

saldo effettivo, al cui pagamento a favore dell'Università di **** va condannato il convenuto.

La parziale novità della questione, la sua complessità tecnica e le oscillazioni interpretative nei rari precedenti specifici, giustificano la integrale compensazione delle spese di lite.

LA RESPONSABILITÀ ERARIALE DEL PROFESSORE UNIVERSITARIO PER VIOLAZIONE DEL REGIME DI INCOMPATIBILITÀ

LUIGI CARBONE *

Abstract: Nella sentenza oggetto di commento la Sezione giurisdizionale Lombardia affronta un argomento complesso e attuale quale quello della responsabilità erariale del professore universitario a tempo pieno conseguente alla violazione del relativo regime di incompatibilità. La decisione si sofferma su diversi aspetti concernenti la violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, chiarendo la ratio di tale disposizione, la natura della responsabilità conseguente all'espletamento di attività non autorizzate, nonché il plesso giurisdizionale competente a conoscerne. In particolare, la sentenza si segnala per aver fornito una rilevante soluzione interpretativa in ordine all'individuazione del *discrimen* tra attività di consulenza e attività libero-professionale, individuando un criterio guida volto a sorreggere tale distinzione, fondato su un dato fattuale base e su due indici sintomatici.

Parole chiave: Professore universitario – Incompatibilità — Attività di consulenza consentite – Attività professionali vietate – Criteri di distinzione – Responsabilità contabile – Torto contabile tipizzato – Danni

Abstract: *The Lombardy Section of Court of Auditors ruled on a complex and current subject such as the full university professor's accounting liability, in relation to breach of the applicable incompatibility framework. The ruling highlights several issues regarding the breach of art. 53 of the Legislative Decree no. 2001/165, clarifying the ratio of that regulation, the juridical nature of the liability deriving from the performance of unauthorised activities and the competent court. In particular, the ruling is noteworthy for the interpretation concerning the difference between advisory and professional activities, with the recognition of a guideline to support such distinction, based on one base factual element and two symptomatic indicators.*

Keywords: *Full university professor – Incompatibility framework — Allowed advisory activities – Prohibited professional activities – Distinction criteria – Accounting liability – Typified accounting tort – Damage to the treasury*

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Catania.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il caso deciso dal giudice contabile. – 3. Il regime di incompatibilità del professore universitario. – 4. La distinzione tra attività libero-professionale e attività di consulenza. – 5. La responsabilità del professore universitario per violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001. – 6. La responsabilità per omesso versamento del compenso da parte del professore universitario in debito percettore. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Con la decisione che si annota la Sezione giurisdizionale Lombardia della Corte dei conti¹ aggiunge un ulteriore tassello alla tormentata questione del regime di incompatibilità dei docenti universitari², sollecitando un approfondimento su un tema che continua ad alimentare dubbi e incertezze interpretative.

La sentenza in esame offre molteplici spunti per esaminare il problema della responsabilità erariale dei professori universitari a tempo pieno, intervenendo e prendendo posizione su diverse questioni oggetto di contrasti giurisprudenziali non soltanto dinnanzi al giudice contabile, ma che hanno interessato, e continuano a interessare, anche la giurisprudenza amministrativa e di legittimità³.

La pronuncia in commento ha affrontato diversi aspetti concernenti la violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, chiarendo la *ratio* di tale disposizione, la natura della responsabilità conseguente all'omesso versamento all'università di appartenenza

¹ Sentenza 3 febbraio 2020, n. 11.

² Sulle incompatibilità nel pubblico impiego si vedano 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, 2019, 439 ss.; DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro. Commento all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, Milano, 2018, 1848 ss.; ROSSI M., *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in Tenore (con il coordinamento di), *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le consulenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, 2014, 121 ss.; TENORE, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in questa *Rivista*, 2007, 6, 1097 ss.; PAOLUCCI, *Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in Carinci F.-Zoppoli L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 797 ss.; MEZZACAPO, *Art. 53. Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in AA.VV., *L'impiego pubblico. Commento al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, Milano, 2003, 852 ss. Sul regime di incompatibilità dei professori universitari, tra i contributi più recenti si segnalano: MORZENTI PELLEGRINI, *Il regime di incompatibilità proprio dei docenti universitari a tempo pieno*, in questa *Rivista*, 2016, 3-4, 429 ss.; ZAMPINI, *Incompatibilità ed attività extra-istituzionali dei professori e dei ricercatori universitari*, in questa *Rivista*, 2019, 2, 29 ss.; GUGLIELMINI, *Regime di incompatibilità dei docenti universitari*, in www.giustamm.it; GIORDANO, *Il regime di incompatibilità dei docenti universitari: lacune e incongruenze della normativa vigente*, in www.filodiritto.it.

³ Per una disamina della giurisprudenza contrastante fra le diverse giurisdizioni (contabile, amministrativa e di legittimità) in materia di incompatibilità si rinvia a VETRO, *Incarichi retribuiti, privi di autorizzazione, a favore di pubblici dipendenti: individuazione della giurisdizione in materia di responsabilità per violazione del regime di incompatibilità*, in www.contabilità-pubblica.it.

dei compensi percepiti da parte del docente universitario per l'espletamento di attività non autorizzate, nonché il plesso giurisdizionale competente a conoscerne.

Tale decisione si segnala in particolare per aver proposto una soluzione interpretativa in ordine all'individuazione del *discrimen* tra attività libero-professionale vietata e attività di consulenza consentita, rilevante ai fini della configurabilità di una responsabilità amministrativa del professore universitario a tempo pieno, soffermandosi inoltre sulle possibili conseguenze dannose, conoscibili dal giudice contabile, derivanti dallo svolgimento di attività vietate o non autorizzate ex art. 53, d.lgs. n. 165/2001.

2. Il caso deciso dal giudice contabile

La pronuncia della Sezione giurisdizionale Lombardia è intervenuta a seguito dell'azione di responsabilità avviata dal procuratore contabile nei confronti di un professore associato a tempo pieno, a fronte di una denuncia della Guardia di finanza.

In particolare, si è contestato al convenuto un duplice danno erariale derivante dallo svolgimento di attività libero-professionali da architetto non autorizzabili, e dolosamente occultate in quanto non oggetto di richieste di autorizzazione, in relazione a cinque tipologie di incarichi espletati in violazione degli artt. 6, c. 9, l. n. 240/2010 e 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001. Segnatamente, le due poste dannose, contestate dalla procura contabile, sono state individuate nell'omesso versamento all'università di appartenenza dei compensi extra-lavorativi percepiti in violazione del citato art. 53, nonché nella differenza del trattamento economico percepito tra il regime di impiego a tempo pieno e il regime di impiego a tempo definito previsto per i docenti universitari.

A fronte di tali contestazioni, la difesa del convenuto ha eccepito principalmente la non corretta qualificazione delle attività contestate quali attività libero-professionali vietate, sostenendo la configurabilità delle stesse quali attività di collaborazione scientifica e di consulenza, come tali consentite ai sensi dell'art. 6, c. 10, l. n. 240/2010, la sussistenza dell'autorizzazione del rettore dell'università di appartenenza per lo svolgimento di uno degli incarichi contestati e in ogni caso l'esclusione del dolo e della colpa grave, stante la buona fede e il ragionevole affidamento ingenerato nel docente universitario sulla legittimità delle attività espletate e derivante dalle rassicurazioni ricevute dai vertici dell'ente conferente alcuni degli incarichi contestati, dal rettore e dal proprio commercialista.

Tali difese non sono state condivise dal giudice contabile. Segnatamente, è stata disattesa l'eccezione difensiva in ordine alla qualificazione delle attività contestate (fornendo a tal proposito un criterio interpretativo idoneo a consentire la distinzione tra attività libero-professionale vietata e attività di consulenza consentita anche senza autorizzazione), sicché gli incarichi svolti dal convenuto sono stati ricondotti

nell'alveo delle attività libero-professionali vietate.

A tale conclusione il giudice contabile è pervenuto dopo aver analizzato il regime di incompatibilità dei docenti universitari a tempo pieno che ha permesso di evidenziare l'esistenza di un contrasto interpretativo in ordine al "*distinguo concettuale*" tra consulenza e attività libero-professionale.

Dopo aver ribadito il riparto tra attività vietate, autorizzabili e liberalizzate che caratterizza la disciplina delle incompatibilità dei professori universitari a tempo pieno, l'attenzione si è concentrata sui diversi orientamenti emersi in dottrina e in giurisprudenza sulla definizione del significato da attribuire alle locuzioni "*attività libero-professionale*" e "*attività di collaborazione scientifica e di consulenza*", rispettivamente contenute ai cc. 9 e 10 dell'art. 6, l. n. 240/2010.

All'esito di un'accurata analisi delle diverse ricostruzioni si è individuato un criterio guida idoneo a sorreggere tale distinzione, fondato su un dato fattuale base, ovvero la continuità temporale dell'attività extra-lavorativa, e su due indici sintomatici, cioè a dire l'indice sintomatico reddituale dell'importo della attività svolta, se da attività extra-lavorative si consegue un reddito superiore a quello derivante dall'impiego pubblico da professore universitario, e l'apertura di partita IVA. Secondo il giudice contabile, qualora concorrano il criterio base e uno dei due indici sintomatici, l'attività, pur formalmente qualificata come consulenziale, configura una attività libro-professionale vietata e non autorizzabile.

Così, applicando tali coordinate ermeneutiche alla fattispecie oggetto del giudizio, le attività contestate al convenuto, globalmente considerate, sono state ritenute configuranti una evidente attività libero-professionale e non già un'attività occasionale consulenziale, con esclusione soltanto di un incarico svolto dal convenuto quale relatore in una singola lezione, in quanto occasionale attività didattica, come tale liberalizzata ai sensi dell'art. 6, c. 10, l. n. 240/2010. Si è pertanto affermato che lo svolgimento per oltre un decennio degli incarichi contestati era idoneo a palesare l'espletamento di un'attività libero-professionale "*camuffata*" dietro lo schermo di reiterate consulenze o di consulenze stabili.

A fronte della riconosciuta natura delle attività contestate, è stata ritenuta irrilevante la circostanza della sussistenza o meno di un'autorizzazione del rettore allo svolgimento di tali incarichi, in quanto trattandosi di attività non autorizzabili, un atto amministrativo non avrebbe potuto derogare a un divieto legislativo, quale quello sancito dall'art. 6, c. 9, l. n. 240/2010, e ove fosse comunque intervenuto sarebbe stato da ritenere illegittimo.

La reale natura professionale delle pluriennali attività del convenuto è stata pertanto ritenuta causa del danno erariale nascente dal mancato versamento delle somme dovute dal docente universitario alla propria amministrazione ai sensi dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, ovvero dal mancato versamento all'università di appartenenza delle somme percepite per incarichi svolti durante il periodo di regime a tempo pieno, avendo il convenuto più volte mutato detto regime.

A tal proposito il giudice contabile ha chiarito che il citato c. 7 dell'art. 53 con-

figura un'ipotesi autonoma di responsabilità amministrativa tipizzata, a carattere risarcitorio, con conseguente applicazione degli ordinari canoni sostanziali e processuali della responsabilità, con rito ordinario, previa notifica a fornire deduzioni di cui all'art. 67 c.g.c.

La giurisdizione contabile su tale danno erariale è stata affermata, in adesione a un orientamento della Corte di Cassazione e del giudice contabile, anche per gli introiti anteriori alla introduzione del c. 7-*bis* nel citato art. 53 a opera della l. n. 190/2012. Tale comma, che ha espressamente riconosciuto 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, è stato infatti ritenuto non avere carattere innovativo, dovendosi considerare quale disposizione ricognitiva di un progresso indirizzo giurisprudenziale favorevole alla giurisdizione contabile.

Secondo il giudice contabile, l'azione erariale volta a far valere la responsabilità tipizzata di cui al citato art. 53 non esclude la proponibilità di un'azione civile nei confronti del dipendente pubblico da parte della pubblica amministrazione. Con specifico riferimento alla posizione della amministrazione di appartenenza del dipendente percettore di compenso in difetto di autorizzazione, si è però chiarito che ove tale amministrazione non si attivi, anche in via giudiziale, facendo valere l'inadempimento degli obblighi del rapporto di lavoro, per ottenerne il versamento nel proprio bilancio e abbia, invece, a tal fine agito il procuratore contabile, non potrà più la medesima amministrazione promuovere azione per ottenere detto versamento. Così, secondo quanto sostenuto dal giudice contabile lombardo, si deve pertanto escludere, stante il divieto del *bis in idem*, una duplicità di azioni attivate contestualmente che tendano a conseguire, dinnanzi al giudice munito di giurisdizione per ciascuna di esse, i compensi percepiti dal dipendente pubblico in difetto di autorizzazione allo svolgimento dell'incarico che li ha determinati, i quali una volta soltanto possono essere oggetto di recupero al fine di essere destinati al bilancio dell'amministrazione di appartenenza di quel dipendente.

È stato confutato, altresì, quanto eccepito in ordine all'assenza dell'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'integrazione dell'illecito erariale. L'espletamento di un'attività durevole e professionale *contra legem* reiterata negli anni è stata ritenuta dal giudice contabile espressiva di una condotta dolosa e il suo occultamento doloso è stato ritenuto idoneo a escludere altresì la prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale, come eccepita dalla difesa del convenuto.

Lo svolgimento di attività libero-professionali è stato inoltre ritenuto foriero di un ulteriore danno erariale consistente nella differenza del trattamento economico percepito tra il regime di impiego a tempo pieno e il regime di impiego a tempo definito previsto per i professori universitari.

Sotto il profilo della quantificazione del danno erariale, la stessa è avvenuta al netto delle ritenute fiscali e previdenziali, essendo stato decurtato dalle due voci di danno suddette l'avvenuto introito da parte di altre amministrazioni pubbliche fisca-

li e previdenziali di quota parte degli incassi del convenuto. Rispetto a tale somma, sebbene a fronte della condotta dolosa non sia stato ritenuto esercitabile il potere riduttivo, si è operato un ulteriore scomputo conseguente all'avvenuto riconoscimento di un contributo concausale dato all'evento dall'università di appartenenza del convenuto per non avere i rispettivi vertici predisposto un adeguato apparato normativo idoneo a far conoscere al personale docente la normativa di riferimento in materia di incompatibilità, nonché per non avere effettuato adeguate verifiche sugli incarichi in corso di espletamento o espletati, che avrebbero impedito il protrarsi della decennale attività *contra legem* del convenuto.

3. Il regime di incompatibilità del professore universitario

Prima di affrontare le specifiche problematiche attinenti all'individuazione del *discrimen* tra attività libero-professionale vietata e attività di consulenza consentita e alle conseguenze derivanti dall'esercizio di attività libero-professionali a opera di professori universitari a tempo pieno come decise dal giudice contabile lombardo, appare opportuno un preliminare inquadramento della disciplina in materia di incompatibilità e di attività extra-istituzionali dei docenti universitari che rispetto a quella applicabile agli altri dipendenti pubblici si arricchisce di ulteriori tratti peculiari.

Il rapporto di pubblico impiego è stato tradizionalmente considerato dalla legislazione ordinaria in termini di esclusività, in diretta espressione dell'art. 98, c. 1, Cost.⁴

Si rinviene nel principio costituzionale di esclusività la *ratio* del regime delle incompatibilità nel pubblico impiego, al fine di preservare le energie del dipendente pubblico e per tutelare il buon andamento della P.A., che risulterebbe turbato dall'espletamento da parte dei propri dipendenti di attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso tra lavoro, rischio e profitto; centri di interessi alternativi al pubblico ufficio rivestito, implicanti un'attività caratterizzata da intensità, continuità e professionalità, potrebbero turbare la regolarità del servizio o attenuare l'indipendenza del dipendente e il prestigio della P.A.⁵

Le disposizioni in tema di incompatibilità sono state considerate, seppure in epoca antecedente alla privatizzazione, espressione di una specialità del pubblico

⁴ PAOLUCCI, *op. cit.*, 797 ss.

⁵ Così TENORE, *op. cit.*, 1098. Anche nella giurisprudenza contabile è costante l'affermazione del fondamento del regime di incompatibilità nel pubblico impiego nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico, per preservare le energie del lavoratore e per tutelare il buon andamento della P.A. A tal proposito, cfr. *ex multis* Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Campania sent. n. 418/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 54/2015; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014.

impiego che dalla Costituzione procede alla legislazione ordinaria, la cui ragione giustificatrice risiede nei principi di imparzialità e di buon andamento della P.A., affinché la stessa amministrazione possa acquisire persone dedite senza altre distrazioni alle prestazioni loro richieste dal rapporto di lavoro di diritto pubblico e immuni da influenze esterne⁶.

La Corte costituzionale, pur evidenziando come il principio di esclusività sia volto a garantire la P.A. e i suoi dipendenti da influenze politiche o, comunque, di parte, in relazione al complesso delle fasi concernenti l'impiego pubblico (accesso all'ufficio e svolgimento della carriera)⁷, chiamata a pronunciarsi in ordine alla disciplina del rapporto di impiego *part-time* alle dipendenze delle P.A. e sulla relativa disciplina dell'incompatibilità, ha però chiarito che l'attenuazione di tale principio non collide con i precetti di cui agli artt. 97 e 98 Cost., collocandosi nell'ottica del contenimento della spesa pubblica e dell'aumento dell'efficienza della pubblica amministrazione⁸.

Dall'ordinamento attuale del pubblico impiego emerge, dunque, che l'esclusività del rapporto non deve essere intesa in senso quantitativo ma qualitativo, non pretendendosi più che tutte le energie lavorative del pubblico dipendente siano destinate all'amministrazione di appartenenza, bensì che all'atto della prestazione del servizio a favore della P.A. questi non subisca interferenza a opera di altri interessi, potenzialmente in conflitto con quelli dell'ufficio⁹.

Così, non essendo concepibili impiegati pubblici che non siano all'esclusivo servizio della Nazione, il principio di esclusività riceve una diversa declinazione in

⁶CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, 254 ss., che evidenzia come nel rapporto di pubblico impiego, diversamente dal rapporto di lavoro di diritto privato, il divieto di altri lavori non sia disposto a tutela di interessi dell'amministrazione, che questa possa gestire o dei quali possa disporre discrezionalmente entro i limiti previsti dall'ordinamento, accedendo invece alle funzioni pubbliche esercitate, al fine di garantirne l'imparzialità e il buon andamento. Secondo l'Autore il fondamento della specialità del pubblico impiego è da rinvenire in diversi elementi presenti nella Costituzione che rappresentano il nucleo duro del rapporto di lavoro del dipendente pubblico, fermo in ogni caso che la Legge fondamentale, facendo riferimento alla sola organizzazione amministrativa, per la disciplina della quale è posta una riserva di legge, lascia libero il legislatore ordinario di fissare la disciplina ritenuta opportuna in ordine a tale rapporto.

⁷Corte cost. sent. n. 333/1993.

⁸Corte cost. nn. 171/1999 e 189/2001. A tal proposito si rinvia al commento di CECERE, *Commento all'art. 98 Cost.*, in Amoroso-Di Cerbo-Maresca, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Milano, 2017, 492 ss.

⁹SAITTA, *Commento all'art. 98 Cost.*, in Bifulco-Celotto-Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, II, 1917. Cfr. anche D'APONTE, *op. cit.*, 449, che evidenzia quanto sostenuto in ordine all'art. 98 Cost. da CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 132 ss. e da ZOPPOLI L., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Napoli, 1998, 152. Secondo gli Autori, infatti, tale disposizione non andrebbe intesa come riferita alla necessità di sancire una totale immedesimazione del dipendente nella P.A., ma piuttosto da collegarsi alla fase dell'esecuzione della prestazione, senza che ciò possa derivarne alcun potere di disposizione sul suo tempo non lavorato.

rapporto ad alcuni ambiti di attività extra-istituzionali che il legislatore ha ritenuto conciliabili con lo svolgimento della funzione pubblica¹⁰.

Del resto, come rilevato da autorevole dottrina, la Costituzione non pregiudica la definizione del regime giuridico di tutti i pubblici impiegati, preoccupandosi invece del piano funzionale, rigorosamente segnato dal richiamo all'interesse generale, da perseguirsi in modo conforme a imparzialità e buon andamento¹¹.

La materia delle incompatibilità è riservata alla legge e sottratta alla contrattazione collettiva e la ragione di tale sottrazione, come chiarito dal giudice di legittimità, non è individuabile nella sua estraneità all'ambito lavorativo ma nella considerazione che essa concerne quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che sono preclusivi della stessa costituzione del rapporto di lavoro, in base all'art. 98 Cost. che, statuendo che "*i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*", rafforza il principio di imparzialità stabilito dall'art. 97 Cost.¹².

La disciplina generale che definisce il sistema delle incompatibilità dei dipendenti pubblici e del cumulo di impieghi e incarichi è, dunque, racchiusa nell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001¹³. Tale disposizione stabilisce l'estensione a tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati e non, della disciplina delle incompatibilità dettata dal Testo unico degli impiegati civili dello Stato agli artt. 60 e ss.¹⁴, sancendone l'ultravigenza¹⁵. La tecnica normativa utilizzata dal legislatore delegato è quella del rinvio a normative già vigenti che pertanto assurgono a regola generale; il medesimo articolo dispone anche la perdurante vigenza, per gli impiegati appartenenti a

¹⁰ ZAMPINI, *op. cit.*, 29 ss.

¹¹ PINELLI, *Commento all'art. 98 Cost.*, in Branca-Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. La Pubblica amministrazione*, Bologna, 1991, 424. Secondo l'Autore, infatti, l'enunciato costituzionale di cui all'art. 98, c. 1, Cost. non può essere ridotto a una questione di esclusività della prestazione, non consentendo per ciò solo di considerare l'attività dei pubblici impiegati come imparziale, in quanto la valenza etica della formula in essa contenuta, che non comporta negazione o anche attenuazione della giuridicità dell'enunciato, è volta a sottolineare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa al raggiungimento dell'interesse della Nazione, dove la locuzione "Nazione" deve intendersi come legalità costituzionale. Si veda anche quanto osservato da CARIOLA, *op. cit.*, 65, che evidenzia come il riferimento al servizio del Paese, contenuto all'art. 98, c. 1, Cost., può svolgere un ruolo quale criterio di esercizio della discrezionalità amministrativa, se viene inteso come rivolto agli interessi permanenti dell'ordinamento, e, innanzitutto, a quelli desumibili dai principi costituzionali.

¹² Cass. civ. sez. lav. ord. n. 31277/2019 e Cass. civ. sez. lav. sent. n. 7343/2010.

¹³ Tale articolo è stato nel tempo oggetto di modifiche e integrazioni. Sull'evoluzione normativa che ha interessato l'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 e sul commento di tale disposizione si rinvia a ROSSI M., *op. cit.*, 121 ss. Sulla diretta derivazione di tale disposizione dal principio costituzionale di imparzialità dell'amministrazione e dal principio che impone ai pubblici impiegati di essere "al servizio esclusivo della Nazione" cfr. anche T.A.R. Veneto Venezia sent. n. 1021/2019.

¹⁴ D.P.R. n. 3/1957.

¹⁵ Così TENORE, *op. cit.*, 1099 ss.

determinati settori, delle norme speciali per essi previste, delineando un duplice regime di incompatibilità¹⁶.

Con riferimento al regime generale, dalla lettura combinata di queste disposizioni emergono tre tipologie di attività: attività assolutamente incompatibili con l'impiego alle dipendenze di una P.A., attività relativamente incompatibili, in quanto il relativo svolgimento può essere autorizzato dall'amministrazione, previa verifica circa la concreta compatibilità dell'attività esterna con l'impiego ricoperto e le funzioni svolte (ivi compreso l'eventuale conflitto di interessi anche potenziale), e attività liberamente esercitabili, in ragione dell'assenza di un compenso, ovvero per le quali è previsto il libero svolgimento anche se è previsto un compenso¹⁷.

È l'art. 60, d.P.R. n. 3/1957, richiamato dal citato art. 53, che individua le attività assolutamente incompatibili, stabilendo 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. Un'attività extra-istituzionale è idonea a determinare una situazione di incompatibilità assoluta, per la quale non è prevista alcuna autorizzazione neppure se svolta a titolo gratuito, ove risulti caratterizzata da intensità, continuità e professionalità¹⁸, ovvero quando presenti i connotati di subordinazione o libero-professionale¹⁹.

