



Comune di Calvizzano

(Città Metropolitana di Napoli)

Egregi Responsabili settori

p.c. Egregio Sig. Sindaco

Egr. Presidente Nucleo di valutazione

Egr. Revisore dei Conti

DIRETTIVA DEL SEGRETARIO GENERALE

N. 13 DEL 23.09.2024

OGGETTO: REGIME DI INCOMPATIBILITÀ DEI DIPENDENTI PUBBLICI.

Con decreto del Sindaco prot. n. 295 in data 10.01.2023 lo Scrivente è stato individuato quale responsabile anticorruzione e trasparenza dell'Ente (RPCT).

Al fine di evitare, oltre allo scostamento dai principi di sana e corretta gestione amministrativa, astratte ipotesi di responsabilità in capo a dipendenti ed amministratori, lo Scrivente adotta lo strumento della circolare interna/direttiva come strumento di formazione anche ai fini della prevenzione della corruzione.

La presente direttiva si pone l'obiettivo di analizzare, per quanto possibile sinteticamente, i diversi interventi normativi tesi a dare attuazione al precetto costituzionale nell'espletabilità o meno di incarichi esterni da parte del dipendente pubblico che possono originare conflitti di interesse con il servizio reso in via esclusiva alla Nazione.

Si soffermerà, nella parte conclusiva, ad illustrare alcuni recenti interventi con i quali la Giurisprudenza, sia contabile che del lavoro, è tornata a fornire indicazioni sulla materia del regime di incompatibilità dei dipendenti pubblici, regolato dall'art. 60 del D.P.R. 3/1957 e dall'art. 53 del D.Lgs. 165/2001. Oltre a confermare principi già consolidati nell'ordinamento, i Giudici hanno avuto modo di affrontare in maniera precisa alcuni aspetti specifici, da sempre oggetto di dubbi da parte degli operatori.

Il principio di esclusività, desumibile dall'art. 53 del D.Lgs. n. 165 del 2001, ha particolare rilievo nel rapporto di impiego pubblico perché trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 98 Cost., con il quale il legislatore costituente, nel prevedere che "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione", ha voluto rafforzare il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., sottraendo il dipendente pubblico dai condizionamenti che potrebbero derivare dall'esercizio di altre attività (cfr. Cass., sez. lav., 1 dicembre 2020 n.27420; id., sez. un., 11 novembre 2020 n.25369; id., sez. lav., 25 giugno 2020 n.12626. C.conti, sez. Lombardia, 3 febbraio 2020 n.11; id., sez. Lombardia 7 maggio 2019 n. 94; id., sez. Lombardia, 28 febbraio 2017 n.14; id., sez. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216; Cons. St., sez.II, 17 dicembre 2021 n.8409; id., sez. II, 25 maggio 2021 n.4091; id., sez. IV, 26 febbraio 2021 n.1685).

Il principio di esclusività a favore della Nazione del servizio reso dai pubblici impiegati, intende sottolineare, in raccordo con altri precetti della Carta costituzionale, il carattere strumentale dell'apparato amministrativo per la realizzazione del fine pubblico in modo imparziale e senza interferenze di interessi personali o esterni.

Il rapporto di lavoro con il datore pubblico è pertanto 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 e professionali in costanza di rapporto di lavoro con il datore pubblico (art. 60 del D.P.R. 3/1957)

La giurisprudenza (Cass., sez. lav., 3 agosto 2021 n.22188; id., sez. lav., 29 novembre 2019 n. 31277; Cons. St., sez. V, 13 gennaio 1999, n. 24) ha più volte ribadito che non vale ad escludere la situazione d'incompatibilità di un pubblico dipendente, che eserciti un'attività non autorizzata o non autorizzabile, il fatto che egli eserciti regolarmente il suo lavoro, in quanto la norma d'incompatibilità mira anche a salvaguardare le energie lavorative del dipendente stesso, ai fini di un miglior rendimento nei confronti della P.A. datrice di lavoro.

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 conflitto di interesse, 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). Anche di recente la Cassazione (Cass. sez. lav., 29 marzo 2023, n.8846) ha ribadito che in presenza di incarico retribuito ai sensi dell'art. 53, comma 7, D.Lg. n. 165 del 2001, sia necessaria, da parte dell'Amministrazione datrice di lavoro, una previa verifica puntuale, di volta in volta, in ordine alla insussistenza di situazioni di conflitto d'interessi nell'attività espletata all'esterno e dell'impegno, in termini di energie intellettuali e lavorative, richiesto al proprio dipendente dalla medesima attività (fattispecie in cui si ribadisce la necessità di autorizzazione anche per rivestire qualifica di socio accomandatario in società in accomandita).

