

Vito Tenore
(a cura di)

Il Manuale del pubblico impiego privatizzato

IV edizione

Fonti – Assunzioni e concorsi – Sviluppo di carriera
Cause di cessazione – Responsabilità – Forme flessibili
Trattamento economico – Disciplina – Contrattazione collettiva
Incompatibilità – Dirigenza – Controversie di lavoro

Dottrina, giurisprudenza e normativa

*Aggiornato alla riforma Bongiorno (l. 19 giugno 2019, n. 56 e deleghe
sul miglioramento della P.A.), alla Riforma Madia (d.lgs. nn. 74 e 75/2017),
e ai nuovi C.C.N.L. 2016-2018*

Contributi di
Luca Busico, Laura Fantozzi, Maria Gentile, Vito Tenore

Presentazione del Prof. Giovanni Tria

 **EPC**
EDITORE

VII | Responsabilità e incompatibilità nel pubblico impiego

Parte seconda Attività extraistituzionali e incompatibilità per il pubblico dipendente.

SOMMARIO: 1. Le norme in materia di incompatibilità e la loro *ratio* ispiratrice. Le novità dopo la legge Madia. Le incompatibilità assolute. – 2. Le incompatibilità assolute e le conseguenze dell'inosservanza del divieto nel d.P.R. n. 3 del 1957. – 3. Gli incarichi (attività extraistituzionali) autorizzabili dopo la l. n. 190 del 2012: condizioni di legittimità, modalità autorizzatorie e pubblicità. Sanzioni in caso di mancata richiesta di autorizzazione. Gli incarichi conferiti dal datore stesso. – 3.1. Incarichi (vietati) ad *ex* dipendenti cessati dal pubblico impiego (c.d. *pantouflage*). – 4. Gli incarichi (attività extraistituzionali) liberalizzati, ovvero sottratti ad autorizzazione. – 5. Deroghe soggettive al regime delle incompatibilità: il personale in *part-time* c.d. ridotto e i professori universitari e di scuole secondarie.

1. Le norme in materia di incompatibilità e la loro *ratio* ispiratrice. Le novità dopo la legge Madia. Le incompatibilità assolute.

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 commerciali, industriali, imprenditoriali (anche agricole), artigiane⁽¹⁾ e pro-

1. È dunque preclusa l'assunzione di cariche sociali di amministratore, consigliere, sindaco, mentre è invece possibile, senza alcuna autorizzazione, la partecipazione azionaria in società (*in terminis* Circolare 18 luglio 1997 n. 6/1997, Pres. Consiglio-Dip. Funzione Pubblica). La partecipazione in società agricole a conduzione familiare è da ritenere invece possibile, purché l'impegno risulti modesto, non abituale o

fessionali in costanza di rapporto di lavoro con il datore pubblico⁽²⁾.

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’esplicitamento 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.

continuato (Circolare *cit.*) e comunque non via sia una trasformazione industriale dei prodotti agricoli. La partecipazione a cariche sociali in società cooperative, pur in presenza di contrasti giurisprudenziali (valorizzando talune decisioni i profili lucrativi, mentre altre pronunzie hanno valorizzato i profili mutualistici: v. le decisioni citate da PERRINO, in *Foro it.*, 2006, I, 2343), è invece possibile (per tutti i dipendenti pubblici in base all’art. 18 l. 31 gennaio 1992 n. 59 che ha ampliato la possibilità inizialmente riconosciuta ai soli dipendenti statali dall’art. 61, d.P.R. n. 3 del 1957), stante la prevalente finalità mutualistica, quale che sia la natura e l’attività della cooperativa, che spesso ha natura bancaria: in tali ipotesi, la predetta Circolare 6/1997 richiede tuttavia l’autorizzazione della p.a. da rilasciare secondo gli infraprecisati criteri della quantità dell’impegno, delle modalità di svolgimento e delle mansioni svolte per la p.a. da parte dell’interessato. Per verificare la prevalenza di finalità lucrative su finalità mutualistiche nelle cooperative, con riflessi sulla questione in esame, un utile referente è dato dagli artt. 2512 e 2513 cod. civ. (riformulati dal d.lgs n. 6 del 2003)

2. Sulle incompatibilità nel pubblico impiego tra i contributi più recenti v. TENORE, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, 2014, 121 seg.; DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro, commento all’art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001*, n. 165, 1773 ss., Padova, 2013; D’APONTE, *Commento all’art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, P.A., MARESCA, *Il diritto del lavoro, III, Il lavoro pubblico*, Milano, 2011, 873 ss.; D’APONTE, *Lo scioglimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta, in Il lav. nelle p.a.*, 6, 2011, 965 ss.; ROSSI, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi*, in BARILA, LOVO (a cura di), *Il nuovo testo unico sul pubblico impiego*, Milano, 2010, 423 ss.; APICELLA, nota redazionale in *Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico*, in *Giust. civ.*, 2010, n. 10, 2378 ss.; TENORE, ROSSI, TILIA, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l’attività delle prestazioni*, Roma, EPC, 2008; TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente, in Lav nelle p.a.*, 2007, 1097 ss.; PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in CARINCI, ZOPPOLI (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, 2004, 796 ss.; D’APONTE, *Commento all’art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del lavoro, III, Il lavoro pubblico*, Milano, 2004, 543 ss.; GAGLIARDI, *La giurisdizione in materia di pubblico impiego e il regime delle incompatibilità dei dipendenti pubblici*, in *Foro amm.-Cds*, 2004, 2562; PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 2004, 375 ss.; MEZZACAPÒ, Art. 53. *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in AA.VV., *L’impiego pubblico. Commento al d.lgs n. 165 del 2001*, Milano, 2003, 852; NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità ed il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, 152 ss.; PAOLUCCI, Milano, 2000, II, 1617; BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 596; GIUÀ-RISO, *Incompatibilità del pubblico dipendente: l’impossibile quadratura del cerchio*, in *Riv. C. conti*, 1997, 704; CORSO, GIUGLIANO, *Commento all’art. 58 d.lgs. n. 29 del 1993*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI, *La riforma dell’organizzazione dei rapporti di lavoro nelle pp.aa.*, in *N.I. civ. comm.*, 1999, 1405. Vedi anche le osservazioni di PERRINO a Cass., sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967, in *Foro it.*, 2006, I, 2346. Per una ricognizione della giurisprudenza più recente sul tema v. APICELLA, CURCURIUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 226 ss. V. anche i pareri del Dipartimento della Funzione pubblica citati in TENORE, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, 2014.

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 cod. civ.)⁽³⁾; solo in tale evenienza il lavoratore si espone a forme di responsabilità disciplinare (art. 2106 cod. civ.), secondo i consueti criteri di proporzionalità e senza automatismi punitivi e civile, mentre ogni altro “doppio lavoro” è compatibile.

Su tale disciplina delle incompatibilità si innesta in tempi più recenti la legge 6 novembre 2012 n. 190 (c.d. legge anticorruzione) che ha inteso valorizzare, tra l’altro, il *conflict of interest*, reale o potenziale, tra attività istituzionale del pubblico dipendente e suoi eventuali incarichi extralavorativi, normando e dettagliando situazioni di non conferibilità di incarichi (v. d.lgs. 8 aprile 2013 n. 39) e situazioni di astensione per conflitto di interesse (v. d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, art. 7; l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 6-bis).

Ulteriori modifiche sono poi intervenute a seguito della c.d. riforma Madia (l. n. 124 del 2015 e decreti attuativi, soprattutto d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97), recante “*Riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*”, che ha introdotto disposizioni integrative e correttive, incidenti su un duplice ordine di disposizioni:

– gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni (integrando e modificando quanto disciplinato dal decreto legislativo n. 33 del 2013);

– l’inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le amministrazioni pubbliche e presso gli enti privati in controllo pubblico (completando quanto disciplinato dal decreto legislativo n. 39 del 2013).

Al pari della disciplina delle responsabilità (civile, penale e amministrativo-contabile, art. 55, co. 1, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165), quella sulle incompatibilità tra l’impiego pubblico ed altre attività e sui casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici, è stata sottratta (a differenza di quella disciplinare) alla contrattazione collettiva e riservata alla legge, così come disposto dall’art. 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421, richiamato dall’art. 40, comma 1 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165. La norma di legge che nell’attuale regime di pubblico impiego privatizzato sancisce tale obbligo di esclusività va individuata nell’art. 53, co. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (già art. 58 del d.lgs. n. 29 del 1993), secondo il quale “*Resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, salva la deroga prevista dall’articolo 23-bis del presente decreto, nonché, per i rapporti di lavoro a tempo parziale, dall’articolo 6, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 marzo 1989, n. 117 e dall’articolo 1, commi 57 e seguenti della legge 23 dicembre 1996, n. 662*”. Tale norma è richiamata fatalmente dai CCNL 2016-2018.

La norma stabilisce una vera e propria estensione a tutti i dipendenti pubblici⁽⁴⁾,

3. Sugli art. 2105 e 2106 cod. civ. è sufficiente il richiamo a CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, VII ed., 2007, sub art. 2105 e 2106.

4. Salvo quanto si dirà successivamente al par. 5 per il personale in *part-time* e ferme restando le attività autorizzabili e quelle c.d. liberalizzate analizzate nei successivi par. 3 e 4.

contrattualizzati e non (militari, magistrati, diplomatici, prefetti etc.), della disciplina delle incompatibilità dettata dal testo unico degli impiegati civili dello Stato agli artt. 60 e seguenti. La stessa norma, poi, ha fatto salve le disposizioni speciali in materia di incompatibilità già vigenti per il personale docente, direttivo e ispettivo della scuola, per il personale docente dei conservatori di musica, per il personale degli enti lirici e del servizio sanitario nazionale, nonché per i dipendenti pubblici con rapporto di lavoro a tempo parziale, per i quali soltanto è richiamata la disciplina del d.P.C.M. n. 117 del 1989 e della l. n. 662 del 1996. In particolare, per i dipendenti degli enti locali⁶⁵, è stato abrogato dalla l. 8 giugno 1990, n. 142, art. 64, il R.D. 3 marzo 1934, n. 393, art. 241 recante il regime delle incompatibilità, che risulta ora chiaramente riunificato sotto la generale disciplina richiamata.

L'art. 53 citato sancisce dunque per tutti i pubblici dipendenti (centrali e locali, privatizzati e non) l'ultravigenza nell'attuale regime dei dati artt. 60-65 del d.P.R. n. 3 del 1957, secondo i quali:

– Art. 60 (Casi di incompatibilità): *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;*

– art. 61 (Limiti dell'incompatibilità): *Il divieto di cui all'articolo precedente non si applica nei casi di società cooperative. L'impiegato può essere prescelto come perito od arbitro previa autorizzazione del Ministro o del capo ufficio da lui delegato;*

– art. 62 (Partecipazione all'amministrazione di enti e società): *Nei casi stabiliti dalla legge o quando ne sia autorizzato con deliberazione del Consiglio dei Ministri, l'impiegato può partecipare all'amministrazione o far parte di collegi sindacali in società o enti ai quali lo Stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari dell'amministrazione di cui l'impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa;*

– art. 63 (Provvedimenti per casi di incompatibilità): *L'impiegato che contravenga ai divieti posti dagli artt. 60 e 62 viene diffidato dal Ministro o dal direttore generale competente, a cessare dalla situazione di incompatibilità. La circostanza che l'impiegato abbia obbedito alla diffida non preclude l'eventuale azione disciplinare. Decorsi quindici giorni dalla diffida, senza che l'incompatibilità sia cessata, l'impiegato decade dall'impiego. La decadenza è dichiarata con decreto del Ministro competente, sentito il Consiglio di amministrazione;*

– art. 64 (Denuncia dei casi di incompatibilità): *Il capo del servizio è tenuto a denunciare al Ministro o all'impiegato da questi delegato i casi di incompatibilità dei quali sia venuto comunque a conoscenza.*

– art. 65 (Divieto di cumulo di impieghi pubblici).

Gli impieghi pubblici non sono cumulabili, salvo le eccezioni stabilite da leggi speciali.

5. Per una fattispecie riguardante dipendente di ente locale v. Cass., sez. lav., 12 ottobre 2012 n. 17437, in *Il lav. nelle p.a.*, 2012, f. 5, 903; id., 12 aprile 2010 n. 8642, in *Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico* a cura di APICELLA, in *Giust. civ.*, 2010, fasc. 10, 2347.

I capi di ufficio, di istituti o di aziende e stabilimenti pubblici sono tenuti, sotto la loro personale responsabilità, a riferire al Ministro competente, il quale ne dà notizia alla Corte dei conti, i casi di cumulo di impieghi riguardanti il dipendente personale.

L'assunzione di altro impiego nei casi in cui la legge non consente il cumulo importa di diritto la cessazione dall'impiego precedente, salva la concessione del trattamento di quiescenza eventualmente spettante, ai sensi dell'art. 125, alla data di assunzione del nuovo impiego.

Tale risalente complesso normativo è stato oggetto di una ampia produzione giurisprudenziale che ha delimitato la portata del divieto e, quindi, dei rilevanti riflessi (decadenza) derivanti dalla sua inosservanza, chiarendo che il “secondo impiego” deve presentare connotati di subordinazione (salvo attività libero-professionali), continuatività (ergo non saltuarietà) e professionalità, nonché un adeguato ritorno lucrativo⁶⁶. Possono dunque ritenersi vietate le attività industriali, commerciali, artigiane, agricole e professionali svolte in modo continuativo o assumendo cariche sociali (la mera titolarità di azioni con conseguente acquisizione dello status di socio è ovviamente compatibile⁶⁷). Deve ritenersi parimenti vietato il cumulo di rapporti di lavoro alle dipendenze di un privato o di altro datore pubblico.

La ordinarietà dell'espletamento di tali attività dà luogo a decadenza, mentre la occasionalità di tali attività imprenditoriali, pur non dando luogo a decadenza, deve comunque essere oggetto di autorizzazione di seguito analizzata, pena la comminazione di sanzioni disciplinari.

Indice sintomatico per eccellenza della non occasionalità, ma della non consentita stabilità dell'attività extralavorativa, è dato dalla apertura di partita IVA: in tale evenienza si refluisce nel regime dei divieti assoluti qualora venga accertato l'effettivo utilizzo della stessa per attività autonome svolte con continuità e professionalità. Più difficile (ma non impossibile) da accertare è l'espletamento “subdolo” di attività consenziali intense e reiterate nel tempo che diventano di fatto (e di diritto) attività professionali, precluse a pubblici dipendenti, compresi professori universitari a tempo pieno (o primari ospedalieri in regime intramoenia) a cui la normativa consente solo attività realmente consenziali (ergo occasionali).

66. Per una vasta ricognizione degli indirizzi giurisprudenziali sul punto si rinvia a TENORE, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti*, cit., 154 e a PERRINO, *osservazioni* a Cass., sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967, in *Foro it.*, 2006, I, 2346. *Ex pluribus*: TAR Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2002, n. 389, in *Foro amm.* TAR, 2002, 202, secondo cui perché possa darsi luogo alla decadenza dal rapporto di pubblico impiego per incompatibilità, ai sensi dell'art. 60 t.u. 10 gennaio 1957 n. 3, occorre che il dipendente espletati altra attività per conto di terzi con rapporto continuativo e subordinato di tale rilevanza da costituire violazione del vincolo di esclusività e di lealtà che caratterizza l'impiego pubblico.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 60 e 61 t.u. imp. civ. St. 18, l. 31 gennaio 1992 n. 59, 58 d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, e della disciplina dettata dal d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, è illegittimo il diniego, opposto al proprio dipendente dall'amministrazione finanziaria, di autorizzazione a svolgere l'attività di consigliere di amministrazione presso la Banca di credito cooperativo considerato che il divieto di cui all'art. 60, cit. (incompatibilità dello “status” di pubblico dipendente con lo svolgimento di attività imprenditoriali) non si applica nel caso di società cooperative anche se allo scopo mutualistico di queste si vada ad aggiungere lo scopo di lucro: così TAR Veneto, Venezia, sez. I, 26 gennaio 1999, n. 35, in *Foro Ammi.*, 1999, 2215.

7. V. nota 1.

La più recente giurisprudenza della Cassazione⁽⁸⁾ ha invece ritenuto abrogata (ex art. 12 disp. prel. al cod. civ.) dal predetto art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001 la previgente regolamentazione in materia di incompatibilità contenuta nei commi 60 e 61 dell'art. 1, l. 23 dicembre 1996 n. 662, facendo salva di tale normativa le sole previsioni afferenti le deroghe alle incompatibilità per il personale in *part-time*. L'approdo della Suprema Corte è rilevante sul piano sanzionatorio e procedurale, come si vedrà nel successivo paragrafo.

Nel contempo la Suprema Corte, nel ribadire più volte il divieto di iscrizione in albi professionali⁽⁹⁾ (salvo quanto si dirà per il personale in *part-time* ridotto) per i pubblici dipendenti, ha però fatto salve, quali deroghe al divieto (in aggiunta a quelle, per l'albo degli avvocati, concernenti professori universitari e di scuole superiori ex art. 3, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578), alcune ipotesi previste in leggi settoriali ed ordinamenti peculiari⁽¹⁰⁾, come oggi ribadito dall'art. 53, co. 6, d.lgs. n. 165 del 2001. Tuttavia l'art. 1, co. 56-bis, l. n. 662 del 1996 stabilisce che ai dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitano attività professionale non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche; gli stessi dipendenti non possono assumere il patrocinio "in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione".