L'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 ai cc. 2 e da 5 a 13 disciplina invece le attività relativamente incompatibili, consentendo il conferimento a opera della P.A. ai dipendenti di incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, e ammettendo l'autorizzabilità di incarichi provenienti da soggetti diversi dall'amministrazione di appartenenza, nel rispetto delle prescrizioni contenute nei citati commi.

Segnatamente, ai sensi del c. 2 gli incarichi conferiti devono essere espressamente previsti o disciplinati dalla legge o da altre fonti normative, ovvero espressamente autorizzati dalla P.A. di appartenenza. Il successivo c. 5 chiarisce poi che il conferimento debba avvenire 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

¹⁶ DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA, *op. cit.*, 1853 ss.

¹⁷ Cfr. ROSSI M., *op. cit.*, 139.

¹⁸ Così Cons. Stato sez. VI, sent. n. 2307/2002.

¹⁹ ROSSI M., *op. cit.*, 141 ss. In particolare, l'Autore rileva come resti però fermo che le attività di lavoro assolutamente incompatibili possano essere svolte occasionalmente ovvero quando le attività siano svolte con un impegno complessivo limitato o trascurabile rispetto a quello derivante dall'attività svolta alle dipendenze della P.A., previa autorizzazione dell'amministrazione del dipendente interessato e secondo le regole stabilite per le attività relativamente incompatibili ex art. 53, cc. 6-13, d.lgs. n. 165/2001. Così anche DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA, *op. cit.*, 1853 ss.

delle funzioni attribuite al dipendente. Tali meccanismi, come specificato dal c. 6 del citato art. 53, riguardano tutti gli incarichi retribuiti, ovvero tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso, con esclusione di quelli assolutamente incompatibili e di quelli elencati nell'ultima parte del medesimo comma²⁰.

La *ratio* del regime autorizzatorio è stata rinvenuta nella necessità di consentire occasionali incarichi retribuiti a dipendenti pubblici, quando questi non configurino delle stabili attività commerciali, industriali, professionali in costanza di rapporto di lavoro²¹.

Lo strumento dell'autorizzazione nel sistema delineato dal citato art. 53 costituisce l'unico presupposto legale di ammissibilità del conferimento di incarichi ulteriori o diversi rispetto a quelli compresi nell'ambito dell'ufficio pubblico ricoperto, cioè a dire un pre-requisito necessario allo svolgimento dell'attività richiesta, ponendosi quale ulteriore fonte di discrezionalità amministrativa²². Alla P.A. di appartenenza, al fine dell'autorizzabilità, compete infatti verificare se sussistono comunque specifiche incompatibilità di diritto, ovvero incompatibilità di fatto, ivi compreso l'eventuale conflitto di interessi anche potenziale, verificando la concreta compatibilità dell'attività esterna e il relativo impegno con l'impiego pubblico²³. Al fine di consentire tale

²⁰Nonostante l'espressa previsione contenuta al c. 6 dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, come evidenziato da *Ibid.*, 1861, si rinvencono in dottrina interpretazioni protese a ritenere assoggettabili al regime e ai principi che attengono al procedimento autorizzatorio anche le attività svolte a titolo gratuito per le quali non potrebbe escludersi *a priori* il verificarsi di situazioni di incompatibilità. A tal proposito, cfr. anche D'APONTE, *op. cit.*, 464 ss.

²¹TENORE, *op. cit.*, 1107.

²²D'APONTE, *op. cit.*, 464 ss.

²³Cfr. ROSSI M, *op. cit.*, 130. Secondo l'Autore le cause di incompatibilità, in quanto limitative della capacità giuridica, devono essere interpretate in modo rigoroso e tassativo. Le finalità dell'autorizzazione prescritta dall'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, che può essere solo preventiva (T.A.R. Lombardia Milano sent. n. 614/2013), sono state chiarite dalla giurisprudenza della Corte dei conti. Secondo il giudice contabile (*ex multis* Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 54/2015; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014) la P.A. di appartenenza, ai fini dell'autorizzabilità, deve verificare in concreto: "a) se l'espletamento dell'incarico, già prima della legge n.190 del 2012 (e del d.P.R. n.62 del 2013, che esaltano l'antico e già preesistente problema dei conflitti di interesse) possa ingenerare, anche in via solo ipotetica o potenziale, situazione di conflittualità con gli interessi facenti capo all'amministrazione e, quindi, con le funzioni (ad essi strumentali) assegnate sia al singolo dipendente che alla struttura di appartenenza (problema particolarmente delicato nel comparto Sanità); b) la compatibilità del nuovo impegno con i carichi di lavoro del dipendente e della struttura di appartenenza (che dovrà comunque non solo essere svolto fuori dall'orario di lavoro, ma pure compatibilmente con le esigenze di servizio), nonché con le mansioni e posizioni di responsabilità attribuite al dipendente, interpellando eventualmente a tal fine il responsabile dell'ufficio di appartenenza, che dovrà esprimere il proprio parere o assenso circa la concessione dell'autorizzazione richiesta; c) la occasionalità o saltuarietà, ovvero non prevalenza della prestazione sull'impegno derivante dall'orario di lavoro ovvero l'impegno complessivo previsto dallo specifico rapporto di lavoro, con riferimento ad un periodo determinato; d) la materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di impiego, tenuto conto del fatto che taluni incarichi retribuiti sono caratterizzati da una particolare intensità di impegno; e)

oggettivo riscontro, anche a distanza di tempo, in ordine all'effettivo rilascio, alla data della richiesta e del successivo rilascio, alle verifiche e valutazioni effettuate, in via preventiva, dalla P.A., e inoltre ai termini e limiti dell'intervenuta autorizzazione, la stessa deve essere necessariamente richiesta e rilasciata in forma scritta, nonché richiesta e conferita, di volta in volta, in relazione ai singoli e specifici incarichi, cui devono inerire le valutazioni e verifiche dell'amministrazione²⁴.

Infine, sono liberamente esercitabili, anche se trattasi di incarichi retribuiti, quelli tassativamente indicati dalle lettere da a) a f-bis) del c. 6 del citato art. 53. Si tratta delle attività liberalizzate che il dipendente pubblico può esercitare senza che occorra alcuna autorizzazione, in quanto attività "de minimis" di evidente modesta rilevanza, ovvero in quanto espressive di diritti costituzionalmente rilevanti di qualsiasi soggetto²⁵. Con riferimento a tali incarichi, il dipendente pubblico potrà svolgerli liberamente nel rispetto dell'orario di lavoro e delle esigenze di servizio, dovendone valutare autonomamente la compatibilità di fatto, compresa la ricorrenza di un conflitto, anche potenziale, di interesse; nei casi dubbi invece il dipendente interessato dovrà investire la P.A. della questione al fine di sollecitarne un previo atto di assenso allo svolgimento dell'incarico²⁶.

Accanto a tale regime generale applicabile a tutti i dipendenti pubblici, sussiste un regime speciale applicabile a particolari categorie di dipendenti fondato sulle singole norme di settore²⁷, a testimonianza del fatto che il legislatore ordinario ha optato per un'applicazione in senso relativo, anziché assoluto, del principio di esclusività contenuto nel precetto costituzionale di cui all'art. 98 Cost.²⁸.

Tra le eccezioni previste in materia di incompatibilità vi figurano proprio quelle attinenti ai professori universitari. I docenti universitari costituiscono una categoria particolare di dipendenti pubblici, rientrando (ex art. 3, c. 2, d.lgs. n. 165/2001) tra le

specificità attinenti alla posizione del dipendente stesso (incarichi già autorizzati in precedenza, assenza di procedimenti disciplinari recenti o note di demerito in relazione all'insufficiente rendimento, livello culturale e professionale del dipendente); f) corrispondenza fra il livello di professionalità posseduto dal dipendente e la natura dell'incarico esterno a lui affidato". Cfr. anche CAMILLERI, Attività extraistituzionali autorizzabili per i pubblici dipendenti dopo la legge n. 190 del 2012, in www.lexitalia.it, che sostiene la possibilità di un intervento autorizzatorio postumo a sanatoria di incarichi già espletati per motivi di urgenza, confidando da parte del dipendente pubblico nel sicuro rilascio dell'autorizzazione, trattandosi di attività abitualmente e notoriamente autorizzate dalla P.A. di appartenenza.

²⁴ Corte conti sez. Toscana sent. n. 79/2017. Il giudice contabile ha anche chiarito che la comunicazione sui compensi erogati, eventualmente effettuata a opera degli enti conferenti in favore della P.A. interessata, laddove resa *ex post* (a incarico espletato), non può surrogare l'omessa autorizzazione, da richiedere e ottenere in via preventiva, pena la compromissione irreparabile delle finalità sottese al regime autorizzatorio prescritto dall'art.53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001.

²⁵ Così TENORE, *op. cit.*, 1118. Cfr. anche Cons. Stato sez. VI sent. n. 3172/2015.

²⁶ ROSSI M., *op. cit.*, 130.

²⁷ Cfr.. DE LUCA TAMAJO-MAZZOTTA, *op. cit.*, 1853.

²⁸ ROSSI M., *op. cit.*, 124.

c.d. categorie non contrattualizzate, per i quali il citato art. 53, pur trovando applicazione, deve essere coordinato con altre disposizioni specifiche.

Il fondamento del regime speciale di incompatibilità dei professori universitari è stato rinvenuto nella peculiarità del lavoro universitario²⁹ e la previsione di una disciplina differenziata per i docenti universitari si ricava già dal citato art. 53. Tale disposizione infatti al c. 6 sancisce nei confronti dei docenti universitari a tempo definito l'esclusione dell'applicazione delle disposizioni di cui ai cc. da 7 a 13 e, in particolare, dunque del regime dell'autorizzazione; con riferimento ai professori universitari a tempo pieno invece il successivo c. 7 dispone che “*gli statuti o i regolamenti degli atenei disciplinano i criteri e le procedure per il rilascio dell'autorizzazione nei casi previsti dal presente decreto*”.

Dai richiamati commi si ricava un'ulteriore differenziazione di regime tra docenti universitari a tempo pieno e quelli a tempo definito che trova ulteriore conferma in altri testi normativi. La diversificazione nell'ambito del rapporto di lavoro dei professori universitari tra tempo pieno e tempo definito, con specifico riferimento alla disciplina in materia di incompatibilità, emerge anche dall'art. 11, d.P.R. n. 382/1980 e dall'art. 6, l. n. 240/2010 (c.d. legge Gelmini), che unitamente all'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 e complessivamente considerati contribuiscono a delineare lo speciale regime di incompatibilità per tale particolare categoria di dipendenti pubblici.

Dal combinato disposto di tutte queste disposizioni si ricava una tripartizione di attività che ricalca quella propria del regime generale di incompatibilità, cioè a dire la differenziazione tra attività vietate, autorizzabili o liberalizzate, ma che rispetto ai docenti universitari si arricchisce di ulteriori tratti peculiari, con riferimento ai quali assume rilievo anche la distinzione tra tempo pieno e tempo definito.

Innanzitutto, dalla lettura congiunta delle menzionate disposizioni (art. 60, d.P.R. n. 3/1957, come richiamato dall'art. 53, d.lgs. n. 165/2001; art. 11, cc. 4, lett. b), e 5, lett. b), d.P.R. n. 382/1980; art. 6, c. 9, l. n. 240/2010) emerge che per tutti i professori universitari, sia a tempo pieno sia a tempo definito, costituiscono attività assolutamente incompatibili l'assunzione di impieghi alle dipendenze di privati o di cariche in società costituite a fine di lucro, nonché 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 artt. 2 e 3, d.lgs. n. 297/1999, 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 ministeriale.

In quanto rientranti nell'ambito dell'esercizio del commercio e dell'industria, si ritiene assolutamente incompatibile la partecipazione dei docenti universitari, sia a tempo pieno sia a tempo definito, con cariche gestionali e/o compiti operativi, a società aventi fini di lucro (eccettuato il caso di *start up* e *spin off*), compresa la partecipazione in qualità di socio a società di persone, con l'esclusione dei casi in cui la responsabilità del socio sia limitata per legge o per atto costitutivo della società

²⁹ SANTUCCI, *Libertà di ricerca e rapporto di impiego di ricercatori e docenti*, Napoli, 2017, 101.

stessa³⁰. Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'assunzione di cariche gestionali in società aventi fine di lucro è infatti ritenuta "quale elemento oggettivo e automatico atto a perpetrare l'incompatibilità, senza che necessiti una valutazione sulla intensità dell'impegno o sui riflessi negativi riscontrabili sul rendimento nel servizio e sull'osservanza dei doveri di ufficio"³¹. Diversamente, l'assunzione di incarichi extra-istituzionali da parte di docenti universitari sarebbe consentita solo laddove lo stesso assuma la qualità di socio in una società di capitali o in una società di persone, ma senza poteri di amministrazione, ovvero compiti gestionali³².

Si ritiene, inoltre, che, a fronte del carattere generale del divieto imposto dall'art. 13, d.P.R. n. 382/1980, il quale sancisce che il professore ordinario sia collocato d'ufficio in aspettativa per la durata della carica, del mandato o dell'ufficio nei casi elencati dallo stesso articolo, è possibile ricavare un'incompatibilità assoluta dell'incarico di professore ordinario, a prescindere dal regime a tempo pieno o definito, con le cariche di presidente o di amministratore delegato di enti pubblici o società a partecipazione pubblica; ciò troverebbe conferma nel fatto che l'eventuale coesistenza dei due ruoli comporta d'ufficio il collocamento in aspettativa³³.

Con specifico riferimento ai docenti universitari a tempo pieno, tale regime, ai sensi dell'art. 6, c. 9, l. n. 240/2010, è assolutamente incompatibile con l'esercizio di attività libero-professionale. La condizione di professore a tempo definito, ai sensi del successivo c. 12 del citato art. 6, è incompatibile con l'esercizio di cariche accademiche, dovendo gli statuti di ateneo disciplinare il regime della predetta incompatibilità³⁴.

I cc. 10 e 12 del citato art. 6 disciplinano invece le attività relativamente incompatibili espletabili rispettivamente da docenti universitari a tempo pieno e da quelli a tempo definito.

I professori universitari a tempo pieno, ai sensi del citato c. 10 possono 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

³⁰ MORZENTI PELLEGRINI, *op. cit.*, 446 ss.

³¹ Cass. civ. sez. lav. sent. n. 967/2006.

³² MORZENTI PELLEGRINI, *op. cit.*, 447. Tale interpretazione è stata fornita anche dal vecchio MIUR con l'Atto d'indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039 della ministra sen. Valeria Fedeli, avente a oggetto l'aggiornamento 2017 al Piano nazionale anticorruzione – sezione università, approvato con delibera ANAC 22 novembre 2017, n. 1208.

³³ ZAMPINI, *op. cit.*, 31. Cfr. invece quanto sostenuto da MORZENTI PELLEGRINI, *op. cit.*, 443 ss. Secondo l'Autore infatti si potrebbero ritenere compatibili, previa autorizzazione del rettore, quelle di amministratore o presidente di fondazioni, associazioni, ovvero altri enti senza scopo di lucro, comprese quelle di partecipazione a consigli di amministrazione di società di capitali, in qualità di esperto, purché in assenza di deleghe operative o gestionali.

³⁴ Cfr. anche l'art. 11, c. 4, lett. a), d.P.R. n. 382/1980.

rappresenti detrimento delle attività didattiche, scientifiche e gestionali loro affidate dall'ateneo di appartenenza.

Tale previsione ha posto problemi di coordinamento con quanto invece disposto dall'art. 13, d.P.R. n. 382/1980, che prevede il collocamento d'ufficio in aspettativa per professori ordinari nominati alle cariche di presidente, di amministratore delegato di enti pubblici a carattere nazionale, interregionale o regionale, di enti pubblici economici, di società a partecipazione pubblica, anche a fini di lucro. Si è così proposto di superare il contrasto fra le due normative alla luce del combinato disposto dei principi di temporalità e di specialità, sostenendo l'abrogazione implicita della previsione del citato art. 13 a opera dell'art. 6, c. 10, l. n. 240/2010, in quanto normativa speciale più favorevole intervenuta successivamente³⁵. Aderendo a un'interpretazione dell'espressione "*scopo di lucro*", contenuta nel citato art. 6, nel senso di lucro soggettivo, quale elemento giuridicamente qualificante la struttura societaria (ricalcando l'espressione contenuta nella definizione del contratto di società *ex art. 2247 c.c.*), sono invece considerate compatibili, previa autorizzazione del rettore, le attività di amministratore o presidente di associazioni, fondazioni o altri enti *no profit*, istituiti anche ai sensi del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del terzo settore), che svolgano un'attività d'impresa strumentale al raggiungimento dello scopo ideale o di pubblica utilità³⁶.

I docenti universitari a tempo definito, *ex art. 6, c. 12, l. n. 240/2010*, possono svolgere, anche con rapporto di lavoro subordinato, 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.

Con riferimento, invece, alle attività liberamente esercitabili, ai professori universitari a tempo definito è consentito (art. 11, c. 4, lett. b), d.P.R. n. 382/1980; art. 6, c. 12, l. n. 240/2010) assumere incarichi retribuiti, nonché svolgere attività di consulenza anche continuativa esterne, attività libero-professionali e di lavoro autonomo anche

³⁵ Così ZAMPINI, *op. cit.*, 35. Tale interpretazione è stata fornita anche dal vecchio MIUR con l'Atto d'indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039, cit. Cfr. anche MIUR, Dipartimento per la formazione superiore e la ricerca, *Risposta a quesiti del 27 maggio 2019 – Regime di incompatibilità dei professori e ricercatori universitari a tempo pieno*, Roma, 18 giugno 2019, che con riferimento allo svolgimento di compiti istituzionali e gestionali senza vincolo di subordinazione presso enti pubblici e privati senza scopo di lucro ha chiarito: "*Si conferma che i professori ed i ricercatori a tempo definito possono, senza necessità di essere collocati in aspettativa, ricoprire cariche istituzionali e gestionali in enti pubblici e privati senza scopo di lucro e che i docenti a tempo pieno hanno la medesima facoltà, ma con obbligo di previa autorizzazione del Rettore. Si conferma inoltre che ai fini dell'articolo 6, comma 10, L. 240/2010, si intendono per enti pubblici e privati senza fini di lucro tutti gli enti in house, ivi comprese le società in house, così come tutte le società di committenza di cui all'articolo 38 del D. Lgs. 50/2016. Si specifica inoltre che l'assunzione di cariche istituzionali e gestionali in società anche a scopo di lucro è consentita liberamente ai docenti a tempo definito e previa autorizzazione del rettore per i docenti a tempo pieno, qualora la carica ricoperta non comporti la titolarità di alcun autonomo potere attribuito per legge o per delega, come per esempio nel caso degli amministratori indipendenti delle società quotate*".

³⁶ *Ibidem*.

continuative, purché non determinino situazioni di conflitto di interesse rispetto all'ateneo di appartenenza.

L'unico limite per lo svolgimento delle attività libero-professionali è costituito pertanto dall'assenza di conflitto di interesse con l'università di appartenenza³⁷. In questo caso, dunque, è rimessa al docente l'autonoma valutazione in ordine alla ricorrenza di un conflitto di interesse e dunque relativamente alla compatibilità di fatto, dovendo nei casi dubbi investire l'ateneo di appartenenza della questione al fine di sollecitarne un previo atto di assenso allo svolgimento dell'incarico.

I docenti universitari a tempo pieno (*ex art. 6, c. 10, l. n. 240/2010*), fatto salvo il rispetto dei loro obblighi istituzionali, possono svolgere liberamente, anche con retribuzione, attività di valutazione e di referaggio, lezioni e seminari di carattere occasionale, attività di collaborazione scientifica e di consulenza, attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale, attività pubblicistiche ed editoriali, nonché 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.

Per quanto concerne le nozioni enucleate nell'art. 6, c. 10, l. n. 240/2010, una loro interpretazione è stata fornita dal vecchio MIUR che è intervenuto con la finalità di precisare i confini di tali attività liberamente espletabili dai docenti universitari a tempo pieno, in modo da uniformare l'applicazione della disciplina vigente in ciascun ateneo, anche alla luce del principio della prevenzione dei conflitti, anche potenziali, di interesse³⁸.

³⁷ Cfr. Corte conti sez. I App. sent. n. 80/2017.

³⁸ MIUR, Atto d'indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039, cit. Secondo tale Atto di indirizzo, rispetto al dato testuale della norma: "le «attività di valutazione e referaggio», si ritiene possano consistere in: partecipazione ad organi di consulenza tecnico-scientifica dello Stato, degli enti pubblici e a partecipazione pubblica, degli enti di ricerca e cultura in genere, partecipazione a commissioni per esami di Stato e di concorsi pubblici e a commissioni che svolgono un'attività di valutazione attinente al proprio campo disciplinare, dunque la partecipazione a comitati tecnici, commissioni ministeriali, di concorso, di gara, nonché l'attività di componente di nuclei di valutazione; le «lezioni e (i) seminari di carattere occasionale», si ritiene possano ricomprendere le attività di formazione, anche conferite da soggetti privati, purché a carattere occasionale (di carattere prevalentemente teorico le prime, pratico le seconde), oltre che le supplenze e i contratti di insegnamento nei corsi di studio presso l'Ateneo, le attività di docenza nei corsi post lauream e nei corsi di perfezionamento dell'Università; l'«attività di collaborazione scientifica» si ritiene possa consistere nella partecipazione a progetti di ricerca o programmi speciali di carattere internazionale, ad attività di Fondazioni o Società alle quali partecipa l'Ateneo, ovvero per le quali la nomina ha luogo per designazione dell'Università, attività derivante da commesse, contratti e convenzioni, attività formative alla cui progettazione e realizzazione l'Università concorra, regolarmente approvati dall'Ateneo, attività di collaborazione in qualità di esperto in consigli scientifici degli enti di ricerca o in advisory boards, inclusi quelli delle Riviste; le «attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale» si ritiene possano ricomprendere le attività di partecipazione a conferenze, convegni e seminari, anche in qualità di relatore, ma anche incarichi relativi ad attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione. Si rileva in proposito che l'attività convegnistica può in alcuni casi essere fonte di situazioni di conflitto di interesse, che certamente vanno eliminate con apposite misure. Si veda, a titolo di esempio, la normativa speciale in mate-

Un regime speciale è poi previsto per i professori universitari afferenti alla facoltà (*rectius* al dipartimento) di medicina e chirurgia che, ai sensi dell'art. 5, c. 7, d.lgs. n. 517/1999, possono optare per l'esercizio di attività assistenziale intramuraria, definita come attività assistenziale esclusiva, ovvero per l'esercizio di attività libero-professionale extramuraria; l'opzione per l'attività assistenziale esclusiva è requisito necessario per l'attribuzione ai docenti universitari di incarichi di direzione di struttura. Il successivo c. 12 del citato art. 5 dispone inoltre che lo svolgimento di attività libero-professionale intramuraria comporta l'opzione per il tempo pieno e lo svolgimento dell'attività extramuraria comporta l'opzione per il tempo definito.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che, sebbene dalla richiamata disposizione appaia chiaro che l'esercizio da parte di professori universitari di attività libero-professionale intramuraria sia incompatibile con il regime del tempo pieno, la stessa non ricollega automaticamente al mero svolgimento di tale forma di attività assistenziale la concreta operatività del suddetto regime, imponendo unicamente il relativo obbligo di opzione³⁹. Parimenti, secondo lo stesso giudice amministrativo l'esercizio di attività libero-professionale extramuraria da parte di un docente universitario non determina l'automatica applicazione del regime del tempo definito, occorrendo all'uopo una manifestazione di volontà dell'interessato (c.d. opzione); in mancanza di tale opzione è pertanto necessario un provvedimento dell'università che, d'ufficio, disponga l'applicazione del relativo regime.

