

Corte Conti, Sez. Giurisd. Lombardia, 5.11.2014, n. 216

Materia: Danno erariale per violata esclusività pubblico impiego

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI SEZIONE GIURISDIZIONALE LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

Claudio GALTIERI	Presidente
Vito TENORE	Magistrato rel.
Eugenio MADEO	Magistrato

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità, ad istanza della Procura Regionale, iscritto al numero 27986 del registro di segreteria, nei confronti di:

B. D., nt.a omissis il omissis, cf omissis, residente a omissis, via omissis n.26, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto De Vito del foro di Monza ed elettivamente domiciliata in Milano, via Finocchiaro Aprile 12, presso lo studio dell'avv. Paolo Pizza;

letta la citazione in giudizio ed esaminati gli altri atti e documenti fascicolati;

richiamata la determinazione presidenziale con la quale è stata fissata l'udienza per la trattazione del giudizio;

ascoltata, nell'odierna udienza pubblica del 22 ottobre 2014, la relazione del Magistrato designato prof. Vito Tenore e uditi gli interventi del Pubblico Ministero nella persona del Sost. Procuratore Generale dr. Fabrizio Cerioni, e dell'avv. De Vito per la convenuta;

viste le leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20 dicembre 1996, n. 639.

FATTO

1. Con atto di citazione depositato il 16.1.2014, la Procura regionale citava in giudizio D. B., dipendente dell'azienda Ospedaliera "Ospedale di San Gerardo" di Monza (ortottista) all'epoca dei fatti di causa, esponendo quanto segue:

A) che, con esposto 18.1.2013 prot. 952, il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera cennata aveva segnalato alla Procura Regionale di questa Corte un possibile danno erariale arrecato dalla dipendente D. B., per aver svolto, senza l'autorizzazione prescritta dall'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001, attività retribuita presso terzi dal 2001 al 2010;

B) che, a seguito di verifiche svolte (ex art.1, co.56-65, l. n.662 del 1996 e ex art.53 e 60, d.lgs. n.165 del 2001) tramite la Guardia di Finanza di Monza da parte del Nucleo Speciale Spesa pubblica e Repressione Frodi Comunitarie (v. relazione 16.5.2011 prot.0337480/11) agli atti, era emerso l'espletamento da parte della B. di dette attività presso sette persone fisiche (singoli medici) e giuridiche (centri medici) indicate a pag.2 della citazione da intendersi qui trascritta;

C) che gli importi percepiti dalla B. per dette non autorizzate attività era pari ad euro 56.856,00, erogati dai suddetti sette soggetti secondo i riparti indicati dalla istante Procura alle pagg.3-4 della citazione da intendersi qui trascritte;

D) che la dipendente aveva pacificamente riconosciuto la percezione di dette somme sia in sede di assunzione di sommarie informazioni da parte della Polizia Tributaria (v. relaz.16.5.2011 GdF cit.), sia in sede disciplinare (nota B. 7.10.2010 prot.0017493 di replica alla contestazione degli addebiti e nota 14.11.2013 di richiesta di accordo sulle modalità rimborso), come documentato dalla istante Procura;

E) che, in ottemperanza all'art.53, co.7, d.lgs. n.165, l'Azienda Ospedaliera aveva intimato alla B. di versare la somma di euro 56.856,00, corrispondente agli introiti extralavorativi *contra legem*, alle casse dell'ente;

F) che la B., con nota 24.2.2012 del suo avvocato Roberto De Vito, pur formulando talune eccezioni di buona fede, di parziale prescrizione e di recuperabilità del solo netto percepito, si era mostrata disponibile ad un accordo per un parziale recupero, tuttavia mai intervenuto;

G) che, a fronte dell'invito a dedurre 19.11.2013 notificato alla B., la stessa aveva invocato la parziale prescrizione del credito e la reclamabilità dell'importo al netto delle imposte pagate, ma che tali rilievi non avevano escluso l'ipotizzato danno;

H) che la condotta della B. si poneva in evidente contrasto con l'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001 (applicabile al personale sanitario ex art.3-bis, co.14, d.lgs. n.502 del 1992) attuativo dell'art.98 cost. e del dovere di esclusività ivi sancito per i pubblici dipendenti e che il credito non poteva ritenersi parzialmente prescritto alla luce dell'art.2935 c.c., essendo i fatti all'origine dell'azionata pretesa stati occultati alla PA e scoperti solo a seguito di riscontri della GdF.

Tutto ciò premesso, la attrice Procura chiedeva la condanna della convenuta al pagamento della somma di euro 56.856,00 oltre accessori e spese di lite.