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 nel sopra citato 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, salvo 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 anche dai CCNL 2016-2018, non toccati "*in parte qua*" dai CCNL 2019-2021.

La norma stabilisce una vera e propria estensione a tutti i dipendenti pubblici, 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, salvo quanto si dirà successivamente per il personale in part-time e ferme restando le attività autorizzabili e quelle c.d. liberalizzate.

In particolare, per i dipendenti degli enti locali, è stato abrogato dalla legge 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, questi ultimi connotati da regimi settoriali, sovente più rigorosi, che sono *lex specialis*) l'ultravigenza nell'attuale regime dei datati art. 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 contravvenga 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.

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 lucrativo (Ex pluribus: Cass., sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967; TAR Campania, Napoli, sez. II, 22 gennaio 2002, n. 389). Possono dunque ritenersi vietate le attività industriali, commerciali, artigianali, 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 compatibile, salvo conflitti di interesse con compiti istituzionali su pratiche afferenti la società). 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 comminatoria di sanzioni disciplinari.

Indice sintomatico per eccellenza (ma non prova di per sé assorbente, potendo una prestazione occasionale essere fatturata senza configurare attività professionale, ontologicamente continuativa) 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 accettare, soprattutto nei frequenti giudizi contabili ex art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165, è l'espletamento "subdolo" di attività formalmente consulenziali ma intense e reiterate nel tempo, che diventano di fatto (e di diritto) attività libero- professionali, precluse a pubblici dipendenti, compresi professori universitari a tempo pieno (o primari ospedalieri in regime *intramoenia*) cui la normativa consente solo attività realmente consulenziali (ergo occasionali).

La più recente giurisprudenza della Cassazione (Cass., sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967) 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 seguito della presente.

Nel contempo la Suprema Corte, nel ribadire più volte il divieto di iscrizione in albi professionali (salvo quanto si

dirà per il personale in part-time ridotto) per i pubblici dipendenti (In terminis Cass., sez. lav., 4 novembre 2003 n. 16555, e id., sez. un., 2 aprile 1998 n. 3386; id., sez. III, 9 febbraio 2000, n. 1439; Cass., sez. III, 30 luglio 2001, n. 10397), 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 (cfr Cass., sez. II, 14 novembre 2001, n. 14169,) 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 esercitino 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), essendo 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 iscrivibili in “albo speciale” in quanto esercenti nella P.A. funzioni per le quali è indefettibile l'iscrizione: avvocati interni, architetti, ingegneri, medici etc.).

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 extra lavorative non consentite o non autorizzate può avvenire o tramite richieste alla Guardia di Finanza, oppure tramite 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'Agenzia delle Entrate o all'Inps, presso il quale potrebbero essere aperte partite previdenziali (c.d. gestione separata) a favore di dipendenti con incarichi extra.

Queste amministrazioni sono tenute a fornire i dati richiesti per doverosa collaborazione istituzionale (in ossequio al principio di “leale e solerte collaborazione” tra pubbliche amministrazioni) ed in assenza di ostacoli connessi alla tutela della privacy, che recede rispetto al prevalente dovere di accertamento e poi eventualmente 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. (Il Garante della privacy, con provvedimento 24 novembre 2011 n. 450, ha ritenuto che un ente pubblico (nella specie azienda ospedaliera legittimata ex art. 6, co. 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).

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 già vietate, ma sottoposte ad un regime autorizzatorio, nonché le attività “liberalizzate”, ovvero espletabili da qualsiasi pubblico dipendente senza necessità di autorizzazione datoriale, né di alcun nulla-osta o benestare.

Di seguito si pone l'attenzione sui diversi tipi di incompatibilità:

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

L'inosservanza 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 citato, una previa diffida datoriale (atto gestionale), 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 giurisprudenza della Corte di Cassazione (ex multis cfr. Cass., sez. lav., 6 agosto 2018 n. 20555; id., sez. lav., 30 novembre 2017 n. 28797; id., sez. lav., 11 giugno 2015 n. 12120; id., sez. lav., 12 ottobre 2012 n. 17437), non ha natura disciplinare. 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.