In ordine alla differenziazione tra regime a tempo pieno e quello a tempo definito, la Corte costituzionale ha chiarito che si tratta di regimi notevolmente diversi, in quanto con la disciplina dettata dal d.P.R. n. 382/1980 il legislatore ha operato una significativa diversità di stato giuridico che rende non omogenee le posizioni dei docenti a tempo pieno e quelle dei docenti a tempo definito e giustifica una diversi-

ria di attività convegnistica in ambito sanitario (quale il Sistema di formazione continua (ECM) di cui al combinato disposto dell'articolo 2, comma 357, della legge 24.12.2007, n. 244, e dell'art. 124 del d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219, l'Accordo del 2 febbraio 2017 in sede di Conferenza Stato Regioni nonché l'aggiornamento 2015 del Piano Nazionale Anticorruzione – Determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015); le «attività pubblicistiche ed editoriali» si ritiene possano concretizzarsi in collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie, simili ed altre attività pubblicistiche ed editoriali». Cfr. anche MIUR, Dipartimento per la formazione superiore e la ricerca, Risposta a quesiti del 27 maggio 2019 – Regime di incompatibilità dei professori e ricercatori universitari a tempo pieno, cit., che con riferimento all'attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale ha chiarito: «Oltre all'attività di partecipazione a conferenze, convegni e seminari, nonché incarichi relativi alla formazione diretta di dipendenti della pubblica amministrazione e di soggetti privati, la comunicazione e divulgazione scientifica e culturale comprende anche la progettazione culturale, l'ideazione e la curatela di mostre scientifiche ed artistiche, nonché l'illustrazione dei contenuti delle mostre stesse a gruppi di visitatori. È infatti auspicabile, e rientra tra gli scopi della L. 240/2010, che i docenti universitari mettano a disposizione del pubblico le proprie conoscenze scientifiche ed artistiche, divulgandole con un linguaggio comune. L'organizzazione di mostre su temi scientifici o artistici, anche relativamente alla produzione di un singolo artista, costituisce uno dei principali strumenti a tal fine».

³⁹ Cons. Stato sez. VI, n. 2779/2016.

tà di trattamento in presenza di situazioni specifiche; il tempo pieno postula infatti l'obbligo per il docente di dedicarsi in via principale e assorbente ai compiti istituzionali dell'università di appartenenza, mentre la posizione del docente a tempo definito è caratterizzata da minori obblighi verso l'ateneo di appartenenza⁴⁰. Si è rilevato che, benché da questa sentenza si possa acquisire una sorta di presunzione di ragionevole incompatibilità tra tempo pieno e altre attività lavorative, in quanto caratteristica fondamentale del docente universitario è quella di dedicarsi alla didattica e alla ricerca, e sia innegabile che lo stesso debba essere dedito a tali attività, nel corso del tempo tuttavia è emerso che nel bagaglio culturale e professionale del docente devono essere presenti forti connessioni con attività professionali e di ricerca anche esterne al contesto lavorativo universitario, alla sola didattica e ricerca realizzata nell'ateneo in cui si lavora⁴¹. Sebbene ciò sia avvenuto con la l. n. 240/2010, che ha ampliato le attività che può svolgere il docente a tempo pieno, puntando sulla più ampia connessione tra attività universitaria e attività professionale, si registrano in dottrina dubbi in ordine alla ragionevolezza della differenziazione tra regime a tempo pieno e quello a tempo definito e della disciplina delle incompatibilità; si evidenzia pertanto la necessità di una modifica della linea di confine tra quanto è consentito, e no, fare con il tempo pieno sul presupposto che è possibile arricchire l'esperienza del professore svolgendo anche attività esterne, avvicinando ancora di più il mondo dell'università a quello delle professioni e delle imprese⁴².

⁴⁰ Corte cost. sent. n. 311/2010. Secondo il giudice costituzionale, il legislatore con la disciplina dettata dal d.P.R. n. 382/1980 ha operato una differenziazione tra i docenti di ruolo a seconda che essi intendano, sulla base di una scelta soggettiva e personale, dedicare la loro attività esclusivamente all'insegnamento universitario o, invece, svolgere anche attività professionali, cioè esulanti da quella didattica e scientifica che è caratteristica fondamentale del docente universitario. Così, la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, penultimo comma, della l. n. 705/1985, nella parte in cui, con riferimento ai professori universitari collocati in aspettativa, attribuisce la facoltà di modificare, nel corso dell'aspettativa medesima, il regime di impegno precedentemente scelto ai soli professori a tempo pieno e non anche ai professori a tempo definito. La Corte costituzionale ha chiarito che tale disposizione derogatoria non soltanto non crea alcuna ingiustificata disparità di trattamento, avuto riguardo al carattere non omogeneo dello stato giuridico degli appartenenti all'una o all'altra categoria, ma non si rivela neppure irragionevole.

⁴¹ SANTUCCI, *op. cit.*, 105 ss.

⁴² *Ibid.*, 107. Altre critiche in ordine alla previsione di un diverso regime retributivo, cioè a dire con riferimento alla maggiorazione del 40% in favore dei docenti che optino per il tempo pieno e alla possibilità di assumere compiti preclusi ai docenti a tempo definito, sono riportate da D'APONTE, *op. cit.*, 479. Cfr. anche Corte cost. sent. n. 376/1989 che ha rilevato come la mancata previsione di una congrua retribuzione per i docenti universitari a tempo pieno, tale da compensare i mancati guadagni della libera professione, è suscettibile di concorrere causalmente a compromettere l'effettivo progresso culturale e quindi l'evoluzione socio-economica del Paese, in quanto la finalità di ricondurre gli studiosi ai doveri primari della ricerca e dell'insegnamento sulla base di una libera scelta e la vocazione esclusiva agli studi deve essere sostenuta anche con un'adeguata retribuzione.

4. La distinzione tra attività libero-professionale e attività di consulenza

Con riferimento ai professori universitari a tempo pieno, a fronte di tale complesso quadro normativo, caratterizzato da disposizioni difficili da coordinare e spesso contraddittorie, si pone la specifica questione della distinzione tra attività libero-professionale vietata e attività di consulenza consentita.

Tale problematica è stata affrontata dal giudice contabile con la pronuncia in commento che, dopo un'accurata analisi dei diversi orientamenti emersi in dottrina e in giurisprudenza, nonché anche delle interpretazioni fornite dal vecchio MIUR, ha proposto una soluzione interpretativa in ordine all'individuazione del *discrimen* tra attività di consulenza e attività libero-professionale.

Non ha sollevato, invece, particolari problematiche uno degli incarichi contestati dalla procura contabile al convenuto, ovvero quello svolto quale relatore in una singola lezione; in tal caso si è esclusa la violazione dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, in quanto ritenuta attività liberamente esercitabile, senza la necessità di autorizzazione anche se retribuita. La Sezione giurisdizionale Lombardia ha infatti ricordato che lo svolgimento, anche dietro compenso, di lezioni, di attività di formazione, di docenza, come anche la partecipazione a convegni e seminari, è liberalizzato sia dal regime generale stabilito dal citato art. 53 per tutti i dipendenti pubblici, sia dal regime speciale applicabile ai docenti universitari a tempo pieno ai sensi dell'art. 6, c. 10, l. n. 240/2010.

Il giudice contabile si è anche profuso nel cogliere le differenze tra i due regimi. Si è chiarito che il citato art. 6, consentendo espressamente ai docenti universitari a tempo pieno di svolgere liberamente, anche con retribuzione, lezioni e seminari di carattere occasionale, implicherebbe la necessità di richiedere un'autorizzazione al rettore ove gli interventi dovessero assumere carattere sistematico; diversamente invece un'autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza non è necessaria per i restanti dipendenti pubblici a fronte di una normativa generale che non fissa limiti quantitativi alla docenza.

Così, alla singola lezione contestata si è riconosciuto il carattere occasionale, trattandosi di un solo intervento e senza che lo stesso carattere potesse essere sconfessato dall'avvenuta emissione di fattura per tale lezione da parte del convenuto, *“essendo dato meramente fiscale (fattura in luogo di ricevuta), che non esprime, per la sua unicità, una attività di imprenditore o professionista della didattica, che resta comunque, si ribadisce, attività assolutamente liberalizzata e, come tale, non riconducibile al regime sanzionatorio dell'art. 53, co. 7, che concerne le sole attività sottoposte ad autorizzazione, quale non è una occasionale lezione in un liceo”*.

È con riferimento ai restanti quattro incarichi contestati al convenuto che si è posto il problema di definire il significato da attribuire alle locuzioni *“attività libero-professionale”* e *“attività di collaborazione scientifica e di consulenza”*, rispettivamente contenute ai cc. 9 e 10 dell'art. 6, l. n. 240/2010. Ciò al fine di procedere

alla qualificazione giuridica dell'attività obiettivamente svolta, dovendo stabilire se si fosse trattato di attività legittima e ben espletabile (anche senza autorizzazione), in quanto *“attività di collaborazione scientifica e di consulenza”*, oppure se si fosse trattato di *“attività libero-professionale”* illegittima in quanto vietata ai professori universitari a tempo pieno (come tale neppure autorizzabile).

La Sezione giurisdizionale Lombardia ha inizialmente analizzato la lettura dell'art. 6, cc. 9 e 10, l. n. 240/2010 offerta da un atto di indirizzo del vecchio MIUR, adottato proprio con la dichiarata finalità di realizzare un intervento volto a consentire un'interpretazione unitaria e conforme in ordine al regime delle attività esterne dei docenti delle università⁴³. Secondo tale atto di indirizzo, dalla letteratura scientifica emergerebbe una declinazione della nozione di consulenza in un'accezione ampia, *“comprendente ogni prestazione d'opera intellettuale, strettamente personale e svolta non a carattere professionale, in totale autonomia rispetto al committente, fornita in qualità di esperto della materia su una questione o un problema determinato che si conclude con il rilascio di un parere, di una relazione o di uno studio”*.

Tale ricostruzione non è stata condivisa dal giudice contabile lombardo in quanto, considerando la consulenza quale particolare modalità di esercizio dell'attività libero-professionale (*“consistente nella mera formulazione di pareri personali in seguito ad analisi e studio di uno o più casi pratici”*) e obliterando dal punto di vista concettuale qualsiasi differenza ontologica tra le due nozioni (*“in quanto entrambe svolte da un «professionista» o «esperto», che utilizza un bagaglio di cognizioni di natura tecnica in esclusivo possesso di persone con qualificato e certificato percorso formativo”*), realizzerebbe *“una liberalizzazione ad amplissimo spettro della nozione di «consulenza», che in pratica coinvolgerebbe tutte, o quasi tutte, le attività svolte dai professionisti, ordinistiche e non”*.

Nella prospettiva proposta dall'atto di indirizzo, una tale ricostruzione e l'esclusione dal concetto di consulenza soltanto delle prestazioni che esprimono ulteriori e evidenti attività strumentali o esecutive consentirebbe invece di garantire la razionalità della distinzione tra regime a tempo pieno e regime a tempo definito, *“poiché la percezione dell'indennità di tempo pieno verrebbe a collegarsi esclusivamente al diverso carico didattico e non più anche alla rinuncia all'espletamento di qualsiasi tipologia di attività libero-professionale”*.

Ciò non è stato parimenti condiviso dalla Sezione giurisdizionale Lombardia, in quanto l'adesione a un concetto di consulenza così lato e onnicomprensivo *“si risolverebbe però in un'inammissibile interpretatio abrogans di un chiaro disposto legislativo, espressamente ribadito dalla legge n. 240/2010: il divieto, appunto, per i tempopienisti di svolgere «attività libero-professionali”*. Così, il giudice contabile ha respinto questa interpretazione estensiva poiché, rendendo il docente a tempo pieno libero di fare qualsiasi attività genericamente (o formalmente) definita di consulenza

⁴³ MIUR, Atto d'indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039, cit.

retribuita col pubblico e col privato, anche in maniera continuativa, la stessa finirebbe per tradire lo spirito della c.d. “riforma Gelmini”.

Anche in dottrina si riscontrano considerazioni critiche relativamente alla ricostruzione offerta dall’atto di indirizzo del vecchio MIUR, in quanto tale interpretazione, giungendo a scindere attività consentite e non consentite nell’ambito di una prestazione d’opera intellettuale sostanzialmente unitaria, risulterebbe foriera di incertezze applicative⁴⁴.

La Sezione giurisdizionale Lombardia ha poi analizzato un secondo orientamento più restrittivo, “*tendente ad identificare tout-court le «attività libero-professionali» vietate ai tempopienisti con quelle che le singole leggi sulle professioni considerano come esclusive, in quanto esercitabili solo da soggetti iscritti all’albo*”. Si tratta di una tesi emersa in una pronuncia della Sezione giurisdizionale Emilia-Romagna, la quale ha infatti affermato che: “*Il divieto di esercizio della professione per coloro che abbiano optato per il regime a tempo pieno, così come espressamente richiamato nella normativa de qua, deve intendersi riferito a tutte le professioni, comprese quelle che possono essere svolte soltanto dai soggetti iscritti agli Albi professionali*”⁴⁵. Tale interpretazione è stata ripresa anche dal già citato atto di indirizzo del vecchio MIUR, ove si è sostenuto che il divieto previsto per i docenti a tempo pieno include le attività professionali che le specifiche leggi sulle varie professioni qualificano “esclusive” in quanto possono essere svolte soltanto dai professionisti iscritti negli albi e che non si trovino in situazione di incompatibilità⁴⁶.

Questa diversa ricostruzione è stata parimenti criticata dalla Sezione giurisdizionale Lombardia con la sentenza in commento, in quanto “*dilaterebbe eccessivamente il concetto di «attività libero-professionale» al punto da rendere la «consulenza» un termine dal contenuto estremamente ridotto, che allude a semplice «collabora-*

⁴⁴ ZAMPINI, *op. cit.*, 31. Secondo l’Autore il legislatore del 2010 è stato mosso da un intento liberalizzante, predicato nella convinzione che una maggiore possibilità di esercizio di remunerative attività extra-istituzionali avrebbe rappresentato per docenti a tempo pieno un’occasione non solo di gratificazione economica, ma anche di affinamento della professionalità, con (auspicabili) conseguenti positive ricadute tanto nella didattica quanto nella ricerca. Lo stesso Autore rileva che la discrasia tra l’intento dichiarato dalla l. n. 240/2010 e la scarna e ambigua normativa in esso contenuta ha finito per alimentare incertezza giuridica e per legittimare letture riduttive.

⁴⁵ Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 37/2014. A tal proposito, cfr. anche Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 214/2017. *Contra* Corte conti sez. Campania sent. n. 305/2015 che, aderendo a una nozione di libera professione svincolata dall’iscrizione ad albi e dalle riserve di attività previste nelle varie leggi professionali, ha affermato come “*l’attività libero professionale consiste in un’attività economica, svolta a favore di terzi e finalizzata alla prestazione di servizi mediante lavoro intellettuale*”.

⁴⁶ MIUR, Atto d’indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039, cit. Secondo tale Atto di indirizzo, il divieto assoluto per i professori a tempo pieno di svolgere la libera professione non esclude la possibilità di svolgere attività professionali non riservate ai liberi professionisti, purché connotate dall’ocasionalità e autorizzate dall’università di appartenenza.

zione scientifica», di cui conserva la stessa natura e caratteristiche”, pertanto ritenuta inaccettabile e arbitraria.

Ad analoghe conclusioni si è pervenuti in dottrina ove si sono criticate le motivazioni addotte a fondamento di questo secondo orientamento⁴⁷, nella parte in cui si sostiene che l’art. 6, c. 10, l. n. 240/2010, nell’elencare le attività svolgibili liberamente, utilizzerebbe “«binomi copulativi» ovvero locuzioni composte di due parole appartenenti alla medesima categoria e unite dalla congiunzione ‘e’ in relazione di uguaglianza e quasi uguaglianza tra i due termini”; in tal modo “ogni singolo termine del binomio, si pone in rapporto di specificazione, completando il significato del termine ad esso collegato”⁴⁸. Si è infatti rilevato che l’analisi del testo normativo non porta necessariamente a tali conclusioni, in quanto il linguaggio del legislatore non appare così razionale e lineare, dovendosi attribuire un significato autonomo al sostantivo “consulenza”, in quanto idoneo a esprimere una potenzialità semantica propria⁴⁹.

Il giudice contabile lombardo non ha neanche condiviso quanto sostenuto in una pronunzia della Seconda Sezione d’Appello della Corte dei conti, secondo la quale “la consulenza (in materia scientifica) non è volta a «fornire risoluzione a problematiche concrete», perché altrimenti si riverbererebbe nell’espletamento di attività libero professionale”⁵⁰. A ciò la Sezione giurisdizionale Lombardia ha replicato che “una consulenza, a differenza di uno studio teorico-scientifico speculativo, serve invece proprio a risolvere problematiche concrete, al pari di una prestazione libero professionale e deve concludersi con un parere, una relazione o uno studio”.

Il giudice contabile ha pertanto rinvenuto altrove il distinguo tra “consulenza” e “attività libero-professionale”. La Sezione giurisdizionale Lombardia ha ritenuto preferibile una quarta tesi, considerata ragionevole in quanto aderente alla *ratio* della legge Gelmini e alla sua formulazione logico-testuale.

Si è così individuato un criterio guida idoneo a sorreggere tale distinzione, fondato su un dato fattuale base e su due indici sintomatici. Il dato fattuale basilare è stato individuato nella frequenza temporale dell’attività consulenziale svolta con continuità, assiduità e sistematicità nell’anno solare e/o in più anni, tale da diventare abituale e dunque “professionale”, ovvero un ulteriore “lavoro stabile”, talvolta addirittura primario, ancorché autonomo. Secondo il giudice contabile, questa interpretazione risulterebbe trovata confermata dall’art. 2, c. 6, l. n. 247/2012, che riserva a chi sia iscritto nell’albo professionale degli avvocati solo le consulenze legali svolte in

⁴⁷ Cfr. Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 214/2017.

⁴⁸ ZAMPINI, *op. cit.*, 32.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Corte conti sez. I App. sent. n. 80/2017 con nota critica di VALDITARA, *Riflessioni critiche sull’interpretazione giurisprudenziale del regime di incompatibilità dei professori universitari a tempo pieno nella Legge Gelmini: la nozione di “consulenza” e di “attività libero-professionale”*, in *GI*, 2018, 1, 179 ss.

modo “*continuativo, sistematico, ed organizzato*”, dunque solo le consulenze svolte “*professionalmente*”⁵¹.

La Sezione giurisdizionale Lombardia sembrerebbe avere così aderito a quanto già predicato dalla Corte di Cassazione in ordine alla definizione del concetto di attività professionale⁵², nonché con riferimento alla nozione di professionalità dell’attività imprenditoriale dell’art. 2082 c.c.⁵³. Il giudice di legittimità ha infatti chiarito che la nozione di attività professionale intellettuale è una nozione aperta, qualificata per la presenza di due requisiti (la professionalità, intesa sotto il profilo della continuità del suo esercizio, e l’intellettualità, intesa come espressione della erogazione a favore dei terzi di prestazioni a carattere tecnico-intellettuale), ed è identificabile anche laddove non sia imposta, a chi intenda esercitarla, l’iscrizione in appositi albi o elenchi⁵⁴.

Il primo indice sintomatico è stato individuato invece nel dato reddituale, cioè a dire può assumere rilevanza il dato reddituale dell’importo della attività svolta, qualora dalle attività extra-lavorative si consegua un reddito superiore a quello derivante dall’impiego pubblico da professore universitario. Il giudice contabile si è curato anche di specificare che tale dato rappresenta soltanto un indice indicativo, di per sé non probante in modo assoluto, potendosi svolgere anche una sola consulenza “*spot*” annua, ma di importo rilevantissimo, correlato alla rilevante qualificazione del docente universitario e alla complessità del parere o della consulenza, senza che la stessa possa ritenersi integrante lo svolgimento di un’attività libero-professionale vietata.

Ciò appare in sintonia con quanto già predicato in dottrina, ove si è rilevato che il carattere occasionale della consulenza non potrebbe essere disconosciuto a fronte di una singola prestazione, integrante una c.d. “*consulenza spot*” (cioè a dire svolta su problemi tecnici di particolare complessità in modo del tutto saltuario), anche se retribuita oltre la soglia stipendiale annua; diversamente, risulterebbe incongruo im-

⁵¹ A tal proposito, cfr. MEZZACAPO, *Problemi in tema di incompatibilità dei pubblici dipendenti: l’esercizio della professione di avvocato*, in *ADL*, 2014, 1, 315 ss.

⁵² Cass. civ. sez. un. sent. n. 27493/2013. Con tale decisione il giudice di legittimità ha affermato che l’attività didattica del magistrato, consistente in un servizio di formazione a pagamento di più discenti finalizzato all’accesso a professioni del settore giuridico, costituisce esercizio di attività libero professionale, come tale incompatibile con le funzioni di magistrato, senza che rilevi la mancanza di una struttura di carattere imprenditoriale, o comunque capace di dare all’attività di gestione dei corsi carattere di autonomia rispetto alla persona del docente, oppure l’utilizzazione di locali diversi dall’abitazione del magistrato.

⁵³ A tal riguardo, il giudice contabile lombardo ha richiamato la giurisprudenza di legittimità secondo cui l’art. 2082 c.c. “*presuppone un esercizio stabile e non occasionale di attività anche non continuativa (es. attività stagionale Cass. n.1051 del 1968), consente la non unicità dell’attività che potrebbe non essere quella principale (Cass. n.2321 del 1997 e n.6395 del 1981) e potrebbe consistere anche in un solo affare se la sua rilevanza economica e le operazioni che si rendono necessarie non sono riconducibili al concetto di occasionalità e si traduca in una attività protratta nel tempo (Cass. n.8193 del 1997; id., n.3690 del 1986)*”.

⁵⁴ Cass. sez. un. sent. n. 27493/2013.

porre l'opzione per il tempo definito in alternativa alla rinuncia alla consulenza⁵⁵. In tali casi si configurerebbe però un onere di comunicazione in capo al docente universitario, onde consentire all'università di appartenenza di verificare che si tratti davvero di una consulenza unica, nonché di valutare l'eventuale sussistenza di un conflitto di interessi, che possa pregiudicare l'adempimento dei doveri istituzionali del professore universitario⁵⁶.

Il giudice contabile lombardo, conformemente a quanto già sostenuto in una pronunzia della Sezione giurisdizionale Emilia-Romagna⁵⁷, ha ritenuto invece assolutamente irrilevante il parametro dell'applicazione della c.d. gestione separata INPS di cui all'art. 2, c. 26, l. n. 335/1995, in quanto ritenuto in alcun modo idoneo a dimostrare in ordine all'assiduità o alla prevalenza della libera professione sull'attività didattica a tempo pieno, posto che trattasi di norma sul trattamento previdenziale il cui tetto può essere superato anche con una sola prestazione occasionale annua.

Con riferimento al secondo indice sintomatico, lo stesso è stato individuato nell'apertura di partita IVA, quale *“elemento meramente indicativo, anche se in sé non fondante in via esclusiva, potendosi aprire partita IVA per attività occasionali, quali poche consulenze o poche docenze”*.

La Sezione giurisdizionale Lombardia con tale interpretazione ha inteso respingere l'orientamento emerso in alcune pronunzie del giudice contabile volto a riconoscere la sintomaticità della mera tenuta della partita IVA⁵⁸. Tale posizione restrittiva ha ricevuto anche critiche in dottrina, ove si è evidenziato come l'incompatibilità tra *status* di professore a tempo pieno e la mera titolarità di partita IVA, finirebbe per precludere agli stessi docenti lo svolgimento di incarichi, quali perizie o attività similari pacificamente consentite, in favore di enti pubblici, laddove la committenza pubblica richiedesse il possesso della partita IVA per evidenti motivi di controllo e correttezza contributiva⁵⁹.

⁵⁵ Così ZAMPINI, *op. cit.*, 32.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 292/2018. Con tale sentenza il giudice contabile ha infatti affermato che le *“norme sul trattamento previdenziale sono tese a favorire il lavoratore autonomo e dove la produzione di un reddito superiore a cinquemila euro l'anno è un parametro alternativo e non cumulativo con l'abitudine dell'attività autonoma”*. Così, secondo la Sezione giurisdizionale Emilia-Romagna il parametro dell'applicazione della c.d. gestione separata INPS, in quanto criterio meramente empirico, non può costituire valida *“unità di misura”* della professionalità e della continuità del lavoro extra-istituzionale.