2. Si costituiva la sig.ra B., difesa dall'avv. De Vito, eccependo:

A) che l'art. 53, co. 7 del d.lgs. 165/2001, posto alla base della pretesa pecuniaria attorea, è attualmente sottoposto a vaglio di legittimità costituzionale, come da procedimento pendente dinanzi alla Corte Costituzionale, Reg. Ord. N. 242 del 2013, pubblicato su Gazzetta Ufficiale del 13 novembre 2013 n. 43, remittente TAR Puglia, Sezione di Lecce, in data 30 maggio 2013: pertanto il giudizio attuale andrebbe sospeso;

B) che detta norma avrebbe ideato una sanzione espropriativa *sui generis*, che non trova precedenti, quanto a conseguenze, né nell'ordinamento civilistico, né in quello amministrativo ed avente natura penale attraverso l'applicazione di due parametri: a) la natura dell'illecito; b) la gravità della sanzione, avendo riguardo al suo modo di atteggiarsi *in concreto* (CEDU 21 febbraio 1984, Ozturk c/ Germania, CEDU 28 ottobre 1999, Escoubet c/ Belgio), assimilabile all'istituto della confisca, e, dunque, precetto penale in violazione del principio di legalità ex art. 1 c.p. ed art. 25 della Costituzione; avendo tale sanzione natura prettamente punitiva, e non essendo riconducibile in alcun modo all'inadempimento della prestazione lavorativa dedotta in contratto, la relativa fonte normativa (art.53, co.7, d.lgs. n.165) sarebbe disapplicabile dal giudice;

C) che la norma violerebbe altri principi stabiliti dalla Convenzione Europea: ingiustificata ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), rispetto del principio di legalità (art. 7 CEDU), non arbitrarietà dell'ingerenza dello Stato e giusto equilibrio tra gli interessi generali e la salvaguardia dei diritti dell'individuo (artt. 6 – 8 e 14 CEDU);

D) che gli incarichi non autorizzati non avevano inciso sull'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa della B., lavoratrice esemplare presso l'azienda San Gerardo;

E) che le attività erano state svolte sempre al di fuori dell'orario di lavoro e in buona fede in quanto dall'assunzione in servizio, risalente al 5 marzo 1979, sino al 6 marzo 1997, la convenuta aveva lavorato in regime *part-time* al 50 per cento, poi dal 6 marzo del 1997 sino al 1 novembre 2011 era passata a regime *part-time* al 75 per cento, infine dall'1 novembre 2011 il rapporto era stato trasformato in tempo pieno. Pertanto il mutamento di regime contrattuale dal 50 al 75 per cento di tempo parziale, di poco precedente l'aggravamento normativo del regime di esclusività, che comunque consente il lavoro esterno in caso di *part-time* al 50 per cento, aveva determinato incolpevolmente in errore la convenuta;

F) che le somme reclamate dalla Procura andavano previamente richieste ai soggetti esterni eroganti i compensi alla convenuta, come stabilito dall'art.53, co.7 cit.;

G) che, in via gradata, le prestazioni extralavorative della convenuta si erano svolte in un arco temporale dal 2001 al 2011, con conseguente prescrizione degli importi reclamati dalla attrice Procura nel quinquennio anteriore alla messa in mora dell'Azienda Ospedaliera del 24 gennaio 2012, stante l'inapplicabilità della regola della decorrenza della prescrizione dalla scoperta del fatto in caso di doloso occultamento, in quanto l'espletamento di dette prestazioni extralavorative era noto a diversi medici del San Gerardo (prof.Paolo Arpa, dr.sa Emanuela Bertazzi; sig.ra Paola Palmetti), come documentato dalla stessa Procura in allegato 12 citato dalla difesa della B.;

G) che comunque, in virtù della sentenza n. 3984 della Sezione III del Consiglio di Stato del 4 luglio 2011 (seguita dalla sentenza n. 614 del TAR Lombardia, Sez. IV, del 7 marzo 2013), l'interpretazione dell'art. 53 d.lgs. 165/2001 doveva essere nel senso che la somma da recuperare era quella al netto

delle imposte già corrisposte, ovvero l'importo effettivamente entrato nella sfera patrimoniale del dipendente; pertanto, l'importo di Euro 56.856 reclamato dalla Procura, al netto della ritenuta d'acconto del venti per cento (Euro 11.360), portava ad un ammontare netto di Euro 45.439 ridotto ad € 31.404, a seguito della tassazione sul reddito imponibile. Pertanto, alla luce della eccepita prescrizione quinquennale, considerando gli introiti 2007-2010 percepiti nel solo quinquennio dal 24 gennaio 2007 al 24 gennaio 2012 (data della suddetta messa in mora), detto importo lordo, dedotta la ritenuta, portava ad un netto di Euro 13.960,00, che dopo le imposte sul reddito, aveva portato ad un netto introitato di Euro 13.099,00;

H) che il datore Ospedale San Gerardo non aveva dato adeguata divulgazione dei precetti in materia di incompatibilità ai propri dipendenti, contribuendo così alla concausazione del danno oggetto di causa ed attenuando l'elemento psicologico della B., circostanze da valutare anche in sede di riduzione dell'addebito.

La difesa della convenuta chiedeva dunque, in via principale, disporsi la sospensione del presente giudizio in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale nel procedimento Reg. Ord. N. 242 del 2013, pubblicato su Gazzetta Ufficiale del 13 novembre 2013 n. 43, promosso dal TAR Puglia, Sezione di Lecce in data 30 maggio 2013, stante la non manifesta infondatezza della questione e la rilevanza ai fini della decisione. Nel merito chiedeva il rigetto della domanda previa disapplicazione della norma sanzionatoria dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165, stante il contrasto della predetta con la CEDU evidenziata in narrativa. Sempre nel merito, ma in via gradata, chiedeva il rigetto della domanda in quanto infondata e, in via ulteriormente subordinata, che l'importo reclamato fosse rettificamente rideterminato sulla scorta degli argomenti sviluppati. Chiedeva in via istruttoria prova per testi.

All'udienza del 22 ottobre 2014, udita la relazione del magistrato designato, prof. Vito Tenore, la Procura insisteva nella propria pretesa, non opponendosi ad una quantificazione fondata sul netto percepito, mentre per la convenuta l'avv. De Vito sviluppava i propri argomenti difensivi. Quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La fattispecie al vaglio della Sezione attiene alla pretesa risarcitoria avanzata dalla Procura Regionale nei confronti di una dipendente pubblica che, nell'arco temporale 2001-2010, ha svolto attività retribuita presso terzi senza l'autorizzazione prescritta dall'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001. La norma, nel testo vigente anteriormente all'entrata in vigore dell'art.1, comma 42, della legge 190 del 2012 (c.d. legge anticorruzione) avvenuta il 28 novembre 2012, disponeva: *“I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Con riferimento ai professori universitari a tempo pieno, gli statuti o i regolamenti degli atenei disciplinano i criteri e le procedure per il rilascio dell'autorizzazione nei casi previsti dal presente decreto. 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?

Con l'entrata in vigore della legge anticorruzione il primo inciso è stato completato dalla previsione: *“Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi?”*.

2. Giova premettere, sul piano sistematico, che il rapporto di lavoro con il datore pubblico è storicamente caratterizzato, a differenza di quello privato, dal c.d. regime delle incompatibilità, in base al quale al dipendente pubblico, nei limiti infraprecisati, è preclusa la possibilità di svolgere attività extralavorative. La *ratio* di tale divieto, che permane anche in un sistema “depubblicizzato” a rimarcare la peculiarità dell'impiego presso la p.a., va rinvenuta nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico (*“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”* art.98 cost.), per preservare le energie del lavoratore e per tutelare il buon andamento della p.a., che risulterebbe turbato dall'espletamento da parte di propri dipendenti di attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso tra lavoro, rischio e profitto. Centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico rivestito, implicanti un'attività caratterizzata da intensità, continuità e professionalità, potrebbero turbare la regolarità del servizio o attenuare l'indipendenza del lavoratore pubblico e il prestigio della p.a.

Un simile obbligo di esclusività non è rinvenibile nell'impiego privato, nel quale il codice civile si limita a vietare esclusivamente attività extralavorative del dipendente che si pongano in concorrenza con l'attività del datore (art.2105 c.c.).

Tuttavia, nell'impiego pubblico il divieto di espletare incarichi extraistituzionali non è così assoluto. Difatti, il regime vigente, codificato dall'art.53 del d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, pur individuando, al primo comma, situazioni di incompatibilità assoluta (sancite dagli artt.60 e seguenti del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 per lo svolgimento di attività imprenditoriali, agricole, commerciali, libero-professionali, ed altri lavori pubblici o privati: su tale ipotesi da ultimo C.conti, sez.Sicilia, 24.7.2014 n.927), il cui espletamento porta alla decadenza dall'impiego previa diffida, prevede anche, al comma 7 del cennato art.53, attività occasionali espletabili dal dipendente pubblico previa autorizzazione datoriale ed anche attività “liberalizzate”, ovvero liberamente esercitabili senza previa autorizzazione, in quanto espressive di basilari libertà costituzionali (art.53, co.6, d.lgs. n.165 cit.).

Nel caso in esame non si verte né nella prima ipotesi (attività assolutamente vietate ex art.53, co.1, d.lgs. n.165), stante la saltuarietà e non professionalità dei lavori svolti dalla B., né nella terza (attività liberalizzate ex art.53, co.6), non rientrando le attività svolte dalla convenuta nel *numerus clausus* di quelle che non richiedono autorizzazione.

Pertanto, nella specie, la condotta della B. rientra pacificamente nella seconda tipologia, ovvero tra quelle espletabili (*ergo* non vietate in assoluto) per la loro occasionalità e “non professionalità”, ma previa autorizzazione datoriale.