Ne consegue, secondo tale indirizzo, che la decadenza, nel caso di mancata rimozione della causa di incompatibilità con lo status del pubblico dipendente, sia 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 (Cass., sez. lav., 6 agosto 2018 n. 20555; id., sez. lav., 30 novembre 2017 n. 28797; id., sez. lav., 4 aprile 2017 n. 8722; id., sez. lav., 11 giugno 2015 n. 12120, id., sez. lav., 15 gennaio 2015 n. 617; id., sez. lav., 26 marzo 2010 n. 7343) e l'inapplicabilità della normativa che tale contraddittorio sembrava imporre, ovvero i commi 60 e 61 dell'art. 1, Legge 23 dicembre 1996 n. 66219, in quanto tali previsioni “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. pref. al codice civile)”.

In ogni caso, poiché sul piano procedimentale, la diffida assume valenza equipollente alla comunicazione di avvio di procedimento (art. 7, Legge 7 agosto 1990 n. 241) di decadenza, il lavoratore potrebbe egualmente presentare all'amministrazione memorie o osservazioni o chiedere di essere sentito ex art. 10, l. n. 241 del 1990 (Cons. St., sez. III, parere 523/2003). Tale equipollenza, che preclude impugnative 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 citato.

Se invece il dipendente ottemperi 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 bisognevole 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” (Cass., sez. lav., 21 agosto 2009 n. 18608). In tal caso andrà adeguatamente utilizzato il parametro della proporzionalità sanzionatoria, 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 erariale conseguenti allo svolgimento di tali attività (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, id., sez. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216).

Qualora infine accada che il dipendente sia stato, per errore, autorizzato dal proprio 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, secondo la procedura ex art. 63, T.U. n. 3 del 1957.

B. Gli incarichi (attività extraistituzionali) autorizzabili dopo la legge n. 190 del 2012.

In merito alle attività sottoposte al regime autorizzatorio, che rappresentano una deroga alla regola della incompatibilità,

l'art. 53 citato, ai commi 2 seg., prevede:

"2. Le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati.(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 svolgano 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 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, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

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. Salve le più gravi sanzioni, il conferimento dei predetti incarichi, senza la previa autorizzazione, costituisce in ogni caso infrazione disciplinare per il funzionario responsabile del procedimento; il relativo provvedimento è nullo di diritto. 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 necessitàopportunità di consentire occasionali incarichi retribuiti a pubblici dipendenti, quando questi non configurino delle stabili attività commerciali, industriali, professionali in costanza di rapporto di lavoro e non si pongano in contrasto o in conflitto di interessi (quelli dell'art.7, d.P.R. n.62 del 2013, ben ampliabili dai codici aziendali di recepimento) con i compiti istituzionali dell'ente pubblico ove lavorano.

Poiché è indefettibile 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 all'Ente quale datore di lavoro (atto di gestione) che adotta, come il Comune di Calvizzano, codici di comportamento interni, regolamenti o circolari interne (e, come tali, autovincolanti) sulle attività autorizzabili o meno e sui parametri decisori in sede autorizzativa 25, al fine di rendere oggettive, imparziali e trasparenti le proprie scelte.

I parametri (da formalizzare nel regolamento) alla cui stregua valutare l'autorizzabilità di un incarico devono essere almeno:

a) la assenza di conflitti di interesse (anche potenziali: v. art. 53, co. 5, 7 e 9 e art. 7, d.P.R. n. 62 del 2013)²⁷ con l'Ente datore 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 responsabile del settore 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). 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-officio valutato, in concreto, compatibile con la regolarità del servizio e con il principio della prevalenza – nell'anno – del tempo di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione di appartenenza;

c) la materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di impiego (es. 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), 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. il dipendente in aspettativa senza assegni per motivi personali può essere autorizzato allo svolgimento di incarichi extralavorativi 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).