⁵⁸ Cfr. Corte conti sez. Campania sent. n. 305/2015.

⁵⁹ MORZENTI PELLEGRINI, *op. cit.*, 453. Cfr. anche MIUR, Dipartimento per la formazione superiore e la ricerca, *Risposta a quesiti del 27 maggio 2019 – Regime di incompatibilità dei professori e ricercatori universitari a tempo pieno*, cit., che con riferimento all'attività di consulenza ha chiarito che la stessa può essere svolta *“anche in qualità di attività in regime di partita IVA ma a condizione che non sia richiesta l'iscrizione ad albi professionali – se non nei limiti in cui sia consentita l'iscrizione”*.

Il giudice lombardo ha pertanto aderito al diverso orientamento maggioritario della giurisprudenza contabile secondo cui la “*professionalità dell’attività non è desumibile dalla mera tenuta di una partita IVA, ma dal suo consapevole e abituale utilizzo per lo svolgimento di una attività libero professionale, cioè non meramente occasionale*”⁶⁰.

Secondo la medesima Sezione, ciò che caratterizza la consulenza è il configurarsi come “*Prestazione resa a titolo personale, non in forma organizzata, e a carattere non professionale, di natura occasionale e dunque non abituale ma saltuaria*”⁶¹; l’esercizio di attività libero-professionale ricorre anche nell’ipotesi di una pluralità di attività astrattamente ricomprese tra quelle liberamente espletabili (es. singole consulenze) se poste in essere occasionalmente e sporadicamente, qualora siano invece connotate in concreto da inequivoci profili di continuità, intensità e sistematicità⁶².

Per il giudice contabile lombardo, dunque, qualora concorrano il criterio base e uno dei due indici sintomatici, l’attività, pur formalmente qualificata come consulenziale, configura una attività libro-professionale vietata e non autorizzabile.

Così, applicando tali coordinate ermeneutiche alla fattispecie oggetto del giudizio, le attività contestate al convenuto, globalmente considerate, trattandosi di incarichi svolti per oltre un decennio, sono state ritenute configuranti una evidente attività libero-professionale e non già un’attività occasionale consulenziale.

A fronte della riconosciuta natura libero-professionale delle attività contestate, è stata ritenuta irrilevante la circostanza della sussistenza o meno di un’autorizzazione del rettore allo svolgimento di tali incarichi, in quanto trattandosi di attività non autorizzabili, un atto amministrativo non avrebbe potuto derogare a un divieto legislativo (art. 6, c. 9, l. n. 240/2010), in quanto ove fosse comunque intervenuto sarebbe stato da ritenere illegittimo.

Del resto, l’art. 53, c. 6, d.lgs. n. 165/2001 dispone la nullità di tutti gli atti e provvedimenti comunque denominati, regolamentari e amministrativi, adottati dalla P.A. di appartenenza in contrasto con il regime autorizzatorio disciplinato dagli altri comi del medesimo articolo.

all’Albo a professori a tempo pieno – e, in ogni caso, in assenza di un’organizzazione di mezzi e di persone preordinata al loro svolgimento”.

⁶⁰ *Ex multis* Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 150/2017; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 204/2017; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 209/2017; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 210/2017. Cfr. anche Corte conti sez. III App. sent. n. 198/2019 secondo cui la titolarità di una partita IVA da parte di un docente universitario, soprattutto se non accompagnata dall’iscrizione in albi professionali, non implica, automaticamente, che ogni attività fatturata sia contraria ai doveri di esclusività, in quanto non è accertativa del carattere di abitualità e sistematicità della stessa.

⁶¹ Così anche MIUR, Atto d’indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039, cit.

⁶² In tal senso anche Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 150/2017; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 140/2017; T.A.R. Sardegna, Cagliari sent. n. 1212/2015.

Il richiamo operato dal giudice contabile lombardo ai diversi orientamenti emersi in dottrina e in giurisprudenza dimostra come lo stesso si sia adoperato con attenzione nella ricostruzione del *discrimen* tra attività di consulenza e attività libero-professionale, preoccupandosi di giungere all'individuazione di un canone interpretativo idoneo ad assurgere a rilevante criterio guida. Non potendosi non riconoscere lo scrupolo e la correttezza della decisione sotto il profilo della distinzione tra attività di consulenza e attività libero-professionale, risultano però opportune alcune ulteriori riflessioni in ordine alle conseguenze della violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001.

5. La responsabilità del professore universitario per violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001

La Sezione giurisdizionale Lombardia, riconosciuta la natura libero-professionale delle attività contestate al contenuto, ha affrontato dunque la specifica questione afferente alle relative conseguenze in punto di responsabilità. A tal riguardo, prima di addentrarsi nella soluzione offerta dal giudice contabile lombardo, appaiono opportune alcune considerazioni in ordine agli effetti della violazione delle disposizioni in tema di incompatibilità dei professori universitari, anche alla luce dei più recenti indirizzi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, amministrativa e contabile che hanno affrontato l'argomento.

È l'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 che disciplina gli effetti della violazione del regime di incompatibilità dallo stesso delineato, facendo discendere conseguenze diverse a seconda che il dipendente pubblico abbia svolto delle attività assolutamente incompatibili, ovvero delle attività relativamente incompatibili. Tale articolo, ove non derogato da disposizioni speciali, trova applicazione anche in caso di violazione dello speciale regime di incompatibilità che caratterizza i professori universitari.

Nel caso di svolgimento di attività vietate, occorre fare riferimento all'art. 63, d.P.R. n. 3/1957, come richiamato dal citato art. 53, che postula quale conseguenza dell'inosservanza delle disposizioni in tema di attività assolutamente incompatibili la decadenza dall'impiego. La disciplina contenuta al suddetto art. 63 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. Secondo il giudice di legittimità, 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, d.lgs. n. 165/2001, 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 lavoro⁶³.

L'istituto della decadenza dal rapporto di impiego, dunque, in quanto attinente alla materia delle incompatibilità, è estraneo all'ambito delle sanzioni e della responsabilità disciplinare di cui all'art. 55, d.lgs. n. 165/2001⁶⁴, ovvero, secondo il giudice amministrativo, il provvedimento di decadenza è consequenziale alla mancata cessazione dell'attività vietata nel termine assegnato dall'amministrazione e non si configura, quindi, come una sanzione per l'attività lavorativa incompatibile svolta nel passato⁶⁵.

Anche con riferimento ai professori universitari, sia ordinari che associati⁶⁶, l'inosservanza delle disposizioni in tema incompatibilità comporta la decadenza dall'impiego. Ciò risulta espressamente previsto dall'art. 15, d.P.R. n. 382/1980, disposizione speciale che adatta alla figura del docente universitario quanto già previsto dall'art. 63, d.P.R. n. 3/1957. È sancito, infatti, che il professore universitario che violi le norme sulle incompatibilità sia diffidato dal rettore a cessare dalla situazione di incompatibilità e che, decorsi quindici giorni dalla diffida senza che l'incompatibilità sia cessata, decada dall'ufficio. Alla dichiarazione di decadenza si provvede con decreto del Ministro della pubblica istruzione su proposta del rettore, sentito il CUN. Anche in questo caso, per espressa previsione normativa, l'eventuale azione disciplinare non è preclusa dalla circostanza che il professore abbia ottemperato alla diffida, rimanendo fermi i riflessi disciplinari della temporanea inosservanza del divieto.

Quanto poi al procedimento di decadenza, la giurisprudenza è costante nel ritenere che tale procedimento sia compiutamente disciplinato dal citato art. 15, pertanto, poiché la diffida è un atto di contestazione, che chiarisce l'oggetto del procedimento e indica l'autorità responsabile dello stesso, non trovano applicazione gli artt.

⁶³ Cass. civ. sez. lav. sent. n. 20555/2018. Così anche T.A.R. Veneto, Venezia, sent. n. 1021/2019; T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 7647/2018. Sulla possibile configurabilità di una responsabilità disciplinare anche nell'ipotesi in cui l'impiegato abbia ottemperato alla diffida cfr., però, Cass. civ. sez. lav. sent. n. 8722/2017. Secondo il giudice di legittimità, infatti, *“ove si profili una situazione di incompatibilità assoluta, vengono in rilievo due diversi aspetti: l'uno relativo alla cessazione automatica del rapporto, che per volontà del legislatore si verifica qualora la incompatibilità non venga rimossa nel termine assegnato al dipendente; l'altro inerente alla responsabilità disciplinare per la violazione del dovere di esclusività, responsabilità che può essere comunque ravvisata anche nell'ipotesi in cui l'impiegato abbia ottemperato alla diffida. Mentre la prima conseguenza opera su un piano oggettivo e prescinde da valutazioni sulla gravità dell'inadempimento, la seconda è assoggettata ai principi propri della responsabilità disciplinare che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, presuppone sempre un giudizio di proporzionalità fra fatto contestato e sanzione, da esprimere tenendo conto di tutti gli aspetti oggettivi e soggettivi della condotta. Detta duplicità si riflette sulla natura dell'atto adottato dal datore di lavoro e sull'indagine che deve essere compiuta in sede giudiziale, qualora dell'atto medesimo venga contestata la legittimità”*.

⁶⁴ *Ex multis* Cass. civ. sez. lav. sent. n. 20555/2018; Cass. civ. sez. lav. sent. n. 617/2015; Cass. civ. sez. lav. sent. n. 967/2006.

⁶⁵ Cons. Stato sez. VI sent. n. 6841/2004.

⁶⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 4825/2008.

7 e 10, l. n. 241/1990, nella parte in cui prevedono che all'interessato debba essere data comunicazione dell'avvio del procedimento che lo riguarda⁶⁷. La non necessità di un previo procedimento disciplinare in contraddittorio prima della decadenza è stata però criticata in dottrina, ove si sono prospettate censure di incostituzionalità, sostenendosi in ogni caso che al procedimento di decadenza possa trovare applicazione l'art. 10, l. n. 241/1990⁶⁸.

Per l'ipotesi invece di espletamento di una determinata attività senza richiedere la necessaria autorizzazione le conseguenze sono diverse. A tal proposito, l'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 fa salva la prosecuzione del rapporto, individuando forme di sanzione di carattere prevalentemente economico e, dunque, conservative, sebbene nei casi più gravi, come quelli di reiterato svolgimento di incarichi svolti senza autorizzazione, ciò possa ugualmente portare al licenziamento⁶⁹. La violazione dell'obbligo di autorizzazione può infatti assumere rilevanza sul piano disciplinare, fermo comunque il rispetto del parametro della proporzionalità, essendo sempre necessario valutare la specifica attività extra-lavorativa espletata senza autorizzazione, la sua durata, le mansioni presso la P.A., la qualifica rivestita e il *clamor* nella collettività del fatto⁷⁰.

Le conseguenze derivanti dall'inosservanza della disciplina in tema di attività relativamente incompatibili coinvolgono anche i soggetti pubblici o privati conferenti l'incarico non autorizzato. Nel caso di conferimento di incarichi retribuiti a dipendenti di altre P.A. senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi, l'art. 53, c. 8, d.lgs. n. 165/2001 prevede che il funzionario responsabile del procedimento, salve le più gravi sanzioni, incorre in ogni caso in infrazione disciplinare e 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 a incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. È poi previsto dal successivo c. 15 che le amministrazioni che omettono gli adempimenti di cui ai cc. da 11 a 14 del medesimo art. 53 non possono conferire nuovi incarichi fino a quando non adempiono⁷¹.

Anche gli enti pubblici economici e i soggetti privati conferenti incarichi non

⁶⁷ T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 4825/2008.

⁶⁸ TENORE, *op. cit.*, 1104 ss. Secondo l'Autore, infatti, il previo confronto con il lavoratore potrebbe contribuire a chiarire i termini della questione in fatto e in diritto nell'interesse non solo del lavoratore, ma della stessa P.A., che potrebbe evitare errori destinati a essere censurati in giudizio. Si sostiene, pertanto, che in ogni caso, poiché sul piano procedimentale la diffida assume la valenza equipollente alla comunicazione di avvio di procedimento di decadenza, il lavoratore potrebbe egualmente presentare alla P.A. memorie o osservazioni, ovvero chiedere di essere sentito ai sensi dell'art. 10, l. n. 241/1990.

⁶⁹ D'APONTE, *op. cit.*, 456.

⁷⁰ TENORE, *op. cit.*, 1111.

⁷¹ Sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza degli adempimenti di cui ai cc. da 11 a 14 dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 si rinvia a TILIA, *L'anagrafe delle prestazioni*, in Tenore (con il coordinamento di), *Le incompatibilità*, cit., 242 ss.

autorizzati incorrono, ai sensi del c. 9 del citato art. 53, in una sanzione e, in particolare, in una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma ai dipendenti pubblici. Gli enti pubblici economici e i soggetti privati conferenti incarichi non autorizzati non sono più sanzionabili invece ai sensi del c. 15 del citato art. 53. Tale comma, nella parte in cui ricollegava la sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti all'omessa comunicazione dei compensi corrisposti a dipendenti delle pubbliche amministrazioni per incarichi non previamente autorizzati, è stato dichiarato incostituzionale, oltreché per eccesso di delega, per irragionevolezza⁷². Secondo il giudice costituzionale tale sanzione, perequando fra loro situazioni del tutto differenziate per gravità e natura, finiva infatti per risultare particolarmente vessatoria, sovrapponendosi irragionevolmente a quella già prevista per il conferimento degli incarichi senza autorizzazione, con un effetto moltiplicativo raccordato a un inadempimento di carattere formale.

Con specifico riferimento al dipendente pubblico che svolga incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, il c. 7 del citato art. 53, applicabile anche ai docenti universitari, prevede che, 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 a incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. È poi previsto dal successivo c. 7-*bis* 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.

Sono tali commi che pongono i maggiori dubbi interpretativi, risultando controversi il relativo ambito di applicazione, la natura della responsabilità conseguente all'omesso versamento alla amministrazione di appartenenza dei compensi percepiti da parte del dipendente pubblico per l'espletamento di attività non autorizzate, nonché il plesso giurisdizionale competente a conoscerne.

Innanzitutto, si pone il problema se l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 e, in particolare, la sanzione del versamento alla amministrazione di appartenenza dei compensi percepiti, possa trovare applicazione anche in caso di svolgimento di attività assolutamente incompatibili. Così, accanto a chi sostiene che in caso di incompatibilità asso-

⁷² Corte cost. sent. n. 98/2015 con nota di PROCOPPIO, *L'omessa comunicazione dell'affidamento di incarichi a pubblici dipendenti: la violazione del principio di proporzionalità nell'irrogazione della sanzione amministrativa*, in *DPT*, 2015, 5, 958 ss. Secondo la Corte costituzionale, la sanzione per la violazione di un obbligo che appare del tutto "servente" rispetto a quello relativo alla comunicazione del conferimento di un incarico pari a quella prevista per la violazione di un obbligo di carattere sostanziale produce l'effetto di conferire in tal modo, alla sanzione "accessoria" un carattere di automatismo e di non graduabilità di non poco contrastante con i principi di proporzionalità e adeguatezza che devono, in linea generale, essere osservati anche nella disciplina delle sanzioni amministrative.

luta, oltre ad applicarsi il procedimento di decadenza disciplinato dal d.P.R. n. 3/1957, rimane ferma la sanzione del versamento del compenso alla amministrazione di appartenenza e, al riguardo, una volta che il soggetto tenuto a erogare i compensi ne abbia effettuato il pagamento, compete al percettore provvedere a riversare l'importo ricevuto in favore della P.A. di appartenenza⁷³, si rinviene chi invece ritiene che il c. 7 del citato art. 53 ha sempre riguardato, e riguarda, solo l'esercizio di attività extra-istituzionale svolta senza autorizzazione ma autorizzabile⁷⁴.

Nella giurisprudenza contabile⁷⁵, tranne qualche isolata pronuncia⁷⁶, è invece consolidato l'orientamento secondo cui l'omesso versamento del compenso indebitamente percepito rileva a prescindere dall'autorizzabilità o meno dell'incarico, ritenendo l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 applicabile anche nel caso di svolgimento di attività extra-istituzionali non autorizzabili, ovvero di attività assolutamente incompatibili.

Un altro problema attiene poi alla corretta individuazione del tipo di responsabilità che si configura a fronte della violazione del c. 7 del citato art. 53 e la connessa questione che tale inosservanza implica, quale in particolare quella relativa all'individuazione del plesso giurisdizionale competente a conoscerne⁷⁷.

Si registra, infatti, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione un contrasto, a oggi non del tutto risolto, in ordine all'individuazione del giudice competente a conoscere della fattispecie di cui al c. 7 del citato art. 53, con particolare riferimento ai fatti posti in essere prima della l. n. 190/2012, che ha aggiunto a tale articolo il c. 7-bis, in forza del quale l'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebitamente percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti.

⁷³ ROSSI M., *op. cit.*, 209.

⁷⁴ ALBO, *Il danno da omesso versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebitamente percettore*, in Canale-Centrone-Freni-Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2019, 383.

⁷⁵ *Ex multis* Corte conti sez. riun., QM, sent. n. 26/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Campania sent. n. 418/2019; Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 292/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 210/2017; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 150/2017.

⁷⁶ Corte conti sez. Puglia sent. n. 255/2019.

⁷⁷ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di riparto di giurisdizione con riferimento all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 si veda RUGGERO, *Le fattispecie tipizzate e la responsabilità sanzionatoria*, in Schlitzer-Mirabelli (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018, 409 ss. Cfr. anche PILATO, *La responsabilità amministrativa: dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, 327 ss. e NIGLIO, *La responsabilità per compensi percepiti da un dipendente pubblico per lo svolgimento di attività libero-professionali non autorizzate (nota di commento della sent. della Corte dei conti, Sez. Giur. Regione Lombardia, 9 aprile 2015, n. 52)*, in www.lexitalia.it.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in uno dei primi interventi in materia, hanno chiarito che il dovere di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi extra-lavorativi e il conseguente (rafforzativo) obbligo di riversare all'amministrazione i compensi per essi ricevuti costituiscono prescrizioni chiaramente strumentali al corretto esercizio delle mansioni, in quanto preordinate a garantirne il proficuo svolgimento attraverso il previo controllo della P.A. sulla possibilità, per il dipendente, d'impegnarsi in un'ulteriore attività senza pregiudizio dei compiti d'istituto; la loro violazione può essere pertanto addotta come fonte di responsabilità amministrativa capace di radicare la giurisdizione della Corte dei conti⁷⁸.

Si è rilevato in dottrina come tale pronuncia rappresenti lo "zoccolo duro" dell'orientamento "*pancontabilistico*" secondo il quale la violazione dell'obbligo di richiedere l'autorizzazione e di versare il compenso, quali doveri strumentali del dipendente pubblico, cagiona in sé un danno erariale conoscibile dal giudice contabile⁷⁹.

Ciò è stato ribadito da successivi arresti della Corte di Cassazione che hanno riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti su fatti antecedenti all'entrata in vigore della l. n. 190/2012, in quanto il c. 7-bis del citato art. 53 è stato ritenuto "*uno di quei casi in cui il legislatore sceglie di fare proprio un orientamento giurisprudenziale e, pertanto, tra giurisprudenza e legislazione si delinea un rapporto di continuità regolativa. La scelta del Parlamento non innova, ma trasforma in disposizione legislativa quella che era un'elaborazione ermeneutica*"⁸⁰.

È con l'ordinanza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 28 settembre 2016, n. 19072 che si è dato invece avvio a un diverso orientamento. Con tale pronuncia si è sostenuta la necessità di distinguere due concetti, ovvero quello attinente alla mera reversione del profitto e quello del danno. Con riferimento al primo concetto, il giudice di legittimità ha chiarito che l'obbligo di versamento di cui al c. 7 del citato art. 53 rappresenta una particolare sanzione *ex lege* al fine di rafforzare la fedeltà del dipendente pubblico e quindi prescinde dai presupposti della responsabilità erariale per danno (evento; nesso di causalità; elemento psicologico).

Così, si è escluso che il semplice fatto della mancata ottemperanza dell'obbligo di reversione dei compensi determini un danno erariale, essendo necessario affinché possa affermarsi la giurisdizione del giudice contabile che all'inadempimento del-

⁷⁸ Cass. civ. sez. un. ord. n. 22688/2011. Secondo il giudice di legittimità "*una conclusione del genere non suscita nessun dubbio di legittimità costituzionale, perché contribuisce ad assicurare il buon andamento degli uffici, non distoglie i dipendenti dal loro giudice naturale (che per quanto riguarda la responsabilità amministrativa è, per l'appunto, la Corte dei conti) e non li sottopone ad alcuna irragionevole disparità di trattamento rispetto ai lavoratori privati, che in quanto estranei all'Amministrazione non si trovano nella medesima posizione di quelli pubblici*".

⁷⁹ ALBO, *op. cit.*, 384.

⁸⁰ Cass. civ. sez. un. sent. n. 25769/2015. Il giudice di legittimità ha affermato che "*La nuova norma si limita quindi a confermare un orientamento della giurisprudenza, sicuramente consolidato in quanto affermato dalle Sezioni unite*".

l'obbligo di versamento si accompagnino profili di danno, ovvero l'esistenza di conseguenze dannose per la P.A. di appartenenza (danno da immagine; danno da sottrazione di energie lavorative per essersi compiuta, l'attività oggetto di denuncia, in costanza di rapporto di lavoro)⁸¹.

Per il giudice di legittimità, dalla natura latamente sanzionatoria⁸² del c. 7 del citato art. 53, che attribuisce un potere alla P.A. di esigere quanto corrisposto da terzi al dipendente privo della autorizzazione a intraprendere attività extralavorativa, non poteva però, prima della novella del 2012, desumersi l'idoneità a "*trasformare la richiesta di pagamento discendente disciplinata a lege, in una domanda risarcitoria, con presunzione oltretutto assoluta di danno e conseguente devoluzione alla giurisdizione contabile*", dovendosi pertanto negare che prima della introduzione del c. 7-bis, potesse dirsi indiscutibile la giurisdizione contabile le volte in cui non emergesse o non fosse stato formalmente dedotto un profilo di danno.

Secondo questo secondo orientamento, definito in dottrina come "*extracontabile*"⁸³ e radicato in più pronunzie⁸⁴, la P.A. ha titolo dunque per richiedere l'adempimento dell'obbligo di versamento del compenso indebitamente percepito, senza doversi rivolgere alla procura contabile, la quale sarà notiziata soltanto ove si possa ipotizzare l'esistenza di danni.

La Corte di Cassazione, con successive pronunzie, ha invece rilevato come tale secondo orientamento giurisprudenziale si sia formato in fattispecie nelle quali è stata la P.A. ad agire per il recupero dei compensi erogati al dipendente pubblico per incarichi espletati in assenza di autorizzazione e per fatti antecedenti alla introduzione del c. 7-bis dell'art. 53, che, per il principio *tempus regit actum*, è da ritenersi applicabile comunque ai giudizi di responsabilità instaurati dopo l'entrata in vigore della l. n. 190/2012, ancorché per fatti commessi in epoca anteriore⁸⁵. Il giudice di legittimità ha pertanto ribadito che rimane attratta alla giurisdizione del giudice contabile l'azione ex art. 53, c. 7, promossa dal procuratore della Corte dei

⁸¹ Per il giudice di legittimità "*deve allora statuirsi che la responsabilità di che trattasi, se limitata all'inadempimento dell'obbligo di denuncia, senza dedurre l'esistenza di conseguenze dannose per l'amministrazione di appartenenza, non può sottrarsi alle ordinarie regole di riparto di giurisdizione e quindi, trattandosi di rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, alla giurisdizione del giudice ordinario*".

⁸² Secondo la Corte di Cassazione tale qualificazione "*permetterebbe altresì di non rinnovare il rinvio alla Corte delle Leggi per violazione dell'art. 36 Cost., dal momento che, altrimenti, si consentirebbe che si delineassero prestazioni lavorative senza corrispettivo, consentendo anche l'arricchimento senza causa dell'amministrazione di appartenenza senza alcun riferimento all'incidenza della condotta sul patrimonio della PA*".

