6/02/2019, n. 3467). Per gli incarichi come quello in esame, conferiti dalle Pubbliche Amministrazioni, ivi compresi evidentemente gli enti territoriali, la nullità è d'altronde prevista espressamente dal secondo periodo del comma ottavo dell'art. 53 cit., in aggiunta alla responsabilità disciplinare del funzionario responsabile del procedimento e alle più gravi sanzioni eventualmente previste, nonché al trasferimento dell'importo previsto come corrispettivo all'Amministrazione di appartenenza del dipendente.

6. E' invece inammissibile il terzo motivo, avente ad oggetto la validità del conferimento dell'incarico professionale.

In quanto impemiate sul collegamento tra il contratto sottoscritto tra le parti e la relativa delibera di autorizzazione, recante l'indicazione dell'impe-



gno di spesa e dei mezzi per farvi fronte, le censure proposte dal ricorrente non attingono infatti la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, la quale, nel dichiarare la nullità del contratto, non ha fatto alcun riferimento alla violazione dell'art. 55, comma quinto, della legge n. 142 del 1990, avendo invece ritenuto che il contratto si ponesse in contrasto con il divieto di cumulo previsto dall'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 502 del 1992, in quanto stipulato in data successiva all'assunzione da parte del ricorrente della carica di direttore generale dell'Asl.

Correttamente, a tal fine, la Corte territoriale ha attribuito rilievo esclusivo alla sottoscrizione dell'atto in forma scritta, quale momento cui far risalire l'instaurazione del rapporto contrattuale tra il Comune e il professionista, reputando influenti sia l'eventuale conferimento di un incarico verbale che la partecipazione alla gara per l'affidamento dell'incarico, asseritamente avvenuti in epoca precedente all'assunzione della predetta carica. L'osservanza del requisito della forma scritta *ad substantiam*, prescritto per il contratto di prestazione d'opera professionale stipulato con una Pubblica Amministrazione, postula infatti, ai sensi degli artt. 16 e 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, la redazione di un apposito documento, recante la sottoscrizione del professionista e dell'organo investito del potere di rappresentare l'ente nei confronti dei terzi, dal quale possa desumersi la concreta instaurazione del rapporto, con le indispensabili determinazioni in ordine alla prestazione da rendere e al compenso da corrispondere (cfr. Cass., Sez. II, 27/03/2023, n. 8574; 15/06/2020, n. 11465): nessun rilievo può dunque assumere l'esistenza di una deliberazione con cui l'organo collegiale dell'ente abbia conferito l'incarico professionale o ne abbia autorizzato il conferimento, giacché la stessa, anche se recante le indicazioni prescritte dall'art. 55, comma quinto, della legge n. 142 del 1990, non è configurabile come una proposta contrattuale, la cui accettazione possa determinare senz'altro l'instaurazione del vincolo negoziale, ma costituisce un atto con efficacia interna, avente natura autorizzatoria e quale unico destinatario l'organo legittimato a manifestare la volontà dell'ente all'esterno (cfr. Cass., Sez. I, 6/07/2007, n. 15296; 8/06/2007, n. 13508). Quanto invece alla partecipazione alla gara, se è vero che il verbale di aggiudicazione definitiva, formato a seguito d'incanto pubblico o



licitazione privata, ha un'efficacia equivalente a quella del contratto, ai sensi dell'art. 16, quarto comma, del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, è anche vero, però, che tale disposizione non ha natura imperativa, restando nella facoltà discrezionale della Pubblica Amministrazione rinviare ad un momento successivo l'instaurazione del vincolo negoziale, sicché la stipulazione del contratto non assume necessariamente un valore meramente formale e riproduttivo di un programma negoziale già vincolante per le parti, potendo consistere anche in un'attività integrativa volta a precisare aspetti rilevanti del rapporto (cfr. Cass., Sez. Un., 22/07/2016, n. 15204; Cass., Sez. I, 12/12/2017, n. 29798; 13/10/2014, n. 21592): in quest'ottica, il richiamo alla partecipazione alla gara, quale elemento idoneo a giustificare la retrodatazione della stipulazione del contratto, avrebbe richiesto quanto meno l'indicazione, da parte del ricorrente, del tipo di procedura adottata per la scelta del contraente, tra quelle previste dalla legge, e del regime giuridico concretamente applicabile alla fattispecie in esame, in relazione alle determinazioni assunte dal Comune nel bando.

7. Il quarto motivo non contiene infine vere e proprie censure, risolvendosi nella mera sollecitazione ad una rivisitazione del regolamento della spese processuali, in caso di accoglimento dell'impugnazione, il cui rigetto preclude invece definitivamente il riesame della questione.

8. Il ricorso va pertanto rigettato, con la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano come dal dispositivo.

P.Q.M.

rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 10.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello



previsto per il ricorso dal comma 1-*bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso in Roma il 26/03/2024

Il Presidente