Molto rigoroso è il regime sanzionatorio, 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 “sanzione” non ha natura disciplinare e non richiede dunque una contestazione degli addebiti (Cass., sez. lav., 26 marzo 2015 n. 7343; Cass., sez. lav., 26 marzo 2010 n. 7343), i commi 7-9 del predetto art. 53, prevedono per “l'incaricato” che in caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato (nel suo importo netto, secondo la prevalente giurisprudenza: per il calcolo al netto del recupero datoriale di qualsiasi somma indebitamente introitata dal lavoratore e per la quale abbia pagato le tasse, tesi avallata anche dall'art. 150, d.l. n.24 del 2020 conv.to in l. n. 77 del 2020, Cass., sez. lav., 5 agosto 2022 n.24377/ord.; id., sez.lav., 25 luglio 2018 n.19735; id., sez.lav., 2 febbraio 2012 n.1464; C. conti, sez. giur. Lombardia, 28), 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 (ex multis C. conti, sez.giur. Lombardia, 7 maggio 2019 n. 94 cit.; id., sez. giur. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216; id., sez. giur. Toscana, 8 settembre 2014 n. 159; id., sez. giur. Calabria, 10 maggio 2013 n. 161; Cass., sez. un., 2 novembre 2011 n. 22688; anche C. conti, sez. giur. Lazio, 27 dicembre 2004, n. 3154).

Trattasi, come detto, di sanzione di natura non disciplinare e non richiede una previa contestazione disciplinare.

Il comma 7-bis del d.lgs. n. 165 (introdotto dalla l. n. 190 del 2012) ha statuito che *“L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti”*: come chiarito in giurisprudenza (C. conti, sez. giur. Lombardia, 7 maggio 2019 n. 94, cit.; id., sez. giur. Lombardia, 25 novembre 2014 n. 216; *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 di norma, quest'ultima, innovativa e non meramente cognitiva, volta a radicare in capo alla Corte dei conti, secondo rito ordinario (cfr. C. conti, sez. riun., 31 luglio 2019 n. 26/QM) e non più all'autorità giudiziaria ordinaria come in passato, la giurisdizione risarcitoria e non sanzionatoria in materia nel termine prescrizionale quinquennale.

Tuttavia la Cassazione, con avallo della Consulta sulla piena legittimità del c.d. “doppio binario” civile e contabile (da ultimo C.cost., 28 luglio 2022 n.208 punto 6.), continua a ritenere percorribile, accanto all'azione giuscontabile della Procura, un'azione civile datoriale per il versamento della somma ex art.53, co.7, pur nei limiti del divieto di doppia condanna (in materia di recuperi delle somme ex art. 53, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001 cfr. Cass., sez. un., 15 febbraio 2022 n. 4871; id., sez. un., 9 marzo 2021 n. 6473; id., sez. un., 5 agosto 2020, n. 16722, ripresa, tra le altre, da C. conti, sez. Lombardia, 6 ottobre 2020 n. 152 che dà ampia certezza degli indirizzi del giudice del riparto. V. anche Cass., sez. un. 25 marzo 2021 n. 8507; id. 26 agosto 2019 n. 21692; id., sez. V pen., 3 novembre 2020 n. 13382).

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, ovverosia 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. All'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni provvede il Ministero delle finanze, avvalendosi della Guardia di finanza. 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 oneri pubblicitari e motivazionali per detti incarichi, sancendo una doverosa 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.

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.

C. Incarichi (vietati) ad ex dipendenti cessati dal pubblico impiego (c.d. pantoufage).

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).

Ad una simile ratio di tutela di trasparenza ed imparzialità, unita ad esigenze di risparmio di spesa, risponde anche il più risalente art. 25 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, 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 (C. conti, sez. contr. Emilia Romagna, 10 novembre 2011, n. 105; Cass., sez. lav., 28 luglio 2008, n. 20523).

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"), 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 (Cfr.: C. conti, sez. centr. contr., 30 settembre 2014 n. 23; C. conti, sez. contr. Puglia, 6 novembre 2014 n. 193; C. conti, sez. centr. contr., 12 novembre 2014 n. 26) 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 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 di fatto 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 (C. conti, sez. giurisd. Emilia Romagna, 15 gennaio 2008, n. 21) 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).

Secondo la posizione maturata dalla magistratura contabile, il divieto di ingaggiare i pensionati non si applicherebbe alle attività di supporto, affiancamento e assistenza a titolo oneroso purché "l'assistenza" non comporti studio e consulenza; ossia attività caratterizzata, in negativo, dalla mancanza di competenze specialistiche e che non rientri nelle ipotesi di contratto d'opera intellettuale (cfr., Corte dei conti, Sezione Lazio, deliberazione n.88/2023/PAR).