⁸³ ALBO, *op. cit.*, 385.

⁸⁴ *Ex plurimis* Cass. sez. un. sent. n. 8688/2017; Cass. civ. sez. un. sent. ord. n. 1415/2018; Cass. sez. un. ord. n. 5789/2018; Cass. sez. un. ord. n. 13239/2018; Cass. sez. un. ord. n. 20533/2018.

⁸⁵ *Ex multis* Cass. civ. sez. un. ord. n. 17124/2019; Cass. civ. sez. un. ord. n. 17125/2019; Cass. civ. sez. un. ord. n. 415/2020.

conti nei confronti di dipendente della P.A. che abbia omesso di versare alla propria amministrazione i corrispettivi percepiti nello svolgimento di un incarico non autorizzato, anche se la percezione dei compensi si è avuta in epoca precedente all'introduzione del c. 7-bis nel citato art. 53. Si è inoltre chiarito che il c. 7, nel prevedere un'ipotesi di responsabilità erariale, tipizzata nella condotta e nel danno (forfettizzato in misura pari ai compensi percepiti dal dipendente), riguardante il dipendente si pone in termini di indefettibile alternatività con l'eventuale azione della P.A. contro il soggetto tenuto alla retribuzione, nei confronti del quale nessuna azione erariale potrebbe essere comunque intentata stante l'insussistenza di un rapporto di servizio che legghi lo stesso alla P.A.

Per la Suprema Corte però la responsabilità erariale del dipendente potrà sorgere unicamente nel caso in cui il compenso sia stato da esso effettivamente percepito, con ciò restando esclusa l'azione per il medesimo titolo nei confronti di chi ha provveduto a erogarlo, e ove la P.A. non si attivi, anche in via giudiziale, nei confronti del dipendente per ottenere il riversamento del compenso e abbia, invece, a tal fine agito il procuratore contabile, in ragione della suddetta responsabilità erariale, non potrà più la medesima amministrazione promuovere azione per ottenere detto riversamento, con conseguente sterilizzazione della possibilità di un conflitto di giudicati⁸⁶.

Anche nella giurisprudenza contabile si sono registrati contrasti in ordine all'interpretazione dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001. Così, si rinvencono pronunzie che, in linea con l'orientamento "*pancontabilistico*" del giudice di legittimità, hanno affermato la giurisdizione della Corte dei conti per il solo fatto obiettivo dello svolgimento di un'attività extra-istituzionale non autorizzata, in violazione del principio della esclusività della funzione pubblica, tenuto conto che l'obbligo imposto al dipendente pubblico dal c. 7 del citato art. 53 scaturisce dai vincoli gravanti in ragione proprio del rapporto di servizio che lo lega alla P.A., trovando il suo fondamento negli artt. 28, 54, 97 e 98 Cost.⁸⁷.

⁸⁶ Il giudice di legittimità (Cass. civ. sez. un. ord. n. 17124/2019; Cass. civ. sez. un. ord. n. 17125/2019) ha infatti chiarito che "*è da escludere, stante il divieto del bis in idem, una duplicità di azioni attivate contestualmente che – seppure recanti la propria specificità – tendono a conseguire, dinanzi al giudice munito di giurisdizione per ciascuna di esse, lo stesso identico petitum (predeterminato dal legislatore) in danno del medesimo soggetto obbligato in base ad un'unica fonte (quella legale) e cioè i compensi percepiti dal dipendente pubblico in difetto di autorizzazione allo svolgimento dell'incarico che li ha determinati, i quali una volta soltanto possono essere oggetto di recupero al fine di essere destinati al bilancio dell'amministrazione di appartenenza di quel dipendente*".

⁸⁷ Corte conti sez. I App. sent. n. 65/2017; Corte conti sez. I App. sent. n. 159/2016; Corte conti sez. I App. sent. n. 121/2015; Corte conti sez. I App. sent. n. 406/2014. Secondo il giudice contabile, "*Infatti l'esistenza di una disposizione di legge (art. 53 comma 7, D.Lgs. n. 165/2001) che impone al pubblico dipendente di versare l'importo dei compensi percepiti per incarichi non autorizzati non comporta il venir meno della giurisdizione contabile per responsabilità, la quale sussiste ogni qual volta il requirente deduca un danno erariale per effetto di un comportamento dell'agente, posto in essere nell'esercizio delle funzioni cui quest'ultimo è preposto, contrario ai doveri d'ufficio. La previsione della restituzione del com-*

Diversamente, altre decisioni, dando atto della distinzione, operata dall'orientamento "extracontabile" della Corte di Cassazione, tra il concetto di mera reversione del profitto conseguito e quello di eventuale danno asseritamente conseguente alla condotta del pubblico dipendente, da valutare proprio in base ai presupposti della responsabilità per danno, hanno giustificato la giurisdizione contabile a fronte della riconosciuta sussistenza di un profilo di danno, ravvisandolo proprio nella conseguenza derivante dalla violazione dell'obbligo di riversamento di cui all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001⁸⁸.

Anche il giudice amministrativo, intervenendo con riferimento al citato art. 53, non ha seguito un'interpretazione univoca. Accanto a pronunzie, infatti, a favore della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti a fronte della violazione dell'obbligo di richiedere l'autorizzazione e di versare il compenso, adotta come fonte di responsabilità erariale⁸⁹, vi sono sentenze di segno contrario secondo cui il giudice contabile ha giurisdizione con riferimento alle ipotesi di cui al c. 7-bis, il quale prevede che la percezione irregolare di compensi per attività extra-istituzionali costituisce danno erariale soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti, risultando dunque necessaria la configurabilità di un profilo di danno⁹⁰.

Dinnanzi a tale panorama interpretativo e alle conseguenti differenti accezioni date alla responsabilità derivante dalla violazione dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, un'importante opera di chiarificazione è stata però offerta dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, chiamate a pronunziarsi su una questione di massima afferente proprio all'interpretazione della natura di tale responsabilità⁹¹.

Le Sezioni Riunite, al fine di superare gli equivoci e le incomprensioni emerse

penso all'Amministrazione di appartenenza comporta semmai una valutazione legale dell'ammontare del danno per lo svolgimento di attività incompatibile e sicuramente attuata in violazione dell'obbligo di esclusività sancito anche a livello costituzionale – di cui l'art. 53 già citato costituisce espressione – il quale tende a salvaguardare proprio l'espletamento delle funzioni attinenti il rapporto di servizio (ancor prima che riguardare il rapporto di impiego) e, dunque, il perseguimento delle finalità istituzionali della P.A. Deve quindi convenirsi che, in ogni caso, qualunque sia la natura attribuibile alla responsabilità imputata all'appellante incidentale, la norma tutela la grave violazione delle disposizioni di legge che vietano il cumulo di impieghi ed incarichi non previamente e debitamente autorizzati e del connesso dovere di esclusività (art. 98 Cost.: "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione"), come in effetti è accaduto nella fattispecie in esame. Da ciò discende, pertanto, una connotazione dell'art. 53 comma 7 del tutto aliena da interessi meramente privatistici, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante incidentale; dovendo invece convenirsi che il rapporto di servizio – strumentale al perseguimento delle finalità istituzionali della P.A. – rappresenta proprio il "bene" tutelato dalla norma de qua, non potendosi allora condividere l'assunto per cui l'obbligo di riversamento legale dei compensi percepiti dal dipendente attiene unicamente al rapporto di impiego con la P.A. o comunque ad interessi privatistici (delibabili dal giudice del lavoro o dal G.A.) avulsi, dunque, dal rapporto di servizio e con conseguente loro irrilevanza erariale".

⁸⁸ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018.

⁸⁹ T.A.R. Liguria, Genova sent. n. 943/2013.

⁹⁰ T.A.R. Lazio, Roma sent. n. 3753/2016.

⁹¹ Corte conti sez. un., QM, n. 26/2019 con nota di QUAGLINI, *Svolgimento di incarichi non autorizzati e responsabilità erariale*, in *Riv. Corte conti*, 2019, 5, 186 ss.

nella giurisprudenza contabile, amministrativa e di legittimità, hanno letto in combinato disposto i cc. 7 e 7-bis del citato art. 53, evidenziando come dagli stessi risultino delineate due differenti condotte realizzate dal pubblico dipendente. Così, occorre distinguere la violazione del principio generale di divieto di svolgimento di incarichi retribuiti senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza del dipendente, cui consegue l'obbligo del versamento del compenso "*indebitamente percepito*" (art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001) e l'omissione dell'obbligo del versamento in conto entrata dell'amministrazione di appartenenza, previsto dal successivo c. 7-bis, che costituisce, per espressa previsione legislativa, un'ipotesi di "*responsabilità erariale*".

La prima condotta relativa all'obbligo di riversamento del compenso percepito per l'incarico svolto senza autorizzazione, prescinde dai presupposti della responsabilità del danno, sicché "*una volta accertata l'assenza di autorizzazione e l'espletamento dell'incarico, nonché la percezione del compenso, scatta l'obbligo di versamento, perché l'emolumento previsto o erogato per un incarico vietato è illecito*". Per il giudice contabile, l'obbligo del versamento del compenso indebitamente percepito ha dunque natura sanzionatoria del divieto di svolgimento degli incarichi retribuiti in assenza della necessaria e preventiva autorizzazione⁹².

Tale condotta vietata isolatamente considerata non provoca alcun danno, pur essendo comunque possibile che la violazione dell'obbligo di cui all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 generi ipotesi di concorso formale di illeciti erariali ove dalla violazione del divieto scaturiscano diverse e ulteriori ipotesi di danno erariale, come un danno da disservizio, ovvero un danno derivante dalla sottrazione di energie lavorative presso l'amministrazione di appartenenza.

Diversamente da chi sostiene che il c. 7 del citato art. 53 prevede una misura reale di destinazione dei compensi in assenza di preventiva autorizzazione, avente natura compensativa⁹³, e aderendo invece alla ricostruzione sistematica operata dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti, si deve ritenere che la violazione del divieto di svolgimento di incarichi retribuiti senza la previa autorizzazione sancito dal c. 7 integri un illecito amministrativo e che il conseguente obbligo di versamento del compenso indebitamente percepito costituisca una sanzione amministrativa pecuniaria.

Ciò appare confortato dal fatto che lo stesso art. 53, al c. 9, prevede che gli enti pubblici economici e i soggetti privati conferenti incarichi non autorizzati incorrono in una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qual-

⁹² Secondo il giudice contabile l'obbligo di versamento, indipendentemente da concorrenti ipotesi lesive, ha un indubbio carattere di dissuasione dall'intraprendere la condotta vietata, essendo il sacrificio economico commisurato, in una sorta di contrappasso, proprio all'esatto importo indebitamente percepito dal dipendente.

⁹³ T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 3753/2016. Così anche ROSSI M., *op. cit.*, 209 ss. Secondo l'Autore l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, più che una mera sanzione, prospetta una responsabilità contrattuale del dipendente pubblico, che è venuto meno ai suoi doveri d'ufficio.

siasi forma ai dipendenti pubblici, rinviando ai fini della relativa irrogazione alle disposizioni di cui alla l. n. 689/1981, sicché una lettura unitaria della disposizione induce a ritenere che anche l'obbligo di versamento disciplinato dal c. 7 della medesima disposizione si configuri, come sostenuto anche in dottrina⁹⁴ e nella giurisprudenza contabile⁹⁵, quale sanzione pecuniaria⁹⁶.

Del resto il c. 7 del citato art. 53, nel fare salve "le più gravi" sanzioni, anziché le "sanzioni" *tout court*, oggettivamente conferisce anche all'obbligo di versamento in esso previsto natura sanzionatoria⁹⁷ e, nell'attribuire rilievo autonomo alla responsabilità disciplinare, consente di escludere, già sotto l'aspetto testuale, che tale obbligo sia configurabile quale sanzione disciplinare, con la conseguenza che la richiesta di versamento dei compensi non necessita di una previa autonoma contestazione disciplinare⁹⁸.

Il fatto poi che il medesimo c. 7 imponga l'obbligo di versamento *in primis* all'erogante e, solo in difetto, al dipendente pubblico che lo ha percepito, oltre a consentire di escludere che si tratti di sanzione ascrivibile al *genus* delle sanzioni disciplinari, impedisce altresì di configurare la violazione del divieto di svolgimento di incarichi retribuiti senza la previa autorizzazione quale illecito erariale. Un'azione erariale non potrebbe, infatti, essere intentata contro il soggetto tenuto alla retribuzione, stante l'insussistenza di un rapporto di servizio dello stesso con la P.A. e la configurazione dell'obbligo di versamento in termini di sanzione amministrativa consente di spiegare come tale obbligo sia posto sia a carico del soggetto erogante, *in primis*, sia a carico del dipendente pubblico, in via subordinata, senza dovere affermare la natura esclusivamente privatistica dell'obbligazione di refusione, come sostenuto anche nella giurisprudenza contabile e amministrativa⁹⁹.

⁹⁴ Cfr. D'APONTE, *op. cit.*, 486 ss. e MEZZACAPO, *op. cit.*, 860.

⁹⁵ Cfr. Corte conti sez. Lombardi sent. n. 54/2015; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014. Tali sentenze qualificano anche espressamente la violazione dell'obbligo di versamento, di cui all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, quale illecito amministrativo.

⁹⁶ Un'analogia natura dovrebbe essere riconosciuta anche all'obbligo di restituzione dei compensi previsto dal c. 16-ter del medesimo art. 53. Tale disposizione sancisce che i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di una P.A., 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. In caso di inosservanza è prevista poi la nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti, nonché il 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 a essi riferiti. A tal proposito, cfr. MEALE, *Il mancato versamento di compensi per attività non autorizzate*, in Schlitzer-Mirabelli (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., 324.

⁹⁷ Cfr. Cass. civ. sez. un. ord. n. 1415/2018.

⁹⁸ Cass. civ. sez. lav. sent. n. 7343/2010.

⁹⁹ Cfr. Corte conti sez. Lombardia sent. n. 31/2012 secondo cui la violazione del dovere di esclusività dà luogo ad un credito del datore di lavoro nei confronti dei soggetti obbligati (ente erogante e la-

Che l'art. 53 preveda sanzioni amministrative e che tale configurazione attenga anche all'obbligo di versamento sancito dal rispettivo c. 7 appare confermato dal giudice costituzionale, allorché lo stesso ha dichiarato l'incostituzionalità del c. 15 del medesimo art. 53, nella parte in cui ricollegava la sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti all'omessa comunicazione dei compensi corrisposti a dipendenti delle pubbliche amministrazioni per incarichi non previamente autorizzati¹⁰⁰.

La Corte costituzionale ha, infatti, considerato tale previsione irragionevole anche in considerazione del fatto che la sanzione pecuniaria da essa prevista presentava i caratteri dell'automatismo e della non graduabilità. Il giudice costituzionale, dunque, nel momento in cui ha ritenuto questi connotati in contrasto con i principi di proporzionalità e adeguatezza, affermandone la necessaria osservanza nella disciplina delle sanzioni amministrative, ha dato per presupposta tale natura anche per la sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti al dipendente pubblico. Invocando i principi di proporzionalità e adeguatezza, che devono informare la disciplina delle sanzioni amministrative, quale parametro alla luce del quale è stato condotto lo scrutinio di legittimità costituzionale della suddetta previsione, la Consulta ha pertanto riconosciuto e implicitamente confermato la natura di sanzione amministrativa della sanzione pecuniaria oggetto del giudizio di costituzionalità.

Se tale qualifica può essere estesa anche all'obbligo di versamento di cui al c. 7 del citato art. 53, non possono, tuttavia, non sorgere analoghe perplessità in ordine a tale sanzione che, in quanto determinata *a priori* dal legislatore e dunque a somma fissa¹⁰¹, risulta non graduabile al fatto concreto.

Sebbene l'esistenza di sanzioni a misura fissa sia criticata in dottrina in quanto sembrerebbero porsi in contrasto con il principio di personalità, non garantendo alcuna adattabilità al caso di specie¹⁰², e nonostante il giudice costituzionale abbia invocato proprio queste considerazioni per censurare la sanzione pecuniaria prevista

voratore), che non può in alcun modo ricondursi all'esercizio di funzioni pubblicistiche, trattandosi del soddisfacimento di un interesse meramente lavoristico. Tale decisione è stata poi riformata in appello da Corte conti sez. I App. sent. n. 406/2014. Cfr. anche T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 3753/2016 che considera la violazione dell'obbligo di versamento quale inadempimento di un'obbligazione pecuniaria, ritenendo pertanto applicabile l'ordinario termine di prescrizione di cui all'art. 2946 c.c.

¹⁰⁰ Corte cost. sent. n. 98/2015.

¹⁰¹ A tal proposito, cfr. MORZENTI PELLEGRINI-MONZANI, *La sanzione amministrativa pecuniaria*, in Cagnazzo-Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 385 ss. e CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 14 ss.

¹⁰² PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 98 ss. Cfr. anche VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 40 ss. che evidenzia come la Corte costituzionale ha costantemente rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alle sanzioni penali pecuniarie in misura fissa, in quanto in tale ambito la funzione di personalizzazione è comunque svolta dalla possibile applicazione delle circostanze, evenienza che invece non ricorre con riferimento alle sanzioni amministrative.

dal c. 15 del citato art. 53, ove la stessa Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in ordine alla costituzionalità del c. 7 del medesimo articolo ha però dichiarato la questione inammissibile¹⁰³.

Anche il giudice contabile in alcune occasioni, sebbene abbia riconosciuto espressamente la natura di sanzione amministrativa all'obbligo di versamento dei compensi, ne ha escluso il contrasto con nessun parametro costituzionale, ritenendo invece che l'aggiunta di una sanzione amministrativa a quella disciplinare rafforza la finalità sottesa all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 e all'art. 98 Cost., ovvero prevenire e reprimere condotte che possono porsi in contrasto con il buon andamento e l'imparzialità della P.A. e dei suoi funzionari¹⁰⁴. Ciò appare essere condiviso da una parte della giurisprudenza amministrativa che ritiene l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 proporzionale e ragionevole, tenuto conto che tale disposizione tende ad assicurare il rispetto delle regole poste a tutela della imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa¹⁰⁵.

6. La responsabilità per omesso versamento del compenso da parte del professore universitario indebito percettore

In disparte ai profili di costituzionalità, a fronte della riconosciuta natura sanzionatoria dell'obbligo di versamento del compenso si è posto il diverso e ulteriore problema di definire la natura della responsabilità erariale conseguente alla connessa ma diversa condotta prevista dal c. 7-bis del citato art. 53, ovvero derivante dall'omissione dell'obbligo di versamento del compenso indebitamente percepito da parte del docente universitario.

Invero, prima dell'importante intervento delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, non essendo sempre chiara la distinzione tra le due differenti condotte rispettivamente disciplinate dai cc. 7 e 7-bis dell'art. 53, si è spesso giustificata la giurisdizione contabile per il solo fatto obiettivo dello svolgimento di un'attività extra-istituzionale non autorizzata, in violazione del principio della esclusività della funzione pubblica¹⁰⁶.

Con tale interpretazione, invalsa in una parte della giurisprudenza contabile e sostenuta anche in dottrina¹⁰⁷, si è finito, dunque, per propugnare una ricostruzione

¹⁰³ Corte cost. n. 41/2015 e n. 90/2015.

¹⁰⁴ Cfr. Corte conti sez. Lombardia sent. n. 54/2015; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014. Cfr. anche Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018.

¹⁰⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 3753/2016.

¹⁰⁶ Corte conti sez. I App. sent. n. 65/2017; Corte conti sez. I App. sent. n. 159/2016; Corte conti sez. I App. sent. n. 121/2015; Corte conti sez. I App. sent. n. 406/2014.

¹⁰⁷ Cfr. VETRO, *La giurisdizione della Corte dei conti sul danno erariale derivante da attività non*

della responsabilità erariale in chiave sanzionatoria, in quanto ritenuta integrata dal mero svolgimento di un'attività extra-istituzionale retribuita in difetto di autorizzazione, anziché dal mancato riversamento dei compensi indebitamente percepiti.

In alcune pronunzie del giudice contabile è stato, infatti, affermato che l'obbligo di versamento del compenso, in difetto di autorizzazione, costituisce un rafforzamento del dovere di richiedere l'autorizzazione all'amministrazione di appartenenza¹⁰⁸ e che l'omesso versamento è previsto da una norma specifica, a carattere sanzionatorio, introdotta dal legislatore quale deterrente per le trasgressioni del regime di esclusiva¹⁰⁹. Si è anche sostenuto che la violazione del vincolo costituzionale sancito all'art. 98 viene sanzionata a prescindere dalla produzione di un danno, affermandosi pertanto espressamente che l'obbligo di versamento non presuppone di per sé un effettivo danno patrimoniale a carico della P.A., ma integra piuttosto una responsabilità di carattere eminentemente punitivo¹¹⁰.

La natura sanzionatoria è stata riconosciuta, inoltre, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo cui l'art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165 configurerebbe un'ipotesi di responsabilità erariale che *"il legislatore ha tipizzato non solo nella condotta, ma annettendo, altresì, valenza sanzionatoria alla predeterminazione, legale anch'essa, del danno (forfettizzato in misura pari ai compensi percepiti dal dipendente)"*¹¹¹.

Anche in dottrina si è sostenuto che, non essendo possibile affermare che i compensi originati da attività extra-istituzionali poste in essere al di fuori dell'orario di servizio costituiscano un danno economico cagionato alla P.A. di appartenenza, si porrebbe all'origine della responsabilità amministrativa la mera assenza dell'autorizzazione necessaria, cioè a dire la mera illegittimità della prestazione lavorativa non autorizzata; in tale prospettiva, si amplificherebbero pertanto i caratteri sanzionatori della fattispecie tipizzata di responsabilità amministrativa prevista dal citato art. 53, in assenza di effettive ragioni risarcitorie¹¹².

Nella giurisprudenza contabile si rinvengono poi sentenze che hanno sovrapposto il profilo del danno alla natura sanzionatoria della responsabilità. Così, è stato affermato il carattere squisitamente sanzionatorio della responsabilità configurata dall'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, ritenendo però contestualmente, al fine del perfezionamento di tale fattispecie illecita, non sufficiente il mero espletamento, non previamente autorizzato, di incarichi extra-istituzionali, occorrendo anche il mancato riversamento delle relative somme all'amministrazione di appartenenza, con conseguente emersione del danno erariale, normativamente parametrato alle medesime

autorizzate di pubblici dipendenti presso terzi, il cui compenso non viene riversato nel bilancio della P.A., in www.contabilita-pubblica.it.

¹⁰⁸ Corte conti sez. I App. sent. n. 80/2017.

¹⁰⁹ Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018.

¹¹⁰ Corte conti sez. Trentino Alto Adige, Bolzano, sent. n. 18/2012.

¹¹¹ Cass. civ. sez. un. ord. n. 17124/2019; Cass. civ. sez. un. ord. n. 17125/2019.

¹¹² BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, 314.

somme¹¹³. Altre pronunzie, benché abbiano negato il carattere sanzionatorio della responsabilità nascente dal citato c. 7, si sono poi però limitate ad affermare che è già lo svolgimento della attività extra-istituzionale presso soggetti diversi dalla propria amministrazione, in assenza della necessaria, preventiva autorizzazione, a produrre il danno erariale, in quanto ritenuta condotta illecita produttiva di per sé di danno conoscibile dalla Corte dei conti¹¹⁴.

Tale orientamento del giudice contabile è stato criticato in dottrina in quanto ritenuto avere un fine diverso rispetto all'individuazione della sussistenza di un effettivo danno erariale, consistente nell'affermare la giurisdizione della Corte dei conti su tutto il contenzioso in materia di incarichi esterni non autorizzati¹¹⁵. Si è pertanto sostenuto che è invece il mancato riversamento che determina l'insorgenza del danno e della relativa responsabilità tipizzata, in quanto sostenendo che la responsabilità scaturirebbe dal solo fatto che il dipendente abbia svolto un'attività extra-istituzionale non autorizzata si appaleserebbe la carenza del nocumento erariale, non potendo essere costituito dalla somma percepita dal dipendente giacché erogata da un soggetto estraneo alla P.A.¹¹⁶.