Va precisato che la mera iscrizione in un albo professionale non è oggetto di divieto da parte delle norme contenute nell'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001 e nell'art. 60 del t.u. n. 3 del 1957 (che regolano il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici), essen-

8. V. Cass. n. 967 del 2006 citata nella precedente nota 6.

9. La posizione di dipendente comunale a tempo pieno è incompatibile con l'iscrizione nell'albo dei geometri. L'autorizzazione data in proposito dalla Giunta comunale non supera il divieto di iscrizione nell'albo, atteso che l'art. 58 d.lgs. n. 29 del 1993 prevede che le pubbliche amministrazioni possano autorizzare i propri dipendenti all'esercizio di incarichi, ma questi non possono confondersi con l'esercizio di un'attività professionale e con l'iscrizione nel relativo albo, per cui sussiste il generale divieto posto dal comma 1 dello stesso art. 58; così Cass., sez. III, 30 luglio 2001, n. 10397, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1503. *In terminis* Cass., sez. lav., 4 novembre 2003 n. 16555, e *id.*, sez. un., 2 aprile 1998 n. 3386, entrambe in APICELLA, CURCURIUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 227 ss.; *id.*, sez. III, 9 febbraio 2000, n. 1439, *Giust. civ. Mass.*, 2000, 282.

10. "Il divieto di iscrizione all'albo professionale dei geometri che siano impiegati dello Stato o di altre pubbliche amministrazioni, posto dall'art. 7 r.d. 11 febbraio 1929 n. 274, opera, nei confronti dei dipendenti degli enti pubblici di cui all'art. 1 della legge n. 75 del 1970, solo quando l'ordinamento degli enti medesimi fissi una preclusione assoluta all'esercizio dell'attività professionale, onde tale divieto non riguarda, i dipendenti di enti il cui ordinamento interno espressamente preveda, a causa del loro inquadramento nel ruolo professionale, l'assunzione di incarichi nell'ambito dei compiti istituzionali dell'ente (alla stregua dell'art. 15, comma 3, della predetta legge n. 70 del 1975), o ai quali sia conferita di volta in volta espressa autorizzazione (art. 20 del d.P.R. n. 509 del 1979), senza che possa in contrario argomentarsi dal disposto dall'art. 58 del d.lgs. n. 80 del 1998, atteso che tale norma, pur sancendo, nel comma 1, per tutti i pubblici dipendenti la regola generale della incompatibilità di cui agli art. 60 ss. del d.P.R. n. 3 del 1957, non ha, tuttavia, abrogato il predetto art. 15 della legge n. 70 del 1975; peraltro, essendo, per quanto sopra detto, il conferimento di incarichi professionali dei dipendenti degli enti pubblici di cui si tratta (nella specie, Inpdap) ammissibile solo in presenza di una disposizione regolamentare, il giudice investito della questione relativa al riconoscimento del diritto alla iscrizione nell'albo professionale non può prescindere dall'esame del regolamento organico del personale, che, costituendo un atto di competenza interna dell'ente, deve essere prodotto in giudizio dall'interessato": così Cass., sez. II, 14 novembre 2001, n. 14169, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1925.

do l'oggetto dei divieti posti da tali disposizioni il concreto esercizio della professione, mentre sono le settoriali leggi dei singoli Ordini professionali che, di regola, pongono un divieto per il pubblico dipendente ad iscriversi allo specifico albo professionale (salvo quelli iscrिवibili in "albo speciale" in quanto esercenti nella p.a. funzioni per le quali è indettabile l'iscrizione: avvocati interni, architetti, ingegneri, medici etc.).

Sul peculiare regime libero-professionale intramurario del personale medico, è sufficiente rinviare a circolari esplicative in materia ed alla giurisprudenza ordinaria (per il profilo disciplinare) e contabile che ha sovente condannato medici in regime *intramoenia* (o accademici a tempo pieno) che in violazione non solo dell'art. 53, d.lgs. n. 165, ma anche del d.lgs. n. 502 del 1992 e della l. n. 448 del 1998, svolgevano di fatto (talvolta in nero) attività libero professionale extramoenia⁽¹¹⁾.

Il divieto posto dall'art. 60, t.u. n. 3 del 1957 di assumere cariche sociali non trova applicazione per le società a partecipazione pubblica (argomentato ex art. 62, t.u. n. 3 del 1957).

Infine, occorre rammentare che l'art. 23-bis del d.lgs. n. 165/2001 consente lo svolgimento a pubblici dipendenti, in deroga ai divieti posti dall'art. 53, di attività, in aspettativa senza assegni, presso strutture pubbliche o private.

Inoltre, altra importante deroga è stabilita dalla l. 4 novembre 2010, n. 183, il cui art. 18 (*Aspettativa*) dispone: *1. I dipendenti pubblici possono essere collocati in aspettativa, senza assegni e senza decorrenza dell'anzianità di servizio, per un periodo massimo di dodici mesi, anche per avviare attività professionali e imprenditoriali. L'aspettativa è concessa dall'amministrazione, tenuto conto delle esigenze organizzative, previo esame della documentazione prodotta dall'interessato.*

2. Nel periodo di cui al comma 1 del presente articolo 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.

3. Resta fermo quanto previsto dall'art. 23-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni.

L'accertamento datoriale di tali attività extralavorative non consentite o non autorizzate può avvenire o tramite richieste alla Guardia di Finanza, oppure tramite

11. V. ad esempio, Circolari INAIL, Dir. Gen. Centrale Risorse Umane, 15 febbraio 2005 n. 9 e 2 dicembre 2005 n. 44. Sul tema CASTIELLO, TENORE, *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018; TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2017. Per un caso di licenziamento, ritenuto proporzionato, di un dirigente medico in regime di esclusiva, v. Trib. Roma, sez. II lav., 14 luglio 2015 n. 74872, X c. Asl Roma D, inedita. Vedasi però Cass., sez. lav., 25 giugno 2015 n. 13158, in *Furo.it.*, 2015, I, 3531, che ha ritenuto (cassando con rinvio) illegittimo il licenziamento, per difetto di proporzionalità, di un infermiere di una azienda ospedaliera che da molti anni prestava occasionalmente, pari a 24 ore mensili, servizio presso centro privato convenzionato in orari diversi da quelli d'ufficio con rituali spostamenti di questi ultimi, nelle ore iniziali (7.30-9.30) senza però prova di un disagio organizzativo per il datore pubblico stante la supplenza di altri colleghi (pressi diffusa in tale "elastico" ente veneto). Sui profili di danno erariale della medesima vicenda v. tra le tante, C. conti, sez. Lombardia, 14 dicembre 2016 n. 214, *id.*, sez. Lombardia, 16 aprile 2015 n. 54; C. conti, sez. Sicilia, 24 luglio 2014 n. 927, tutte in *www.corteconti.it*; *id.*, sez. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216, in *www.textitalia.it*, f. 11, 2014.

chiarimenti (o istanze di accesso ex art. 22 segg. l. n. 241/1990) a soggetti potenzialmente erogatori di incarichi a dipendenti pubblici, oppure, più agevolmente, all'Amministrazione delle Entrate o all'Inps, presso il quale potrebbero essere aperte partite previdenziali (c.d. gestione separata) a favore di dipendenti "incarichisti"⁽¹²⁾. Queste amministrazioni sono tenute a fornire i dati richiesti per doverosa collaborazione istituzionale e in assenza di ostacoli connessi alla tutela della *privacy*, che recede rispetto al prevalente dovere di accertamento e poi sanzionatorio della p.a.: il trattamento di acquisizione dati è dunque legittimo anche presso altri enti ex artt 20 e 112 del d.lgs. n. 196 del 2003.

2. Le incompatibilità assolute e le conseguenze dell'inoservanza del divieto nel d.P.R. n. 3 del 1957.

L'inoservanza del predetto divieto di cui agli art. 60 seg. t.u. n. 3 del 1957 comporta, sul piano procedurale, ex art. 63, t.u. n. 3 del 1957 *cit.*, una previa *diffida* datoriale (oggi da parte della sola dirigenza e non più del vertice politico), non prevista invece per le diverse ipotesi di attività svolte senza autorizzazione comportanti sanzioni disciplinari (cfr. Cass., sez. lav., 7 maggio 2019 n. 11949), volta a far cessare l'incompatibilità e quindi, in caso di inottemperanza alla diffida, la decadenza dall'impiego che, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione⁽¹³⁾, non ha natura disciplinare. Ne consegue, secondo tale indirizzo, che la decadenza, nel caso

12. Il Garante della *privacy*, con provvedimento 24 novembre 2011 n. 450 (in *avviso.garanteprivacy.it*), ha ritenuto che un ente pubblico (nella specie azienda ospedaliera legittimata ex art. 6, c. 1, d.m. 31 luglio 1997), in attuazione dell'art. 1, co. 62, l. n. 662 del 1996, possa richiedere all'Inps, con istanza ex art. 22 segg. l. n. 241 del 1990, informazioni circa la eventuale apertura di posizioni previdenziali di dipendenti dell'ente richiedente nel Casellario dei lavoratori, senza che ciò violi la normativa sulla *privacy*.
In realtà, a nostro avviso, a prescindere dall'art. 22 della l. n. 241 del 1990, è il più generale principio di "leale e solerte collaborazione" tra pubbliche amministrazioni che dovrebbe consentire un pieno e incondizionato accesso al Casellario Inps da parte di datori di lavoro pubblici.

13. Cass., sez. lav., 12 ottobre 2012 n. 17437, in *Il lav. nelle p.a.*, 2012, f. 5, 903; in materia di pubblico impiego, la disciplina dell'incompatibilità prevista dal d.P.R. n. 3 del 1957, art. 60, e segg. - applicabile a tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati e non, a norma del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 53, comma 1, nonché ai dipendenti degli enti locali, in virtù dell'abrogazione, da parte della l. n. 142 del 1990, art. 64, del R.D. n. 393 del 1934, art. 241 - 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 decreto citato, 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 (Cfr.: ex plurimis, Cass., sez. lav., 21 agosto 2009 n. 18608, in *Giust. civ.*, 2010, fasc. 10, 2351; *id.*, sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967, in *Foro amm.*, 2006, I, 2346). L'indirizzo era stato anticipato dalla giurisprudenza amministrativa secondo la quale il provvedimento di decadenza dall'impiego, disciplinato in linea generale dagli artt. 60 e 63 t.u. 10 gennaio 1957 n. 3, non essendo correlato alla violazione di un obbligo derivante dal rapporto di impiego, ma ad una situazione oggettiva di incompatibilità in cui versa il pubblico dipendente, non ha natura disciplinare né contenziosa e non è quindi assimilabile ad un licenziamento disciplinare (quale è, invece, la destituzione di cui all'art. 84 lett. b) dello stesso testo unico): così TAR Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2002, n. 389, in *Foro amm.*, TAR 2002, 202.

di mancata rimozione della causa di incompatibilità con lo *status* del pubblico dipendente, è del tutto automatica: essa non "è la conseguenza di un inadempimento, bensì scaturisce dalla 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".

Da tale automatismo espulsivo deriva, secondo la cennata giurisprudenza di legittimità, la non necessità di un previo procedimento disciplinare in contraddittorio con l'interessato, previsto in caso di violazione del regime autorizzatorio per attività espletabili ma previa autorizzazione datoriale⁽¹⁴⁾, e l'inapplicabilità della normativa che tale contraddittorio sembrava imporre, ovvero i commi 60 e 61 dell'art. 1, l. 23 dicembre 1996 n. 662⁽¹⁵⁾, in quanto tali previsioni "decono ritenersi abrogate dagli interventi legislativi successivi (L. n. 59 del 1997 e art. 53, d.lgs. n. 165, n.d.a.) che hanno regolato interamente la materia (art. 12 *disp. prel. al codice civile*)".

Tale assenza di contraddittorio prima della decadenza si presta a nostro avviso a

14. Sulla distinzione tra ipotesi di decadenza ex artt. 60 segg. d.P.R. n. 3 del 1957 (ancora vigente nel pubblico impiego privatizzato, stante il richiamo operato dall'art. 53, d.lgs. n. 165 a tali norme) e ipotesi di licenziamento per violazioni disciplinari v. Cass., sez. lav., 11 giugno 2015 n. 12120 (fattispecie in tema di erronea applicazione dell'istituto della decadenza a mancanze di natura invece disciplinari, quali la pubblicazione di articoli critici nei confronti del datore di lavoro da parte di un agente di polizia municipale), *id.*, sez. lav., 15 gennaio 2015 n. 617; *id.*, sez. lav., 26 marzo 2010 n. 7343, tutte in *Ced Cassazione e id.*, sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967, in *Foro it.*, 2006, I, 2346, con osservazioni di PERRINO.

Sulla corretta distinzione tra decadenza per svolgimento di attività incompatibili anche dopo la diffida datoriale e sanzione disciplinare per svolgimento di attività incompatibili interrotte dopo la diffida, v. anche Cass., sez. lav., 21 agosto 2009 n. 18608, e *id.*, sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967, entrambe in *Ced Cassazione e in Riv. it. dir. lac.*, 2010, II, 413, con nota di SIOTTO, *Incompatibilità e decadenza del dipendente pubblico: dietro il licenziamento illegittimo sta "in agguato la dura moneta" del cumulo*. La sentenza 967 del 2006 limpidamente distingue tra decadenza non disciplinare legata alla inottemperanza alla diffida ex art. 60 d.P.R. n. 3 del 1957 a cessare l'attività incompatibile e sanzione disciplinare comminabile in caso di ottemperanza a tale diffida e tesa a punire, secondo criteri di proporzionalità, l'avvenuto svolgimento (pot cessato) di attività vietate.

Per una applicazione di un licenziamento senza preavviso per svolgimento di attività non autorizzate v. Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2008 n. 2182, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul tema TENORE, ROSSI, TILIA, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti*, cit., 176 segg. e TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare* art. 155. Per un caso in cui la Cassazione non ha colto (in assenza di motivo ricorso sul punto) che il licenziamento inflitto era erroneo, trattandosi di ipotesi ben diversa di decadenza ex art. 60 d.P.R. n. 3 del 1957, a fronte di iscrizione nell'albo degli avvocati di un dipendente comunale. V. Cass., sez. lav., 12 dicembre 2018 n. 32156, in *Ced Cassazione*.

15. Il comma 60 dell'art. 1, l. n. 662 recita: "Al di fuori dei casi previsti al comma 56 (part-time, n.d.a.), il 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".

Il successivo comma 61 recita: "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 e costituiscono causa di decadenza dall'impiego per il restante personale, sempreché le prestazioni per le attività di lavoro subordinato o autonomo svolte al di fuori del rapporto di impiego con l'amministrazione di appartenenza non siano rese a titolo gratuito, presso associazioni di volontariato o cooperative a carattere socio-assistenziale senza scopo di lucro. Le procedure per l'accertamento delle cause di recesso o di decadenza devono svolgersi in contraddittorio fra le parti".

critiche (da prospettare in chiave di censure di incostituzionalità) in quanto il previo confronto con il lavoratore potrebbe contribuire a chiarire i termini della questione in fatto (es. avvenuta ottemperanza alla diffida) e in diritto (es. non riconducibilità ad incompatibilità della propria situazione, saltuarietà dell'attività etc.), nell'interesse non solo del lavoratore, ma della stessa p.a., che potrebbe evitare errori destinati ad essere censurati in giudizio.

In ogni caso, poiché sul piano procedimentale, la diffida assume valenza equipollente alla comunicazione di avvio di procedimento (art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241) di decadenza, il lavoratore potrebbe egualmente presentare all'amministrazione morte o osservazioni o chiedere di essere sentito ex art. 10, l. n. 241 del 1990⁽¹⁶⁾.

Inoltre, poiché l'art. 1 co. 61 l. n. 662 prevedeva quale conseguenza dello svolgimento di qualsiasi altra attività di lavoro subordinato o autonomo il "recesso per giusta causa", la dottrina aveva ritenuto che la previsione andava doverosamente coordinata con il principio di proporzionalità codificato nell'art. 2119 cod. civ., con conseguente apprezzamento giudiziale sulla sussistenza o meno della giusta causa e con possibile conversione in sanzione conservativa di quella espulsiva⁽¹⁷⁾. Avendo la Cassazione ritenuto abrogata tale norma dall'art. 53, d.lgs. n. 165 che sancisce la decadenza (non disciplinare) per inosservanza della normativa sulle incompatibilità assolute, alcun sindacato della p.a. o del giudice appare possibile su tale misura espulsiva che non risponde a principi in materia disciplinare (ergo all'art. 2119 cod. civ.).