In tale contesto, non vi sarebbe divieto, *ut supra*, nel caso di incarichi "formazione operativa e di primo affiancamento" al personale neo assunto (cfr., Corte dei conti, Sezione Liguria, deliberazione n. 66/2023/PAR), a condizione che vengano rispettate sempre tutte le regole previste dall'articolo 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001.

Quest'ultimo è un profilo diverso e distinto rispetto al divieto di conferimento di incarichi ai pensionati, e riguarda invece la conferibilità, nella p.a., di incarichi di collaborazione occasionale.

Infatti, in via generale, gli incarichi di collaborazione occasionale sono vietati, e fonte di danno erariale, a norma dell'art. 7, comma 5-bis, del Tupi, con la sola eccezione, appunto, di quelli aventi le caratteristiche dell'art. 7, comma 6, anzidetto.

Tali caratteristiche, richiamate in numerose pronunce della Corte dei conti, anche in sede giurisdizionale (cfr., ex multis, deliberazione 241/2021/PAR della Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna), impongono, tra l'altro:

- l'obbligo di specializzazione universitaria dei soggetti da incaricare;
- l'effettuazione di una procedura comparativa;
- la puntuale verifica dell'assenza di professionalità interna.

Di recente la Corte dei Conti (Sezione di controllo Lombardia deliberazione 172/2024/PAR) osserva che occorra

valutare con attenzione l'oggetto dell'incarico anche per evitare interpretazioni elusive delle norme vigenti.

Solo se l'attività da svolgere sia di supporto, affiancamento e assistenza a personale neoassunto e sia limitata ad una formazione di orientamento ed al primo affiancamento, circoscritta nel tempo (poche settimane), l'attività potrà essere qualificata di mera assistenza e, quindi, non ricompresa nei limiti e divieti della normativa. Ove, invece, essa consista in un supporto qualificato per adiuvare o formare il neoassunto nello svolgimento di determinate materie (ad es. edilizia, appalti, discipline finanziarie) l'attività va qualificata come consulenza che rientra tra gli incarichi di collaborazione ad esperti ai sensi dell'art. 7, comma 6, del D.lgs. 165/2001. La Sezione nello specifico non può esimersi dal rilevare che l'attività di formazione del neoassunto non richiede, di norma, una "mera assistenza" ma, in presenza di attività complesse, un sostegno conoscitivo da parte di un esperto, maturato nella pregressa esperienza e conoscenza.

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

Dopo aver analizzato (punti A e B) 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, purchè, ovviamente, non in conflitto di interesse con i compiti istituzionali espletati per il datore di lavoro pubblico.

Il referente normativo è dato dal pluricittato 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, encyclopedie 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*".

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.

Orbene, in tali ipotesi, solo tendenzialmente tassative e ben suscettibili di interpretazione estensiva in ossequio a concorrenti principi anche costituzionali, 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, per verificare l'esatta interpretazione delle vigenti norme e/o 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), sarebbe opportuno richiedere 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 Civit 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, periodi feriali, 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 o funzionario delle Entrate che scriva un articolo elogiando gli evasori fiscali; ...) 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 (soggetto 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 ricomprese seminari, convegni, corsi (anche telematici) o master, purchè diretti (anche solo prevalentemente e non esclusivamente) 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 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.

E. Deroghe 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).

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 (prestazioni 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). (art. 53, d.lgs. n. 165 e art. 1, co. 56 della l. n. 662). Ma per l’espletamento della professione forense in particolare, la legge 25 novembre 2003 n. 33965 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. 1578 (derogato dalla l. n. 662 cit.) e la Consulta 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. Secondo C. cost., 21 novembre 2006, n. 390 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 ed, 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.

I soli dipendenti pubblici che possono iscriversi nell’albo forense sono dunque, oltre ai legali di enti pubblici iscritti in albo speciale che possono difendere il solo ente di appartenenza, solo i docenti universitari e di scuole secondarie, come ribadito dalla Consulta da ultimo citata. La Corte costituzionale è stata poi nuovamente, ma vanamente, adita sul punto dalle sezioni unite della Cassazione con una accurata ordinanza di rimessione (Cass., sez. un., 6 dicembre 2010 n. 24689), che non ha però sortito gli auspicati effetti abrogativi (Corte costituzionale 27 giugno 2012 n. 166; Ancora Cass., sez. un., n. 11833/2013).

Tale “liberalizzazione soggettiva” dei dipendenti in part-time ridotto, oggetto anche di Circolare esplicativa della

Funzione pubblica (parere 15 dicembre 2005 n. 220/2005 Dipartimento della Funzione pubblica), 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 esercitino 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);
- 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).

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, 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 stesso (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). In base all'art. 1, co. 58, l. n. 662 del 1996 la trasformazione non può essere comunque concessa qualora l'attività lavorativa di lavoro subordinato debba intercorrere con un'amministrazione pubblica.

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.

In conclusione, come preannunciato, si riportano alcuni recenti interventi con i quali la Giurisprudenza, sia contabile che del lavoro, è tornata a fornire indicazioni sulla materia del regime di incompatibilità dei dipendenti pubblici, regolato dall'art. 60 del D.P.R. 3/1957 e dall'art. 53 del D.Lgs. 165/2001. Oltre a confermare principi già consolidati nell'ordinamento, i Giudici hanno avuto modo di affrontare in maniera precisa alcuni aspetti specifici, da sempre oggetto di dubbi da parte degli operatori.

Ambito soggettivo di applicabilità del divieto

Un primo profilo analizzato dalle pronunce riguarda l'ambito soggettivo di applicabilità del divieto ed, in particolare, l'esatta qualificazione del concetto di "dipendente pubblico", soggetto al particolare regime d'incompatibilità.

Ebbene, coordinate utili sull'argomento le ha fornite la **Corte di Cassazione – Civile, sezione prima – con la sentenza n. 19823 del 18 luglio 2024**, relativamente all'opposizione di un comune avverso l'azione ingiuntiva promossa nei propri confronti da parte di un dipendente pubblico/incaricato esterno, in assenza della prescritta autorizzazione dell'ente di appartenenza.

In particolare, il Comune aveva convenuto in giudizio l'incaricato (Ingegnere e Direttore Generale di un'azienda sanitaria), proponendo opposizione al decreto ingiuntivo con cui gli era stato intimato il pagamento del corrispettivo dovuto al professionista, per la progettazione esecutiva di lavori di costruzione di loculi e di sistemazione di un cimitero comunale.

A sostegno dell'opposizione e, quindi, della non debenza delle somme, il comune aveva invece eccepito la nullità

del contratto di prestazione d'opera professionale, per violazione del divieto di cumulo degli impieghi pubblici (art. 53 del d.lgs. 165/2001), sostenendo che l'incaricato aveva sì esercitato l'attività, ma in assenza della prescritta autorizzazione dell'ente di appartenenza. Nell'accogliere le ragioni dell'ente comunale, la Corte rileva come l'ambito di applicazione della disciplina sulle incompatibilità sia molto ampio, tale da ricoprire tutte le situazioni di svolgimento di funzioni in qualità di "agente dell'amministrazione pubblica".

Ciò, di norma, avviene grazie all'esistenza di un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione che comporta specifici doveri in capo all'interessato, correlati allo svolgimento di compiti attribuiti all'amministrazione e derivanti dall'obbligo di esclusività sancito dall'art. 98 Cost. e dalla relativa disciplina attuativa.

Secondo il Collegio, infatti, le disposizioni in esame sarebbero applicabili indistintamente:

- ai dipendenti il cui rapporto di lavoro sia stato contrattualizzato (quindi, in regime di privatizzazione);
- a quelli rimasti in regime di diritto pubblico (art. 3 del d.lgs. 165/2001);
- ai lavoratori professionali con rapporto a tempo determinato o part-time al di sopra di certi limiti;
- a coloro che svolgono incarichi onorari;
- a coloro che sono legati alla pubblica amministrazione da un contratto di diritto privato, anche di natura autonoma. (Tale ultima fattispecie ricalca, ad esempio, proprio la situazione del direttore generale di un ente del SSN.)

L'assunzione di cariche in società con scopo di lucro.

Ulteriore aspetto analizzato, e di non sempre facile valutazione, riguarda il regime d'incompatibilità applicabile a coloro che assumono cariche in organi societari.

Com'è noto, infatti, l'art. 60 del d.p.r. 3/1957 dispone che *"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"*. In particolare, la domanda che spesso viene posta è se le fattispecie coperte da divieto si riferiscono alla semplice assunzione di qualsiasi carica in compagni societarie con finalità di lucro (socio, amministratore, ecc.) o se, ai fini della configurazione del divieto, siano necessari ulteriori elementi.

È dunque preclusa l'assunzione di cariche sociali di amministratore, consigliere, sindaco, mentre è invece possibile, senza alcuna autorizzazione, la partecipazione azionaria in società (cfr. 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 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, 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 i 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).

E' però possibile essere soci di società, quale forma di legittimo investimento, salvo conflitti di interesse se la società fosse destinataria di provvedimenti o finanziamenti pubblici da parte dell'ente ove il dipendente quotista lavora e fosse lui responsabile del procedimento, dal quale dovrà astenersi per evidente conflitto di interesse. La Corte di Cass. sez. lav., con sentenza 29 marzo 2023, n.8846 ha ribadito la necessità di autorizzazione anche per rivestire qualifica di socio accomandatario in società in accomandita.

Sulla materia ha recentemente fatto chiarezza la **Corte dei Conti – sezione giurisdizionale per la Sardegna, con sentenza n. 130/2024**, la quale ha avuto modo di indicare che *"l'assenza di funzioni gestorie può essere riferita alle sole posizioni che, nell'ambito societario, non possano sostanziarsi nel compimento di attività di siffatta natura, quali quelle di*

socio, per le quali soltanto potrebbero ritenersi non ricorrenti gli impedimenti in discussione".

Nel caso in esame, del resto, il dipendente pubblico era stato condannato a riversare i compensi percepiti in qualità di amministratore di una società con scopo di lucro. Tuttavia, si era opposto alla richiesta lamentando, tra le altre, la circostanza per cui alla carica rivestita (membro del CdA e, dunque, potenzialmente in situazione di incompatibilità) non conseguisse alcun potere gestorio, spettando la rappresentanza legale della compagine societaria all'unico altro membro del consiglio di amministrazione.

Secondo la Corte, però, le funzioni del CdA di una società di capitali (S.p.a., S.r.l., ecc.) sono solo in parte delegabili, ricorrendo precisi limiti di legge alla facoltà di affidare le relative competenze ai consiglieri.

Vi sarebbe, infatti, un nucleo di poteri – in cui si sostanziano le attività strategiche di direzione – che non può essere demandato ai propri membri, costituendo il contenuto indefettibile della struttura di vertice in cui si basa l'assetto societario.

Tali incombenze conferiscono di per sé un ruolo di tutto rilievo a coloro che ne fanno parte, concretandosi nella partecipazione alla definizione della politica societaria (ad esempio, redazione bilancio di esercizio, aumento del capitale sociale o riduzione per perdite, fusione o scissione della società), come tale rientrante a pieno titolo nella categoria degli impieghi incompatibili di cui al citato art. 60.

Peraltro, nel caso esaminato, dalla visura camerale era emerso che lo statuto intestava indistintamente al consiglio di amministrazione, composto da due membri (compreso il dipendente pubblico), tutti i poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della società mentre, solo con riferimento ai poteri di rappresentanza, era specificato che essi spettavano limitatamente al presidente o all'amministratore delegato.

Pertanto, a parere della Sezione, è ininfluente che l'appartenenza all'organo di governance della società si traduca o meno nell'esercizio in concreto di attività, non potendo peraltro essere rimessa all'amministrazione la verifica di un tale elemento di fatto.

Dunque, l'assunzione di tale carica si porrebbe in situazione di incompatibilità assoluta - e, quindi, non autorizzabile; analoghe conclusioni dovrebbero valere anche con riferimento alla carica di socio, nel caso in cui la stessa sia accompagnata dall'esercizio di poteri gestionali (anche solo di fatto) all'interno della compagine societaria.

Al contrario, potrebbe ritenersi consentita al pubblico dipendente la partecipazione per quote o azioni ai soli fini di investimento finanziario, ma mai per prestare attività gestionale (giammai autorizzabile) o retribuita, realizzandosi altrimenti un evidente indebito aggiramento del correlato divieto assoluto di legge.

L'autorizzazione "implicita" non ha effetti.

Ultimo intervento della Cassazione (**Corte di Cassazione civile, sezione II, sentenza 17 luglio 2024, n. 19756**), infine, riguarda la disciplina dell'autorizzazione ex art. 53 del d.lgs. 165/2001 ed, in particolare, la validità della cd. autorizzazione "implicita" o desumibile dal comportamento acquiescente della amministrazione di appartenenza del lavoratore.