Ciò risulta essere condiviso da un'altra parte della giurisprudenza contabile¹¹⁷ che sostiene che l'inosservanza dell'obbligo di riversamento integra propriamente una responsabilità per danno erariale, attuale, concreto ed effettivo, escludendone pertanto la natura formale o sanzionatoria, ovvero che si tratti di sanzioni pecuniarie irrogate dalla Corte dei conti *ex artt.* 133 ss. c.g.c.¹¹⁸. Secondo il giudice contabile, tale responsabilità erariale costituisce, infatti, “una ipotesi di responsabilità tipica, in cui la somma da rifondere al datore (integrale riversamento di quanto percepito contra

¹¹³ Corte conti sez. Toscana sent. n. 79/2017.

¹¹⁴ Corte conti sez. I App. sent. n. 255/2018; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 170/2017.

¹¹⁵ OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il diritto dell'economia*, 2017, 3, 928 ss.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ex plurimis* Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017 con nota di PERIN, *Brevi note sul regime di esclusività del personale medico-universitario*, in *www.lexitalia.it*; Corte conti sez. Veneto sent. n. 102/2017; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 54/2015; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014.

¹¹⁸ Così anche RUGGERO, *op. cit.*, 415. Secondo l'Autore l'esclusione dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 dal novero delle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Corte dei conti, troverebbe conferma nell'art. 133 c.g.c., il quale individua le “*fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria*” in quelle nelle quali “*la legge prevede che la Corte di conti irroga, ai responsabili della violazione di specifiche disposizioni normative, una sanzione pecuniaria, stabilita tra un minimo ed un massimo editale*”. Per un'analisi della responsabilità sanzionatoria pecuniaria e del procedimento sanzionatorio pecuniario si rinvia a CANALE-LONGAVITA, *La responsabilità sanzionatoria pecuniaria*, in Canale-Centrone-Freni-Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti*, cit., 415 ss. e a SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2018, 565 ss.

legem) è predeterminata per legge, ma la valutazione dell'ineseguito obbligo restitutorio e della connessa responsabilità soggiace, comunque, all'accertamento della sussistenza degli altri presupposti del giudizio di responsabilità erariale (in primis elemento soggettivo e nesso di causalità), nonché alla limitazione derivante dalla prescrizione quinquennale, e contempla la possibilità di modulare e di proporzionare l'entità della eventuale condanna esercitando il potere di porre a carico dei responsabili anche solo una parte del danno accertato o del valore perduto, previa valutazione delle singole responsabilità”.

Il rilevato contrasto interpretativo emerso nella giurisprudenza contabile in ordine alla natura della responsabilità erariale conseguente all'omissione dell'obbligo di versamento del compenso indebitamente percepito da parte del dipendente pubblico è stato parimenti risolto dalla richiamata sentenza delle Sezioni Riunite¹¹⁹.

Si è infatti espressamente affermato che la condotta omissiva del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebitamente percettore dà luogo a un'ipotesi autonoma di responsabilità amministrativa tipizzata, a carattere risarcitorio del danno da mancata entrata per l'amministrazione di appartenenza del compenso indebitamente percepito, già entrato idealmente e contabilmente, giusta la previsione legislativa, nel bilancio della P.A., la quale deve destinarlo a un apposito fondo in favore dei dipendenti. Secondo il giudice contabile, il c. 7-bis sancisce espressamente una responsabilità risarcitoria tradizionale collegata con l'obbligo primario di richiedere e ottenere l'autorizzazione, la cui inosservanza non è idonea in sé a far scaturire un danno erariale, in assenza della dimostrazione di un altro pregiudizio, mentre l'omissione del versamento del compenso lo è, essendo questo entrato nel bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente.

Dalla natura risarcitoria di tale responsabilità, che non è pertanto suscettibile di essere sussunta nel paradigma delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria, consegue l'applicazione degli ordinari canoni sostanziali e processuali della responsabilità, con rito ordinario, previa notifica a fornire deduzioni di cui all'art. 67 c.g.c.

Ad analoghe conclusioni è pervenuto il giudice contabile lombardo con la decisione che si annota, che si è espressamente uniformato alla sentenza delle Sezioni Riunite, individuando infatti il danno erariale nel mancato versamento all'università di appartenenza delle somme percepite per incarichi svolti durante il periodo di regime a tempo pieno e considerando il c. 7-bis del citato art. 53, un'ipotesi di responsabilità erariale tipizzata non avente carattere innovativo, in quanto disposizione ricognitiva di un pregresso indirizzo giurisprudenziale favorevole alla giurisdizione contabile.

Ciò appare condivisibile se si considera che il citato c.7-bis si è limitato a tipizzare la condotta dell'omissione di versamento del compenso indebitamente percepi-

¹¹⁹ Corte conti sez. un., *QM*, sent. n. 26/2019.

to, prevedendo come conseguenza dell'illiceità della stessa l'insorgere di una responsabilità erariale.

Si tratta pertanto di una fattispecie tipizzata di responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale, cioè a dire un'ipotesi di danno erariale che a prescindere dall'espressa previsione normativa avrebbe comunque comportato una responsabilità devoluta alla cognizione del giudice contabile.

Così, si deve ritenere che tale fattispecie tipizzata di responsabilità erariale rientri tra quelle ipotesi definite da autorevole dottrina quali settoriali conferme della generalizzata giurisdizione contabile su qualsiasi danno erariale desumibile dalla Costituzione (art. 103) e dalla l. 14 gennaio 1994, n. 20 volte ad indurre a comportamenti virtuosi e che anche in loro assenza le condotte dannose sarebbero state egualmente perseguibili in base alle suddette norme fondanti la responsabilità amministrativo-contabile¹²⁰.

Occorre precisare che la responsabilità erariale del dipendente potrà sorgere unicamente nel caso in cui il compenso sia stato dallo stesso effettivamente percepito¹²¹, in quanto tale responsabilità è volta a reintegrare non la violazione del divieto di svolgimento dell'incarico non autorizzato da parte dell'amministrazione, ma la mancata entrata, ovvero la reale diminuzione patrimoniale per l'amministrazione di appartenenza del dipendente derivante dall'omesso riversamento.

¹²⁰ TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018, 75 ss. L'Autore annovera espressamente l'art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001 tra le fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativo-contabile.

¹²¹ *Ex multis* Cass. civ. sez. un. ord. n. 17124/2019; Cass. civ. sez. un. ord. n. 17125/2019; Cass. civ. sez. un. ord. n. 415/2020. Cfr. anche Corte conti sez. I App. sent. n. 80/2017 secondo cui una volta che i compensi sono stati effettivamente percepiti dal dipendente pubblico incomberà soltanto su quest'ultimo l'obbligo di riversamento ai sensi dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001. Nella giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio Roma sent. n. 3753/2016; T.A.R. Marche Ancona sent. n. 65/2013) si nega l'esistenza di un obbligo di preventiva escussione dei soggetti eroganti, in quanto si ritiene che, ove si tratti di compensi erogati da soggetti privati, tale obbligo "potrebbe vanificare o comunque ritardare la realizzazione della pretesa dell'amministrazione, visto che i soggetti privati – specie quando si tratta di imprese – possono facilmente perdere, nel corso del tempo, la propria solvibilità", nonché vanificherebbe l'effetto disincentivante nei confronti del dipendente pubblico, che è invece il primo soggetto responsabile della condotta illecita qui sanzionata. Secondo il giudice amministrativo, l'istituto del *beneficium excussionis* quando viene richiamato in altre disposizioni normative esso va indicato e disciplinato in maniera espressa, sicché, mancando all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 un chiaro e inequivoco riferimento a tale istituto, "l'obbligo dell'erogante (che potrebbe anche risultare in buona fede) sussiste solo fino a quando trattiene, nella propria disponibilità patrimoniale, il compenso dovuto; compenso che, una volta erogato, esce dal patrimonio dell'erogante per entrare in quello del percettore che assume, di conseguenza, l'obbligazione nei confronti dell'amministrazione di appartenenza". Cfr. anche A. MEALE, *op. cit.*, 321 ss. Secondo l'Autore, infatti, al fine del recupero delle somme assume rilevanza la circostanza se il corrispettivo dell'incarico sia o meno stato versato. Così anche Corte conti sez. Veneto, sent. n. 102/2017.

La decorrenza del termine quinquennale di prescrizione¹²² deve essere dunque ancorata al momento dell'effettiva percezione del compenso da parte del dipendente pubblico¹²³, risultando invece a tal fine irrilevante il diverso momento dello svolgimento dell'incarico non autorizzato, che di per sé non fa scaturire alcun danno erariale.

A fronte della natura risarcitoria della responsabilità prevista dal c. 7-*bis* del citato art. 53, deve escludersi che la stessa possa ritenersi integrata ove all'obbligo di versamento abbia invece assolto il soggetto erogante.

A tal proposito, occorre ricordare che il giudice contabile lombardo con la pronuncia in commento e il giudice di legittimità¹²⁴ hanno escluso la possibilità di una proponibilità contestuale di azioni, cioè a dire di un'azione erariale e di un'azione civile nei confronti del dipendente pubblico da parte della P.A., per il recupero dei compensi indebitamente percepiti. Così, ove la P.A. non si attivi, anche in via giudiziale, nei confronti del dipendente per ottenere il riversamento del compenso e abbia, invece, a tal fine agito il procuratore contabile, in ragione della suddetta responsabilità erariale, non potrà più la medesima amministrazione promuovere azione per ottenere detto riversamento, con conseguente sterilizzazione della possibilità di un conflitto di giudicati. Si deve dar conto però del fatto che esiste un diverso orientamento che sostiene invece l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione contabile¹²⁵, sicché sarebbe possibile un "doppio binario" civile e erariale¹²⁶, ovvero due iniziative indipendenti e autonome, fino a che non intervenga una sentenza definitiva comportante l'integrale recupero dell'importo contestato¹²⁷.

In disparte a tale contrasto interpretativo, stante la natura risarcitoria della responsabilità per omesso versamento dei compensi, si deve ritenere in ogni caso che, a fronte di un'azione erariale, dovrà riconoscersi in sede contabile al recupero even-

¹²² Ai sensi dell'art. 1, c. 2, l. n. 20/1994 "Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta".

¹²³ Cfr. Corte conti sez. I App. sent. n. 80/2017 e Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 150/2017.

¹²⁴ Cass. civ. sez. un. ord. n. 17124/2019 e Cass. civ. sez. un. ord. 17125/2019.

¹²⁵ Cfr. Cass. sez. un. ord. sent. n. 11/2012 secondo cui "giurisdizione penale e civile, da un lato, e giurisdizione contabile dall'altro sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra tali giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo a questione di giurisdizione (ex multis Cass., sez. un., nn. 25495/2009, 28048/2008, 6581/2006, 20343/2005, 22277/2004)".

¹²⁶ Per una critica alla possibilità di un "doppio binario" si veda Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019.

¹²⁷ Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 292/2018.

tualmente ottenuto dalla P.A. un'efficacia decurtante o escludente la responsabilità erariale del dipendente pubblico¹²⁸.

Un altro problema attiene poi alla quantificazione del danno erariale conseguente all'omesso versamento del compenso, cioè a dire se il computo del compenso indebitamente percepito debba avvenire al netto o al lordo della tassazione. Anche con riferimento a tale profilo si registra un contrasto nella giurisprudenza contabile e amministrativa, che però non è stato risolto dalle Sezioni Riunite in quanto non oggetto della questione di massima a loro deferita.

Secondo un primo minoritario indirizzo, sposato non soltanto dal giudice contabile¹²⁹ e dal giudice amministrativo¹³⁰, ma anche dal giudice di legittimità¹³¹, si ritiene irrilevante che sul compenso siano state eventualmente operate dal soggetto erogante le ritenute tributarie, in quanto si sostiene che l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 faccia testuale riferimento al "*compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte*" e, quindi, al corrispettivo dell'attività non autorizzata al lordo dell'imposta sul medesimo dovuta.

La giurisprudenza maggioritaria amministrativa¹³² e della Corte dei conti¹³³, a cui ha aderito anche il giudice contabile lombardo con la decisione che si annota, sostiene invece che l'interpretazione del c. 7 del citato art. 53 e, più in generale, di qualsiasi disposizione che imponga il recupero di somme retributive indebitamente versate a un dipendente pubblico, debba "*essere nel senso che la somma da recuperare è quella al netto delle imposte (pagate su fatture esterne o in dichiarazione dei redditi secondo propria aliquota fiscale) già corrisposte al fisco dalla parte convenuta (o, con ritenuta alla fonte, dal datore erogante la retribuzione), ovvero l'importo effettivamente entrato nella sfera patrimoniale del dipendente. Si consideri*

¹²⁸ Sul raccordo tra azione civile e contabile, sulle differenze tra tali azioni, sull'indirizzo favorevole all'esclusività dell'azione dinanzi alla Corte dei conti, nonché sulle diversità dei regimi sostanziali e processuali tra illecito civile ed amministrativo-contabile si rinvia a TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, cit., 41 ss.

¹²⁹ Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 150/2017.

¹³⁰ T.A.R. Marche, Ancona sent. n. 65/2013 che ha escluso che il compenso da versare alla P.A. debba essere calcolato al netto delle imposte già pagate dal dipendente pubblico, in quanto l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 mira a disincentivare, attraverso misure patrimoniali, il deplorabile fenomeno del doppio lavoro dei pubblici dipendenti fuori dai casi espressamente stabiliti dall'ordinamento. Secondo il giudice amministrativo, infatti, "*La ratio di tale disposizione risulta quindi evidente nella volontà del legislatore di evitare che il dipendente pubblico possa trarre un beneficio economico dall'attività extra lavorativa svolta illegalmente*".

¹³¹ Cass. civ. sez. lav. sent. n. 7343/2010.

¹³² T.A.R. Lazio, Roma, sent. n. 3753/2016 e Cons Stato sez. III sent. n. 3984/2011.

¹³³ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 54/2015; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014.

altresì che tali importi fiscali rappresentano innegabilmente una forma di vantaggio ottenuto da altra amministrazione (in un'ottica di «finanza allargata»), ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, della L. 20/1994». Anche in dottrina si ritiene che il recupero delle somme debba avvenire in ogni caso al netto delle imposte versate¹³⁴.

Alla luce della riconosciuta natura risarcitoria della responsabilità tipizzata al c. 7-bis del citato art. 53, tale secondo orientamento risulta preferibile, meritando però un'ulteriore precisazione. Si deve, infatti, ritenere che il danno erariale conseguente all'omesso versamento del compenso indebitamente percepito, quale mancata entrata per l'amministrazione di appartenenza, debba essere computato al netto del carico fiscale, in quanto non può non tenersi conto dell'avvenuto introito da parte di altre amministrazioni pubbliche (fiscali e previdenziali) di una quota dei compensi indebitamente percepiti; quota che, peraltro, non può considerarsi effettivamente entrata nella sfera patrimoniale del dipendente.

Anche quando si dovesse ritenere che, per effetto della natura sanzionatoria della diversa fattispecie disciplinata dal c. 7 del citato art. 53, i compensi percepiti debbano essere quantificati al lordo della tassazione, riflettendosi e condizionando inevitabilmente il computo del danno erariale derivante dalla diversa condotta omissiva, il giudice contabile potrebbe in ogni caso fare applicazione dell'art. 1, c. 1-bis, l. n. 20/1994¹³⁵. Sebbene infatti la sanzione amministrativa dell'obbligo di restituzione, nel silenzio del legislatore delegato e proprio in considerazione del carattere sanzionatorio, possa indurre a ritenere che i compensi percepiti debbano essere quantificati al lordo del carico fiscale, partecipando tale computo anche in sede di quantificazione del danno erariale, deve ricordarsi comunque che il c. 7-bis ha tipizzato esclusivamente la condotta, mentre tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità devono rispondere agli ordinari canoni di cui alla l. n. 20/1994. Così, il giudice contabile in sede di accertamento della responsabilità conseguente all'omesso versamento del compenso ben potrà in ogni caso fare applicazione del potere di riduzione, ovvero tenere conto dell'*utilitas* comunque conseguita dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione.

La natura di sanzione amministrativa dell'obbligo di versamento e la configurabilità di un danno erariale a fronte dell'omesso versamento, trattandosi di una mancata acquisizione di incrementi patrimoniali per la P.A., rende irrilevante, ai fini della sussistenza della giurisdizione contabile, il momento in cui siano stati percepiti i compensi, ovvero se gli stessi siano stati percepiti prima o dopo l'entrata in vigore della l. n. 190/2012. Ciò diversamente da chi invece, sostenendo che l'obbligo

¹³⁴ TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, cit., 344 ss.; MEALE, *op. cit.*, 321 e ROSSI M., *op. cit.*, 208.

¹³⁵ In virtù del quale *«Nel giudizio di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione di appartenenza, o da altra amministrazione, o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità».*

di versamento costituisce una mera obbligazione di restituzione pecuniaria di fonte legale e considerando la relativa violazione alla stregua di un inadempimento civilistico, ritiene possibile affermare la giurisdizione della Corte dei conti soltanto nel caso di omesso versamento di compensi percepiti a partire dall'introduzione del c. 7-*bis* al citato art. 53, e dunque dall'entrata in vigore della l. n. 190/2012, quale chiara *interpositio legislatoris* idonea a radicare la giurisdizione erariale¹³⁶.

In tale prospettiva, se si può condividere che il c. 7-*bis* abbia carattere non innovativo, in quanto disposizione ricognitiva di un pregresso indirizzo giurisprudenziale, che a prescindere dall'espressa previsione normativa avrebbe comunque comportato una responsabilità erariale, occorre tuttavia evidenziare che una tale responsabilità non sarebbe stata configurabile in assenza della previsione contenuta al precedente c. 7. Segnatamente, se il legislatore non avesse espressamente previsto la sanzione amministrativa pecuniaria a fronte della violazione del divieto di svolgimento di incarichi retribuiti senza la previa autorizzazione, non sarebbe stata ipotizzabile una responsabilità erariale per la mera violazione del regime di incompatibilità, in assenza della dimostrazione di un danno erariale, attuale, concreto ed effettivo.

Ciò contrariamente da chi invece, ritenendo che il c. 7 del citato art. 53 ha sempre riguardato, e riguarda, solo l'esercizio di attività extra-istituzionale svolta senza autorizzazione ma autorizzabile, sostiene che l'espletamento di tale attività costituisca una condotta *in re ipsa* dotata di lesività erariale¹³⁷. Se deve infatti escludersi che la mera violazione del regime di incompatibilità sia idonea a integrare una fattispecie di responsabilità erariale in quanto il danno erariale, ai sensi dell'art. 1, l. n. 20/1994, è un elemento costitutivo della responsabilità amministrativo-contabile, ciò lascia però irrisolto il problema dell'applicabilità del c. 7 del citato art. 53 anche in caso di esercizio di attività assolutamente incompatibili. Tale applicazione è spesso giustificata dalle procure contabili dalla constatazione che, costituendo l'omesso versamento del compenso un'ipotesi di danno erariale, prevista per il caso di incompatibilità relativa, ciò dovrebbe valere, a maggior ragione, per l'incompatibilità assoluta¹³⁸.

A fronte della riconosciuta natura sanzionatoria dell'obbligo di versamento alla amministrazione di appartenenza dei compensi percepiti e dato che il c.7 sembra dettare una disciplina riguardante soltanto l'esercizio di attività relativamente incompatibili, desta, tuttavia, qualche perplessità l'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza contabile favorevole all'estensione in via interpretativa di tale sanzione alle at-

¹³⁶ ALBO, *op. cit.*, 387 ss. Secondo l'Autore, infatti, l'omesso versamento dei compensi percepiti prima di tale momento sarebbe recuperabile soltanto dalla P.A., o con l'ingiunzione ex r.d. n. 639/1910, opponibile dinanzi al giudice ordinario ai sensi dell'art. 32, d.lgs. n. 165/2011, o con ricorso dell'amministrazione medesima al giudice del lavoro.

¹³⁷ *Ibid.*, 382 ss.

¹³⁸ Cfr. Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 292/2018.

tività assolutamente incompatibili, non potendo non contribuire ad alimentare ulteriormente i dubbi di ragionevolezza dell'art. 53 complessivamente considerato.

Un altro profilo affrontato dalla Sezione giurisdizionale Lombardia con la pronuncia in commento ha riguardato poi la possibile cumulabilità del danno da omesso versamento del compenso indebitamente percepito con altre diverse voci di danno erariale. Il giudice contabile lombardo ha ritenuto infatti lo svolgimento di attività libero-professionali da parte del professore universitario foriero anche di un ulteriore danno erariale consistente nella differenza del trattamento economico percepito tra il regime di impiego a tempo pieno e il regime di impiego a tempo definito previsto per i docenti universitari.

A tal proposito, sovviene quanto sostenuto dal Consiglio di Stato secondo cui il recupero delle differenze retributive percepite dal docente universitario non può trovare fondamento nel fatto che lo stesso abbia svolto attività incompatibili con il regime di impiego a tempo pieno¹³⁹. Secondo il giudice amministrativo non si può non tenere conto della prestazione effettivamente espletata dal docente universitario, anche se svolta in regime non conforme alla legge, sicché devono respingersi affermazioni generiche e di principio secondo le quali lo svolgimento di qualsiasi attività libero-professionale, essendo materialmente incompatibile *ex se* con l'impegno dei professori universitari a tempo pieno, rende indubbio che il docente non possa avere materialmente svolto alcuna attività universitaria di fatto in regime a tempo pieno. Per il Consiglio di Stato, ai fini della legittimità del recupero, è dunque necessaria la dimostrazione di una attività in concreto non svolta in conformità al regime di tempo pieno. Anche nella giurisprudenza contabile si rinvencono pronunzie che escludono la possibilità di rinvenire una lesività erariale *in re ipsa* nello svolgimento di attività non compatibili con lo *status* di docente universitario a tempo pieno¹⁴⁰. Secondo tale indirizzo, si ritiene invece necessaria “*la prova del nocumento che, in concreto, sarebbe derivato all'Ateneo di appartenenza dalla corresponsione dello stipendio a fronte della attività prestata dal docente che abbia correttamente svolto tutti i compiti spettantigli*”, ovvero la prova dell'esistenza delle concrete interferenze negative che l'attività extra-istituzionale abbia generato sulla funzione di docente universitario¹⁴¹. In un recente intervento, il giudice contabile in sede di appello ha chiarito che la mera situazione di incompatibilità non può valere a determinare in automatico una responsabilità amministrativa, in quanto in difetto si introdurrebbe una ipotesi di responsabilità formale, cioè a dire scollegata da un

¹³⁹ Cons. Stato sez. VI n. 2779/2016.

¹⁴⁰ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 157/2019; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 14/2014.

¹⁴¹ Cfr. Corte conti sez. Toscana sent. n. 26/2019; Corte conti sez. Marche sent. n. 112/2019; Corte conti sez. Lazio sent. n. 251/2018; Corte conti sez. III App. sent. n. 653/2016; Corte conti sez. Trentino Alto Adige – BZ sent. n. 18/2012.

effettivo nocumento patrimoniale per la P.A. e dall'elemento psicologico, da tempo espunta dall'ordinamento¹⁴².

Diversamente, secondo un altro orientamento parimenti invalso in altre decisioni del giudice contabile¹⁴³, la violazione delle norme sull'incompatibilità determinerebbe *ex se* un danno erariale, in quanto per presunzione assoluta il puntuale adempimento dei compiti didattici e di ricerca, a cui è tenuto un docente universitario a tempo pieno, è incompatibile con l'impegno lavorativo che normalmente comporta lo svolgimento di un'attività libero-professionale¹⁴⁴. Per il giudice contabile, ove si dovesse conservare il più elevato trattamento retributivo, in presenza dello svolgimento di un'attività libero-professionale *contra legem*, anche quando il docente universitario abbia assicurato, comunque, l'assolvimento degli obblighi didattici e di ricerca scientifica, si snaturerebbe completamente la portata precettiva e inderogabile delle norme in materia di incompatibilità, le quali rimarrebbero, pertanto, prive di alcun pratico effetto¹⁴⁵.

