CORTE COSTITUZIONALE

Ordinanza **90/2015** (ECLI:IT:COST:2015:90)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **CRISCUOLO** - Redattore: **GROSSI**
Udienza Pubblica del **28/04/2015**; Decisione del **29/04/2015**
Deposito del **26/05/2015**; Pubblicazione in G. U. **03/06/2015**
Norme impugnate: Art. 53, c. 7°, del decreto legislativo 30/03/2001, n. 165.
Massime: **38383**
Atti decisi: **ord. 126 e 188/2014**

ORDINANZA N. 90

ANNO 2015

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Alessandro CRISCUOLO; Giudici : Giuseppe FRIGO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), promossi dal Tribunale ordinario di Bergamo con ordinanza del 27 febbraio 2014 e dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia con ordinanza del 10 luglio 2014, rispettivamente iscritte ai nn. 126 e 188 del registro ordinanze 2014 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 35 e 46, prima serie speciale, dell'anno 2014.

Visti gli atti di costituzione di M.T. ed altri, nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 28 aprile 2015 e nella camera di consiglio del 29 aprile 2015 il Giudice relatore Paolo Grossi;

uditi nella stessa udienza pubblica del 28 aprile 2015 l'avvocato Goffredo Gobbi per M.T. ed altri e l'avvocato dello Stato Vincenzo Rago per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che, con ordinanza del 27 febbraio 2014, il Tribunale ordinario di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, 4, 23, 24, 36, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche);

che il giudice rimettente premette di essere stato investito dal ricorso proposto da alcuni infermieri professionali dipendenti dell'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, con il quale gli stessi chiedono accertarsi che l'Azienda medesima non ha il diritto di pretendere, in base alla disposizione oggetto di censura, il versamento delle somme da essi percepite per prestazioni infermieristiche svolte presso terzi al di fuori dell'orario di lavoro ma «senza premurarsi di ottenere la previa autorizzazione» dell'amministrazione di appartenenza;

che il rimettente sottolinea come l'amministrazione ospedaliera, dopo aver comminato le sanzioni disciplinari reputate adeguate ed aver iniziato ad esigere ratealmente le somme pretese, non ha mancato di puntualizzare, nei provvedimenti disciplinari, che «ciascuno dei dipendenti sanzionati aveva mantenuto un elevato standard qualitativo nello svolgimento del servizio, che lo svolgimento dell'attività lavorativa esterna non aveva recato danni all'azienda in relazione all'organizzazione del lavoro […], che lo svolgimento dell'attività lavorativa esterna non aveva pregiudicato il principio di imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa ed infine che non vi era stato alcun nocumento all'immagine aziendale»;

che il Tribunale reputa incontestabile l'obbligo per i pubblici dipendenti di osservare il principio di esclusività del rapporto di pubblico impiego, che trova fondamento nell'art. 98, primo comma, Cost., e considera altrettanto ovvio che la trasgressione del dovere di chiedere l'autorizzazione integri – secondo la stessa norma denunciata – un comportamento censurabile sul piano disciplinare;

che l'obbligo, tuttavia, di restituire all'amministrazione i compensi percepiti in assenza di autorizzazione sarebbe in contrasto, anzitutto, con l'art. 36 Cost., trattandosi di attività lavorativa lecita nell'ordinamento generale e correlato ad una violazione meramente formale, in quanto priva di connessione rispetto ad un eventuale danno per la pubblica amministrazione, sul piano della organizzazione e del buon andamento dell'azione amministrativa;

che sarebbe, altresì, violato l'art. 3 Cost., risultando previsto uno stesso trattamento sanzionatorio (restituzione dell'intero compenso) tanto per chi abbia effettivamente violato il dovere di fedeltà ed esclusività (ad esempio in caso di attività incompatibili), quanto per chi tali doveri non abbia concretamente violato (ad esempio per attività che non interferisca con quella di ufficio), tenuto anche conto, a proposito di incompatibilità, del progressivo delinearsi, nel «diritto vivente della Costituzione», di un concetto «più flessibile» di esclusività;

che violato sarebbe pure il «principio costituzionale di proporzionalità e modulazione delle sanzioni (artt. 1-2-3 Cost.)»;

che l'automatismo di cui alla previsione censurata impedirebbe, infatti, di bilanciare il bene

preservato (esclusività del servizio in favore dell'amministrazione) con il valore costituzionale del lavoro, inteso quale strumento che concorre al progresso della società (art. 4 Cost.), pure se prestato da un dipendente pubblico fuori dell'orario di lavoro, tanto più in quanto «Il lavoro svolto nel caso concreto non era immorale, degradante o disonesto» e «non comportava dispersione di competenze o di segreti professionali, né svilimento della funzione svolta in principalità per la P.A.»;

che «il principio del necessario bilanciamento degli interessi in gioco e dei valori» sarebbe «sotteso dall'ordinamento costituzionale a tutti i procedimenti e provvedimenti sanzionatori (penali, amministrativi e privatistici)», cosicché al recupero delle somme sarebbe da riconnettere, accanto ad una funzione «general-preventiva tipica della punizione», anche una «funzione individuale di punire l'effrazione in concreto (funzione individuale-successiva)»;

che dunque la sanzione automatica, svincolata dal principio di proporzionalità, risulterebbe in contrasto con gli artt. 2, 3, 23 e 24 Cost.;

che, inoltre, prescindendosi da qualsiasi profilo di danno, l'amministrazione verrebbe di fatto a conseguire un ingiustificato arricchimento, «di dubbia compatibilità con il principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.»;

che l'automaticità della sanzione non sarebbe, infatti, compatibile con il «concetto di buon andamento della P.A.», inteso quale «principio di democraticità dell'operato della P.A.», postulando questo un'adeguatezza nell'esercizio del potere amministrativo sia rispetto ai benefici per la collettività sia anche al principio del minor sacrificio per le posizioni giuridiche dei destinatari;

che hanno depositato memoria di costituzione i dipendenti pubblici parti nel giudizio a quo, chiedendo l'accoglimento della questione;

che la previsione censurata determinerebbe un'illogica duplicazione, al di là del piano disciplinare, di conseguenze derivanti da un unico comportamento, senza collegamento con la gravità dell'inadempimento e con la sussistenza di un danno nonché con il profilo psicologico degli inadempienti;

che, d'altra parte, la norma denunciata contrasterebbe, oltre che con il principio di ragionevolezza, con i princìpi di adeguatezza e proporzionalità dei trattamenti sanzionatori, anche per la sostanziale assenza di un diritto al ricorso effettivo ad un giudice, imposto dall'art. 24 della Costituzione e dagli artt. 47 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, evidenziandosi, peraltro, una disparità di trattamento tra personale medico – la cui attività libero-professionale non richiederebbe autorizzazione – e personale infermieristico;

che è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha chiesto dichiararsi inammissibile e infondata la questione proposta;

che l'art. 36 Cost. non verrebbe in discorso, dal momento che la norma denunciata non esclude il diritto del dipendente al compenso;

che neppure sarebbe violato l'art. 3 Cost., in quanto si comparerebbero fra loro situazioni diverse, quali quella del dipendente che ha chiesto e ottenuto l'autorizzazione allo svolgimento della attività presso terzi e del dipendente che, invece, tale autorizzazione non ha provveduto a chiedere;

che l'automatismo della sanzione sarebbe, poi, in linea con la circostanza che «l'entità del compenso percepito dal dipendente per lo svolgimento dell'attività non autorizzata è

immediatamente rappresentativa dell'entità quantitativa e qualitativa dell'impegno richiesto e, dunque, della rilevanza dell'autorizzazione non richiesta» e, infine, della gravità della violazione addebitabile;

che non risulterebbero poi comprensibili «le ragioni di incompatibilità» della lamentata ipotesi di ingiustificato arricchimento della pubblica amministrazione, considerato che un rafforzamento del divieto di attività non autorizzate costituirebbe, piuttosto, «un ulteriore disincentivo a tale condotta»;

che, con ordinanza del 10 luglio 2014, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia ha sollevato anch'esso, in riferimento all'art. 36, primo comma, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001;

che il giudizio principale è stato instaurato su ricorso di un ufficiale pilota dell'aeronautica militare, il quale, durante un periodo di congedo straordinario senza assegni concessogli dall'amministrazione, aveva svolto, senza autorizzazione, attività lavorativa retribuita quale pilota di elicotteri presso una società spagnola, e che, successivamente, ripreso il proprio servizio, si era visto richiedere le somme percepite a titolo di compenso;

che la previsione di cui all'art. 36 Cost., secondo la quale al lavoratore spetta, "in ogni caso", una retribuzione sufficiente ai bisogni propri e della propria famiglia, dovrebbe «ritenersi una norma precettiva e di immediata applicazione», imponendo la tutela del lavoratore anche nel caso di rapporto illegittimamente conseguito o radicalmente nullo o di mero fatto;

che, nel prevedere la restituzione integrale della retribuzione, la norma censurata priverebbe «il lavoratore e la famiglia dei mezzi di sussistenza necessari», risultando, invece, conforme ai princìpi costituzionali «la restituzione della sola parte eccedente gli emolumenti che il dipendente avrebbe percepito nell'ambito del rapporto di impiego con l'Amministrazione di appartenenza, al fine di sanzionare in tal modo l'indebita locupletazione che il lavoratore si sarebbe illegittimamente procurato, svolgendo un'attività lavorativa non autorizzata e in violazione degli obblighi assunti»;

che è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, la quale ha chiesto dichiararsi inammissibile e infondata la questione proposta;

che il d.lgs. n. 165 del 2001 non si applicherebbe al personale delle Forze armate, sottoposto alla disciplina dettata dal relativo ordinamento;

che il giudice a quo avrebbe, quindi, dovuto prendere in considerazione il decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), il quale, all'art. 901, regola l'aspettativa per motivi privati, facendo salve le eventuali disposizioni speciali adottate in sede di concertazione con i rappresentanti del personale;

che, d'altra parte, l'art. 18, comma 2, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro) espressamente prevede che ai dipendenti collocati in aspettativa senza assegni non siano applicabili le incompatibilità di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001;

che si imporrebbe, dunque, la restituzione degli atti al giudice rimettente, «affinché provveda a prendere in compiuta considerazione tutti gli elementi desumibili dal quadro normativo applicabile nella materia».

Considerato che il Tribunale ordinario di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, solleva, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, 4, 23, 24, 36, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche);

che, a parere del Tribunale rimettente, tale disciplina, imponendo al «dipendente pubblico l'obbligo di restituire automaticamente all'Amministrazione di appartenenza i compensi percepiti per incarichi extraistituzionali privi della prescritta autorizzazione», si porrebbe in contrasto anzitutto con l'art. 36, primo comma, Cost., «che prevede il diritto alla retribuzione per il lavoro prestato, conformandone la misura», trattandosi di compensi «che pure derivano da attività lavorativa lecita nell'ordinamento generale, seppure non autorizzata dalla P.A.» e risultando la sanzione correlata ad una violazione meramente formale, in quanto priva di connessione rispetto ad un eventuale danno per la pubblica amministrazione, sul piano della organizzazione e del buon andamento dell'azione amministrativa;

che vulnerati sarebbero anche gli artt. 1, 2 e 3 Cost., in quanto l'automatismo della previsione censurata contrasterebbe con il «principio costituzionale di proporzionalità e modulazione delle sanzioni»;

che, in particolare, la sanzione automatica, «svincolata da un principio di proporzione con la gravità del fatto concreto, con il suo disvalore oggettivo e con il grado di colpevolezza soggettiva», contrasterebbe con «il principio del bilanciamento degli interessi che trova il suo puntello costituzionale negli artt. 2, 3, 23, 24 Cost.»;

che, ancora, risulterebbe violato l'art. 97 Cost., giacché, prescindendosi totalmente dall'apprezzamento del danno per la pubblica amministrazione, si determinerebbe, per essa, un ingiustificato arricchimento, di dubbia compatibilità con il principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione;

che, infine, vi sarebbe violazione degli artt. 1, 2, 3 (e 4) Cost., in quanto la normativa censurata apparirebbe in contrasto con il «principio di democraticità dell'operato della P.A.», dovendosi questa, prima di operare, «prefigurarsi le conseguenze della propria azione non solo in termini di beneficio per la collettività, ma anche negli esiti pregiudizievoli che essa potrà comportare per le posizioni giuridiche dei soggetti destinatari, all'uopo adottando le soluzioni migliori nel caso concreto alla luce di un principio di democrazia e giustizia»;

che si sono costituiti in giudizio i dipendenti pubblici parti nel giudizio a quo, chiedendo l'accoglimento della questione;

che è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha chiesto dichiararsi inammissibile e infondata la questione proposta;

che una questione sostanzialmente identica è stata sollevata anche dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, il quale reputa che l'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 sia in contrasto con l'art. 36, primo comma, Cost., in quanto, nel prevedere la restituzione integrale della retribuzione, «priverebbe il lavoratore e la famiglia dei mezzi di sussistenza necessari», mentre apparirebbe, viceversa, conforme ai princìpi costituzionali «la restituzione della sola parte eccedente gli emolumenti che il dipendente avrebbe percepito nell'ambito del rapporto di impiego con l'Amministrazione di appartenenza, al fine di sanzionare in tal modo l'indebita locupletazione che il lavoratore si sarebbe illegittimamente procurato, svolgendo un'attività lavorativa non autorizzata e in violazione degli obblighi assunti»;

che nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha chiesto dichiararsi inammissibile e infondata la questione proposta;

che i giudizi, avendo ad oggetto la medesima questione, vanno riuniti per essere definiti con un'unica pronuncia;

che la questione deve essere dichiarata manifestamente inammissibile, in quanto entrambi i giudici rimettenti, trascurando di compiere una esauriente ricognizione del contesto regolativo di riferimento, hanno completamente omesso di esaminare e di risolvere motivatamente il problema relativo alla sussistenza della rispettiva giurisdizione in ordine alla specifica domanda a ciascuno devoluta;

che, infatti, il comma 7-bis dello stesso art. 53 del d.lgs. 165 del 2001, come introdotto dall'art. 1, comma 42, lettera d), della legge 6 novembre 2012, n. 190 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), stabilisce che «L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti»;

che, del resto, le sezioni unite civili della Corte di cassazione, pronunciandosi su ricorsi per regolamento di giurisdizione, avevano, in precedenza, con ordinanza del 2 novembre 2011, n. 22688, avuto modo di affermare che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa di un soggetto che, legato all'amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, causi un danno con azioni od omissioni connesse alla violazione non soltanto dei doveri tipici delle funzioni concretamente svolte, ma anche di quelli ad esse strumentali, attinendo al merito e, dunque, ai limiti interni della potestas iudicandi, ogni questione attinente al tipo e all'ammontare del danno stesso diverso da quello all'immagine;

che, dunque, i giudici a quibus hanno, in particolare, omesso di indicare le ragioni per le quali ciascuno di essi implicitamente esclude che la disciplina di cui al richiamato comma 7-bis possa trovare applicazione alle vicende di cui ai giudizi loro devoluti, le quali, per di più, apparendo del tutto analoghe anche sotto il profilo della normativa applicabile, risulterebbero tuttavia contemporaneamente attribuite sia alla giurisdizione ordinaria sia a quella amministrativa;

che, accanto a ciò, la questione proposta dal TAR Puglia va dichiarata manifestamente inammissibile anche per carente motivazione sulla rilevanza, avendo il giudice rimettente insufficientemente descritto le circostanze di fatto di cui al giudizio a quo, relative alla situazione di un ufficiale pilota dell'aeronautica militare collocato in aspettativa;

che, d'altra parte, questo giudice rimettente non ha mostrato di tenere, in alcun modo, conto di quanto specificamente previsto sia dallo stesso art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 – il quale, al comma 6, lettera e), esclude dalla disciplina sanzionatoria, tra gli altri, proprio i compensi derivanti «da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo» –; sia, come eccepito dall'Avvocatura generale dello Stato, dall'art. 18, comma 2, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro) – secondo cui nel periodo dell'aspettativa «non si applicano le disposizioni in tema di incompatibilità di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni» –; sia, infine, eventualmente, dall'art. 901 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), che disciplina l'aspettativa per motivi privati, prevedendo l'interruzione della retribuzione e dell'anzianità di

servizio.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), sollevata, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, 4, 23, 24, 36, primo comma, e 97, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Bergamo e, in riferimento all'art. 36, primo comma, dal Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, con le ordinanze descritte in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 29 aprile 2015.

F.to:

Alessandro CRISCUOLO, Presidente

Paolo GROSSI, Redattore

Gabriella Paola MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 26 maggio 2015.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Gabriella Paola MELATTI

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.