Se, infatti, nel tempo è stato ampiamente chiarita e confermata dalla Giurisprudenza l'assoluta inefficacia delle autorizzazioni rilasciate ex post (o con effetto "ora per allora"), recente argomento di analisi è stato l'effetto del comportamento "inerte" dell'ente datore di lavoro, rispetto la conoscenza di un incarico esterno effettuato da un proprio lavoratore.

Nel dettaglio, la disciplina positiva (art. 53, comma 10, del d.lgs. 165/2001) prevede che l'autorizzazione deve essere richiesta dal soggetto, pubblico o privato, che intende conferire l'incarico e che su di essa si pronunci l'amministrazione di appartenenza. Peraltro, decorso il termine per provvedere (30 o 45 giorni, a seconda dei casi), l'autorizzazione si deve intendere:

- negata, per incarichi in favore di privati;
- concessa, per incarichi in favore di altre pubbliche amministrazioni.

Con la sopra richiamata sentenza n. 19756/2024, la Cassazione ha ricordato che la previsione di un provvedimento di autorizzazione e della scansione del relativo procedimento, articolato in una richiesta dell'interessato ed in una risposta dell'amministrazione, portano senz'altro a ritenere che l'autorizzazione debba manifestarsi in un atto formale, dovendosi

quindi escludere che essa possa ritenersi "implicita" in comportamenti della amministrazione da cui desumere che essa sia stata accordata.

Ciò tanto più che il silenzio o inerzia sulla richiesta equivale, per espressa previsione normativa, al rigetto dell'istanza (eccezione fatta per gli incarichi in favore di altra pubblica amministrazione).

Il caso, del resto, era originato da un contenzioso inerente ad una sanzione pecuniaria elevata ad un'associazione - per la violazione dell'art. 53, comma 9, del d.lgs. 165/2001 - per avere conferito diversi incarichi retribuiti a dipendenti pubblici, senza la preventiva autorizzazione delle amministrazioni di loro appartenenza.

Nel dettaglio, argomentando l'illegittimità della condotta posta in essere dai soggetti interessati, la Corte cassa la decisione dell'appello, illustrando come i Giudici di secondo grado avessero errato nel ritenere che l'autorizzazione prevista dall'art. 53 del d.lgs. 165/2001 può essere anche implicita e, quindi, ravvisarsi anche in comportamenti concludenti dell'amministrazione, laddove essi implichino una valutazione della rispondenza dell'incarico conferito ai suoi dipendenti con i propri interessi.

Nel grado di appello, infatti, era emerso che i dipendenti (di una ASL) erano stati utilizzati da un'associazione per il tramite di "autorizzazione implicita", desumibile dal fatto che l'amministrazione di appartenenza e l'associazione medesima avessero nel tempo stipulato numerose convenzioni, di durata annuale, in forza delle quali l'ente metteva a disposizione di quest'ultima propri lavoratori da esso individuati, peraltro retribuiti con fondi somministrati dalla amministrazione stessa.

Tuttavia, fa notare la Cassazione, l'ordinamento non prevede alcuna possibilità di autorizzazione "implicita", dovendo invece essere esplicitamente ottenuta dai lavoratori a seguito di specifica richiesta (anche proveniente dai soggetti utilizzatori).

In mancanza dell'autorizzazione, la semplice circostanza che i dipendenti incaricati fossero stati individuati dall'amministrazione di appartenenza (anche in presenza di specifica convenzione in tal senso), non poteva costituire presupposto logico e fattuale per poter far supporre che il privato fosse legittimato ad utilizzare tali lavoratori, discendendo l'obbligo di munirsi preventivamente dell'autorizzazione direttamente dalla legge.

Per ogni utile consultazione, si rammenta che la presente direttiva è pubblicata, come di consueto, sul sito web istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", sottosezione "Prevenzione della corruzione" / "Misure di prevenzione della corruzione- direttive e controlli".

La presente costituisce atto organizzativo generale e, come tale, è altresì pubblicata sull'apposita sottosezione di "Amministrazione trasparente/Disposizioni generali/Atti generali/Direttive Segretario Generale".

Calvizzano, data del protocollo.

IL SEGRETARIO GENERALE
Responsabile dell'anticorruzione e della trasparenza
Dott.ssa Fabiana Lucadamo