Alla luce di tale contrasto interpretativo, si deve ritenere che la possibilità di un concorso di illeciti erariali può ammettersi già in forza della disciplina generale in materia di responsabilità amministrativa sempre che però sussistano tutti gli elementi costitutivi di tale responsabilità. L'art. 1, c. 1, l. n. 20/1994, infatti, fa testuale riferimento a "*ogni conseguente responsabilità*" e, quindi, alla possibilità che più fatti e omissioni possano essere all'origine di più responsabilità erariali. Così, si potrà ammettere un concorso tra la responsabilità per omesso versamento dei compensi con tante altre responsabilità quanti siano i danni erariali, attuali, concreti ed effettivi, in quanto il danno erariale, ai sensi del citato art. 1, non ricorrendo ipotesi tipizzate di responsabilità sanzionatoria pura¹⁴⁶, è elemento costitutivo dell'illecito erariale.

¹⁴² Corte conti sez. III App. sent. n. 7/2020. A tal proposito, il giudice contabile ha richiamato l'insegnamento dalla Corte costituzionale (sent. n. 72/1983) secondo cui per "*... diritto vivente la responsabilità in esame consiste nella normale responsabilità patrimoniale fondata sui requisiti del danno e dell'elemento psicologico*".

¹⁴³ Corte conti sez. I App. sent. n. 250/2019; Corte conti sez. Puglia sent. n. 255/2019; Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017; Corte conti sez. Puglia sent. n. 410/2016.

¹⁴⁴ Corte conti sez. Puglia sent. n. 255/2019.

¹⁴⁵ Così Corte conti sez. Puglia sent. n. 255/2019.

¹⁴⁶ Per un'analisi delle fattispecie tipizzate di responsabilità avente carattere eminentemente punitivo e del connesso problema della loro compatibilità con i principi che informano la sanzione penale in senso stretto enucleabili dall'art. 25, c. 2, Cost., nonché con le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 CEDU si rinvia a CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in www.federalismi.it e a OCCHIENA, *op. cit.*, 919 ss. Cfr. anche Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017; che con specifico riferimento all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 hanno escluso che tale disposizione abbia introdotto un precetto ontologicamente penale, non urtando pertanto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di *ne bis in idem*.

Del resto, le Sezioni Riunite della Corte dei conti hanno affermato che la violazione dell'obbligo di cui all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, sebbene non sia idonea in sé a far scaturire un danno erariale, può tuttavia generare ipotesi di concorso formale di illeciti erariali ove dall'inosservanza del divieto scaturiscano diverse e ulteriori ipotesi di danno erariale, come un danno da disservizio, ovvero un danno all'immagine, purché però si dimostri la sussistenza di tali pregiudizi¹⁴⁷.

Anche dall'inosservanza dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 da parte di un docente universitario possono scaturire, dunque, diverse ipotesi di danno erariale, quale, in particolare, quello legato alla differenza del trattamento economico percepito tra il regime di impiego a tempo pieno e il regime di impiego a tempo definito, ovvero alla percezione di indennità previste nel particolare caso di professori universitari afferenti a una facoltà (*rectius* a un dipartimento) di medicina e chirurgia che abbiano optato per l'attività assistenziale esclusiva¹⁴⁸.

Si è detto che l'inosservanza dell'obbligo primario di richiedere e ottenere l'autorizzazione non è idonea in sé a fare scaturire un danno erariale, comportando la sanzione amministrativa dell'obbligo di restituzione dei compensi indebitamente percepiti, la cui violazione invece determina una responsabilità erariale. In assenza di una disposizione di tenore analogo al c.7 del citato art. 53 che preveda espressamente, nel caso di violazione del regime di impiego a tempo pieno, l'obbligo di restituzione della differenza di trattamento economico con il regime di impiego a tempo definito, ovvero delle indennità connesse all'esercizio di attività assistenziale esclusiva, dalla cui violazione discenderebbe poi un illecito erariale, deve escludersi che l'inosservanza *tout court* del regime di incompatibilità determini una responsabilità amministrativa per tali percezioni.

Così, dal mero svolgimento di attività incompatibili non può *ex se* inferirsi la configurabilità di un danno legato alla percezione delle suddette differenze stipendiali, indipendentemente dall'effettiva sottrazione di energie lavorative da parte del professore universitario presso l'università di appartenenza, in quanto diversamente si finirebbe per frustrare il connotato risarcitorio della responsabilità erariale.

A fronte dello svolgimento di attività incompatibili, ferme le conseguenze derivanti dall'inosservanza del regime di incompatibilità come disciplinate all'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 e tra queste particolare rilievo potrebbe essere dato alla responsabilità disciplinare¹⁴⁹, affinché possa dirsi integrata una responsabilità erariale, diversa da quella prevista da tale disposizione, è necessaria la sussistenza di un danno.

A tal proposito, si potrebbe profilare un danno da disservizio, quale "disutilità

¹⁴⁷ Corte conti sez. un. *QM* sent. n. 26/2019.

¹⁴⁸ Per un caso di indebita percezione di indennità di esclusiva, di retribuzione di risultato e di retribuzione di posizione da parte di un professore universitario a tempo pieno cfr. Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017, confermata in appello da Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018.

¹⁴⁹ Sulla responsabilità disciplinare del pubblico dipendente si rinvia all'importante opera monografica di TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, 2017.

della spesa” per l’inosservanza dei doveri del professore universitario idonea a determinare una diminuzione di efficienza dell’ateneo di appartenenza, purché, come rilevato in dottrina, lo stesso consista in un pregiudizio effettivo, concreto e attuale¹⁵⁰. Si è infatti evidenziato che è sempre necessario, perché si verifichi un danno da disservizio, che si sia concretizzata una perdita patrimoniale tangibile nelle casse dell’ente danneggiato, non potendosi ammettere mere presunzioni di procurato danno, fondate esclusivamente su ipotesi astratte di minor rendimento¹⁵¹.

Dinnanzi all’espletamento di attività incompatibili, la dimostrazione della sussistenza di tale danno, unitamente a tutti gli altri elementi costitutivi dell’illecito erariale, consentirebbe pertanto di ottenere il risarcimento non soltanto del danno pari all’ingiustificata retribuzione percepita, cioè a dire alle suddette differenze stipendiali, ma anche di tutti gli eventuali maggiori oneri derivanti dal mancato raggiungimento della legalità, efficienza e produttività dell’attività pubblica.

7. Conclusioni

Dalla natura risarcitoria della responsabilità per omesso versamento dei compensi indebitamente percepiti discende l’applicazione degli ordinari canoni sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa, sicché, affinché possa dirsi integrata, occorre dimostrare non soltanto la mancanza di autorizzazione espressa da parte dell’amministrazione di un incarico e che si sia verificata l’omissione del riversamento da parte del docente universitario, ma anche che tale omissione sia connotata da dolo o colpa grave¹⁵².

Per quanto attiene a questo elemento strutturale dell’illecito amministrativo-contabile¹⁵³, il giudice contabile lombardo ha attestato la sussistenza del dolo in capo al convenuto a fronte dell’espletamento di un’attività durevole e professionale *contra legem* reiterata negli anni, come tale ritenuta espressiva di una condotta dolosa, in quanto tradottasi anche in una non chiara e completa informazione all’università di appartenenza delle attività concretamente svolte e, soprattutto, della loro pluriennale durata.

Anche con riferimento all’elemento soggettivo si riscontrano diversi orienta-

¹⁵⁰ TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, cit., 320 ss.

¹⁵¹ Così, NUNZIATA, *Il danno da disservizio*, in Canale-Centrone-Freni-Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti*, cit. 232.

¹⁵² Cfr. Corte conti sez. un. *QM* sent. n. 26/2019.

¹⁵³ Sull’elemento soggettivo dell’illecito erariale si rinvia a CANALE, *L’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in Canale-Centrone-Freni-Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti*, cit., 75 ss. e a TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, cit., 365 ss.

menti nella giurisprudenza contabile. Il giudice contabile¹⁵⁴, soprattutto in sede di appello¹⁵⁵, talvolta ha infatti escluso la sussistenza dell'elemento psicologico necessario a integrare l'illecito erariale, a fronte di un ambito normativo estremamente farraginoso e contraddittorio e dunque dell'incertezza interpretativa e della difformità applicativa della normativa in tema di incompatibilità nel comparto universitario, dando rilievo alla produzione da parte del docente universitario di una serie di comunicazioni e di richieste di autorizzazioni per lo svolgimento di attività extra-istituzionali.

Tali comunicazioni e richieste di autorizzazioni, anche se afferenti ad attività assolutamente incompatibili, ovvero ad attività libero-professionali abituali e continuative, sono state ritenute comunque idonee a dimostrare l'intenzione del professore universitario di comunicare all'università di appartenenza ogni attività esterna nella ragionevole convinzione dell'assoluta liceità della propria condotta¹⁵⁶. In altri casi, la configurabilità della colpa grave è stata, altresì, esclusa a fronte del comportamento ondivago e non lineare tenuto dall'università di appartenenza, che è stato ritenuto avere contribuito a creare incertezza intorno allo *status* effettivamente rivestito dal docente universitario e a generare un legittimo affidamento dello stesso sulla propria legittimazione a svolgere l'attività libero-professionale¹⁵⁷.

In base a un secondo consolidato indirizzo nella giurisprudenza di primo grado, la chiarezza dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 e la qualifica apicale rivestita dai dipendenti pubblici sono ritenuti elementi idonei a escludere la loro buona fede e a integrare invece la colpa grave¹⁵⁸, ovvero il dolo (talvolta definito "*di protervia*")¹⁵⁹, a fronte dello svolgimento reiterato per vari anni di attività non autorizzata. Segnatamente, la buona fede è stata considerata non ipotizzabile quando alla ritenuta limpida formulazione normativa, unita al noto principio *ignorantia legis non excusat*, si è associata un'elevata qualifica del dipendente pubblico¹⁶⁰. La pluralità degli incarichi svolti, l'ampiezza dell'arco temporale di riferimento, la basilarietà degli obblighi violati, la loro conoscibilità a fronte della qualifica elevata rivestita dal dipendente pubblico, la gravosità degli incarichi extra-istituzionali svolti sono state considerate circostanze

¹⁵⁴ Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 292/2018.

¹⁵⁵ Corte conti sez. III App. sent. n. 198/2019; Corte conti sez. I App. sent. n. 65/2017.

¹⁵⁶ Corte conti sez. III App. sent. n. 198/2019; Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n. 292/2018.

¹⁵⁷ Corte conti sez. I App. sent. n. 65/2017.

¹⁵⁸ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Veneto sent. n. 102/2017.

¹⁵⁹ Corte conti sez. Campania sent. n. 418/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017 confermata in appello da Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018.

¹⁶⁰ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 199/2018; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017 confermata in appello da Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018.

complessivamente idonee ad attestare condotte reiterate assistite da dolo¹⁶¹.

Con specifico riferimento alla posizione di professore universitario a tempo pieno, alcune pronunzie hanno considerato integrato l'elemento soggettivo della responsabilità erariale quando ai ritenuti inequivoci e limpidi referenti normativi e allo svolgimento pluriennale di attività libero-professionale si è accompagnata un'elevata qualifica professionale e culturale, inidonea a determinare uno stato di buona fede, anche in considerazione del fatto che il docente universitario nei casi dubbi avrebbe potuto rivolgersi all'università di appartenenza, dotata di specifiche professionalità interne adeguate a dirimere qualsiasi eventuale aspetto problematico in sede di applicazione della disciplina in materia di incompatibilità¹⁶². A ciò si è aggiunto che un'eventuale ignoranza di tale disciplina, qualora fosse stata adottata a giustificazione dall'università di appartenenza, avrebbe potuto altresì configurare, ove provata, una gravissima condotta omissiva dei vertici gestionali dell'ateneo, ovvero un concorso omissivo doloso in caso di conoscenza dolosamente occultata. Secondo tale interpretazione, i vertici dell'università sono, dunque, tenuti a osservare gli obblighi e i doveri di servizio, non potendo abdicare ai propri compiti istituzionali di vigilanza e di fattivo intervento finalizzato a imporre doverosamente il rispetto della disciplina in materia di incompatibilità, in quanto in difetto tali condotte omissive potrebbero assumere valenza amministrativo-contabile, disciplinare, penale, nonché integrare ipotesi di responsabilità dirigenziale.

Ed è proprio in tale ultima direzione che si colloca la sentenza che si annota. Il giudice contabile lombardo ha riconosciuto l'occultamento doloso da parte del docente convenuto della propria condotta, avendo lo stesso occultato all'università di appartenenza non già l'espletamento di attività extra-istituzionale, ma lo svolgimento di un'attività libero-professionale durevole *contra legem* reiterata negli anni. Ciò pertanto è stato ritenuto idoneo a escludere altresì la prescrizione del diritto al risarcimento del danno erariale.

A tal proposito, occorre ricordare che la decorrenza del termine quinquennale di prescrizione, dovendo essere ancorata al momento in cui si è verificato il fatto dannoso, nel caso di responsabilità erariale per omesso versamento dei compensi indebitamente percepiti, assumendo un rilievo dirimente l'avvenuto pagamento o meno delle prestazioni lavorative espletate¹⁶³, essa coinciderà con l'effettiva percezione del compenso da parte del dipendente pubblico. Nel caso risolto dal giudice contabile lombardo invece, avendo lo stesso ritenuto provato l'occultamento doloso, si è traslato *l'exordium praescriptionis* alla scoperta del danno.

La Sezione giurisdizionale Lombardia ha ritenuto inoltre irrilevante una comunicazione che il professore universitario aveva effettuato al rettore, in quanto non espli-

¹⁶¹ Corte conti sez. Campania sent. n. 418/2019.

¹⁶² Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017 confermata in appello da Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018. Cfr. anche Corte conti sez. Marche sent. n. 112/2019.

¹⁶³ Cfr. Corte conti sez. Veneto sent. n. 102/2017.

cativa della tipologia in concreto e, soprattutto, della durata pluriennale e della reiterazione degli incarichi, “*che ben potevano dunque apparire come di legittima natura consulenziale (ergo occasionale), pur trattandosi di evidenti incarichi libero professionali in quanto durevoli nel tempo (oltre 10 anni)*”. Così, si è ulteriormente precisato che se il rettore avesse invece ben compreso le attività libero-professionali pluriennali affidate al convenuto, avallandole illecitamente pur a fronte di un divieto di legge, si sarebbe integrato un concorso doloso di notevole gravità sotto vari profili. Ciò avrebbe confermato il doloso occultamento non solo da parte del docente universitario, ma della stessa università, che avrebbe pertanto concorso nel doloso occultamento di attività libero-professionale pluriennale “*camuffata*” dietro una consulenza.

Tale circostanza non è stata però riscontrata dalla Sezione giurisdizionale Lombardia, non essendo stata ritenuta provata una piena comprensione del rettore in ordine all’attività realmente svolta dal professore universitario. Diversamente, in altre sentenze del giudice contabile si è escluso invece l’occultamento doloso a fronte dell’indiscussa notorietà nell’ambiente accademico delle attività extra-istituzionali svolte dal docente universitario¹⁶⁴.

Sotto il profilo dell’occultamento doloso, il giudice contabile lombardo ha aderito all’orientamento consolidato nella giurisprudenza della Corte dei conti¹⁶⁵ secondo cui, affinché lo stesso possa dirsi integrato, occorre un comportamento che, pur se può comprendere la causazione del fatto dannoso, deve tuttavia includere atti specificamente volti a prevenire il disvelamento di un danno ancora *in fieri* oppure a nascondere un danno ormai prodotto, non potendosi considerarsi provato dal solo silenzio serbato dal dipendente pubblico sulle attività extra-istituzionali¹⁶⁶. L’occultamento doloso pertanto non può coincidere con la commissione dolosa del fatto dannoso, ma richiede un’ulteriore condotta indirizzata a impedire la conoscenza del fatto¹⁶⁷, essendo necessario un “*quid pluris*” consistente in una condotta specifica, ingannatrice e fraudolenta, diretta intenzionalmente a occultare l’esistenza del danno¹⁶⁸.

Anche una condotta omissiva può assumere rilevanza ai fini dell’occultamento doloso, che però è requisito diverso e più grave rispetto alla mera omissione di una informazione, la quale pertanto assumerà rilievo ove sussista un obbligo di informare¹⁶⁹. Un obbligo specifico è stato proprio ravvisato nell’art. 53, d.lgs. n. 165/2001,

¹⁶⁴ Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n.150/2017.

¹⁶⁵ A tal proposito, cfr. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, cit., 409 ss.

¹⁶⁶ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014.

¹⁶⁷ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017 confermata in appello da Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018.

¹⁶⁸ Corte conti sez. Emilia-Romagna sent. n.150/2017.

¹⁶⁹ Cass. civ. sez. III ord. n. 2030/2010.

atteso che il dipendente pubblico deve informare la P.A. di appartenenza, richiedendo una preventiva autorizzazione¹⁷⁰.

In conformità a tale orientamento, il giudice contabile con la pronuncia in commento ha ritenuto integrato l'occultamento doloso a fronte della reale natura libero-professionale delle pluriennali attività del convenuto, non nota all'università di appartenenza in quanto mai segnalata nel suo sviluppo pluriennale e emersa soltanto a seguito delle indagini effettuate dalla Guardia di finanza.

Infine, per quanto attiene alla quantificazione del danno erariale, sebbene a fronte della condotta dolosa non sia stato ritenuto esercitabile il potere riduttivo, la Sezione giurisdizionale Lombardia ha operato un ulteriore scomputo conseguente all'avvenuto riconoscimento di un contributo concausale dato all'evento dall'università di appartenenza del convenuto per non avere i rispettivi vertici predisposto un adeguato apparato normativo idoneo a far conoscere al personale docente la normativa di riferimento in materia di incompatibilità, nonché per non avere effettuato adeguate verifiche sugli incarichi in corso di espletamento o espletati, che avrebbero impedito il protrarsi della decennale attività *contra legem* del professore universitario.

La mancata rideterminazione dello danno attraverso l'esercizio del potere riduttivo¹⁷¹ si inserisce nel solco del prevalente orientamento della giurisprudenza contabile secondo cui solo a fronte di una condotta gravemente colposa è possibile l'esercizio del potere riduttivo, essendo invece escluso in caso di illeciti dolosi¹⁷².

Con specifico riferimento a giudizi afferenti all'applicazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, accanto a pronunzie che hanno escluso l'esercizio del potere riduttivo a fronte del ritenuto chiaro e univoco disposto letterale del citato art. 53, si rinvencono decisioni invece che ne hanno fatto applicazione, pur sempre in assenza di condotte dolose, avendo tenuto conto dell'ineccepibile *curriculum* professionale del dipendente pubblico, del suo leale riconoscimento della condotta *contra legem*, della qualifica non apicale dallo stesso ricoperta, come tale ritenuta idonea a comportare una non adeguata conoscenza della applicazione concreta del regime delle incompatibilità¹⁷³, nonché della tollerata conoscenza dei suoi impegni extra-lavorativi da parte dei suoi superiori¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Corte conti sez. Campania sent. n. 418/2019.

¹⁷¹ Ai sensi dell'art. 52, c. 2, r.d. n. 1214/1934 "*la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto*", nonché in virtù dell'art. 19, c. 2, d.P.R. n. 3/1957 "*la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso*". Cfr. anche l'art. 1, c. 1-bis, l. n. 20/1994 che ribadisce la possibilità di esercizio del potere riduttivo nel giudizio di responsabilità.

¹⁷² Sulla quantificazione del danno erariale e sul potere riduttivo dell'addebito, nonché per un'analisi di tale prevalente orientamento della giurisprudenza contabile, si rinvia a TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile*, cit., 346 ss.

¹⁷³ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 94/2019; Corte conti sez. Veneto sent. n. 102/2017; Corte conti sez. Lombardia sent. n. 54/2015.

¹⁷⁴ Corte conti sez. Lombardia sent. n. 216/2014.

Le conclusioni a cui è pervenuto il giudice contabile lombardo con riferimento all'elemento soggettivo, all'occultamento doloso e alla quantificazione del danno erariale consentono di effettuare un'ultima riflessione.

Sebbene la decisione che si annota si segnali per aver fornito una rilevante soluzione interpretativa in ordine all'individuazione del *discrimen* tra attività di consulenza e attività libero-professionale, individuando un criterio guida volto a sorreggere tale distinzione, ciò che però rileva evidenziare in questa sede è come diversi risultano i profili problematici in ordine al regime di incompatibilità dei professori universitari.

Ne sono testimonianza i contrasti giurisprudenziali sorti su molti aspetti applicativi della disciplina, che, come rilevato anche dal giudice costituzionale¹⁷⁵, dimostrano l'esistenza di un quadro normativo di riferimento particolarmente complesso, data la significativa stratificazione delle varie disposizioni succedutesi nel tempo e l'innesto di discipline di varia fonte.

L'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 delinea, infatti, un sistema composito di responsabilità difficili da coordinare, che induce a interrogarsi se tale assetto normativo possa considerarsi ragionevole, in considerazione dei differenti e discordanti esiti interpretativi a cui è possibile pervenire.

Se a fronte di attività libero-professionali reiterate negli anni sarà difficile negare la violazione del regime di incompatibilità, con la conseguente necessità di attivare le reazioni disciplinari e amministrative che il citato art. 53 impone, si deve parimenti rilevare che, dinnanzi a una disciplina farraginosa e fin quando non interverrà una riforma sistematica della materia che appare sempre più imprescindibile¹⁷⁶, un ruolo decisivo sono chiamate ad assumere proprio le singole università.

Dalla giurisprudenza contabile e dalla decisione in commento emerge infatti come spesso risulti essere stato rimproverato un atteggiamento inerte all'ateneo di appartenenza, e in particolare ai rispettivi vertici gestionali, per non avere predisposto un adeguato apparato normativo idoneo a far conoscere al personale docente la normativa di riferimento in materia di incompatibilità, nonché per non avere effettuato adeguate verifiche sugli incarichi in corso di espletamento o espletati.

Tale condotta omissiva ben potrebbe integrare una concorrente responsabilità erariale dei vertici dell'università, tant'è vero che, come accaduto nel caso risolto dal giudice contabile lombardo, in sede di quantificazione del danno erariale si è scomputata una quota ritenuta imputabile al contributo concausale dato all'evento dall'università di appartenenza del convenuto. Una responsabilità amministrativa concorrente dei vertici dell'ateneo si potrebbe profilare poi, come paventato frequentemente nella giurisprudenza della Corte dei conti, nell'ipotesi in cui gli stessi, qualora entrati a conoscenza dello svolgimento di attività incompatibili da parte di docenti universitari, omettessero di denunciarle, ponendo in essere una condotta omissiva, non soltanto

¹⁷⁵ Corte cost. sent. n. 98/2015.

¹⁷⁶ È opinione generalmente condivisa in dottrina: MORZENTI PELLEGRINI, *op. cit.*, 456; ZAMPINI, *op. cit.*, 55; GUGLIELMINI, *op. cit.*; GIORDANO, *op. cit.*

idonea a configurare un occultamento doloso, ma ad assumere altresì valenza disciplinare, penale, nonché a integrare ipotesi di responsabilità dirigenziale¹⁷⁷.

Al fine di arginare la possibilità che i professori universitari incorrano in responsabilità erariale e che i vertici dell'università possano essere chiamati a risponderne in concorso, emerge l'esigenza che i singoli atenei assolvano agli obblighi di denuncia di fatti che possono dare luogo a responsabilità amministrativa e all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare.

Con riferimento all'obbligo di denuncia di danno erariale, il codice di giustizia contabile disciplina una serie di specifici obblighi che devono essere rispettati anche dalle università. L'art. 52 c.g.c. prevede infatti l'obbligo di denuncia in capo ai responsabili delle strutture burocratiche di vertice, che riguarda qualsiasi fatto del quale gli stessi siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle funzioni, e in capo ai dirigenti o responsabili dei servizi, anche se privi di qualifica dirigenziale, ma soltanto in relazione al settore cui sono preposti. Il medesimo articolo prevede poi un obbligo di denuncia tipizzato e personale, svincolato dal rapporto gerarchico, che incombe direttamente sugli organi di controllo e di revisione delle pubbliche amministrazioni, nonché sui dipendenti incaricati di funzioni ispettive, ciascuno secondo la normativa di settore. I dipendenti pubblici che non rientrano in tali categorie non hanno un obbligo di denuncia, ma un obbligo di segnalare i fatti pregiudizievoli per l'erario dei quali siano venuti a conoscenza ai suddetti superiori, che trova fondamento nel dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina e onore (art. 54 Cost.), nonché nel generale dovere di collaborazione scaturente dall'art. 17, d.P.R. n. 3/1957; resta fermo però che a inoltrare la denuncia saranno tenuti i superiori, in ossequio del principio di "gerarchizzazione" del relativo obbligo¹⁷⁸. In ogni caso, ai sensi dell'art. 54-bis, c. 1, d.lgs. n. 165/2001 il dipendente pubblico che riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione.