Se invece il dipendente ottemperò alla diffida, cessando dalla situazione di incompatibilità, non scatta l'automatismo espulsivo predetto, ma restano comunque fermi i riflessi disciplinari della (temporanea) inosservanza del divieto (fissato da legge e non da CCNL e, come tale, non abisognevole di affissione nel codice disciplinare), come si desume dal chiaro dettato dell'art. 63, d.P.R. n. 3 del 1957, secondo il quale "La circostanza che l'impiegato abbia obbedito alla diffida non preclude l'eventuale azione disciplinare"⁽¹⁸⁾. In tal caso andrà adeguatamente utilizzato il parametro della proporzionalità sanzionatoria a cui si è già fatto ampio riferimento nel precedente Capitolo VI, parte I, valutando la specifica attività extralavorativa espletata, la sua durata, le mansioni affidate presso la p.a., la qualifica rivestita, il clamor nella collettività del fatto etc.

La più recente giurisprudenza contabile ha ipotizzato anche profili di danno era-

16. Sulla equipollenza tra la diffida *de qua* e avvio di procedimento v. Cons. St., sez. III, parere 523/2003. Tale equipollenza, che preclude impugnativa volte a far valere violazione di legge ex art. 7, l. n. 241 cit., è desumibile anche dall'art. 21-octies, l. n. 241 novellata e dalla notoria giurisprudenza sugli equipollenti alla comunicazione ex art. 7; sul tema TENORE, *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 novellata nel 2005 sulle pubbliche amministrazioni*, Padova, 2006, 117. V. anche TENORE, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti*, cit., 176.

17. Sul punto NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità* cit., 156.

18. Sulla responsabilità disciplinare in tale evenienza Cass., sez. lav., 21 agosto 2009 n. 18608, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, f. 2, pt. 2, 413, con nota di SOTTO, *Incompatibilità e decadenza del dipendente pubblico: dietro il licenziamento illegittimo sta "in agguato la dura moneta" del cumulo*.

riale conseguenti allo svolgimento di tali attività⁽¹⁹⁾.

Qualora infine accada che il dipendente sia stato, per errore, autorizzato dal suo ente allo svolgimento di un'attività o incarico assolutamente incompatibile, pur non potendosi muovere addebiti disciplinari al dipendente che ha fatto affidamento sull'autorizzazione concessa, dovrà comunque procedersi a diffidarlo a cessare dall'attività incompatibile, seconda la procedura ex art. 63, t.u. n. 3 del 1957.

3. Gli incarichi (attività extraistituzionali) autorizzabili dopo la legge n. 190 del 2012: condizioni di legittimità, modalità autorizzatorie e pubblicità. Sanzioni in caso di mancata richiesta di autorizzazione. Gli incarichi conferiti dal datore stesso.

Il richiamato art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, nella versione modificata dalla legge anticorruzione n. 190 del 2012, accanto alla disciplina delle incompatibilità "assolute" con lo status di pubblico dipendente (sancite dal t.u. n. 3 del 1957) comportanti decadenza dall'impiego previa diffida a cessare, regolamenta anche le attività non vietate, ma sottoposte ad un regime autorizzatorio⁽²⁰⁾, nonché le attività "liberalizzate", ovvero espletabili da qualsiasi pubblico dipendente senza necessità di autorizzazione datoriale, né di alcun nulla-osta o benestare.

Ulteriore deroga, questa volta soggettiva, al generale regime delle incompatibilità è poi data dalle attività extralavorative espletabili dal solo personale in *part-time*. Queste ultime verranno analizzate nel successivo paragrafo 5, mentre in questa sede verrà vagliato il regime autorizzatorio e nel successivo paragrafo 4 saranno prospettate le c.d. attività liberalizzate per tutti i dipendenti pubblici.

Circa le attività sottoposte al regime autorizzatorio, che rappresentano una deroga alla regola della incompatibilità, l'art. 53 cit., ai commi 2 seg., prevede: "2. Le pubblicazioni amministrative 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 (omissis)".

5. In ogni caso, il conferimento operato direttamente dall'amministrazione, nonché l'autorizzazione all'esercizio di incarichi che provengano da amministrazione pubblica diversa da quella di appartenenza, ovvero da società o persone fisiche, che scorgano attività d'impresa o commerciale, sono disposti dai rispettivi organi competenti secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino

19. Su tali ipotesi, alcune relative ad attività assolutamente vietate, altre ad attività autorizzabili ma per le quali non è stata chiesta autorizzazione, si rinvia alle precedenti note 11 e 13 ed alle successive note 72 e 73.

20. Sul tema TENORE, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti*, cit., 179 ss.

l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente (omissis).

7. I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. 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, salvo 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.

7-bis. 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.

8. 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. Salvo 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. In tal caso l'importo previsto come corrispettivo dell'incarico, ove gravi su fondi in disponibilità dell'amministrazione conferente, è trasferito all'amministrazione di appartenenza del dipendente ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

9. Gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. In caso di inosservanza si applica la disposizione dell'articolo 6, comma 1, del decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1997, n. 140, e successive modificazioni ed integrazioni. All'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni provvede il Ministero delle finanze, avvalendosi della Guardia di finanza, secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni ed integrazioni. Le somme riscosse sono acquisite alle entrate del Ministero delle finanze (omissis)".

La ratio del regime autorizzatorio per talune attività extralavorative, quale ragionevole e motivata deroga alla regola della incompatibilità, va rinvenuta nella necessità-opportunità di consentire occasionali incarichi retribuiti a pubblici dipendenti, quando questi non configurano delle stabili attività commerciali, industriali, professionali in costanza di rapporto di lavoro e non si pongono in contrasto o in conflitto di interessi con i compiti istituzionali dell'ente pubblico ove lavorano. Poiché è infettibile una verifica in concreto sulle attività extralavorative non preponderanti che potrebbero non urtare con il divieto generale di espletamento, la legge ha attribuito tale riscontro alla stessa p.a.-datrice, che ha spesso adottato, assai opportunamente, regolamenti-guida o circolari interne (e, come tali, autovincolanti) sulle attività au-

torizzabili o meno e sui parametri decisori in sede autorizzativa⁽²¹⁾ al fine di rendere oggettive, imparziali e trasparenti le proprie scelte.

Tali criteri-guida potrebbero a nostro avviso anche essere mutevoli tra le varie amministrazioni, in considerazione delle peculiarità che caratterizzano talune categorie di pubblici dipendenti rispetto ad altre e la mutevolezza soprattutto del concetto di "conflitto reale o potenziale di interesse" che l'art. 53, co. 5, 7 e 9, d.lgs. n. 165 valorizza dopo la novella apportata dalla legge anticorruzione n. 190 del 2012⁽²²⁾.

Logica impone che i parametri (che sarebbe opportuno formalizzare in regolamenti o circolari interne) alla cui stregua valutare l'autorizzabilità di un incarico siano tendenzialmente:

- a) la assenza di conflitti di interesse (anche potenziali: v. art. 53, co. 5, 7 e art. 7, d.P.R. n. 62 del 2013) con la p.a.-datrice di lavoro (rinvenibili, ad es., oltre che nelle ipotesi dell'art. 7, d.P.R. n. 62 del 2013, in caso di espletamento di saltuarie collaborazioni in studi o società che abbiano relazioni economiche con la p.a. di appartenenza o siano dalla stessa vigilate o finanziate o ne siano addirittura concessionari o fornitori); sotto altro profilo, deve verificarsi la mancanza di conflitto di interesse tra dirigente che autorizzi l'incarico e collega che ne faccia domanda (art. 7, d.P.R. n. 62 del 2013);
- b) la occasionalità/saltuarietà della prestazione (valutabile secondo parametri di ripetitività, durata della prestazione)⁽²³⁾. Non rientrano in tali parametri gli incarichi automaticamente rinnovabili, che andranno autorizzati a ciascuna scadenza; occorre comunque sottolineare che sono autorizzabili anche le collaborazioni coordinate e continuative, purché costituiscano, in relazione alla qualifica, alle funzioni e alla sede di servizio del dipendente, un impegno extra-ufficio valutato, in concreto, compatibile con la regolarità del servizio e con il principio della prevalenza – nell'ambito – del tempo di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione di appartenenza;
- c) la materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di impiego (es.

21. Tra le tante fonti interne volte a regolamentare i criteri per il rilascio delle autorizzazioni v. la Circolare del Ministero della Difesa, Persociv, 14 febbraio 2006 prot. 0011932; la circolare INAIL, Dir. Centrale Ris. Umane, 2 dicembre 2005 n. 49; la circolare 10 maggio 2004 n. 2004/74427 della Agenzia delle Entrate. Si rammenta che per il personale magistratuale l'art. 53, co. 3 e 4, prescrive che "Ai fini previsti dal comma 2, con appositi regolamenti, da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono individuati gli incarichi consentiti e quelli vietati ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, nonché agli avvocati e procuratori dello Stato, sentiti, per le diverse magistrature, i rispettivi istituti. 4. Nel caso in cui i regolamenti di cui al comma 3 non siano emanati, l'attribuzione degli incarichi è consentita nei soli casi espressamente previsti dalla legge o da altre fonti normative". Ogni magistratura ha assunto delibere interne per normare la materia.

22. Si pensi alla particolare rilevanza di talune funzioni pubbliche assolte da magistrati, prefetti, militari, personale di polizia, dipendenti di autorità indipendenti, che consigliano un più specifico adattamento dei criteri interni sulle attività extralavorative autorizzabili. In ogni caso tali peculiarità sono valutabili in punto di "conflitto di interesse potenziale" rimarcato dall'art. 53, co. 5, 7 e 9, novellato dalla l. n. 190 del 2012 e dall'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 (codice di comportamento).

23. V. circolare Funzione pubblica 19 febbraio 1997 n. 3, in Gazz. Uff. 22 febbraio 1997 n. 44. La valutazione va fatta sempre in concreto e la magistratura ha escluso la legittimità di criteri automatici basati meramente su soglie quantitative: così TAR Lazio, sez. III, 3 aprile 2001 n. 2765, in *Il lavo. nelle p.a.*, 2002, 1169.

L'attività non è espletabile in concomitanza con l'orario di servizio salvo occasionali deroghe da valutare in concreto: giudice onorario, difensore civico, CTU, curatore fallimentare, tirocinante per il conseguimento di abilitazione professionale; es. l'attività è estremamente logorante da un punto di vista psico-fisico, o è notturna e, come tale, incompatibile con il puntuale espletamento della prestazione lavorativa diurna⁽²⁴⁾, che dovrà essere valutata di volta in volta, tenuto conto soprattutto del regime legale o contrattuale dell'orario di lavoro e delle assenze di ciascun dipendente (es. i dirigenti possono articolare autonomamente la loro presenza in servizio, anche al fine di svolgere attività extra-ufficio, pur con l'obbligo della presenza giornaliera; il dipendente in aspettativa senza assegni per motivi personali può essere autorizzato allo svolgimento di incarichi extra-lavorativi che richiedono un maggiore impegno, tenuto conto del fatto che tale impegno non può riverberarsi negativamente sulla regolarità del servizio, stante la temporanea sospensione della prestazione lavorativa da parte del dipendente fruente della detta aspettativa).

Tali parametri potrebbero poi, a nostro avviso, essere valutati con riferimento a concorrenti profili soggettivi, quali:

- a) le specifiche mansioni o incarichi cui è adibito il singolo richiedente, potendo pervenirsi a soluzioni difformi sulla autorizzabilità di un incarico anche con riferimento a tali profili soggettivi, quali la peculiare dignità o terzietà delle funzioni svolte;
- b) il numero di incarichi già autorizzati in precedenza al richiedente, per lo svolgimento dei quali l'impegno complessivo annuale non può comunque superare il tempo di lavoro alle dipendenze dell'ente di appartenenza stabilito dalle norme di legge e contrattuali di riferimento;
- c) la laboriosità (desunta dai carichi di lavoro evasi, da arretrati pendenti, da carenze di organico) del lavoratore;
- d) la professionalità specifica desunta dalla notorietà scientifica, dottrinale o tecnica del lavoratore, che occasiona la richiesta individuale di attribuzione di incarichi da parte di terzi – sia soggetti pubblici che privati – che può arrecare positivi ritorni d'immagine all'ente di appartenenza e costituire, in via occasionale o regolarmente, un arricchimento di professionalità ed esperienza per il dipendente, a beneficio dell'ente stesso, soprattutto quando gli incarichi siano ricollegabili alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione;
- e) il profilo culturale e professionale del dipendente, che potrà rilevare anche per

24. Per una emblematica applicazione di tali parametri v. la giurisprudenza citata nella successiva nt. 35. Alcune circolari (es. Circolare Guardia di Finanza, Uff. I, 20 giugno 2005, 2000000/109/4) hanno prequalificato come "di fatto incompatibili" (e quindi non autorizzabili) le attività di giudice onorario e di difensore civico (in quanto assorbenti, usuranti ed espletabili in orari incompatibili con quelli d'ufficio) e di CTU del Tribunale (stante il divieto di iscrizione in albi professionali prodromica all'iscrizione nell'albo dei CTU) salvo che quest'ultima scelta non avvenga *intuitu personae* a favore di pubblico dipendente esperto in materia ma non iscritto nell'albo del Tribunale: in tali casi l'attività sarà espletabile previa autorizzazione.

determinare lo specifico tempo di lavoro necessario per l'espletamento dell'incarico, soprattutto quando si tratti di lavoro intellettuale (es. al dipendente con un alto profilo culturale e professionale occorrerà un minor impegno o tempo di lavoro per lo svolgimento di una consulenza).

A titolo esemplificativo, ed impregiudicato quanto differentemente prefissato da ciascuna amministrazione (nei predetti regolamenti o circolari), potrebbero essere soggette ad autorizzazione l'attività di saltuaria collaborazione in società agricole o commerciali non legate all'ente di appartenenza, l'attività di insegnamento a contratto in Università o centri di formazione pubblici o privati (anche con autorizzazione annuale complessiva), l'attività di amministratore del proprio condominio (tale attività svolta per più condomini assumerebbe connotati imprenditoriali e sarebbe dunque assolutamente incompatibile), il tirocinio per il conseguimento di abilitazioni espletato fuori orario di lavoro, curatore (non abituale e dunque non professionale) di fallimenti in orari extralavorativi, revisore contabile in orari extralavorativi (con esclusione, qualora si trattasse di attività presso privati, dei dipendenti di alcune amministrazioni, es. di quelle fiscali), saltuarie collaborazioni di infermieri pubblici in cliniche private in orari non d'ufficio.

Non appare comunque legittimo stabilire, nella disciplina interna dei singoli enti, dei limiti allo svolgimento di incarichi o attività legati ai *compensi* nell'anno, introducendo dei tetti retributivi: difatti, l'entità dei compensi offerti dai committenti ai dipendenti incaricati è legata alle capacità di ciascun dipendente, che in relazione al suo profilo culturale e professionale potrà essere remunerato anche con compensi alti a fronte di prestazioni – con alto valore di mercato – svolte in un tempo di lavoro limitato e occasionalmente.

La normativa fa testuale riferimento, ai fini autorizzatori, ai soli incarichi retribuiti. La limitazione appare discutibile, in quanto anche un incarico gratuito potrebbe risultare assorbente e usurante (o incompatibile con i fini dell'ente pubblico di appartenenza), mentre vi possono essere incarichi onerosi ma routinari e non logoranti. Una comunicazione va dunque fatta al datore anche per attività gratuite.

Assai rigoroso è il regime punitivo, sia per chi espleta l'incarico, sia per chi (soggetto pubblico o privato) lo conferisce, in caso di inosservanza della prescritta normativa autorizzatoria. Premesso che tale "punizione" non ha natura disciplinare e non richiede dunque una contestazione degli addebiti⁽²⁵⁾, i commi 7-9 del predetto art. 53, prevedono per "l'incaricato" che in caso di inosservanza del divieto, salve

25. Cass., sez. lav., 26 marzo 2015 n. 7343: l'obbligo di versamento del compenso dovuto al pubblico dipendente rese in spregio del divieto di assunzione di incarichi senza l'autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza, previsto dall'art. 53, comma settimo, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (in cui è stato trasfuso l'art. 58 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, come modificato dapprima dall'art. 2 del d.l. 14 settembre 1993, n. 358, convertito in legge 12 novembre 1993, n. 448, poi dall'art. 1 del d.l. 28 agosto 1995, n. 361, convertito con modificazioni dalla legge 27 ottobre 1995, n. 437, e infine dall'art. 26 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), in quanto imposto innanzitutto all'ente erogante (ossia ad un soggetto estraneo al rapporto lavorativo) e solo in difetto al lavoratore che lo ha percepito, non è configurabile come sanzione disciplinare, con la conseguenza che la relativa richiesta non necessita di una previa autonoma contestazione disciplinare.

le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato (nel suo importo netto, secondo la prevalente giurisprudenza⁽²⁶⁾), a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti⁽²⁷⁾. Trattasi di sanzione di natura non disciplinare e non richiede una previa contestazione disciplinare⁽²⁸⁾. Il novello comma 7-bis del d.lgs. n. 165 (introdotta dalla l. n. 190 del 2012) ha statuito che "L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico inadempiente costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti": come chiarito in giurisprudenza⁽²⁹⁾, trattasi di norma, quest'ultima, innovativa e non meramente ricognitiva (alla luce di indirizzi della Cassazione⁽³⁰⁾), volta a radicare in capo alla Corte dei conti

26. C. conti, sez. giur. Lombardia, 7 maggio 2019 n. 94, in *www.lexitalia.it*; *id.*, sez. Lombardia, 14 dicembre 2016 n. 214, *id.*, sez. Lombardia, 16 aprile 2015 n. 54, entrambe in *www.corteconti.it*; *id.*, sez. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216, in *www.lexitalia.it*, f. 11, 2014; 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 marzo 2014 n. 167; *id.*, sez. III, 6 maggio 2014 n. 273; *id.*, sez. Toscana, 8 settembre 2014 n. 159; *id.*, sez. Lazio, 16 dicembre 2013 n. 897. In dottrina TENORE, *La nuova Corte dei conti cit.*, 156.

27. Per una concreta applicazione di tale regola in un giudizio innanzi alla Corte dei conti dove si è ipotizzato un danno erariale da espletamento di incarico extraittuzionale non autorizzato v. C. conti, sez. giur. Lombardia, 7 maggio 2019 n. 94 *cit.*; *id.*, sez. giur. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216, in *www.lexitalia.it*, f. 11, 2014; *id.*, sez. giur. Toscana, 8 settembre 2014 n. 159; *id.*, sez. giur. Calabria, 10 maggio 2013 n. 161, tutte in *www.corteconti.it*. Sulla giurisdizione contabile in materia Cass., sez. un., 2 novembre 2011 n. 22688, in *Ced Cassazione*.

V. anche C. conti, sez. giur. Lazio, 27 dicembre 2004, n. 3154 (in *Riv. C. conti*, 2004, 6 138 e in *www.corteconti.it*); secondo cui sussiste la responsabilità di un preside di un liceo per i danni derivanti all'erario dall'aver svolto, senza autorizzazione, attività extrascolastiche di consulenza legale; nella specie, ai sensi dell'art. 58 comma 7 d.lgs. n. 29 del 1993 e successive modificazioni, il compenso ricevuto per incarichi non autorizzati deve essere versato in conto entrata nel bilancio dell'ente di appartenenza.

Contra C. conti, sez. giur. Sicilia, 9 agosto 1999, n. 189, in *Riv. C. conti*, 1999, 6 166 secondo cui la prestazione di attività lavorativa eseguita fuori dall'orario di lavoro ed in violazione del principio di esclusività del servizio a favore della p.a., non determina l'insorgere di danno erariale.

In tempi recenti dubita della legittimità costituzionale della norma (art. 53, co. 7) statuente tale sanzione pecuniaria TAR Puglia, sez. Lecce, 30 maggio 2013.

28. In *terminis* Cass., sez. lav., 26 marzo 2010 n. 7343, in *Giust. cit.*, 2010, fasc. 10, 2348.

29. C. conti, sez. giur. Lombardia, 7 maggio 2019 n. 94, *cit.*; *id.*, sez. giur. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216, in *www.lexitalia.it*, f. 11, 2014; in *terminis id.*, sez. Toscana, 8 settembre 2014 n. 159; *id.*, sez. Calabria, 10 maggio 2013 n. 161; *id.*, sez. I, 13 marzo 2014 n. 406. Trattasi, quindi, di una ipotesi di responsabilità tipica, non sanzionatoria, che, comunque, esula dalla disciplina prevista dagli artt. 133 e ss. del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (C. conti, sez. Lombardia, 16 gennaio 2017, n. 2); la conseguenza astrattamente prevista, ossia l'integrale riversamento di quanto percepito *contra legem*, pur essendo predeterminata per legge, soggiace comunque alle condizioni, ai presupposti ed alle regole dell'ordinario giudizio di responsabilità per danno, dinanzi alla Corte dei conti quale danno da violazione di un obbligo restitutorio fissato dal legislatore (Cfr. *id.*, sez. riun. QM n. 12/2007; *id.*, sez. Lombardia 31 gennaio 2017, n. 14; *id.*, sez. Toscana, 8 settembre 2014, n. 159; *id.*, sez. Calabria, 10 maggio 2013, n. 161; *id.*, sez. I app., 13 marzo 2014, n. 406).

30. La Cassazione a sezioni unite, per vicende sorte prima della novella del 2012 al d.lgs. n. 165, è ormai univoca nel devolvere all'a.g.o. la materia del recupero, con ingunzione datoriale, delle somme introitate dal lavoratore per attività svolte, senza previa autorizzazione, anteriormente però alla novella dell'art. 53, co. 7-bis, che ha innovativamente attribuito la giurisdizione alla Corte dei conti: Cfr. da ultimo, Cass., sez. un., 26 giugno 2019 n. 17124; *id.*, sez. un., 3 agosto 2018 n. 20533; *id.*, sez. un., 19 gennaio 2018 n. 1415; *id.*, sez. un., 28 settembre 2016, n. 19072; *id.*, sez. un., 4 aprile 2017, n. 8688; *id.*, sez. un., 28 maggio 2018, n. 13239,

(secondo rito ordinario cfr. C. conti, sez. riun., 31 luglio 2019 n. 26/QM), e non più all'a.g.o. come in passato, la giurisdizione risanatoria e non sanzionatoria in materia nel termine prescrizionale quinquennale.

Per chi (funzionario pubblico responsabile del procedimento) invece conferisce incarichi senza autorizzazione, salve le più gravi sanzioni, incorre in ogni caso infrazione disciplinare e il relativo provvedimento è nullo di diritto (art. 53, co. 8). In tal caso l'importo previsto come corrispettivo dell'incarico, ove gravi su fondi in disponibilità dell'amministrazione conferente, è trasferito all'amministrazione di appartenenza del dipendente ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

Ovviamente, in base al comma 9 dell'art. 53, anche gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. In caso di inosservanza si applica la disposizione dell'articolo 6, comma 1, del decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1997, n. 140, e successive modificazioni ed integrazioni⁽³¹⁾. All'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni provvede il Ministero delle finanze, avvalendosi della Guardia di finanza, secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni ed integrazioni. Le somme riscosse sono acquisite alle entrate del Ministero delle finanze.

Il d.lgs. n. 75 del 2017, nel novellare l'art. 53, d.lgs. n. 165, ha poi previsto pesanti oneri pubblicitari⁽³²⁾ e motivazionali per detti incarichi, sancendo una doverosa comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica, accompagnata da una relazione nella quale sono indicate le norme in applicazione delle quali gli incarichi sono stati conferiti o autorizzati, le ragioni del conferimento o dell'autorizzazione, i criteri

tutte in *Ced Cassazione*, secondo cui l'amministrazione creditrice ha titolo per richiedere l'adempimento dell'obbligazione senza doversi rivolgere alla Procura della Corte dei conti, la quale sarà notiziata soltanto ove possa prospettarsi l'esistenza di danni. Quando viene in gioco il pagamento, richiesto dalla p.a., dei corrispettivi percepiti a seguito di incarico non autorizzato nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, la controversia ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, stante la natura sanzionatoria – conseguente alla violazione del dovere di fedeltà – dell'obbligo di pagamento previsto dall'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, che prescinde dalla sussistenza di specifici ed ulteriori profili di danno richiesti per la giurisdizione del giudice contabile. Per la pacifica giurisdizione contabile dopo la novella del 2012 che ha introdotto il comma 7-bis nell'art. 53, d.lgs. n. 165, v. Cass., sez. un., 26 giugno 2019 n. 17124 e C. conti, sez. giur. Lombardia, 7 maggio 2019 n. 94, entrambe *cit.*

31. Art. 6, co. 1, l. n. 140 del 1997: "1. Nei confronti dei soggetti pubblici e privati che non abbiano ottemperato alla disposizione dell'articolo 58, comma 6, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, o che comunque si avvalgano di prestazioni di lavoro autonomo o subordinato rese dai dipendenti pubblici in violazione dell'articolo 1, commi 56, 58, 60 e 61, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, ovvero senza autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, oltre alle sanzioni per le eventuali violazioni tributarie o contributive, si applica una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma a dipendenti pubblici".

32. Sulla responsabilità contabile da omessa pubblicazione di incarichi di consulenza o collaborazione v. C. conti, sez. giur. Lazio, 15 maggio 2014 n. 424, in *www.corteconti.it*.

Sulla illegittimità costituzionale della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 53, co. 15, d.lgs. n. 165 del 2001 per soggetti pubblici e privati che non comunicano al datore (pubblico) del lavoratore a cui hanno conferito un incarico dell'ammontare del relativo compenso, v. C. cost., 5 giugno 2015 n. 98, in *Foro it.*, 2015, I, 2623.

di scelta dei dipendenti cui gli incarichi sono stati conferiti o autorizzati e la rispondenza dei medesimi ai principi di buon andamento dell'amministrazione, nonché le misure che si intendono adottare per il contenimento della spesa.

Sul piano disciplinare, di doverosa attivazione⁽⁶³⁾, a fronte dell'inosseranza dell'obbligo di autorizzazione (fissato da legge e, come tale, non abbinabile all'affissione nel codice disciplinare), una volta venuto meno ad opera della più recente giurisprudenza il licenziamento per giusta causa (o la decadenza per il personale non privatizzato) sancito, quale unica sanzione del caso, dall'art. 1, co. 61 della l. n. 662 del 1996⁽⁶⁴⁾, andrà adeguatamente utilizzato dal datore-p.a. il parametro della proporzionalità sanzionatoria a cui si è già fatto ampio riferimento nel precedente Capitolo VI, parte I, valutando la specifica attività extralavorativa espletata senza autorizzazione, la sua durata, le mansioni espletate presso la p.a., la qualifica rivestita, il *clamor* nella collettività del fatto etc. Tale ragionevole approccio interpretativo, già propugnato dalla dottrina anche sotto la previgenza del recesso ex l. n. 662 *cit.* (non ostativo, secondo taluni, al sindacato giudiziale di proporzionalità ex art. 2106 cod. civ.) ed oggi avallato dalla Cassazione, contribuirà a chiarire il contrasto giurisprudenziale venutosi a creare in ordine ai risvolti disciplinari derivanti dall'espletamento di incarichi non autorizzati⁽⁶⁵⁾. Per le attività non autorizzabili (incompatibilità

33. Sulla doverosità del procedimento disciplinare e delle sue garanzie procedurali prima di assumere sanzioni verso il lavoratore che abbia svolto incarichi non autorizzati, v. Cass., sez. lav., 7 maggio 2019 n. 11949 e *id.*, sez. lav., 12 aprile 2010 n. 8642, in *Giust.civ.*, 2010, fasc.10, 2347.

34. Come già riferito, la Corte di Cassazione (Cass., sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967, in *Foro it.*, 2006, I, 2346) ha ritenuto che "devono ritenersi abrogate dagli interventi legislativi successivi (L. n. 59 del 1997 e art. 53, d.lgs. n. 165, n.d.a.) che hanno regolato interamente la materia (art. 12 disp. prel. al codice civile)" i commi 60 e 61 dell'art. 1, l. 23 dicembre 1996 n. 662 secondo cui la violazione del divieto di cui al comma 60, 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 e costituiscono causa di decadenza dall'impiego per il restante personale.

35. Alcune sentenze, applicando la testuale formulazione dell'art. 61, l. n. 662 del 1996, avevano in passato ritenuto comminabile il solo licenziamento statuito dalla predetta legge (Trib. Roma, sez. lav., 16 aprile 2003 n. 14859/ord., in APICELLA, CURCURIUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 232). Anche Cass., sez. lav., 11 marzo 2013 n. 5691 e *id.*, sez. lav., 8 luglio 2011 n. 15098 (entrambe in *Ced Cassazione*), nell'enunciare il non divisibile principio secondo cui "quando è la legge stessa ad operare una valutazione di gravità dell'infrazione disciplinare e di congruità della relativa sanzione espulsiva, resta interdetto ogni ulteriore margine di valutazione ad opera del giudice (Cfr.: in tal senso, tra le più recenti, Cass. n. 15098 dell'8 luglio 2011). Ciò rende ininfluenti i rilievi difensivi afferenti alla omessa valutazione della gravità della sanzione tanto in rapporto alla graduazione prevista dal C.C.N.L. di categoria del 6 luglio 1995 quanto con riferimento alla proporzionalità tra il comportamento contestato e la sanzione comminata", ritengono che l'unica sanzione comminabile è quella espulsiva (nella specie la Corte ritiene che per la determinazione della sanzione da applicare, la violazione del regime di esclusiva è qualificata ex lege come giusta causa di recesso dalla l. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, co. 61, norma cui fa riferimento il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 53, co. 1 ed "e, dunque, la violazione in sé del divieto di svolgere altra attività lavorativa che, per volontà del legislatore, riconduce, nell'ipotesi di rapporto contrattualizzato, alla giusta causa di recesso") a fronte di svolgimento di attività libero professionali da parte di un pubblico dipendente senza che risulti necessaria una valutazione, in sede sanzionatoria, sulla intensità dell'impegno ovvero dei riflessi negativi riscontrabili sul rendimento nel servizio e sull'osservanza dei doveri di ufficio. La tesi sembra recepita anche da Cass., sez. lav., 19 settembre 2016 n. 18315, in *Ced Cassazione*. In realtà, il caso di specie, traducendosi in attività libero-professionale, o comunque imprenditoriale vietata e non autorizzabile, avrebbe dovuto comportare non il disposto licenziamento ex art. 1, co. 61, d.lgs. n. 165, ma la destituzione ex art. 60, d.P.R. n. 3 del 1957. Ma la questione non è stata posta nel caso *sub iudice*, segno evidente della confusione concettuale da parte dei datori di lavoro pubblici tra licenziamento per attività autorizzabili per cui non

assolute) resta invece ferma la sola decadenza non disciplinare previa diffida, non necessaria invece per le attività svolte senza autorizzazione, come chiarito da Cass., sez. lav., 7 maggio 2019 n. 11949 (v. sopra par. 2).

Sul piano procedurale, l'art. 53, co. 10, regolamenta le modalità di richiesta e di rilascio dell'autorizzazione, stabilendo che la stessa deve essere formulata all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti, pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico, ma che può, altresì, essere richiesta, come di regola accade, dal dipendente interessato.

La richiesta, in forma scritta, deve contenere le generalità del richiedente, l'oggetto (non generico) e la durata dell'incarico, l'ente conferente, il compenso previsto (o prevedibile), la sede di espletamento dell'incarico.

L'amministrazione di appartenenza, in persona del dirigente generale competente preposto alla gestione del personale (ex art. 17, d.lgs. n. 165) o suo delegato, deve pronunciarsi motivatamente sulla richiesta di autorizzazione entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta stessa o entro 45 giorni se il dipendente presta servizio presso un'amministrazione diversa da quella di appartenenza (in caso contrario scatteranno le infraprecisate ipotesi di silenzio-accoglimento per incarichi conferiti da p.a. o di silenzio-rigetto per incarichi conferiti da privati). Opportuna ci sembra l'acquisizione da parte dell'organo decidente di un parere (non vincolante) da parte del diretto superiore del richiedente per valutare l'incidenza dell'espletamento dell'attività d'ufficio, l'incarico ricoperto o le mansioni svolte, nonché la regolarità del servizio.

La competenza a provvedere, quale atto gestionale, non spetta comunque agli organi di governo o di indirizzo politico-amministrativo dell'ente, né ai preposti agli uffici di diretta collaborazione; tuttavia, a questi ultimi, potrà essere richiesto il parere qualora l'autorizzazione venga richiesta dal dipendente al vertice dell'apparato burocratico o degli uffici di diretta collaborazione (es. nelle amministrazioni dello Stato, il capo dipartimento o segretario generale, quale vertice burocratico, il capo di gabinetto quale vertice degli uffici di diretta collaborazione: in entrambi i casi, il parere potrà essere espresso dal Ministro); qualora a richiedere l'autorizzazione sia un dipendente in servizio presso un ufficio di diretta collaborazione, il parere potrà essere espresso dal responsabile dell'ufficio di diretta collaborazione).

La valutazione in sede decisionale, sebbene ancorata a parametri guida oggettivi

è stata chiesta autorizzazione, ed attività assolutamente vietate ex art. 60, d.P.R. n. 3 del 1957.

Altre decisioni, oggi avallate dalla prevalente giurisprudenza della Cassazione e dalla migliore dottrina (TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare cit.*, 185), hanno invece correttamente ritenuto applicabile il generale principio di proporzionalità sanzionatoria: v. Cass., sez. lav., 11 luglio 2016 n. 14103, in *Ced Cassazione e id.*, sez. lav., 25 giugno 2015 n. 13158, in *Foro it.*, 2015, I, 3531; C. App. Potenza, 3 aprile 2013; Trib. Ivrea, 17 gennaio 2013; C. app. Bologna, 4 luglio 2008, citate da Fabris, *Il procedimento disciplinare "grace"*, in *Aa.Vv., Atti del I° Convegno nazionale dei dirigenti degli Uffici Procedimenti Disciplinari*, Bologna 26 marzo 2015, in *Azienditalia-Il personale*, 2015, I, 8-9, 427; Trib. S.Maria Capua Vetere, 13 luglio 2001 n. 4716/ord.; Trib. Salerno, 23 giugno 2000, entrambe in APICELLA, CURCURIUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego cit.*, 233. Sul dibattito dottrinale tra i sostenitori della tesi della possibile inflazione del solo recesso per giusta causa ex art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996 e fautori del coordinamento di tale norma con l'art. 2106 cod. civ., si rinvia a TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare cit.*, 185.

e soggettivi quali quelli sopra enucleati, non deve mai perdere di vista la specificità del singolo incarico e le peculiarità professionali del richiedente, come ribadito dalla stessa magistratura⁽³⁶⁾.

Non è preclusa, ed è anzi consentita dall'art. 10, l. n. 241 del 1990 (per il personale in regime di diritto pubblico) o ammessa secondo i principi di buona fede e correttezza (per il personale in regime di diritto privato), la partecipazione del lavoratore interessato al procedimento autorizzatorio, fornendo chiarimenti atti a favorire il richiesto rilascio.

Per il personale che presta comunque servizio presso amministrazioni pubbliche diverse da quelle di appartenenza, l'autorizzazione è subordinata all'intesa tra le due amministrazioni. In tal caso il termine per provvedere è per l'amministrazione di appartenenza del dipendente (che è la sola competente a provvedere) di 45 giorni e si prescinde dall'intesa se l'amministrazione presso la quale il dipendente presta servizio non si pronuncia entro 10 giorni dalla ricezione della richiesta di intesa da parte dell'amministrazione di appartenenza. Decorso il termine per provvedere, l'autorizzazione, se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche, si intende accordata; in ogni altro caso, si intende definitivamente negata.

È difficilmente ipotizzabile, a nostro avviso, un intervento autorizzatorio postumo a sanatoria di incarichi già espletati⁽³⁷⁾, salvo, forse, per eccezionali casi di incarichi svolti per motivi di urgenza confidando da parte del lavoratore nel sicuro rilascio dell'autorizzazione, trattandosi di attività abitualmente e notoriamente autorizzate dalla p.a.-datrice di lavoro (magari proprio in base a circolari o regolamenti interni autovincolanti): la portata convalidante dell'intervento postumo della p.a., solo in questi casi-limite, escluderà ogni risvolto disciplinare o pecuniario in capo al lavoratore. Parimenti possibile e legittimo è un intervento autorizzatorio tardivo della p.a. dopo il formarsi del silenzio-rigetto previsto dall'art. 53, che dovrà intendersi come implicitamente revocato dal provvedimento espresso di assenso all'espletamento dell'incarico.

Dintorni di autorizzazione (che non vanno preceduti dal preavviso di rigetto ex art. 10-bis, l. 7 agosto 1990 n. 241⁽³⁸⁾ da parte del datore, se trattasi di personale in re-

36. L'art. 58 d.lgs. n. 29 del 1993, stabilendo che gli atti di conferimento ed autorizzazione di incarichi del personale ministeriale sono sottoposti ai rispettivi organi competenti secondo criteri predeterminati ed oggettivi che tengano conto delle specifiche professionalità, esclude la legittimità di criteri automatici basati meramente su soglie quantitative: così TAR Lazio, sez. III, 3 aprile 2001 n. 2765; in *Il lav. nelle p.a.*, 2002, 1169.

37. Sulla inipotevolezza di una *autorizzazione postuma* sanante, a differenza di quanto invece ammesso per autorizzazioni postume in relazione ad attività edilizie abusive e con riguardo ad autorizzazioni paesaggistiche, v. TAR Lombardia, Milano, 7 marzo 2013 n. 614, in *www.giustizia-amministrazione.it*, che, nel ricordare che in linea generale, il principio di tipicità degli atti amministrativi non comporta che il momento di esercizio del potere amministrativo non possa essere spostato in avanti in tutti i casi in cui sia ancora possibile effettuare le valutazioni che ne sono alla base (sul punto, Cons. St. n. 1695 del 30 marzo 2004), ritiene tuttavia che l'art. 53 sia testualmente formulato nel senso di imporre una necessaria previa autorizzazione datoriale. Favorevole ad una autorizzazione "ora per allora" si palesa VILLANI, *Gli incarichi esterni dei docenti universitari: incompatibilità ed accertamenti*, in *www.diritto.it*, 2011.

38. Sull'art. 10-bis, v. TENORE, *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 novellata nel 2005 sulle pubbliche amministrazioni*, Padova, 2006, 22 ss. Tale comunicazione è invece necessaria, a pena di illegittimità (per violazione di legge) del provvedimento di diniego di autorizzazione, per le carriere non privatizzate (es.

gime di diritto privato, trattandosi di attività gestionale privatizzata – v. *supra* Capitolo I), dovranno essere motivati e potranno essere oggetto di impugnativa innanzi al giudice ordinario del lavoro⁽³⁹⁾, prospettando vizi quali l'osservanza di circolari interne, il trattamento diseguale di casi identici, o l'erronea applicazione di legge etc. In tali evenienze la posizione soggettiva azionata in giudizio è riconducibile all'interesse legittimo, a cui si contrappone la ragionevole valutazione dei contrapposti interessi da parte del datore e la discrezionale (ma ragionevole) ponderazione sul caso concreto secondo i parametri suprariferiti⁽⁴⁰⁾. Per il personale non privatizzato (magistrati, prefetti, diplomatici, militari etc.) le controversie sul diniego di autorizzazione sono invece devolute al g.a.

Sempre l'art. 53, novellato dalla l. n. 190 del 2012 e poi dal d.lgs. n. 75 del 2017, regolamenta infine, per finalità sia di trasparenza che di contenimento della spesa pubblica, forme di comunicazione da parte dell'erogante dei compensi corrisposti al lavoratore alla amministrazione di appartenenza (co. 11) e forme di pubblicità degli incarichi conferiti o autorizzati a pubblici dipendenti sia nei siti del conferente l'incarico sia attraverso comunicazioni al Dipartimento della Funzione pubblica (co. 12-14) in raccordo con la normativa sull'anagrafe delle prestazioni patrimoniali istituita dall'art. 24, l. 412 del 1991 presso il Dipartimento della Funzione Pubblica, che ha emanato varie circolari esplicative in materia⁽⁴¹⁾.

Ovviamente, in base alla chiara formulazione dell'art. 53, co. 6 e 14, d.lgs. n. 165 (e tenuto conto delle circolari esplicative della Funzione pubblica), tali comunicazioni non riguardano, sotto il profilo oggettivo (per materia) gli incarichi di cui al medesimo comma 6 (seminari, convegni diritti d'autore etc.), che non sono né autorizzati né conferiti, né riguardano, sotto il profilo soggettivo, i soggetti esclusi da tali comunicazioni (personale in *part-time* ridotto, professori universitari a tempo definito e di scuole superiori, medici in *extramoenia*); pertanto, le comunicazioni di cui ai commi 11, 12 e 14 dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, si riferiscono agli incarichi soggetti ad autorizzazione, mentre per quelli non soggetti ad autorizzazione (lettere da *a ad f-bis* del comma 6 del medesimo art. 53) i soggetti pubblici e privati conferenti (al pari del lavoratore prescelto) non sono tenuti ad effettuare alcuna comunicazione.

Magistrati) per le quali il procedimento autorizzatorio è un vero e proprio procedimento amministrativo ex l. n. 241 del 1990. Riteniamo tuttavia opportuno, anche se non doveroso, che anche per il personale privatizzato venga dato detto preavviso di rigetto al fine di offrire spunti valutativi alla p.a.-datrice per prevenire errori e contenziosi.

39. Sulla giurisdizione dell'a.g.o. in materia v. Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2004 n. 3618, in APICELLA, CURCUTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 234.

40. Emblematica della ragionevole discrezionalità di cui gode la p.a. in sede autorizzatoria è la sentenza TAR Puglia, Bari, sez. I, 19 ottobre 2004, n. 4617, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3101, secondo cui legittimamente, ai sensi dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, l'amministrazione nega al proprio dipendente che sia agente della Polizia di Stato l'autorizzazione ad assumere l'incarico di componente del Comitato provinciale Inps, connotandosi il rapporto d'impiego per l'obbligo di immediata disponibilità a fronteggiare qualsiasi situazione di emergenza per l'ordine pubblico e di ottemperanza in qualsiasi momento agli ordini provenienti dai diretti superiori affatto incompatibile con lo svolgimento dell'attività extraittuzionale atteso il notevole impegno temporale, fisico e mentale che richiederebbe il suo assolvimento.

41. Sul tema TENORE, *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti*, cit., 219 ss. V. anche Funzione pubblica, circolari 31 maggio 2001 n. 198; 16 dicembre 1998 n. 10; 29 maggio 1998 n. 5.

Per concludere sugli incarichi soggetti ad autorizzazione, riteniamo che la discrezionalità di cui gode la p.a. in sede di rilascio della stessa debba essere esercitata con maggior larghezza qualora, come si è già in precedenza accennato, il dipendente si trovi in aspettativa o in congedo o in qualsiasi temporanea sospensione dal servizio: in tali ipotesi, difatti, una delle ragioni sottese al regime delle incompatibilità, ovvero preservare le energie lavorative del dipendente in funzione del lavoro da prestare per la p.a., si attenua e parimenti si attenua il rischio di inopportune contaminazioni gestionali tra attività d'ufficio e incarichi esterni.

Tale auspicata maggior larghezza valutativa datoriale è particolarmente sentita qualora il dipendente sia stato collocato in sospensione cautelare facoltativa o obbligatoria: in tali evenienze, come si è visto nel precedente Capitolo VI, parte II, talvolta il dipendente sospeso non subisce poi in sede disciplinare una sanzione espulsiva o viene addirittura assolto (o non punito per inerzia della p.a. e sfioramento dei termini perentori del procedimento disciplinare¹⁾ e acquisisce così il diritto alla c.d. *restitutio in integrum* retribuitiva (differenza tra l'assegno alimentare percepito durante la sospensione cautelare e la retribuzione piena). Orbene, se nel periodo di sospensione cautelare il dipendente avesse svolto altra attività lavorativa, secondo univoca giurisprudenza, dalla *restitutio in integrum* predetta andrà decurtato quanto *aliunde perceptum* a titolo retributivo. Ecco pertanto l'opportunità che le amministrazioni autorizzino con una certa ampiezza di vedute l'espletamento di attività lavorative ai dipendenti cautelatamente sospesi: ne trarrebbero una utilità sia questi ultimi (integrando il modesto assegno alimentare), sia la p.a. nel malaugurato caso di successiva *restitutio in integrum* retribuitiva. Tale nostro auspicio risulta essere stato retentamente recepito da talune amministrazioni (es. Agenzia delle Entrate, Guardia di Finanza⁽⁴²⁾) in alcune circolari interne sugli incarichi autorizzabili.

È infine interessante segnalare l'autorevole indirizzo del giudice della legittimità secondo il quale la trasgressione, da parte del pubblico dipendente, del divieto di svolgere un'attività retribuita alla dipendenza dei privati può comportare sanzioni disciplinari (o decadenza, *n.d.a.*), ma non implica l'invalidità del contratto di lavoro privato stipulato in violazione del divieto e non esclude quindi che tale contratto produca i suoi normali effetti anche sul piano previdenziale e assistenziale (in base al suddetto principio la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, dopo aver affermato la natura subordinata del rapporto di lavoro intercorrente tra un insegnante elementare ed un'azienda agricola, aveva ritenuto che la coesistenza di tale rapporto di lavoro con il rapporto di pubblico impiego non escludeva l'obbligo datoriale di costituire il conseguente rapporto previdenziale⁽⁴³⁾). Tuttavia, per i conferimenti da parte di enti pubblici ed espletati senza autorizzazione, tale giurisprudenza, nata per gli incarichi conferiti da privati, andrebbe rivalutata alla stregua dell'art. 53, co. 8, che sancisce la "nullità di diritto" dell'atto di conferimento e il versamento del com-

42. Circolare Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale del Personale - Settore Gestione del Personale - Ufficio Normative prot. N. 2004/74427, Roma 10 maggio 2004. Circolare Guardia di Finanza, Uff. I, 20 giugno 2005, 20000007/109/4.

43. Cass., sez. lav., 25 febbraio 2000, n. 2171, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 481.

penso all'amministrazione di appartenenza del dipendente ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. Inoltre, la recente novella all'art. 53, co. 6 apportata dall'articolo 2, co. 13-*quinquies*, lettera a), del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, ha statuito che "Sono nulli tutti gli atti e provvedimenti comunque denominati, regolamentari e amministrativi, adottati dalle amministrazioni di appartenenza in contrasto con il presente comma", ovvero con il sopradescritto regime autorizzatorio.

Quanto sin qui detto attiene agli incarichi autorizzati dalla p.a.-datrice al lavoratore in quanto richiesti da soggetti (pubblici o privati). Per gli incarichi invece conferiti dalla stessa amministrazione di appartenenza, o perché da espletare per conto della stessa (es. attività formative per il personale interno, nomine in commissioni di corsi interni o di studio, nomine in enti partecipati etc.)⁽⁴⁴⁾ o perché richiesti da terzi (pubblici o privati) impersonalmente alla amministrazione (es. un magistrato membro di una commissione di concorso per dirigenti amministrativi scelto dal suo ente di appartenenza su richiesta di altro ente) l'autorizzazione *de qua* appare superflua, essendo assorbita nell'atto di conferimento stesso. In tali evenienze l'unica cautela da osservare attiene al rispetto della rotazione (equa distribuzione) nel conferimento degli incarichi da parte dell'ente datoriale.

3.1. Incarichi (vietati) ad ex dipendenti cessati dal pubblico impiego (c.d. *pantouflage*).

La legge n. 190 del 2012 ha introdotto ulteriori norme in materia di incompatibilità addirittura "postuma": difatti l'art. 1, comma 42, lettera l), ha aggiunto il seguente comma all'art. 53: «16-ter. I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti» (il comma 43 dell'art. 1, l. n. 190 lascia in vita sino alla scadenza i contratti già in essere alla data di entrata in vigore della norma)⁽⁴⁵⁾.

La norma, pur ispirata da afflitti da tutela di trasparenza ed imparzialità e pur

44. Per i compensi, gli stessi vanno esclusi per i dirigenti in applicazione dell'art. 24, d.lgs. n. 165 del 2001 e del CCNL area dirigenza.

45. Su tale norma v. BUSICO, *Il conferimento di incarichi esterni a soggetti in quiescenza*, in *www.lexitalia.it*, 11.11.2014. Sulla portata applicativa della norma v. i pareri resi dall'ANAC in data 4 febbraio 2015 AG2, 18 febbraio 2015 AG/8 e 21 ottobre 2015 n. AG74/2015/AC, in *www.anticorruzione.it*; v. anche Ministero per la Semplificazione e per la Pubblica Amministrazione, circolare 4 dicembre 2014 n. 6. In dottrina ANDRACCHIO, *Il divieto di pantouflage: una misura di prevenzione della corruzione nella p.a.*, in *www.giustamm.it*, n. 9, 2016.

mossa da esigenza di evitare conflitti potenziali di interessi, si presta a censure di incostituzionalità limitando sia i diritti fondamentali di un libero cittadino (non più dipendente pubblico), quale quello al lavoro, sia la libertà di impresa di soggetti privati interessati a conferire incarichi a meritevoli ex dipendenti di alta professionalità. Clausole di "esclusiva" o di "non concorrenza" nel lavoro privato possono essere concordate solo tra le parti (datore e lavoratore) e vengono giustamente retribuite, mentre per un talentuoso ex lavoratore pubblico, che venisse richiesto dal mercato privato, si impone *ex lege* un non remunerato divieto, doppiato da sanzioni civili (che nullità contrattuale) e interdittive-reatitorie per l'impresa conferente incarichi in contrasto con il divieto stesso.

Ad una similare *ratio*, unita ad esigenze di risparmio di spesa, risponde anche il più risalente art. 25 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, ritenuto costituzionalmente legittimo⁽⁴⁶⁾, che al fine di garantire la piena e effettiva trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, vieta il conferimento di incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca al personale delle amministrazioni pubbliche che cessa volontariamente dal servizio pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia ma che ha tuttavia il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità, da parte dell'amministrazione di provenienza o di amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio⁽⁴⁷⁾.

È poi intervenuto, poco prima della l. n. 190 del 2012, l'art. 5, co. 9 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012 n. 135 (c.d. "spending review 2"), che vieta alle amministrazioni pubbliche di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti, già appartenenti ai ruoli delle stesse e collocati in quiescenza, che abbiano svolto, nel corso dell'ultimo anno di servizio, funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dello stesso incarico di studio e di consulenza.

La disposizione ha allargato il campo di applicazione rispetto all'art. 25 della legge n. 724/94, che si limitava ad indicare quali i destinatari solamente i dipendenti cessati per pensionamento di anzianità (e non di vecchiaia), estendendo, invece, il divieto a tutti i dipendenti collocati in quiescenza dall'amministrazione di appartenenza, senza alcuna distinzione. L'art. 5, co. 9 della l. n. 135 del 2012 è stato poi modificato ad opera dell'art. 6 della legge 11 agosto 2014, n. 114: la nuova versione della norma estende il divieto di attribuire incarichi di studio e di consulenza a tutti i soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Il successivo periodo prevede un'unica deroga alla citata disciplina, consentendo incarichi e collaborazioni a titolo gratuito e per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile. La Corte dei conti⁽⁴⁸⁾

46. C. cost., 27 luglio 1995 n. 406, in *Giur. cost.*, 2005, 2808. La disposizione intende arginare il fenomeno di dimissioni accompagnate da incarichi ad ex dipendenti, sì da garantire la piena ed effettiva trasparenza e la imparzialità dell'azione amministrativa.

47. Si veda C. conti, sez. contr. Emilia Romagna, 10 novembre 2011, n. 105, in *Riv. C. conti*, 2011, 5-6, 131; Cass., sez. lav., 28 luglio 2008, n. 20523, in *Giur. civ. Mass.*, 2008, 7-8, 1215.

48. Cfr.: C. conti, sez. contr., 30 settembre 2014 n. 23; C. conti, sez. contr. Puglia, 6 novembre 2014 n. 193; C. conti, sez. contr., 12 novembre 2014 n. 26, in tutte in *www.corteconti.it*.

ha sottolineato in più di un'occasione che il divieto *ex art.* 5, co. 9 della l. n. 135/12 non può essere applicato oltre i casi espressamente indicati dalla norma limitatrice, vale a dire gli incarichi di studio e di consulenza. Ne consegue l'inapplicabilità del divieto a tutte le ipotesi di incarico o collaborazione non rientranti nelle suddette fattispecie.

Tuttavia, sopravvenuta la legge n. 190 del 2012, la opportuna circolare n. 6 del 2014 della Funzione pubblica ha individuato una serie di fattispecie di incarichi non ricadenti nel divieto: a) incarichi inerenti attività legale o sanitaria, non aventi carattere di studio o consulenza; b) incarichi di ricerca, per i quali occorre ricordare che presuppongono la preventiva definizione del programma da parte dell'amministrazione; c) incarichi di docenza; d) incarichi nelle commissioni di concorso e di gara; e) la partecipazione a organi collegiali consultivi, a commissioni consultive e comitati scientifici o tecnici, ove essa non dia luogo ad incarichi di studio o consulenza.

La circolare della Funzione pubblica ha altresì precisato che devono ritenersi esclusi dall'applicazione del divieto per la loro natura eccezionale anche gli incarichi dei commissari straordinari, nominati per l'amministrazione temporanea di enti pubblici o per lo svolgimento di compiti specifici.

La giurisprudenza contabile⁽⁴⁹⁾ ha chiarito, con riferimento alla spesa illegittima sostenuta dall'Ente per incarichi conferiti in violazione dell'art. 25 legge n. 724 del 1994, che la stessa non può ritenersi compensata, neppure parzialmente, dalle intervenute prestazioni dell'ex dipendente per le quali, invero, è da escludersi "in radice" la rispondenza ad un pubblico vantaggio. Ciò in quanto il ricorso alle suddette prestazioni confligge con la prioritaria tutela dell'interesse pubblico perseguito dalla norma ed espressamente individuato, alla stregua della scelta operata dal legislatore, nella prevalente esigenza di garantire la piena ed effettiva trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, con la conseguenza che ogni prestazione di consulenza effettuata in violazione del divieto posto dal citato art. 25 legge n. 724 del 1994 – a protezione del preminente interesse pubblico richiamato nell'art. 97 della Costituzione – è da considerare di per se stessa non utile per l'ente (o per la collettività amministrata) e, come tale, non suscettibile di *compensatio lucri cum damno* (di cui all'art. 1, comma 1-bis, della legge 14 gennaio 1994, n. 20).

4. Gli incarichi (attività extraistituzionali) liberalizzati, ovvero sottratti ad autorizzazione.

Come si è in precedenza chiarito, il rigido regime delle incompatibilità per i pubblici dipendenti incontra dei limiti soggettivi (personale in *part-time*, professori, me-

49. Si veda C. conti, sez. giurisd. Emilia Romagna, 15 gennaio 2008, n. 21, in *Riv. C. conti*, 2008, 1, 117, che si afferma la sussistenza della responsabilità amministrativo-contabile del consiglio di amministrazione dell'Università per l'affidamento di un incarico di collaborazione professionale ad un ex docente collocato a riposo, in violazione dell'art. 25, l. 23 dicembre 1994 n. 724. Il divieto si estende anche all'incarico di direttore amministrativo di un'istituzione ospedaliera, in quanto incarico di lavoro autonomo: Cass. civ., sez. lav., 28 luglio 2008, n. 20523, in *Giur. civ. Mass.*, 2008, 7-8, 1215.

dici, v. succ. par.) ed oggettivi: dopo aver analizzato le attività vietate e quelle espletabili solo previa autorizzazione, occorre adesso vagliare le c.d. attività liberalizzate, sottratte a qualsiasi regime autorizzatorio e liberamente espletabili.

Si tratta o di attività “*de minimis*”, di evidente modesta rilevanza (occasionali, poco assorbenti fisicamente o mentalmente), ovvero quelle espressive di basilari diritti costituzionalmente rilevanti di qualsiasi soggetto (libertà di pensiero, diritto di critica, tutela delle opere di ingegno etc.), e dunque anche del pubblico dipendente, e, come tali, non sottoponibili a regimi autorizzatori al pari delle attività gratuite, purché, ovviamente, non in conflitto di interesse con i compiti istituzionali espletati per il datore di lavoro pubblico.

Il referente normativo è dato dal pluricitato art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001 che, al comma 6, dopo le modifiche ampliative apportate sia dall'articolo 2, comma 13-*quinquies*, lettera a), del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, sia dall'articolo 2, comma 13-*quinquies*, lettera b), del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, sancisce che sono sottratti al regime autorizzatorio sopradescritto: “*i compensi derivanti: a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili; b) dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali; c) dalla partecipazione a convegni e seminari; d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate; e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo; f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita; f-bis) da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e di ricerca scientifica*”⁵⁰.

Orbene, in tali ipotesi, solo tendenzialmente tassative e ben suscettibili di interpretazione estensiva in ossequio a concorrenti principi anche costituzionali⁵¹, il pubblico dipendente non è tenuto a richiedere alcuna autorizzazione né, in assenza di previsione di legge in tal senso, è tenuto a comunicare alla p.a. datrice l'avvenuto conferimento di tali incarichi anche se alcuni enti, per mal celati retaggi inquisitori o, più condivisibilmente, per verificare l'esatta interpretazione delle vigenti norme o

50. La lettera *f-bis* è stata riscritta dall'articolo 2, comma 13-*quinquies*, lettera b), del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125. Tale attività formativa ricomprende non solo i convegni e seminari riservati a pubblici dipendenti di cui alla precedente lettera c), ma anche corsi, lezioni, master, esercitazioni ove i corsisti non siano solo pubblici dipendenti. Difatti la nozione di “docenza” e di “ricerca scientifica” non è testualmente limitata, sul piano soggettivo, ai soli dipendenti pubblici e nel contempo, sul piano oggettivo, è più ampia e generalizzata di “convegni, seminari, formazione, e ben può dunque ben riguardare anche ogni manifestazione di docenza e ricerca, anche per soggetti privati.

51. A nostro avviso sulla scorta della dizione “e simili” contenuta nella lett. a) del comma 6, e sulla base della gerarchia delle fonti che vede al primo posto la Costituzione (art. 21 Cost. sulla libertà di pensiero con parola, scritto o ogni altro mezzo di diffusione), sono da ritenere liberalizzate (ovvero sottratte ad autorizzazione) anche altre manifestazioni delle libertà o dei doveri fondamentali del cittadino, ancorché pubblico dipendente: assolvimento dell'ufficio pubblico di giudice popolare libertà di associazione senza scopo di lucro, libertà di pensiero espressa in teatro, musica, tv, creazioni artistiche, didattica telematica, ancorché vengano previsti rimborsi spese. Ovviamente tali attività devono espletarsi al di fuori dell'orario d'ufficio e non devono tradursi in attività imprenditoriali parallele (es. gestione pluriennale di un programma televisivo; appartenenza a corpo stabile di teatro o di ballo etc.).

per opportune esigenze di riscontro su conflitti di interesse (che ben potrebbe configurarsi anche per attività astrattamente liberalizzate: es. gratuite o in concorrenza con il datore), sono soliti richiedere, con circolari interne, una comunicazione (destinata a mera presa d'atto) da parte del lavoratore. In ogni caso tale mancata comunicazione, a differenza di quanto espressamente previsto dall'art. 53 in caso di mancata “autorizzazione”, non potrà avere conseguenze sul piano disciplinare in assenza di un obbligo legislativo o contrattuale sul punto.

Unici due intrinseci limiti al libero espletamento di tali attività “liberalizzate” sono pertanto dati:

a) dalla assenza di conflitti di interesse (anche potenziali di cui parlano anche l'art. 53, co. 5, 7 e 9 e l'art. 7, d.P.R. n. 62 del 2013) con la p.a.-datrice di lavoro (rinvenibili, ad es., oltre che nelle ipotesi dell'art. 7, d.P.R. n. 62 del 2013, in caso di espletamento di attività liberalizzate con persone fisiche o con società che abbiano relazioni economiche con la p.a. di appartenenza o siano dalla stessa vigilate o finanziate o ne siano addirittura concessionari o fornitori, oppure che siano in concorrenza con il datore); tra l'altro tale conflitto di interessi potrebbe configurarsi anche a fronte di attività svolte gratuitamente, per le quali la Civit⁵² ha opportunamente previsto la comunicazione al datore per una previa e rapida valutazione circa l'esistenza di possibile conflitto di interesse;

b) dalla loro compatibilità con l'ordinaria prestazione lavorativa presso il datore-p.a.: l'espletamento di una onerosa attività gratuita, oppure un intervento (e, soprattutto, una serie intensa attività) seminariale o convegnistico, o la necessità di redigere un articolo o un impegnativo volume, ancorché astrattamente liberalizzati, non potranno mai andare a scapito dell'ordinario svolgimento delle mansioni d'ufficio. Ne consegue che tali attività, se troppo assorbenti (soprattutto poi se svolte da dipendenti lavativi in sede istituzionale), potrebbero essere vietate e, comunque, andranno svolte in orari extralavorativi o, previo assenso dei vertici gestionali (dirigenza), in orario d'ufficio, ma con doveroso recupero delle ore non lavorate. Se poi l'oggetto dell'incarico liberalizzato ed espletato possa ledere l'immagine della p.a. o urtare con i suoi fini istituzionali (es. magistrato che scriva un libro su come aggirare le leggi; finanziere che scriva un articolo elogiando gli evasori fiscali; poliziotto che in un seminario esalti lo sfruttamento della prigionia...) l'amministrazione potrà esercitare i tradizionali rimedi disciplinari.

L'elencazione predetta, contenuta nel sesto comma dell'art. 53, poneva un tempo, nella sua originaria formulazione, dei problemi applicativi in ordine alla distinzione in concreto tra seminari/convegni (non soggetti ad autorizzazione) e docenze (soggette un tempo ad autorizzazione): per agevolare il superamento di tale ricorrente problema, la novella all'art. 53 co. 6 (art. 7-*novies* del d.l. 31 gennaio 2005, n. 7) ha ampliato le ipotesi liberalizzate, annoverando anche “*f-bis) attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione*”, attività che ricompre seminari, convegni, corsi (anche telematici) o master, purché diretti (anche solo prevalentemente e non

52. V. allegato 1 (pag.47 e 48) del Piano Nazionale Anticorruzione approvato con delibera 72/2013.

esclusivamente: vedi corsi del CSM seguiti da taluni ascoltatori esterni alla magistratura) a dipendenti pubblici. Successivamente, l'articolo 2, co. 13-*quinquies*, lettera a), del d.l. 31 agosto 2013, n. 101 ha ulteriormente attenuato queste problematiche, liberalizzando anche attività di "docenza e di ricerca scientifica" svolgibili a favore, in assenza di puntualizzazioni sul punto, anche a favore di soggetti privati conferenti, con partecipazione sia di soggetti pubblici che privati come discenti.

Va poi ben rimarcata la non conformità a legge, che non prevede tetti massimi orari o mensili all'attività seminariale, didattica, o convegnistica, di talune circolari di alcuni enti che fissano invece limiti di tal tipo. L'unico limite è a nostro avviso rappresentato dal prioritario rispetto dell'orario di lavoro e la produttività in ufficio: al di fuori di tali limiti, gli interventi seminariali o convegnistici non incontrano altri ostacoli, se non la capacità fisica e mentale dell'interessato.

La richiamata basilare regola-guida (prevalenza del dovere di osservare l'orario d'ufficio sul diritto all'espletamento degli incarichi ex art. 53, co. 6, d.lgs. n. 165) deve a nostro avviso trovare applicazione anche per il personale, analizzato nel successivo paragrafo, che, per risalenti privilegi legislativi, può espletare attività professionale in costanza di rapporto di pubblico impiego: il riferimento, è all'art. 53, co. 1 e 6, che, in deroga al regime delle incompatibilità, lascia "ferme altresì le disposizioni di cui agli articoli 267, comma 1, 273, 274, 508 nonché 676 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297⁽⁵³⁾, all'articolo 9, commi 1 e 2, della legge 23 dicembre 1992, n. 498 (enti lirici n.d.a.),

53. Art. 267, T.U. n. 297 del 1994: « 1. Il divieto di cumulo di impieghi di cui all'articolo 508 del presente testo unico non si applica al personale docente dei conservatori di musica e delle accademie di belle arti, nei limiti di quanto previsto nell'articolo 273. 2. L'esercizio contemporaneo dell'insegnamento nei conservatori di musica e di altre attività presso enti lirici o istituzioni di produzione musicale è regolato dagli articoli 273 e 274".

Art. 508: "Incompatibilità. Al personale docente non è consentito impartire lezioni private ad alunni del proprio istituto.

2. Il personale docente, ove assuma lezioni private, è tenuto ad informare il direttore didattico o il preside, al quale deve altresì comunicare il nome degli alunni e la loro provenienza.

3. Ove le esigenze di funzionamento della scuola lo richiedano, il direttore didattico o il preside possono vietare l'assunzione di lezioni private o interdirne la continuazione, sentito il consiglio di circolo o di istituto.

4. Avverso il provvedimento del direttore didattico o del preside è ammesso ricorso al provvedimento agli studi, che decide in via definitiva, sentito il parere del consiglio scolastico provinciale.

5. Nessun alunno può essere giudicato dal docente dal quale abbia ricevuto lezioni private; sono nulli gli scrutini o le prove di esame soltisi in contravvenzione a tale divieto.

6. Al personale ispettore e direttivo è fatto divieto di impartire lezioni private.

7. L'ufficio di docente, di direttore didattico, di preside, di ispettore tecnico e di ogni altra categoria di personale prevista dal presente titolo non è cumulabile con altro rapporto di impiego pubblico.

8. Il predetto personale che assuma altro impiego pubblico è tenuto a darne immediata notizia all'amministrazione.

9. L'assunzione del nuovo impiego importa la cessazione di diritto dall'impiego precedente, salvo la concessione del trattamento di quiescenza eventualmente spettante ai sensi delle disposizioni in vigore.

10. Il personale di cui al presente titolo non può esercitare attività commerciale, industriale e professionale, né può assumere o mantenere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società od enti per i quali la nomina è riservata allo Stato e sia intervenuta l'autorizzazione del Ministero della pubblica istruzione.

11. Il divieto, di cui al comma 10, non si applica nei casi di società cooperative.

12. Il personale che contravvenga ai divieti posti nel comma 10 viene diffidato dal direttore generale o capo del servizio centrale competente ovvero dal provveditore agli studi a cessare dalla situazione di incompatibilità.

13. L'ottemperanza alla diffida non preclude l'azione disciplinare.

14. Decorsi quindici giorni dalla diffida senza che l'incompatibilità sia cessata, viene disposta la decadenza con pro-

all'articolo 4, comma 7, della legge 30 dicembre 1991, n. 412⁽⁵⁴⁾, ed ogni altra successione modificativa ed integrazione della relativa disciplina" (comma 1), e aggiunge che "I commi da 7 a 13 del presente articolo si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, compresi quelli di cui all'articolo 3, con esclusione dei dipendenti con rapporto di lavoro a tempo pieno, con esclusione di lavoro non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno, dei docenti universitari a tempo definito e delle altre categorie di dipendenti pubblici ai quali è consentito da disposizioni speciali lo svolgimento di attività libero-professionali" (comma 6).

Anche per tali peculiari pubblici dipendenti la necessità di espletare un incarico professionale non può mai andare a discapito dell'espletamento della prefissata prestazione lavorativa a favore della p.a. e degli utenti della stessa: in altre parole un professore universitario non potrà annullare o rinviare una lezione universitaria perché impegnato, quale avvocato, in una discussione di una causa o di un arbitrato o, addirittura, in un consulto con un cliente. Qualora ciò avvenisse, sono ipotizzabili risvolti disciplinari, amministrativo-contabili (per violazione del sinallagma prestazione lavorativa-retribuzione) e, forse, anche penali e civili (per i danni arrecati all'utenza: es. spese di viaggio inutilmente sostenute da studenti fuori sede) per l'incauto comportamento.

vedimento del direttore generale o capo del servizio centrale competente, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione, per il personale appartenente ai ruoli nazionali; con provvedimento del provveditore agli studi, sentito il consiglio scolastico provinciale, per il personale docente della scuola dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado e, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione, per il personale docente degli istituti e scuole di istruzione secondaria superiore.

15. Al personale docente è consentito, previa autorizzazione del direttore didattico o del preside, l'esercizio di libere professioni che non siano di pregiudizio all'assolvimento di tutte le attività inerenti alla funzione docente e siano compatibili con l'orario di insegnamento e di servizio.16. Avverso il diktato di autorizzazione è ammesso ricorso al provveditore agli studi, che decide in via definitiva".

54. Articolo 4, comma 7, della legge 30 dicembre 1991, n. 412 "Con il Servizio sanitario nazionale può intercorrere un unico rapporto di lavoro. Tale rapporto è incompatibile con ogni altro rapporto di lavoro dipendente, pubblico o privato, e con altri rapporti anche di natura convenzionale con il Servizio sanitario nazionale. Il rapporto di lavoro con il Servizio sanitario nazionale è altresì incompatibile con l'esercizio di altre attività o con la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con lo stesso. L'accertamento delle incompatibilità compete, anche su iniziativa di chiunque vi abbia interesse, all'amministratore straordinario della unità sanitaria locale al quale compete altresì l'adozione dei conseguenti provvedimenti. Le situazioni di incompatibilità devono cessare entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge. A decorrere dal 1° gennaio 1993, il personale medico con rapporto di lavoro a tempo definito, in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge, è garantito il passaggio, a domanda, anche in soprannumero, al rapporto di lavoro a tempo pieno. In corrispondenza dei predetti passaggi si procede alla riduzione delle dotazioni organiche, sulla base del diverso rapporto dei medici dipendenti del Servizio sanitario nazionale e compatibile col rapporto unico d'impiego, purché espletato fuori dell'orario di lavoro all'interno delle strutture sanitarie o all'esterno delle stesse, con esclusione di strutture private convenzionate con il Servizio sanitario nazionale. Le disposizioni della presente comma si applicano anche ai personale di cui all'articolo 102 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Il personale docente universitario, e i ricercatori che esplicano attività assistenziale presso le cliniche e gli istituti universitari di ricovero e cura anche se gestiti direttamente dalle università, n.d.a.). Per detto personale all'accertamento delle incompatibilità provvedono le autorità accademiche competenti. Resta valido quanto stabilito dagli articoli 78, 116 e 117, d.P.R. 28 novembre 1990, n. 384. In sede di definizione degli accordi convenzionali di cui all'articolo 48, l. 23 dicembre 1978, n. 833, è definito il campo di applicazione del principio di unicità del rapporto di lavoro in ordine tra i diversi accordi convenzionali".

5. Deroche soggettive al regime delle incompatibilità: il personale in *part-time* c.d. ridotto e i professori universitari e di scuole secondarie.

Accanto a deroghe oggettive (previa autorizzazione o attività liberalizzate) al regime delle incompatibilità per il pubblico dipendente, l'attuale ordinamento (art. 1, co. 56-58 *bis*, l. 23 dicembre 1996 n. 662, richiamato dall'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001) prevede deroghe soggettive a favore del personale in *part-time* c.d. ridotto (ovvero con prestazione lavorativa non superiore al 50% di quella a tempo pieno)⁵⁵.

A differenza dei dipendenti con *part-time* con prestazione lavorativa superiore al 50% di quella a tempo pieno, ai quali, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.P.C.M. n. 117/1989, è consentito lo svolgimento di "prestazioni di lavoro" a favore di terzi (pre-stazioni con impegno ovviamente più intenso di quello autorizzabile ai dipendenti a tempo pieno), ai dipendenti in *part-time* c.d. ridotto è consentito lo svolgimento di una libera professione, di altre attività di lavoro autonomo o la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato (tranne che con una pubblica amministrazione).

L'art. 53, co. 1 del d.lgs. n. 165 prevede infatti che "Resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, salva la deroga prevista dall'articolo 23-bis del presente decreto, nonché, per i rapporti di lavoro a tempo parziale, dall'articolo 6, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 marzo 1989, n. 117 e dall'articolo 1, commi 57 e seguenti della legge 23 dicembre 1996, n. 662".

Il successivo comma 6 dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 aggiunge che "I commi da 7 a 13 del presente articolo si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, compresi quelli di cui all'articolo 3, con esclusione dei dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno, dei docenti universitari a tempo definito e delle altre categorie di dipendenti pubblici ai quali è consentito da disposizioni speciali lo svolgimento di attività libero-professionali".

L'art. 1, co. 56 della l. n. 662 stabilisce che le disposizioni di cui all'articolo 58, comma 1, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni (oggi art. 53, d.lgs. n. 165), 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. In virtù di tali norme, per

55. Sul *part-time* in generale si rinvia al Capitolo VIII di questo volume. Sullo specifico tema delle incompatibilità ed il loro superamento per il personale in *part-time* oltre agli scritti citati nella precedente nota 1, v. D'ANTONA, *Part-time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 123 ss.; GUARISO, *Incompatibilità del pubblico dipendente: l'impossibile quadratura del cerchio*, in *Riv. crit. dir. iur.*, 1997, 701; SANTUCCI, *Il lavoro part-time*, in CARINCI, ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pp.aa.*, Torino, 2004, 602 ss. Specificamente sulla iscrिवibilità nell'albo degli avvocati alla luce delle mutevoli sopravvenienze normative e della Consulta v. la bibliografia citata da PADUOLO nelle osservazioni a Cass., sez. I, 8 marzo 2005 n. 5052, in *Foro it.*, 2006, I, 3230.

i soli lavoratori in *part-time* ridotto sono state abrogate tutte le disposizioni che vietano (per il restante personale, anche in *part-time* non ridotto) lo svolgimento di altre attività di lavoro e di quelle che impediscono l'iscrizione ad albi professionali. Tale attenuazione del vincolo di esclusività della prestazione sancito dalla suprariferita normativa è stata ritenuta costituzionalmente legittima (e vincolante per Regioni ed enti locali) dalla Corte costituzionale in generale⁵⁶ e per l'espletamento della professione forense in particolare⁵⁷, anche se poi, per quest'ultima sola professione è intervenuta "ad casum" la l. 25 novembre 2003 n. 339⁵⁸ che ha ripristinato per i lavoratori in *part-time* ridotto il divieto di iscrizione nell'albo degli avvocati (ma non agli altri albi professionali) previsto dal regio decreto-legge 27 novembre 1933, n.

56. C. cost., 18 maggio 1999 n. 171, in *Foro it.*, 2001, I, 59.

57. C. cost., 11 giugno 2001 n. 189, in *Foro it.*, 2001, I, 2121 e 3044 con nota di SCARSELLI. L'art. 1 della l. n. 662 aveva dunque creato una ulteriore deroga (oltre a quella dei professori universitari e di scuole secondarie e degli avvocati di enti iscritti in albo speciale) al divieto di iscrizione nell'albo degli avvocati di pubblici dipendenti sancito dall'art. 3, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 (in Gazz. Uff., 5 dicembre, n. 281) convertito in l. 22 gennaio 1934, n. 36. Tale ultima norma prevede che: "L'esercizio delle professioni di avvocato [e di procuratore] è incompatibile con l'esercizio della professione di notaio, con l'esercizio del commercio in nome proprio o in nome altrui, con la qualità di ministro di qualunque culto avente giurisdizione o cura di anime, di giornalista professionista, di direttore di banca, di mediatore, di agente di cambio, di sensale, di ricevitore del lotto, di appaltatore di un pubblico servizio o di una pubblica fornitura, di esattore di pubblici tributi o di incaricato di gestioni esattoriali. E anche incompatibile con qualunque impiego od ufficio retribuito con stipendio sul bilancio dello Stato, delle Province, dei Comuni, delle istituzioni pubbliche di beneficenza, della Banca d'Italia, [della Lista civile], del gran magistero degli ordini cavallereschi, del Senato, della Camera dei deputati ed in generale di qualsiasi altra Amministrazione o istituzione pubblica soggetta a tutela o vigilanza dello Stato, delle Province e dei Comuni. E infine incompatibile con ogni altro impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario. Sono eccettuate dalla disposizione del secondo comma: a) i professori e gli assistenti delle università e degli altri istituti superiori ed i professori degli istituti secondari dello Stato; b) gli avvocati [ed i procuratori] degli uffici legali istituiti sotto qualsiasi denominazione ed in qualsiasi modo presso gli enti di cui allo stesso secondo comma, per quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera. Essi sono iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo".

58. L'articolo 1 della legge 25 novembre 2003, n. 339 (Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato) prevede che le disposizioni di cui all'articolo 1, commi 56, 56-bis e 57, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 le quali consentono l'iscrizione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale agli albi professionali quando la prestazione lavorativa non sia superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno (c.d. part time ridotto). «non si applicano all'iscrizione agli albi degli avvocati, per i quali restano fermi i limiti e i divieti di cui al regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, e successive modificazioni». Il successivo art. 2, a sua volta, dispone: «I pubblici dipendenti che hanno ottenuto l'iscrizione all'albo degli avvocati successivamente alla data di entrata in vigore della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e risultano ancora iscritti, possono optare per il mantenimento del rapporto d'impiego, danando comunicazione al consiglio dell'ordine presso il quale risultano iscritti, entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. In mancanza di comunicazione entro il termine previsto, i consigli degli ordini degli avvocati provvedono alla cancellazione di ufficio dell'iscritto al proprio albo» (comma 1); «Il pubblico dipendente, nell'ipotesi di cui al comma 1, ha diritto ad essere reintegrato nel rapporto di lavoro a tempo pieno» (comma 2); «Entro lo stesso termine di trentasei mesi di cui al comma 1, il pubblico dipendente può optare per la cessazione del rapporto di impiego e conseguentemente mantenere l'iscrizione all'albo degli avvocati» (comma 3); «Il dipendente pubblico part time che ha esercitato l'opzione per la professione forense ai sensi della presente legge conserva per cinque anni il diritto alla ri-ammissione in servizio a tempo pieno entro tre mesi dalla richiesta, purché non in soprannumero, nella qualifica ricoperta al momento dell'opzione presso l'Amministrazione di appartenenza. In tal caso l'anzianità resta sospesa per tutto il periodo di cessazione dal servizio e ricomincia a decorrere dalla data di ri-ammissione» (comma 4).

1578 (derogato dalla l. n. 662 cit.) e la Consulta⁽⁶⁵⁾ ha inopinatamente (ed incredibilmente) ritenuto legittima la previsione: in sintesi il dipendente in *part-time* ridotto può iscriversi in qualsiasi albo professionale salvo quello degli avvocati! I soli dipendenti pubblici che possono iscriversi nell'albo forense sono dunque solo i docenti universitari e di scuole secondarie, come ribadito dalla Consulta da ultimo citata⁽⁶⁶⁾. La Corte costituzionale è stata poi nuovamente, ma vanamente, adita sul punto dalle sezioni unite della Cassazione con una accurata ordinanza di rimessione, che non ha però sortito gli auspiciati effetti abrogativi⁽⁶⁷⁾.

Tale "liberalizzazione soggettiva" dei dipendenti in *part-time* ridotto, oggetto anche di Circolare esplicativa della Funzione pubblica⁽⁶²⁾, incontra tuttavia dei limiti legali volti a prevenire conflitti di interesse fra amministrazione e dipendente, ad evitare forme di accaparramento privilegiato della clientela pubblica, o ad evitare intralci alla funzionalità della p.a.; in particolare, in base all'art. 1, co. 56-bis, l. n. 662 del 1996, ferme restando le altre disposizioni in materia di requisiti per l'iscrizione ad albi professionali e per l'esercizio delle relative attività, ai dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitano attività professionale:

a) non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche (tale divieto, applicabile al personale in *part-time* ridotto, non ci sembra

applicabile per i docenti universitari e di scuole secondarie)⁽⁶³⁾;

b) non possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione (anche tale divieto non ci sembra applicabile per i docenti universitari e di scuole secondarie)⁽⁶⁴⁾;

Più in generale, per il personale in *part-time*, altri limiti vengono posti dal legislatore (art. 1, co. 58, l. n. 662 del 1996, come modificato dall'art. 73 del d.l. n. 112/2008):

c) la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (che in precedenza avveniva automaticamente, ma ora è soggetta a valutazione da parte dell'amministrazione) può essere concessa entro sessanta giorni dalla domanda (nella quale è indicata l'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che il dipendente intende svolgere): l'amministrazione, entro il predetto termine, nega la trasformazione del rapporto nel caso in cui l'attività lavorativa di lavoro autonomo o subordinato comporti un conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta dal dipendente. Sul punto la legislazione precisa (art. 1, co. 58-bis, l. n. 662) che, ferma restando la valutazione in concreto dei singoli casi di conflitto di interesse, le amministrazioni provvedono, con decreto del Ministro competente⁽⁶⁵⁾, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica, ad indicare le attività che in ragione della interferenza con i compiti istituzionali, sono comunque non consentite ai dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno.

d) identico diniego di trasformazione può essere opposto nel caso in cui la trasformazione comporti, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente, pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione stessa (in precedenza, prima delle modifiche operate con il d.l. n. 12/2008, il pregiudizio doveva essere "grave" e l'amministrazione aveva la possibilità solo di differire fino a sei mesi la concessione del *part-time*)⁽⁶⁶⁾.

63. Potremmo ritenere che il divieto ex art. 56-bis l. 662 di dare incarichi professionali pubblici o di assumere il patrocinio delle p.a. nacque per impedire, nel 1996, per evitare conflitti di interesse e di accaparramento agevolato della clientela, il conferimento di incarichi a dipendenti pubblici (non professori universitari o di scuole secondarie) che, all'epoca (*ergo* prima del divieto introdotto dalla l. n. 339 del 2003), potevano iscriversi in albi (quale quello degli avvocati) in base all'art. 1, co. 56 della stessa l. 662/96. La norma non poteva (e non può a tutt'oggi) riguardare i professori-avvocati in quanto per loro vi era (e vi è) una norma speciale (art. 3, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578) che consente qualsiasi incarico professionale consultivo senza eccezioni, e tale norma è ribadita dalla normativa universitaria (art. 11, d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382 e art. 1, co. 13, l. 4 novembre 2005 n. 230). Ripristinato il divieto per dipendenti anche in *part-time* di iscriversi in albi ex l. n. 339 del 2003, la norma del 1996 (l. n. 663) resta oggi priva di applicazione concreta, in quanto gli unici dipendenti facoltati ad iscriversi in albo avvocati sono i professori-avvocati, che hanno però una *lex specialis* che li abilita a difendere chiunque, *ergo* anche la p.a. e ad avere incarichi dalla p.a. (nel rispetto del regime a tempo definito del d.P.R. n. 382 cit.).

64. V. nota precedente.

65. Tra i vari decreti attuativi presso le singole amministrazioni del precepto legislativo volto a prefissare attività non consentite in generale al personale in *part-time* per interferenza con i compiti istituzionali, v. d.m. 5 giugno 1998 Ministero per i beni culturali e ambientali.

66. In base all'art. 1, co. 58, l. n. 662 del 1996 la trasformazione non può essere comunque concessa qualora

59. Secondo C. cost., 21 novembre 2006, n. 390 (in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, 45 12, con nota di GRILLO, poi confermata da C. cost., 27 marzo 2009 n. 91) poiché l'esercizio della professione di avvocato presenta peculiarità evidenti rispetto alle altre professioni per le quali è richiesta l'iscrizione ad un albo, e in particolare l'incompatibilità con incarichi retribuiti, non è irragionevole la scelta del legislatore di non consentire l'esercizio di tale professione ai pubblici dipendenti con rapporto di lavoro *part-time*. Non è pertanto fondata - con riferimento all'art. 3 cost. - la q.l.c. degli art. 1 e 2, l. 339 del 2003.

La pronuncia, non casualmente redatta da un avvocato (che ha sostituito il relatore prescelto, professore universitario, comprensibilmente in dissenso) con vari equilibrismi logici e verbali evidenzia un sofferto coordinamento tra la l. 339 del 2003 e la poco precedente pronuncia n. 189 del 2001 (v. nota precedente) la quale aveva ritenuto legittima la normativa della l. 662 che superava il divieto di iscrizione nell'albo degli avvocati dei dipendenti in *part-time* ridotto: emblematico dei virtuosismi acrobatici il passaggio, vero capolavoro assiomatico, secondo cui "È ovvio che la non irragionevolezza di una disciplina (quella della l. n. 662 vagliata da C. cost. n. 189 del 2001, n.d.a.) non esclude la non irragionevolezza di una opposta disciplina e che il legislatore conserva integro - con il solo limite, appunto, della non manifesta irragionevolezza - il potere di disciplinare diversamente la medesima materia che abbia superato, in precedenza, il vaglio di legittimità costituzionale". Sulla iscrivibilità nell'albo degli avvocati alla luce delle mutevoli sopravvenienze normative e della Consulta v. la bibliografia citata da PADULO nelle osservazioni a Cass., sez. I, 8 marzo 2005 n. 5052, in *Foro.it.*, 2006, I, 3230. Sulla portata applicativa della l. n. 339 del 2003 v. la giurisprudenza di merito in APICELLA, CURCURI-TORTO, SORDI, TENORE, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, Milano, 2005, 230 ss.

60. Secondo C. cost., 21 novembre 2006, n. 390 cit. "Le eccezioni, alla regola che sancisce l'incompatibilità con qualsiasi rapporto implicante subordinazione, non vulnerano la coerenza del sistema allo stato vigente; in particolare, l'eccezione che riguarda i docenti deve essere considerata alla luce del principio costituzionale della libertà dell'insegnamento (art. 33 Cost.), dal quale discende che il rapporto di impiego (ed il vincolo di subordinazione da esso derivante), come non può incidere sull'insegnamento (che costituisce la prestazione lavorativa), così, ed *a fortiori*, non può incidere sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense".

61. Cass., sez. un., 6 dicembre 2010 n. 24689, in *www.lexitalia.it*, 2011, fasc. 1 e Trib. Nocera Inferiore, ord. 24 marzo 2011 n. 59/2013. Tuttavia la Consulta ha dichiarato ancora una volta infondata la questione con pronuncia 27 giugno 2012 n. 166. Da ultimo, sulla legittimità della norma, Cass., sez. un., n. 11833/2013.

62. V. anche il parere 15 dicembre 2005 n. 220/2005 del Dipartimento della Funzione pubblica, in *http://www.funzionepubblica.it/dipartimento/docs_paff/Parere_Incompatibilita_part_time_15.12.05.pdf*.

Il dipendente è tenuto, inoltre, a comunicare, entro quindici giorni, all'amministrazione nella quale presta servizio, l'eventuale successivo inizio o la variazione dell'attività lavorativa.

Va da ultimo segnalato il peculiare regime che, in base alla legge Gelmini (l. 30 dicembre 2010 n. 240), connota i professori universitari, per i quali attività extra-istituzionali sono consentite con maggior ampiezza al fine di migliorare e arricchire la resa didattica testando sul campo le nozioni da trasmettere agli studenti, a cui va insegnato il "saper fare" oltre al mero "sapere" ⁽⁶⁷⁾.

Tale deroga al più restrittivo regime generale è più marcata per i docenti che optino, rinunciando però a cariche accademiche apicali e a maggiore retribuzione, per il regime a tempo definito ⁽⁶⁸⁾, che consente di svolgere attività libero-professionale, pur rispettando impegni didattici e di ricerca con la Facoltà e salvi i conflitti di interesse con la propria Facoltà ⁽⁶⁹⁾. Più ristretti sono i margini per i docenti a tempo pieno, a cui è consentita attività consulenziale occasionale o altre attività minimali

l'attività lavorativa di lavoro subordinato debba intercorrere con un'amministrazione pubblica.

67. Sul tema DAPAS, VIOLA, *I docenti universitari*, vol. V, in CARINCI, TENORE (a cura di), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Milano, 2007; TROISI, *Incompatibilità e incarichi per i docenti universitari*, in CORPACI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle pubbliche amministrazioni*, in NCL, 1999, 5-6; CANULLO, *Incarichi retribuiti extra ufficio assunti da docenti universitari*, in *www.lavocadedidirizzo*, 2015; BUSICO, *Il regime di incompatibilità dei docenti universitari*, in *www.ilmirito.org*, 3 dicembre 2018; GIORDANO, *Il regime di incompatibilità dei docenti universitari: lacune e incongruenze della normativa vigente*, in *www.fliodritto.it*, 2017; MORZETTI, PELLEGRINI, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, in *Il lac*, nelle p.a., 2016, f. 3-4; ZAMPINI, *Incompatibilità ed attività extrainstituzionali dei professori e dei ricercatori universitari*, in *Il lac*, nelle p.a., 2019, fasc. 2. Interessante è anche lo studio redatto dall'Ufficio Studi CODAU che trae spunto dalla Sentenza della Corte dei conti sez. Campania n. 305 del 30 marzo 2015 relativa al sistema di incompatibilità per i professori universitari, in http://www.codau.it/sites/default/files/allegati_ufficio_studi/commento_sentenza_corte_dei_conti_Campania_305_2015.pdf. Da ultimo, si veda la nota 18 giugno 2019 n. 00001370 del MIUR citata in nota 72.

68. L'art. 6, co. 6, l. n. 240 prevede che tale opzione vada formalizzata, stabilendo che:

"L'opzione per l'uno o l'altro regime di cui al comma 1 è esercitata su domanda dell'interessato all'atto della presa di servizio ovvero, nel caso di passaggio dall'uno all'altro regime, con domanda da presentare al rettore almeno sei mesi prima dell'inizio dell'anno accademico dal quale far decorrere l'opzione e comporta l'obbligo di mantenere il regime prescelto per almeno un anno accademico".

69. L'art. 6, co. 12 della l. n. 240 prevede che "I professori e i ricercatori a tempo definito possono svolgere attività libero-professionali e di lavoro autonomo anche continuative, purché non determinino situazioni di conflitto di interesse rispetto all'ateneo di appartenenza. La condizione di professore a tempo definito è incompatibile con l'esercizio di cariche accademiche. Gli statuti di ateneo disciplinano il regime della predetta incompatibilità. Possono altresì svolgere attività didattica e di ricerca presso università o enti di ricerca esteri, previa autorizzazione del rettore che valuta la compatibilità con l'adempimento degli obblighi istituzionali. In tal caso, ai fini della valutazione delle attività di ricerca e delle politiche di reclutamento degli atenei, l'apporto dell'interessato è considerato in proporzione alla durata e alla quantità dell'impegno reso nell'ateneo di appartenenza".

Per un interessante caso di diniego di incarico esterno di un professore a tempo definito quale Rettore di una Facoltà privata v. Cons. St., 20 dicembre 2012 n. 6586, che ha ritenuto giustamente legittimo il provvedimento con il quale una Università agli studi statale (nella specie si trattava dell'Università "La Sapienza" di Roma) ha negato ad un professore ordinario a tempo definito, in servizio presso l'Università stessa, l'autorizzazione ad assumere la carica di Rettore presso una Università privata che opera nel medesimo ambito territoriale (nella specie si trattava dell'Università privata telematica delle scienze umane Niccolò Cusano). Sussiste infatti una situazione di oggettiva incompatibilità, per conflitto di interessi.

previste dalla legge Gelmini ⁽⁷⁰⁾. La violazione di tale regime comporta, anche per i professori universitari, conseguenze penali (truffa e/o falso in atto pubblico), disciplinari (sino alla destituzione) e amministrativo-contabili (per indebita percezione di maggiorazioni stipendiali e per violazione dell'art. 53, co. 7 e 7-bis, d.lgs. n. 165).

Il base all'art. 6, co. 9 della legge Gelmini "la posizione di professore e ricercatore è incompatibile con l'esercizio del commercio e dell'industria fatta salva la possibilità di costituire società con caratteristiche di spin off o di start up universitari, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, anche assumendo in tale ambito responsabilità formali, nei limiti temporali e secondo la disciplina in materia dell'ateneo di appartenenza, nel rispetto dei criteri definiti con regolamento adottato con decreto del Ministro ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400".

La suddetta norma chiarisce poi, come detto, che "L'esercizio di attività libero-professionale è incompatibile con il regime di tempo pieno. Resta fermo quanto disposto dagli articoli 13, 14 e 15 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382, fatto salvo quanto stabilito dalle convenzioni adottate ai sensi del comma 13 del presente articolo".

La realtà giudiziaria, soprattutto in sede giuscontabile (ma anche penale e disciplinare), sta evidenziando, a seguito di vaste indagini della Guardia di Finanza ⁽⁷¹⁾, rilevanti inosservanze della normativa Gelmini e soprattutto problemi in ordine alla individuazione dei limiti alle attività consentite ai professori a tempo pieno che, talvolta, dietro l'apparente attività consulenziale o di collaborazione scientifica (teatualmente consentita dall'art. 6, co. 10 della legge Gelmini) svolgono di fatto attività libero-professionale non consentita se non ai professori a tempo definito, così esponendosi a restituzioni delle maggiori retribuzioni percepite quali formali "temporari" ed al versamento all'Università degli introiti extralavorativi non espletabili o non autorizzati ai sensi dell'art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165.

Il sottile e complesso distinguo tra attività libero-professionale (vietata) e attività consulenziale (consentita) ai docenti a tempo pieno è oggetto di prime sentenze della Corte dei conti ⁽⁷²⁾, occasionate da vaste indagini nazionali della GdF, che dovranno

70. L'art. 6, co. 10 della l. n. 240 stabilisce che "I professori e i ricercatori a tempo pieno, fatto salvo il rispetto dei loro obblighi istituzionali, possono svolgere liberamente, anche con retribuzione, attività di valutazione e di reforggio, lezioni e seminari di carattere occasionale, attività di collaborazione scientifica e di consulenza, attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale, nonché attività pubblicitarie ed editoriali. I professori e i ricercatori a tempo pieno possono altresì svolgere, previa autorizzazione del rettore, funzioni didattiche e di ricerca, nonché compiti istituzionali e gestionali senza vincolo di subordinazione presso enti pubblici e privati senza scopo di lucro, purché non si determinino situazioni di conflitto di interesse con l'università di appartenenza, a condizione comunque che l'attività non rappresenti detrimento delle attività didattiche, scientifiche e gestionali loro affidate dall'università di appartenenza".

Inoltre, il comma 11 prevede che "I professori e i ricercatori a tempo pieno possono svolgere attività didattica e di ricerca anche presso un altro ateneo, sulla base di una convenzione tra i due atenei finalizzata al conseguimento di obiettivi di comune interesse. La convenzione stabilisce altresì, con l'accordo dell'interessato, le modalità di ripartizione tra i due atenei dell'impegno annuo dell'interessato, dei relativi oneri stipendiali e delle modalità di valutazione di cui al comma 7".

71. Per alcune reazioni universitarie a fronte di tali indagini Cfr.: il sito <http://italianengineers.blogspot.com/2018/01/e-partita-la-caccia-alle-streghe-dei.html>. Vedasi anche l'articolo <https://www.iffattoquidiano.it/2018/05/07/universita-411-docenti-nel-mirino-della-finanza-hanno-scelto-il-tempo-pieno-ma-fanno-un-secondo-lavoro-danno-e-erario/4339114/>.

72. Tra i più recenti giudizi relativi a violazioni del regime a tempo pieno ed incompatibilità professori

no appropiare il tema in modo pacato ed equilibrato, partendo dalla astrattamente lecita attività consulenziale (come statuito dalla l. Gelmini), ma valutando sul piano qualitativo e quantitativo (e non tanto sul piano economico dei compensi, in quanto è pur sempre occasionale una sola consulenza annua ancorché milionaria) le singole consulenze esterne, per verificare se trasmodino in una attività libero-professionale “camuffata”.

Più difficile è ritenere invece che compensi percepiti quali diritti d'autore su pareri astratti e generali (ed editi su riviste o in pubblicazioni interne) resi da professori a tempo pieno a soggetti pubblici (o privati) possano configurare attività professionale vietata: una pur intensa attività consultiva non tesa a contenziosi in atto (ma solo in potenza, o per istruttorie amministrative in atto) e tradottasi in pareri astratti e generali è difficilmente riconducibile alla nozione di attività professionale, se non in casi limite connotati da rilevante reiterazione nel tempo, produzione numerosa di pareri e utilizzo contenzioso degli stessi con frequenza. Il punto andrebbe però normato sul piano legislativo o di Regolamento di ateneo.

E in tale indagine sulla violazione o meno della normativa Gelmini, non assumono rilevanza, a nostro avviso, largheggianti (e sovente compiacenti) autorizzazioni rettorali allo svolgimento di attività extralavorative che la legge Gelmini vieta, ovvero attività (sostanzialmente) professionali per i tempopienisti: l'autonomia universitaria non può spingersi a violare i limiti fissati dalla legge n. 240.

Cosa però sia una vera *consulenza* e non un *incarico professionale*, quale sia la soglia numerica e qualitativa che faccia trasmodare la consulenza in attività professionale, richiederebbe un chiarimento normativo, ma già la più agile fonte Regolamentare potrebbe far chiarezza in singoli atenei (magari tarandosi su scelte uniformi sul piano nazionale tra vari atenei sotto la guida uniforme del MIUR), illuminando e pungolando il più pigro e riflessivo legislatore. Nelle more di questi interventi normativi, la magistratura contabile sta facendo il suo lavoro di equilibrata esegesi normativa e di valutazione delle singole, concrete e assai diversificate, evenienze fattuali, primo presupposto valutativo per una corretta sentenza.

A tale limite va poi aggiunto un ulteriore limite fissato dalla stessa legge Gelmini per ogni attività esterna di un qualsiasi docente: un conto è il profilo liberalizzato (per talune attività) o autorizzatorio (per altre attività) legato al rispetto della normativa Gelmini (e dell'art. 53, co. 7, d.lgs n. 165), altro è il concorrente profilo di possibile *conflicto di interesse* mutuato dal d.P.R. n. 62 del 2013 (come recepito dal MIUR e dalle singole Università) che potrebbe impedire lo svolgimento di attività consentite, liberalizzate o autorizzabili se tale attività si ponesse in contrasto con compiti istituzionali dell'Ateneo.

Quanto sopra detto per i professori universitari vale, con i dovuti distinguo non universitari cfr. C. conti, sez. Lombardia, n. 14 del 2017 (relativo a docente universitario Primario di medicina), confermata da *id.*, sez. I, n. 97 del 2018; *id.*, sez. I, n. 80 del 2017; *id.*, sez. Lazio, n. 251 del 2018; *id.*, sez. Friuli Venezia Giulia, n. 47 del 2018; *id.*, sez. Emilia-Romagna, n. 125 del 2018; *id.*, sez. Emilia-Romagna, n. 209 del 2017; *id.*, sez. Toscana, n. 220 del 2017; *id.*, sez. Liguria, n. 155 del 2017; *id.*, sez. Campania, n. 277 del 2017; *id.*, sez. Campania, n. 94 del 2016; *id.*, sez. Lazio, n. 291 del 2016; *id.*, sez. Liguria, n. 121 del 2016. Si veda anche la nota 18 giugno 2019 n. 00001370 MIUR Dipart. Formaz. Superiore e Ricerca.

mativi, per i docenti di istituti primari e secondari (che sottostanno all'art. 267, co. 1, 273, 274, 508 nonché 676 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297) e per i medici in regime, a seconda dei casi, *intramoenia* o *extramoenia* (sottoposto all'art. 4, co. 7, della legge 30 dicembre 1991, n. 412 e succ.int.), tematica affrontata in alcune sentenze della Corte dei conti a fronte di esercizio di attività *extramoenia* di fatto (sovente “in nero”) da parte di medici (talvolta primari e professori universitari a tempo pieno) in regime *intramoenia*⁷³.

73. È costante l'indirizzo, in materia di illecita attività professionale svolta da dirigente medico a tempo pieno in *intramoenia* (o da professore a tempo pieno), per cui costituisce danno erariale, oltre alla ipotesi “punitiva” di cui all'art. 53, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001, anche il trattamento economico aggiuntivo erogato dall'azienda ospedaliera in ragione del vincolo di esclusività, ossia le indennità di esclusiva, indennità di risultato nonché il 50% della retribuzione di posizione parte variabile (*ex pluribus*, C. conti, sez. Calabria, 26 novembre 2011, n. 533, confermata da *id.*, sez. III app., 6 maggio 2014, n. 277; *id.*, sez. Emilia Romagna, 4 gennaio 2012, n. 22; *id.*, sez. Sardegna, 25 febbraio 2013, n. 46; *id.*, sez. Sardegna, 21 maggio 2013, n. 145; *id.*, sez. app. Sicilia, 11 novembre 2013 n. 318; *id.*, sez. Veneto, 3 luglio 2013, n. 221). Per una compiuta ricostruzione di tutte le tipologie di pregiudizio erariale derivante dallo svolgimento di attività *extramoenia*, e senza l'autorizzazione ex art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, da parte di dirigente medico con rapporto esclusivo di lavoro con la A.O., si rinvia a C. conti, sez. Lombardia, 31 gennaio 2017, n. 14 in *www.lexitalia.it*, n. 2, 2017 (confermata da *id.*, sez. I app., 1 marzo 2018, n. 97) e *id.*, sez. Lombardia, 9 febbraio 2016, n. 12. Le due articolate pronunce evidenziano, tra l'altro, come le tre indennità non sono attribuite in relazione a maggiori prestazioni richieste, ma sono dirette unicamente a compensare i minori guadagni derivanti dalla rinuncia da parte del medico alla facoltà di svolgere la libera professione extramoenia e qualsiasi altra attività sanitaria a titolo gratuito (Cfr.: sul punto anche la giurisprudenza ivi richiamata): non si pone, dunque, in radice alcuna questione di *utilitas* compensabile.