Tale autorizzazione è prescritta dall’art.53, co.7 al fine di verificare in concreto:

- a) se l’espletamento dell’incarico, già prima della legge n.190 del 2012 (e del d.P.R. n.62 del 2013, che esaltano l’antico e già preesistente problema dei conflitti di interesse) possa ingenerare, anche in via solo ipotetica o potenziale, situazione di conflittualità con gli interessi facenti capo all’amministrazione e, quindi, con le funzioni (ad essi strumentali) assegnate sia al singolo dipendente che alla struttura di appartenenza (problema particolarmente delicato nel comparto Sanità);
- b) la compatibilità del nuovo impegno con i carichi di lavoro del dipendente e della struttura di appartenenza (che dovrà comunque non solo essere svolto fuori dall’orario di lavoro, ma pure compatibilmente con le esigenze di servizio), nonché con le mansioni e posizioni di responsabilità attribuite al dipendente, interpellando eventualmente a tal fine il responsabile dell’ufficio di appartenenza, che dovrà esprimere il proprio parere o assenso circa la concessione dell’autorizzazione richiesta;
- c) la occasionalità o saltuarietà, ovvero non prevalenza della prestazione sull’impegno derivante dall’orario di lavoro ovvero l’impegno complessivo previsto dallo specifico rapporto di lavoro, con riferimento ad un periodo determinato;
- d) la materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di impiego, tenuto conto del fatto che taluni incarichi retribuiti sono caratterizzati da una particolare intensità di impiego;
- e) specificità attinenti alla posizione del dipendente stesso (incarichi già autorizzati in precedenza, assenza di procedimenti disciplinari recenti o note di demerito in relazione all’insufficiente rendimento, livello culturale e professionale del dipendente);
- f) corrispondenza fra il livello di professionalità posseduto dal dipendente e la natura dell’incarico esterno a lui affidato.

Questo generale regime autorizzatorio, a cui sottostanno anche le categorie di pubblici dipendenti non privatizzati (magistrati, militari, polizia, diplomatici, prefetti etc.), ha una evidente e condivisibile *ratio* sia civilistica-lavoristica che pubblicistica: consentire al datore di valutare la compatibilità di tale attività extralavorativa con il corretto e puntuale espletamento, in modo terzo ed imparziale, della prestazione contrattualmente dovuta dal lavoratore alla P.A., in ossequio anche al principio costituzionale di tendenziale esclusività (98 cost.) e di buon andamento ed imparzialità dell’azione amministrativa (art.97 cost.).

Esso opera anche per il personale in *part-time*, come la convenuta, che per ammissione anche del suo legale, dal 5 marzo 1979, sino al 6 marzo 1997 era in *part-time* al 50%, dal 6 marzo 1997 era in *part-time* al 75% e poi dall’1.11.2011 a tempo pieno. Difatti le liberalizzazioni negli incarichi esterni

per il personale in *part-time* (ma solo per quello al 50% della prestazione lavoristica) si sono avute solo con la successiva legge 23 dicembre 1996, n. 662 (non applicabile al periodo in cui la convenuta era in *part-time* sino al 50%), il cui articolo 1, co.56 statuisce che “*le disposizioni di cui all'articolo 58, comma 1, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (oggi art.53, ci.1, d.lgs. n.165 N.D.R.), e successive modificazioni ed integrazioni, nonché le disposizioni di legge e di regolamento che vietano l'iscrizione in albi professionali non si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno*”.

L'inosservanza di tale basilare precetto sulla previa doverosa autorizzazione comporta dunque per tutti i dipendenti, compresi quelli in *part-time*, sia sanzioni disciplinari che la sanzione pecuniaria oggetto del contendere in questa sede. Recita infatti l'art.53, co.7, d.lgs. n.165 che “*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*”.

Soggiunge il novello comma 7-*bis* del d.lgs. n.165 (introdotto dalla l. n.190 del 2012) 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*”: trattasi di norma, quest'ultima, non innovativa ma meramente ricognitiva di un pregresso prevalente indirizzo (Cass., sez.un., 2.11.2011 n.22688) tendente a radicare in capo alla Corte dei Conti la giurisdizione in materia nel termine prescrizione quinquennale, escludendo quella del giudice ordinario propugnata da un minoritario indirizzo giurisprudenziale (C.conti, Sez.Lombardia, 27.1.2012 n.31, riformata in appello da C.conti, Sez.I, 13.3.2014 n.406) sulla base di una qualificazione della pretesa in chiave civilistica-lavoristica.

Si tratta invero di una ipotesi di responsabilità tipica, in cui la sanzione (integrale riversamento di quanto percepito *contra legem*) è predeterminata per legge, ma la stessa soggiace comunque agli altri presupposti del giudizio di responsabilità erariale (*in primis* elemento soggettivo) nonché alla limitazione derivante dalla prescrizione quinquennale. Tale ultima affermazione è in linea con precedenti di questa Corte (Sez. Toscana, 8.9.2014 n.159; Sez. Calabria 10.5.2013 n.161; Sez.I, 13.3.2014 n.406).

3. Ciò chiarito sul piano sistematico, è incontestato che la sig.ra B., per sua stessa ammissione, non abbia mai richiesto al datore alcuna autorizzazione a fronte del pluriennale espletamento di occasionali attività extralavorative. Coerentemente, il datore di lavoro Azienda San Gerardo, in attuazione dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001, ha inflitto in data 13/18.10.2010 la sanzione disciplinare della mera censura ex art. 13, CCNL 2002/2005, così come modificato dall'art. 6 CCNL 2006/2009 (All. 10, convenuta nonché All. 6 attoreo), a fronte di un dato normativo che avrebbe potuto condurre anche al licenziamento. Difatti l'art.1, co.60 e 61 della legge n.662 del 1996 prevede che “*....al personale è fatto divieto di svolgere qualsiasi altra attività di lavoro subordinato o autonomo tranne che la*

*legge o altra fonte normativa ne prevedano l'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione di appartenenza e l'autorizzazione sia stata concessa. La richiesta di autorizzazione inoltrata dal dipendente si intende accolta ove entro trenta giorni dalla presentazione non venga adottato un motivato provvedimento di diniego".*61. *La violazione del divieto di cui al comma 60, la mancata comunicazione di cui al comma 58, nonché le comunicazioni risultate non veritiere anche a seguito di accertamenti ispettivi dell'amministrazione costituiscono giusta causa di recesso per i rapporti di lavoro disciplinati dai contratti collettivi nazionali di lavoro....".*

La difesa della convenuta si duole invece della parallela (e aggiuntiva) reazione ordinamentale prevista per la violazione del sunteggiato regime autorizzatorio, ovvero della sanzione pecuniaria sancita dal medesimo art.53, co.7, secondo cui *"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"*.

La previsione normativa, ad avviso del Collegio (che non condivide la rimessione alla Consulta operata da TAR Puglia, Sezione di Lecce in data 30 maggio 2013), non appare in primo luogo in contrasto con nessun parametro costituzionale: non certo con l'art.36 cost, cui fa riferimento il Tar Puglia, in quanto l'art.53, co.7, nell'imporre la refusione di quanto introitato *contra legem*, non viola affatto il precetto secondo cui «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro», ma regola legittimamente il prevalente buon funzionamento dell'azione pubblica e del leale ed imparziale rapporto tra datore pubblico e suoi dipendenti, in ossequio all'esclusività tendenziale sancita dall'art.98 cost. Né la norma urta con l'art.97 cost., come parimenti adombrato dal Tar Puglia, in quanto, al contrario, ne esalta e concretizza la portata, regolando e sanzionando un profilo lavoristico dell'impiego pubblico proprio in vista del buon andamento e della imparzialità dell'azione pubblica. In buona sostanza, l'aggiunta di una sanzione amministrativa a quella disciplinare rafforza la finalità sottesa all'art.53, co.7 ed all'art.98 cost., ovvero prevenire e reprimere condotte che possono porsi in contrasto con il buon andamento e l'imparzialità della p.a. e dei suoi funzionari.

Pertanto la questione, pur se rilevante, si ritiene manifestamente infondata. Il presente giudizio non va dunque sospeso in attesa del pronunciamento della Corte costituzionale sul punto.

4. Sempre in via preliminare, va disattesa la pur suggestiva prospettazione della accurata difesa della B. circa la disapplicabilità da parte di questa Corte dell'art.53, co.7 cit., in quanto introdurrebbe un precetto ontologicamente penale (una sorta di "confisca" o "sanzione espropriativa" secondo la difesa) non già a fronte di un fatto di reato, ma di una violazione di normativa meramente lavoristica. Ciò violerebbe l'art.1 c.p. e l'art.25 cost. ed urterebbe con indirizzi CEDU sull'illecito ontologicamente penale (secondo canoni comunitari e giurisprudenziali), seppur formalmente amministrativo secondo la legge nazionale, così configurando un precetto da disapplicare da parte del giudicante.

Osserva sul punto la Sezione, anche sulla base dei noti indirizzi CEDU sul complesso distinguo e cumulo tra illecito penale ed illecito amministrativo e sull'approccio ontologico a tale tema, oggetto di un pronunciamento ancor più recente ed accurato rispetto a quelli citati dalla difesa della B. (v. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - Grande Stevens e altri c. Italia), che nel caso in esame l'art.53, co.7 regola un illecito chiaramente amministrativo, non solo formalmente, ma anche ontologicamente. Difatti il diritto punitivo amministrativo, a cui è riconducibile l'art.53, co.7, in generale si differenzia dal diritto penale innanzitutto sul piano del diritto positivo: non sanziona un fatto-reato, non consegue all'accertamento giudiziale di un reato, non produce "effetti penali" non creando uno *status* di condannato fortemente afflittivo della personalità. Inoltre, mentre l'illecito penale (e le relative sanzioni, anche pecuniarie) abbraccia fatti di elevata offensività, l'illecito amministrativo riguarda offese minori di beni (anche costituzionali): orbene è palese ed evidente a chiunque che l'espletamento di una occasionale attività extralavorativa non ha certo elevata offensività, per cui ben si presta ad una mera sanzione amministrativa e non penale, come invece suggestivamente propugnato dalla difesa della convenuta.

Nel rispetto del principio *ne bis in idem*, uno Stato ben può imporre una doppia sanzione (fiscale e penale, amministrativa e penale, amministrativa e disciplinare) per gli stessi fatti purché le misure punitive abbiano diversa natura e diversi fini. Nello stesso pubblico impiego sono assai frequenti, ed anzi crescenti (v. d.lgs. n.165 del 2001; d.lgs. n.150 del 2009; l. n.190 del 2012) le previsioni normative che valorizzano la pluri-illiceità di talune condotte di pubblici dipendenti, che ben possono tradursi, per il medesimo fatto, in illecito penale, disciplinare, civile, amministrativo contabile e, persino, in responsabilità dirigenziale ex art.21, d.lgs. n.165. Tali reazioni ordinamentali sono ben cumulabili tra loro e non sono certo alternative.

Né vengono lesi con tale norma (art.53, co.7 cit.), come sostenuto dalla difesa della convenuta, altri principi stabiliti dalla Convenzione Europea: non vi è alcuna "ingiustificata ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU)", ma una mera regolamentazione di esercizio di alcuni profili della prestazione lavoristica con la PA per preservarne l'integrità ed indipendenza nello svolgere attività in possibile contrasto; non vi è lesione alcuna del "rispetto del principio di legalità (art. 7 CEDU)", essendo la sanzione amministrativa *de qua* rispettosa del principio nella sua formulazione *ex lege*; non vi è infine alcuna "arbitrarietà dell'ingerenza dello Stato e giusto equilibrio tra gli interessi generali e la salvaguardia dei diritti dell'individuo (artt. 6 – 8 e 14 CEDU)", essendo ben ragionevole l'intervento legislativo statale nel bilanciare l'interesse pubblico al buon funzionamento e all'imparzialità della PA con le pretese del lavoratore ad agire in contesti extralavorativi.

Va dunque respinta la richiesta di disapplicazione dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165, in quanto questo non introduce una norma penale, ma una sanzione amministrativa (tra l'altro rispondente ai

doverosi canoni di riserva di legge, tipicità, tassatività, offensività), rafforzativa di quella disciplinare ed avente una ragionevole *ratio* preventiva e dissuasiva.

5. Venendo alle componenti strutturali dell'illecito amministrativo in esame, evidenti, riconosciuti ed incontestati appaiono la condotta ed il danno *ex lege* determinato dalla convenuta. Parimenti sussistente è la colpa grave della B. a fronte del chiaro precetto normativo, un tempo contenuto nell'art.58 del d.lgs. n.29 del 1993 e poi nell'art.53, co.1, d.lgs. n.165 del 2001. La limpida formulazione, unita al noto principio *ignorantia legis non excusat* (nella specie l'ignoranza è ingiustificabile per la chiarezza testuale), rendono ininfluenti le argomentazioni difensive circa la buona fede della convenuta (per mancata divulgazione dei precetti in materia da parte del datore di lavoro, opportuna ma non certo doverosa), o il suo iniziale servizio in *part-time* (parimenti sottoposto al regime autorizzatorio). Né assume rilievo la eccellente resa lavoristica presso l'Azienda San Gerardo della B. durante l'espletamento, in orari extralavorativi, di altre attività, in quanto tale circostanza non ha alcun valore ai fini della previa autorizzazione datoriale, la cui *ratio*, come sopra rimarcato, non attiene solo alla valutazione (*ex ante* e non certo *ex post* come vorrebbe la difesa) sulla fisica compatibilità tra attività lavorativa e extralavorativa, ma anche alla sussistenza di conflitti, anche potenziali, di interesse (che nel comparto Sanità vanno valutati con particolare rigore).

6. Venendo dunque al danno ed alla sua quantificazione, va preliminarmente delimitata temporalmente la pretesa risarcitoria azionata, alla luce della eccepita prescrizione quinquennale.

E' incontestato che le prestazioni extralavorative della convenuta si sono svolte in un arco temporale dal 2001 al 2011.

Ritiene il collegio, ai fini della delimitazione del *quantum* esigibile, che ben possa essere accolta la eccezione di parziale prescrizione degli importi reclamati dalla attrice Procura nel quinquennio anteriore alla messa in mora dell'Azienda Ospedaliera del 24 gennaio 2012.

Difatti, è da ritenere inapplicabile l'opposta regola, propugnata dalla Procura, della decorrenza della prescrizione dalla scoperta del fatto in caso di doloso occultamento (art.1, co.2, l. n.20 del 1994; art.2935 c.c.), in quanto l'espletamento di dette prestazioni extralavorative da parte della B. era noto a diversi medici del San Gerardo (v. dichiarazioni prof.Paolo Arpa, dr.sa Emanuela Bertazzi; sig.ra Paola Palmetti agli atti, evenienze che rendono ininfluyente la prova per testi richiesta dalla difesa della convenuta), come documentato dalla Procura in allegato 12 citato dalla difesa della B.. Soprattutto la conoscenza da parte del superiore gerarchico-capo-struttura della B., prof.Arpa, dal 1970 costantemente in servizio presso il reparto di Oculistica, da un lato rappresenta una "conoscenza dei fatti illeciti" da parte dell'amministrazione (la quale, in virtù dell'immedesimazione organica, agisce tramite suoi dipendenti e dagli stessi apprende notizie di fatti e di illeciti che impongono reazioni ordinamentali), dall'altro è occasione per attivare le reazioni disciplinari e amministrative che l'art.53, co.7 impone.

Aver abdicato a tale doverosa condotta di riscontro e di segnalazione agli uffici disciplinari da parte di un capo-struttura, con la generica e qualunquistica frase “*ne avevo sentito parlare ma non ci ho badato, perché svolgeva scrupolosamente il suo lavoro*” (pag.3 dich.ni prof.Arpa 5.11.2013) esprime condotta ingiustificatamente abulica, in contrasto con elementari obblighi (datoriali) gravanti su un dirigente pubblico, sovente trascurati e che ha come conseguenza il protrarsi della condotta illecita di pubblici dipendenti, come nella specie, e l’insorgere della “conoscenza del fatto dannoso” e del relativo illecito, il cui termine prescrizione ben poteva e doveva dunque essere interrotto tempestivamente e da molto tempo. Non aver fatto a suo tempo doverosi riscontri istruttori interni o segnalazioni alla Guardia di Finanza e non aver messo in mora da subito la B. da parte dei superiori gerarchici a conoscenza dell’espletamento di attività extralavorative, porta fatalmente alla prescrizione della pretesa attorea per i fatti anteriori al quinquennio decorrente alla messa in mora dell’Azienda Ospedaliera del 24 gennaio 2012.

Pertanto alcun occultamento doloso vi è stato da parte della B., in quanto, perchè di occultamento doloso si possa parlare, occorre un comportamento che, pur se può comprendere la causazione del fatto dannoso, deve tuttavia includere atti specificamente volti a prevenire il disvelamento di un danno ancora *in fieri* oppure a nascondere un danno ormai prodotto (C.conti, sez.Liguria, 2 luglio 2014 n.85; id., sez.Lombardia, 29 gennaio 2014 n.23; id., sez. III n. 830/2012; Sez. I n. 85/2012; Sez. Sicilia n. 1/2012; sez. II n. 27/2009; sez. III n. 32/2002; sez.I, n. 40/2009; sez.III n. 474 del 2006, sez. Liguria 11.6.2009, n. 287; Sez.Veneto, 7.7.2005, n. 992; sez. Lombardia, 12.12.2005, n. 728). In sintesi, l’occultamento doloso del danno non può considerarsi provato dal solo silenzio serbato dal dipendente sulle attività extralavorative prestate.

7. Ciò chiarito, l’importo introitato *contra legem* dalla convenuta, e che andava riversato all’amministrazione ex art.53, co.7, d.lgs. n.165, va dunque ridotto rispetto agli euro 56.856,00 lordi indicati dalla Procura, alla luce della parziale prescrizione del credito e della doverosa tassazione degli introiti.

Circa il suo computo al netto o al lordo della tassazione, ritiene il Collegio, in consapevole contrasto con minoritari indirizzi di questa Corte (sez.Campania n.14 del 14 gennaio 2010; sez.Liguria n.50 del 29 marzo 2013; sez.Puglia n.1558 del 27 novembre 2013), e in sintonia con un prevalente e più ragionevole indirizzo giurisprudenziale (v. Cons.St., sez.III, 4 luglio 2011 n.3984; Cons.St., sez. VI, 2 marzo 2009 n.1164; TAR Lombardia, sez. IV, 7 marzo 2013 n.614; C.conti, sez.III, 27.3.2014 n.167; id., sez.III n.273 del 6 maggio 2014; sez.Toscana, 8.9.2014 n.159; id., sez.Lazio n.897 del 16 dicembre 2013), che l’interpretazione dell’art. 53, co.7 d.lgs. 165/2001 deve essere nel senso che la somma da recuperare è quella al netto delle imposte già corrisposte dalla convenuta a titolo di ritenuta d’acconto, ovvero l’importo effettivamente entrato nella sfera patrimoniale del dipendente, come convenuto anche dal PM in udienza.

Pertanto, all'importo lordo di Euro 56.856 reclamato dalla Procura, va detratta la ritenuta d'acconto del venti per cento operata dall'erogatore.

Tale importo non può essere ulteriormente ridotto ad € 31.404, a seguito della tassazione sul reddito imponibile, come richiesto dalla difesa della convenuta, in quanto non vi è prova certa che tale tassazione, frutto di aliquote crescenti determinate sulla base dei redditi indicati in dichiarazione, sia definitiva (sulla base di possibili verifiche tributarie successive) e che le specifiche trattenute fiscali operate in dichiarazione secondo i predetti scaglioni afferiscano proprio alle somme *de quibus*. In ogni caso la convenuta, ove ritenga, sulla base di questa sentenza dagli effetti restitutori, di aver versato al Fisco, per gli anni tributari pertinenti, somme in più, in quanto derivanti da redditi da lavori extra poi versati al proprio datore ex art.53, co.7, d.lgs. n.165, potrà reclamarne la refusione nelle pertinenti sedi tributarie.

A fronte di tale importo va altresì tenuto conto anche della suddetta eccepita prescrizione quinquennale, considerando così gli introiti del solo quinquennio dal 24 gennaio 2007 al 24 gennaio 2012 (data della cennata messa in mora datoriale). Detto importo lordo, sulla scorta dei conteggi analitici degli importi percepiti annualmente dal 2007 sino al 2010 indicati dalla Guardia di Finanza nella iniziale segnalazione 16.5.2011 (agli atti), conduce ad una somma di Euro 23.468 (da CAM spa di Monza, 2007-2010, euro 15.081; da Monza Medicina srl, 2007-2010, euro 3.045; da dr.ssa Clelia Moretti 2007 euro 135; da dr.Marco Riva, 2009, euro 500; da Centro medico polispecialistico srl, 2007-2010, euro 4.707) dal quale va detratta la ritenuta d'acconto del 20%, così giungendosi ad euro **18.775 netti**.

Peraltro, tenuto conto dell'ineccepibile curriculum professionale, del suo leale riconoscimento della condotta *contra legem*, della qualifica non apicale della B., che può comportare una non adeguata conoscenza della applicazione concreta del regime delle incompatibilità (sul quale la Azienda sanitaria non ha inopportuno svolto attività formativa/divulgativa), nonché della tollerata conoscenza dei suoi impegni extralavorativi da parte dei suoi superiori, l'importo può equitativamente essere ridotto, nell'esercizio ragionevole del potere riduttivo dell'addebito, ad **euro 11.400**, ad oggi già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo.

Alla refusione del predetto danno arrecato all'Azienda Ospedaliera "Ospedale di San Gerardo" di Monza va dunque condannata la convenuta.

La convenuta va altresì condannata al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da dispositivo.

8. Da ultimo osserva il Collegio in ordine alla eccepita doverosa preventiva escussione dei soggetti terzi eroganti compensi extralavorativi alla B., la quale avrebbe dovuto rispondere in questa sede, secondo il proprio difensore, solo in via subordinata, che tale tesi è smentita da una lettura testuale e logica dell'art.53, co.7, d.lgs. n.165. Tale norma va infatti intesa nel senso che il datore-creditore della somma può reclamarla dall'erogatore esterno qualora la stessa non sia stata ancora versata al lavoratore

autore di prestazione non autorizzata, oppure da quest'ultimo se la somma sia stata già corrisposta, come nel caso di specie.

Pertanto, la Sezione ritiene di aderire all'univoco indirizzo secondo cui assume un rilievo dirimente l'avvenuto pagamento o meno delle prestazioni lavorative espletate dal pubblico dipendente, in assenza della prescritta autorizzazione, consentendo in quest'ultimo caso alla Amministrazione di appartenenza di agire direttamente nei confronti del proprio dipendente, avendo questi disatteso l'obbligo di esclusività del rapporto di pubblico impiego (*in terminis* cfr. T.A.R. Lombardia, Milano Sez. IV, 7 marzo 2013 n. 614).

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando:

- rigetta la questione di legittimità costituzionale prospettata dalla difesa della convenuta;
- rigetta la richiesta di ammissione di prova testimoniale formulata dalla difesa della convenuta;
- condanna B. Daniela nt. a Piacenza il 26 febbraio 1956, cf BRGDNL56B66G535L, residente a Monza, via Carlo Meda n.26, al pagamento a favore dell'Azienda Ospedaliera "Ospedale di San Gerardo" di Monza, della somma di euro 11.400,00 (undicimilaquattrocento/00) già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo. Condanna la convenuta al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro

Così deciso in Milano il 5 novembre 2014