Si ricordi inoltre che sulle singole università incombe la doverosità dei controlli in materia di incompatibilità, come si ricava dall'art. 15, d.P.R. n. 382/1980, dove si stabilisce che in caso di violazione delle disposizioni in questa materia, l'università è tenuta a diffidare il docente a cessare dalla situazione di incompatibilità, pena la decadenza d'ufficio. Il legislatore ha infatti previsto tale decadenza nel presupposto che l'ateneo provveda con controlli o strumenti di verifica ad accertare eventuali situazioni di incompatibilità¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Per un attento studio sul tema si rinvia a TENORE, *La responsabilità dirigenziale*, in Tenore-Palamara-Marzocchi Buratti, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2013, 469 ss.

¹⁷⁸ Così TENORE-NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei Conti*, Napoli, 2019, 383 ss.

¹⁷⁹ Così Corte conti sez. Lombardia sent. n. 14/2017, confermata in appello da Corte conti sez. I App. sent. n. 97/2018.

A ciò si aggiungano altresì gli obblighi informativi a cui sono tenute le singole università ai sensi dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001¹⁸⁰. Tale disposizione prescrive infatti che i soggetti pubblici che conferiscono l'incarico devono comunicare l'ammontare del compenso all'amministrazione di appartenenza del dipendente incaricato entro 15 giorni dalla sua erogazione. È inoltre disposto che le P.A. devono comunicare, nel termine di 15 giorni, al Dipartimento della funzione pubblica gli incarichi conferiti o autorizzati, anche a titolo gratuito, ai propri dipendenti, con l'indicazione dell'oggetto dell'incarico e del compenso lordo, ove previsto, nonché i compensi da esse erogati ai propri dipendenti o della cui erogazione abbiano avuto comunicazione dai soggetti di cui al c. 11 della medesima disposizione. Il Dipartimento della funzione pubblica, entro il 31 dicembre di ciascun anno, deve poi trasmettere alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno violato tali obblighi informativi.

Dall'inosservanza di tali discipline possono scaturire varie forme di responsabilità. L'omessa o ritardata denuncia di un danno erariale che abbia fatto prescrivere il diritto al risarcimento (art. 1, c. 3, l. n. 20/1994), ferma la necessaria sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità nei confronti del soggetto al quale è imputabile il fatto dannoso originario¹⁸¹, integra un illecito erariale. Anche quando gli autori del danno erariale siano perseguiti entro il termine prescrizione, l'omessa denuncia, sorretta da dolo o colpa grave, potrà configurare una responsabilità amministrativa, ovvero coloro che dovessero omettere la denuncia potranno essere chiamati in concorso omissivo a rispondere del danno erariale (art. 53, r.d. n. 1214/1934; art. 83, r.d. n. 2440/1923).

Un'eventuale responsabilità erariale concorrente, ferma la necessaria sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito erariale, comporterà in ogni caso l'applicazione dell'art. 1, c. 1-*quater*, l. n. 20/1994, che a tal riguardo sancisce la regola del c.d. "a ciascuno il suo", ovvero il principio di personalità e parziarietà di tale responsabilità, in forza del quale ciascuno dei soggetti risponderà della quota di danno imputabile al medesimo, sulla scorta dell'incidenza causale alla produzione del danno derivante dalla condotta del singolo. La violazione degli specifici obblighi di denuncia potrebbe inoltre eventualmente assumere rilevanza penale, cioè a dire tale inosservanza potrebbe integrare i reati di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), ovvero di rifiuto e omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.), laddove dovessero ricorrere tutti gli elementi costitutivi delle relative fattispecie incriminatrici¹⁸².

Così, le università, in un'ottica di trasparenza ed efficienza, nonché al fine di

¹⁸⁰ Per un'analisi degli obblighi informativi sanciti dall'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 si veda M.A. TILIA, *op. cit.*, 228 ss.

¹⁸¹ Cfr. TENORE-NAPOLI, *op. cit.*, 333 ss.

¹⁸² Cfr. Cass. pen. sez. VI sent. n. 37373/2014 secondo cui il principio di imparzialità (art. 97 Cost.) se riferito all'attività concreta della P.A., che ha l'obbligo di non porre in essere favoritismi e di non privilegiare situazioni personali che confliggono con l'interesse generale della collettività, assume i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p. Per un'analisi dei reati di abuso d'ufficio e di rifiuto e omissione di atti d'ufficio si rinvia a GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Tomo I*, Roma, 2017, 313 ss.

evitare di incorrere in illeciti erariali derivanti da omesse o ritardate denunce, ovvero in illeciti disciplinari, ben potrebbero nell'esercizio della propria potestà normativa prevedere un sistema che disciplini l'adempimento degli obblighi di denuncia e degli obblighi informativi in materia di incompatibilità, individuandone le modalità e i soggetti tenuti alla relativa osservanza.

L'esercizio dei poteri normativi delle università dovrebbe essere valorizzato proprio al fine di integrare e specificare la lacunosa disciplina in materia di incompatibilità, promuovendo poi iniziative formative.

Ciò è stato auspicato anche dal vecchio MIUR con un proprio atto di indirizzo, adottato con la dichiarata finalità di realizzare un intervento volto a consentire un'interpretazione unitaria e conforme in ordine al regime delle attività esterne dei docenti delle università, al fine di uniformare l'applicazione della disciplina vigente in ciascun ateneo, anche alla luce del principio della prevenzione dei conflitti, anche potenziali, di interesse¹⁸³.

Segnatamente, si è suggerito agli atenei di prevedere nei propri regolamenti sistemi di monitoraggio e di supporto tecnico dedicati alla verifica del rispetto delle previsioni di legge nello svolgimento delle attività extra-istituzionali, soprattutto sotto il profilo della necessaria occasionalità di tali attività e della necessaria prevenzione di possibili conflitti di interesse, che possono sorgere anche per attività di consulenza gratuite. A tal fine si è consigliato di richiedere ai professori universitari una comunicazione periodica delle attività di consulenza svolte, contenente una dichiarazione sulla occasionalità e sull'assenza di conflitti di interesse. Ciò è sostenuto anche in dottrina, ove si è evidenziata l'opportunità che i regolamenti di ateneo prevedano specifici limiti quantitativi, oltre che qualitativi con riguardo alle attività extra-istituzionali del docente universitario a tempo pieno, il quale dovrebbe mettere comunque l'ateneo in condizione di valutare la sussistenza di un eventuale conflitto di interessi¹⁸⁴. Anche in presenza di un'attività di consulenza che non necessita di preventiva autorizzazione, si ritiene dunque che sul professore universitario incomberebbe l'obbligo di comunicare, in via preventiva, natura, oggetto e durata dell'incarico, potendo la mancata comunicazione assumere rilevanza disciplinare¹⁸⁵.

Sulla base delle indicazioni offerte dal vecchio MIUR si sostiene inoltre che le università debbano procedere ad adeguare i propri regolamenti di ateneo, prevedendo i presupposti e la disciplina procedurale delle diverse tipologie di attività (incarichi incompatibili, per i quali scatta il collocamento in aspettativa d'ufficio; attività soggette ad autorizzazione rettorale; attività soggette a comunicazione e a monitoraggio; attività libere)¹⁸⁶.

¹⁸³ MIUR, Atto d'indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039, cit.

¹⁸⁴ Così MORZENTI PELLEGRINI, *op. cit.*, 454.

¹⁸⁵ *Ibid.*, 441.

¹⁸⁶ In particolare, secondo l'Atto di indirizzo i regolamenti di ateneo dovranno altresì disciplinare:

L'esigenza di fornire un'interpretazione uniforme a livello regolamentare universitario sulla disciplina delle attività libero-professionali esercitabili o che necessitano di autorizzazione, secondo quanto previsto dalla l. n. 240/2010, è stata manifestata dallo stesso giudice contabile. In diverse occasioni la Corte dei conti ha, infatti, escluso la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al docente universitario a fronte dell'assenza di un adeguato apparato normativo in materia di incompatibilità anche a livello universitario, che è stato ritenuto avere contribuito a creare incertezza intorno allo *status* effettivamente rivestito dal docente universitario e a generare un legittimo affidamento dello stesso sulla propria legittimazione a svolgere l'attività¹⁸⁷.

In questo contesto normativo, al fine di dirimere i dubbi e le incertezze applicative, un ruolo importante non può non essere svolto dai regolamenti di ateneo che ben potrebbero recepire anche l'importante criterio espresso dalla sentenza in commento in ordine all'individuazione del *discrimen* tra attività di consulenza e attività libero-professionale.

In assenza di un quadro normativo generale chiaro, demandando a ciascun ateneo l'individuazione e la disciplina delle fattispecie consentite e incompatibili, l'inconveniente è però rappresentato dal possibile determinarsi di una disparità di trattamento tra professori universitari a seconda dell'università di appartenenza.

Il fondamento di una disciplina diversificata tra i singoli atenei si rinviene tuttavia nell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001. Tale articolo fa riferimento in più parti ai professori universitari. Segnatamente, per i docenti universitari a tempo pieno, il c. 7 rinvia proprio agli statuti e ai regolamenti di ateneo per la disciplina dei criteri e delle procedure per il rilascio dell'autorizzazione. A ciò si aggiunga che il conferimento di tali autorizzazioni, ai sensi del c. 5 del citato art. 53, debba a sua volta fondarsi su "*criteri oggettivi e predefiniti, 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*".

L'art. 53 nel demandare dunque agli statuti e ai regolamenti di ateneo l'individuazione di criteri, ovvero delle procedure per il rilascio di autorizzazioni per lo svolgimento di incarichi retribuiti, fissa anche il limite che gli atenei incontrano nella relativa elaborazione. L'autorizzazione potrà infatti essere concessa solo nei casi in cui non si tratti di attività assolutamente incompatibili secondo le disposizioni del d.P.R. n. 3/1957, ovvero vietate o in contrasto con le disposizioni speciali sullo statuto speciale dei professori universitari, come disciplinato dal d.P.R. n. 382/1980 e dalla l. n. 240/2010 (c.d. legge

le modalità per il collocamento in aspettativa d'ufficio; il procedimento per la richiesta di autorizzazione e le attività istruttorie volte al rilascio/diniego dell'autorizzazione (nonché le attività di verifica periodica che possono anche portare alla revoca della stessa); le modalità di comunicazione e di monitoraggio delle attività di consulenza, volte alla verifica del rispetto del limite dell'occasionalità (anche sotto il profilo della titolarità della partita IVA).

¹⁸⁷ Cfr. Corte conti sez. III App. sent. n. 198/2019 e Corte conti sez. I App. sent. n. 65/2017.

Gelmini). Si tratta, infatti, di un regime speciale inderogabile, tant'è vero che il c. 6 del citato art. 53 prevede la nullità di tutti gli atti e provvedimenti comunque denominati, regolamentari e amministrativi, adottati dalla P.A. di appartenenza in contrasto con il regime autorizzatorio disciplinato dagli altri commi del medesimo articolo.

I regolamenti di ateneo, fermi i limiti ricavabili dal citato art. 53, nel definire i casi di incompatibilità e di conflitto di interessi, come anche gli organi competenti dell'università in sede di conferimento di autorizzazione allo svolgimento di incarichi, dovranno comunque tenere conto dell'impegno complessivo derivante dalle attività extra-istituzionali, in considerazione delle esigenze di servizio da soddisfare.

Del resto, il fondamento del diritto delle università di darsi ordinamenti autonomi, e quindi di una possibile diversificazione, si rinviene nell'art. 33 Cost. che indica al legislatore la coesistenzialità delle singole e distinte università in vista della esplicazione della libertà di ricerca e di insegnamento, riconoscendone la individualità, siccome ambito naturale per l'esercizio di tali libertà, prima ancora che elemento singolo del sistema universitario complessivo¹⁸⁸. Con tale disposizione, il Costituente ha voluto infatti realizzare una vera e propria "enclave" nella normazione primaria, sancendo una riserva di normazione a favore dei singoli atenei, il cui riconoscimento, essendo collegato alla concreta attuazione di valori costituzionali, vincola il legislatore ordinario, tenuto a stabilirne soltanto i limiti entro i quali ne è consentita l'espansione e, di contro, ad arrestarsi di fronte a una più diffusa e articolata regolamentazione della materia¹⁸⁹.

Qualunque futuro intervento legislativo volto a riordinare la disciplina del regime di incompatibilità incontrerà dunque il limite di non potere coprire l'intera materia il cui completamento potrà aversi soltanto da parte delle singole università, attributarie di competenze specializzate e tecnicamente infungibili.

Ciò trova ulteriore conferma nel fatto che la tutela e la garanzia dell'autonomia universitaria si risolve in quella della libertà accademica dei docenti universitari, discendendo dal carattere costituzionale dell'università, quale ente di cultura a struttura associativa, una speciale tutela del suo elemento personale, identificato nei professori universitari¹⁹⁰.

L'attribuzione della potestà regolamentare ai singoli atenei è stata letta poi in stretto collegamento alla potestà disciplinare esercitabile nei confronti dei docenti universitari, sostenendosi che al generale e progressivo decentramento dal centro

¹⁸⁸ Così CASTORINA, *Autonomia universitaria e Stato pluralista*, Milano, 1992, 66. Secondo l'Autore l'ultimo comma dell'art. 33 Cost. prevede un tipo di riserva di legge del tutto singolare, diversa da quella dettata con l'art. 97, nella quale ha parimenti radicato il principio di legalità, con cui ha espresso la carica e il valore autonomistico delle università, coesenziale al sistema pluralista e quale contributo di qualificazione della forma di Stato positivamente accolta.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.13.

¹⁹⁰ MAZZAROLLI, *Professori universitari, Università e garanzia costituzionale dell'autonomia universitaria*, in *QC*, 1997, 1, 86 ss.

verso le università del potere disciplinare dovrebbe accompagnarsi un'attrazione anche della contigua questione del regime di incompatibilità¹⁹¹.

Il richiamo alla potestà disciplinare consente di evidenziare che altresì con riferimento a tale ambito si rileva la necessità di un intervento normativo da parte delle singole università, a fronte delle molteplici criticità che anche questa disciplina pone.

Per quanto attiene alla materia disciplinare, non applicandosi ai professori universitari la disciplina prevista per i dipendenti pubblici "privatizzati" regolata dall'art. 55, d.lgs. n. 165/2001 e dai contratti collettivi, si deve infatti fare riferimento all'art. 10, l. n. 240/2010 che però, dettando soltanto prescrizioni minime sul piano della competenza disciplinare e su quello procedimentale¹⁹², si occupa degli effetti e non delle cause¹⁹³. Per gli aspetti sostanziali del regime disciplinare vi è una sovrapposizione di norme che rende incerto il quadro di riferimento¹⁹⁴. Accanto all'assenza di un *corpus* unitario di norme sui doveri dei docenti universitari¹⁹⁵, si rilevano perplessità anche in ordine alla circostanza che il decentramento del potere disciplinare, non essendo stato accompagnato dalla previsione di adeguate garanzie di terzietà nella costituzione dell'organo disciplinare locale, comporta il rischio di un eccessivo rafforzamento del potere del rettore¹⁹⁶.

A fronte della necessità che tutti gli atenei si dotino di un codice etico, che detti i valori fondamentali della comunità universitaria, promuova il riconoscimento e il rispetto dei diritti individuali, nonché l'accettazione di doveri e responsabilità nei confronti dell'istituzione di appartenenza e stabilisca le regole di condotta nell'ambito della comunità (art. 2, c. 4, l. n. 240/2010), si è rilevato come la relativa adozione rappresenti l'occasione, per le università, per rimediare alla vaghezza delle norme sulla condotta dei docenti, nonché all'indeterminatezza ed elasticità del sistema disciplinare di illeciti e sanzioni¹⁹⁷. Parimenti, è stato auspicato dal vecchio

¹⁹¹ MORZENTI PELLEGRINI, *op. cit.*, 440.

¹⁹² Cfr. TENORE, *Profili ricostruttivi del procedimento disciplinare nei confronti dei professori universitari a cinque anni dalla riforma Gelmini*, in *www.giustamm.it*. Secondo l'Autore per tutti i profili non regolati dall'art. 10, l. n. 240/2010, oltre che ai principi generali sui sistemi disciplinari, si dovrebbe fare applicazione, nei limiti della compatibilità, agli istituti della l. n. 241/1990, stante la incontestata natura amministrativa del procedimento disciplinare nei confronti dei professori universitari.

¹⁹³ Così MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare dei docenti universitari dopo la legge Gelmini*, in *GDA*, 2013, 1, 97.

¹⁹⁴ Cfr. FERLUGA, *I doveri dei professori e ricercatori universitari e il regime delle sanzioni tra norme disciplinari e codici etici*, in questa *Rivista*, 2016, 3-4, 459.

¹⁹⁵ *Ibid.*, 469 ss. Secondo l'Autore dall'analisi delle fonti in materia di doveri accademici e di obblighi di servizio dei professori universitari, in ragione della specificità della funzione esercitata, si ricava la possibilità di distinguere tra doveri afferenti all'attività didattica, all'attività di ricerca e all'attività istituzionale.

¹⁹⁶ PORTALURI, *Note de iure condendo sul procedimento disciplinare nei confronti dei docenti universitari*, in *www.federalismi.it*.

¹⁹⁷ MATTARELLA, *op. cit.*, 100. L'Autore sottolinea come l'importanza della previsione dei codici

MIUR che le università, con i propri statuti e regolamenti, intervengano sulla composizione del Collegio di disciplina, prevedendo la nomina di commissari in prevalenza esterni all'ateneo e la restante componente elettiva, nonché provvedano all'adozione di un documento unico, in modo da superare il problema di coordinamento tra il codice etico e il codice di comportamento¹⁹⁸.

In dottrina si sottolinea però come i codici emanati finora dalle università contengano enunciazioni di principio molto generali e poco utili in sede applicativa, limitandosi spesso a recepire il dato normativo, rilevando pertanto la necessità di una loro modifica, attraverso l'introduzione di regole di condotta più stringenti e chiare, che da un lato rendano più prevedibile e trasparente l'esercizio del potere disciplinare e dall'altro consentano di porre le premesse per una maggiore utilizzazione della responsabilità disciplinare, quale importante strumento di difesa preventiva contro la commissione di illeciti più gravi¹⁹⁹.

Ciò si rende ancora più necessario se si considera che da un lato la potestà disciplinare trova fondamento nell'esigenza di assicurare l'autoregolamentazione dell'ordinamento interno delle università, a garanzia tanto della credibilità e affidabilità sociale dell'istituzione stessa, quanto del decoro e del prestigio dei singoli professori, e dall'altro la sua attivazione risulta essere obbligatoria, nonostante si registri no stasi nell'esercizio dell'azione disciplinare negli atenei²⁰⁰.

Il ricorso alla reazione disciplinare, oltre dunque a configurarsi come forma di tutela non soltanto degli interessi dell'ateneo ma di quelli dell'intera comunità scientifica e degli interessi pubblici connessi alle funzioni del docente universitario²⁰¹, è obbligatorio²⁰², a pena di illecito disciplinare e penale dell'organo competente inerte²⁰³.

etici, per il settore universitario, sia maggiore che per altri settori, proprio per la vaghezza delle risalenti norme che hanno regolato fino a ora la condotta dei docenti universitari.

¹⁹⁸ MIUR, Atto d'indirizzo 14 maggio 2018, prot. n. 0000039, cit. Cfr. anche *Ibidem*, secondo l'Autore l'uso dell'espressione "codice etico", piuttosto che quella "codice di comportamento", presente nelle norme generali sul pubblico impiego, non va enfatizzata in quanto i codici sono previsti dalla legge e contribuiscono a definire obblighi giuridicamente rilevanti la cui violazione può assumere rilevanza disciplinare (oltre che civile, amministrativo e perfino penale). In ogni caso l'art. 2, c. 4, l. n. 240/2010 è ritenuta disposizione prevalente per specialità rispetto alla previsione afferente ai codici di comportamento contenuta all'art. 54, d.lgs. n. 165/2001.

¹⁹⁹ *Ibidem*. Cfr. anche FERLUGA, *op. cit.*, 480. L'Autore sottolinea, infatti, che dall'obbligo degli atenei di prevedere un regime sanzionatorio in caso di violazione del codice etico discenderebbe il valore anche giuridico, non solo etico, delle disposizioni in esse contenute.

²⁰⁰ Così TENORE, *Profili ricostruttivi*, cit.

²⁰¹ MATTARELLA, *op. cit.*, 101. Secondo l'Autore, infatti, appare preferibile la tesi estensiva secondo la quale le previsioni dei codici etici, la cui violazione può assumere valenza disciplinare, devono ritenersi poste a tutela degli interessi dell'intera comunità scientifica

²⁰² Sulla obbligatorietà dell'azione disciplinare nel pubblico impiego: VIOLA, *Il procedimento disciplinare dei docenti universitari dopo la riforma Gelmini*, in questa *Rivista*, 2010, 5, 1002 ss.; PORTALURI, *op. cit.*; TENORE, *Studio sul procedimento*, cit., 169 ss. Cfr. anche Cass. sez. lav. n. 5317/2017.

Se la potestà disciplinare può essere utilizzata come efficace strumento afflittivo-sanzionatorio idoneo a fungere da deterrente²⁰⁴ alla violazione della disciplina in materia di attività extra-istituzionali da parte dei professori universitari, ciò non può valere, di contro, anche con riferimento alla responsabilità amministrativa, quale reazione anch'essa imposta dall'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 unitamente a quella disciplinare.

L'inosservanza del regime di incompatibilità da parte dei docenti universitari, ferme le conseguenze sancite dal citato art. 53, tuttavia non può autorizzare un ricorso alla responsabilità erariale con finalità puramente sanzionatoria, come spesso accade nella giurisprudenza contabile con riferimento alla configurabilità della responsabilità del docente universitario a tempo pieno legata alla percezione della differenza di trattamento economico con il regime di impiego a tempo definito, ovvero a fronte della mera violazione del regime di incompatibilità.

Del resto, le stesse Sezioni Riunite della Corte dei conti hanno ribadito la natura pienamente risarcitoria e restitutoria dell'ordinaria responsabilità non tipizzata, benché sia in essa insita anche una funzione di deterrenza, riconoscendo parimenti tale natura all'ipotesi tipizzata di responsabilità per omesso versamento dei compensi indebitamente percepiti²⁰⁵.

Anche con riferimento alla responsabilità erariale dei professori universitari per violazione del regime di incompatibilità la stessa potrà dunque esplicitare un'efficacia deterrente²⁰⁶, ma soltanto nei limiti in cui assolverà alla propria funzione riparatoria, reintegrando l'erario per il danno effettivamente subito²⁰⁷.

²⁰³ TENORE, *Profili ricostruttivi*, cit.

²⁰⁴ Sulle finalità perseguite dalla responsabilità disciplinare e sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale si rinvia a TENORE, *Studio sul procedimento*, cit., 62 ss.

²⁰⁵ Corte conti sez. un. *QM* sent. n. 26/2019.

²⁰⁶ Sul ruolo della responsabilità amministrativa quale strumento di contrasto e prevenzione alla cattiva amministrazione si rinvia a MORZENTI PELLEGRINI, *La responsabilità amministrativa tra funzione di deterrenza e di garanzia nelle ipotesi di cattiva amministrazione: un'introduzione*, in Andreis-Morzenti Pellegrini (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, 2 ss.

²⁰⁷ Cfr. Cass. sez. un. ord. n. 1414/2019 che ha ribadito lo scopo risarcitorio del giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti.