

ATTIVITÀ EXTRAISTITUZIONALI RETRIBUITE SVOLTE DAL DIPENDENTE PUBBLICO IN ASSENZA DI AUTORIZZAZIONE DATORIALE: CONSEGUENZE E NORMATIVA CEDU

di Luca Busico (*)

Abstract: L'art. 53, cc. 7 e 7-bis, del d.lgs. n. 165/2001 disciplina la condotta illecita del dipendente pubblico che espleta attività esterne non debitamente autorizzate dall'amministrazione di appartenenza. Lo studio analizza la compatibilità di tale normativa con le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Article 53, Paragraphs 7 and 7-bis of Legislative Decree n. 165/2001 regulates the unlawful conduct of a public employee who carries out activities non duly authorized by his administration. The study analyzes the compatibility of this legislation with the provisions of Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms.

Sommario: 1. *Le incompatibilità nel pubblico impiego.* – 2. *Le conseguenze a carico del dipendente pubblico per le attività esterne retribuite svolte in carenza di autorizzazione.* – 3. *La compatibilità dell'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001 con la normativa Cedu.* – 4. *Art. 53, c. 7-bis, del d.lgs. n. 165/2001 e doppio binario giurisdizionale.*

1. *Le incompatibilità nel pubblico impiego*

Il rapporto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche è storicamente caratterizzato da specifiche incompatibilità con altre attività, incarichi e impieghi.

La *ratio* di tale caratterizzazione va rinvenuta, secondo la costante giurisprudenza (1) e parte della dottrina (2), nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa, espresso dall'art. 98, c. 1, Cost., in forza del quale "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione" (3).

La normativa generale sulle incompatibilità nel pubblico impiego per lungo tempo era costituita unicamente dagli articoli da 60 a 65 del testo unico sugli impiegati civili dello Stato, approvato con d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, che recano una disciplina molto restrittiva in tema di svolgimento da parte dei dipendenti statali di attività e incarichi ulteriori estranei all'attività istituzionale. Per le amministrazioni pubbliche non statali vigevano disposizioni analoghe, o che facevano espresso rinvio a quelle del d.p.r. n. 3/1957 (per i dipendenti degli enti pubblici nazionali non economici l'art. 8 della l. 20 marzo 1975, n. 70; per i dipendenti degli enti locali l'art. 241 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383).

A seguito del processo di privatizzazione del lavoro pubblico è stata introdotta dall'art. 58 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, una nuova disciplina delle incompatibilità e degli incarichi esterni dei dipendenti pubblici meno restrittiva di quella dettata dal d.p.r. n. 3/1957. Le previsioni contenute nel predetto art. 58 sono state poi trasfuse nell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, più volte modificato negli anni successivi.

Il comma 1 dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 estende la disciplina del d.p.r. n. 3/1957, applicabile agli impiegati civili dello Stato, a tutti i dipendenti pubblici, sia in regime di diritto pubblico, sia in regime di diritto privato, compresi quelli per i quali vigeva in precedenza una disciplina speciale.

La permanenza della normativa in materia di incompatibilità e cumulo di impieghi anche per le categorie privatizzate rimarca la peculiarità dell'impiego presso le pubbliche amministrazioni: nonostante la privatizzazione resta pur sempre vigente il precetto dell'art. 98 Cost. a giustificare quel legame più intenso ed esclusivo con il datore di lavoro pubblico, cui consegue una sorta di potere d'ingerenza di quest'ultimo sulla gestione del tempo non lavorato del dipendente.

(*) L. Busico è coordinatore della Direzione del personale dell'Università degli studi di Pisa.

(1) Cfr.: Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 25 gennaio 2013, n. 96, in *Foro amm.-Tar.*, 2013, 179; Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 25 novembre 2014, n. 216, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, 336, con nota di M. Di Rollo, *Conseguenze sanzionatorie delle attività retribuite svolte dai dipendenti pubblici presso terzi*; Sez. giur. reg. Veneto, 13 settembre 2017, n. 102; Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 4 gennaio 2019, n. 10; Corte conti, Sez. II centr. app., 4 giugno 2019, n. 194; Cass., Sez. lav., 25 giugno 2020, n. 11626; Cons. Stato, Sez. III, 2 febbraio 2021, n. 948; Sez. VII, 28 settembre 2022, n. 8372.

(2) Cfr.: A. Guariso, *Incompatibilità del pubblico dipendente: l'impossibile quadratura del cerchio*, in *Riv. critica dir. lav.*, 1997, 701; A. Falcone, *Il part-time nel pubblico impiego (tra incompatibilità e controlli)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 527; V. Tenore, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, *ivi*, 2007, 1097. In senso opposto L. Zoppoli, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Torino, Giappichelli, 1998, secondo il quale il sistema delle incompatibilità dei dipendenti pubblici è del tutto indipendente dall'art. 98 Cost., che riguarda i doveri dell'impiegato nell'adempimento delle proprie funzioni.

(3) Cfr.: C. De Fiores, *"I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione"? Brevi considerazioni sulla dimensione costituzionale del pubblico impiego tra privatizzazione del rapporto di lavoro e revisione del titolo V*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 149; V. Tenore, *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione: riflessioni sull'art.98 Cost.*, in questa *Rivista*, 2022, 3, 3.

Dalla lettura dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 emerge, come in più occasioni rilevato dalla giurisprudenza (4), l'individuazione da parte del legislatore di una tripartizione delle attività extraistituzionali:

a) al primo comma sono indicate le attività assolutamente incompatibili con l'impiego alle dipendenze di una pubblica amministrazione e non autorizzabili, che sono quelle di cui all'art. 60 del d.p.r. n. 3/1957;

b) al settimo comma sono indicate le attività relativamente incompatibili, che sono espletabili dal dipendente pubblico previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza;

c) al sesto comma sono elencate le attività liberalizzate, il cui esercizio non necessita della previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, in quanto espressione di fondamentali libertà costituzionali.

Con riferimento alle attività assolutamente incompatibili il legislatore ha previsto una sorta di anticipazione della tutela, simile a quella operata in materia penale per i cosiddetti "reati di pericolo", non lasciando all'amministrazione di appartenenza margini discrezionali nella valutazione in concreto di situazioni di conflitto e nella verifica dell'incidenza sull'attività istituzionale, ed escludendone, *a priori*, la possibilità di esercizio; con riferimento alle attività relativamente incompatibili, invece, il legislatore ha rimesso all'amministrazione di appartenenza la valutazione in concreto, caso per caso, della sussistenza di situazioni di conflitto, sia in termini di reale connotazione della tipologia di attività, sia in termini di impegno lavorativo; per le attività liberamente esercitabili la circostanza che esse siano espressione di fondamentali libertà costituzionali ha indotto il legislatore, nel bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco, a prescindere da una valutazione in concreto da parte dell'amministrazione di appartenenza dell'eventuale incidenza negativa sulla prestazione lavorativa.

Le attività relativamente incompatibili si caratterizzano per non essere vietate, ma sottoposte a un regime autorizzatorio: in particolare il comma 7 dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 dispone che i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza (5).

Sul piano procedurale è il comma 10 dell'art. 53 a regolamentare le modalità di richiesta e di rilascio dell'autorizzazione, prevedendo che "l'autorizzazione, di cui ai commi precedenti, deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico; può, altresì, essere richiesta dal dipendente interessato". La formulazione della norma, non proprio felicissima, che utilizza il verbo "deve" per i soggetti conferenti e il verbo "può" per il dipendente interessato, non deve indurre a ritenere che l'obbligo di richiedere l'autorizzazione ricada esclusivamente sui soggetti conferenti l'incarico, in quanto, come evidenziato dalla giurisprudenza (6), anche il dipendente interessato ha, comunque, l'onere, oltre che l'interesse (in quanto soggetto, ai sensi dei cc. 7 e 7-bis dell'art. 53, a varie forme di responsabilità), prima di iniziare l'attività extralavorativa, di accertarsi che l'autorizzazione sia stata richiesta dall'ente conferente e rilasciata dalla propria amministrazione.

L'autorizzazione richiede la forma scritta e deve essere adeguatamente motivata al fine di consentire un efficace controllo sul corretto esercizio delle prerogative dell'amministrazione nella valutazione di eventuali situazioni di conflittualità tra l'incarico da espletare e gli interessi della struttura di appartenenza, nonché della compatibilità dell'impegno richiesto dall'incarico con le mansioni e le posizioni di responsabilità proprie dell'ufficio ricoperto (7). Ne consegue che non sono ammissibili, né invocabili in sede giudiziale, autorizzazioni implicite (8), o autorizzazioni verbali intervenute sulla base di intese tra ente committente e amministrazione di appartenenza del dipendente (9).

2. Le conseguenze a carico del dipendente pubblico per le attività esterne retribuite svolte in carenza di autorizzazione

L'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 detta un regime sanzionatorio molto rigoroso per il caso di inosservanza della prescritta normativa autorizzatoria da parte dei dipendenti pubblici (10).

Il comma 7 dispone che in tale caso, 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

(4) Cfr.: Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, n. 216/2014, cit.; 16 aprile 2015, n. 54; Sez. II centr. app., n. 194/2019, cit.; Sez. giur. reg. Siciliana, 11 marzo 2020, n. 142; Cass., Sez. lav., 1 dicembre 2020, n. 27420, in *Lav. giur.*, 2021, 313, con nota di G. Treglia; Corte conti, Sez. II centr. app., 26 maggio 2021, n. 165.

(5) Cfr. M. D'Aponte, *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, 965.

(6) Cfr.: Corte conti, Sez. giur. reg. Piemonte, 12 luglio 2016, n. 235; Sez. giur. reg. Toscana, 25 maggio 2016, n. 134; Tar Calabria, Reggio Calabria, 14 marzo 2017, n. 195; Corte conti, Sez. III centr. app., 19 dicembre 2019, n. 264; Cons. Stato, Sez. II, 5 maggio 2021, n. 3521; Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 27 luglio 2021, n. 281.

(7) Cfr.: Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 13 aprile 2017, n. 79; Sez. giur. reg. Abruzzo, 1 luglio 2020, n. 59; Sez. giur. reg. Emilia-Romagna, 17 giugno 2021, n. 225.

(8) Cfr.: Corte conti, Sez. giur. Trentino Alto-Adige, Bolzano, 27 novembre 2020, n. 51; Sez. app. reg. Siciliana, 11 maggio 2021, n. 75; Cons. Stato, Sez. IV, 17 giugno 2021, n. 4669; Corte conti, Sez. II centr. app., 8 luglio 2022, n. 305.

(9) Cfr.: Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 2 ottobre 2019, n. 418; Sez. III centr. app., 22 marzo 2021, n. 91.

(10) Cfr.: M.T. D'Urso, *Incarichi extraistituzionali retribuiti svolti da dipendenti pubblici in assenza di preventiva autorizzazione e responsabilità erariale*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 96; L. Iocca, *Lo svolgimento di incarichi non autorizzati: l'obbligo di restituzione tra doppio binario giurisdizionale, molteplicità dei profili di danno e natura dell'attività extraistituzionale svolta*, *ivi*, 2022, 3, 161.

perceutore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

Il dipendente pubblico che ha infranto il divieto di svolgere incarichi esterni senza essersi munito della necessaria preventiva autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza è chiamato a rispondere significativamente su più fronti in termini di responsabilità amministrativa, disciplinare, erariale, ivi compresa quella di ordine penale (11) lasciata residuare dall'inciso "salve le più gravi sanzioni", che l'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001 contiene al suo interno.

Il fulcro della norma è costituito dal versamento all'amministrazione di appartenenza del compenso dovuto al dipendente per l'espletamento di attività extraistituzionale in carenza di autorizzazione datoriale.

Il meccanismo di versamento del compenso poggia su un regime di responsabilità alternativa tra l'ente beneficiario della prestazione (soggetto terzo ed estraneo al rapporto di lavoro) e il dipendente perceutore, che scatta a seconda della circostanza che quest'ultimo sia stato già remunerato o meno.

È chiaro, infatti, che, se l'ente che beneficia delle prestazioni non autorizzate non ha ancora remunerato il dipendente, le somme relative sono ancora nella sua disponibilità materiale e giuridica ed è legittimo imporgli di versarle all'amministrazione di appartenenza, altrimenti si avvantaggerebbe di un ingiustificato arricchimento, nonostante abbia illegittimamente consentito l'effettuazione della prestazione in assenza di autorizzazione. Quando, invece, il dipendente ha già percepito il compenso, è altrettanto legittimo ritenere che sia tenuto, in via esclusiva, a versare le somme, senza farsi luogo ad alcuna preventiva escussione nei riguardi dell'ente erogante, che, altrimenti, verrebbe a trovarsi nella paradossale situazione di essere tenuto all'effettuazione del pagamento per ben due volte: una prima volta a titolo di compenso al dipendente, una seconda volta all'amministrazione di appartenenza. Non è, infatti, un caso che la legge, proprio al fine di dare un ordine logico e cronologico agli eventi, utilizzi i termini "erogante" e "perceutore", individuando in tal modo il soggetto obbligato a rifondere il compenso frutto dell'incarico non autorizzato in colui il quale ne abbia la materiale disponibilità, o perché lo deve ancora erogare, o perché lo ha già percepito (12).

Come hanno evidenziato le Sezioni riunite della Corte dei conti (13), l'obbligo di versamento all'amministrazione del compenso non ancora corrisposto dall'ente conferente, o indebitamente percepito dal dipendente, ha natura sanzionatoria della violazione dell'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001, posto a protezione dei beni costituzionalmente tutelati dell'imparzialità del dipendente pubblico e dell'esclusività del servizio pubblico, in quanto commisura il sacrificio economico, in una sorta di contrappasso, proprio all'esatto importo indebitamente percepito dal dipendente e, in tal modo, ha un indubbio carattere di dissuasione dall'intraprendere la condotta vietata.

La giurisprudenza, inoltre, ha escluso la configurazione di sanzione disciplinare dell'obbligo di versamento del compenso sulla base dell'inciso "salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare", nonché dell'imposizione *in primis* all'erogante, ossia un soggetto estraneo al rapporto di lavoro, e, in difetto, al dipendente (14). Ne consegue che la richiesta di versamento del compenso è un atto dovuto da parte dell'amministrazione (15), che non necessita di previa contestazione disciplinare, né di comunicazione di avvio del procedimento.

In base alla previsione dell'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001, la condotta del dipendente pubblico che svolge attività extraistituzionali in carenza di autorizzazione datoriale assume anche rilievo disciplinare.

Nei procedimenti disciplinari attivati per condotte poste in violazione dell'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001 è particolarmente importante l'utilizzazione del parametro della proporzionalità tra fatto contestato e sanzione, che impone all'organo disciplinare la valutazione della specifica attività incompatibile, la durata, la consistenza e l'intensità della stessa, nonché l'eventuale concorrenzialità con quelle dell'amministrazione, l'espletamento in periodi di aspettativa non retribuita o di sospensione cautelare dal servizio, il ruolo ricoperto dal dipendente presso l'amministrazione, l'eventuale *clamor* del fatto presso la collettività (16). La Cassazione ha, a tal proposito, affermato che la sistematica violazione da parte del dipendente pubblico dell'obbligo di richiedere l'autorizzazione per lo svolgimento di attività

(11) Cfr. Cass. pen., Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 41, in *Dir. prat. lav.*, 2020, 986, secondo cui commette il reato di truffa l'ispettore del lavoro che svolge presso enti privati incarichi retribuiti di formatore in materia di sicurezza, in concomitanza o di assenze per malattia o di presenza al lavoro, ottenendo la corresponsione del trattamento di malattia o della retribuzione a fronte di attività non prestata.

(12) Cfr.: Tar Veneto, Sez. I, 11 novembre 2014, n. 1375, in *Foro amm.*, 2014, 2898; Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 20 marzo 2015, n. 42; Sez. giur. reg. Veneto, n. 102/2017, cit.; Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 24 gennaio 2018, n. 200, in *Foro amm.*, 2018, 59; Cons. Stato, Sez. I, 2 dicembre 2019, n. 3045; Corte conti, Sez. II centr. app., 14 febbraio 2020, n. 37; Cons. Stato, Sez. II, 27 maggio 2021, n. 4091; Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 25 marzo 2022, n. 171.

(13) Cfr. Corte conti, Sez. riun. giur., 31 luglio 2019, n. 26, in questa *Rivista*, 2019, 5, 179, con nota di A.M. Quaglini, *Svolgimento di incarichi non autorizzati e responsabilità erariale*.

(14) Cfr.: Trib. Milano 28 dicembre 2006, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 266; Cass., Sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7343, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2348; Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, n. 96/2013, cit.; Tar Lazio, Roma, Sez. I-bis, 24 marzo 2016, n. 3753; App. Torino 28 settembre 2016, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 322, con nota di B. Caponetti, *Sulle conseguenze previdenziali della violazione della disciplina del cumulo di incarichi nel pubblico impiego*; Cons. Stato, Sez. I, n. 3045/2019, cit.; Sez. II, 11 luglio 2022, n. 5807.

(15) Cfr.: Cons. Stato, Sez. II, 14 luglio 2012, n. 3233; Sez. I, 5 marzo 2019, n. 671; Tar Marche, Sez. I, 20 luglio 2020, n. 469; Cons. Stato, Sez. VII, n. 8372/2022, cit.

(16) Cfr.: App. Bologna 4 luglio 2008, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 369, con nota di M. Cottone, *Legittima la sanzione disciplinare in un caso di incompatibilità nel pubblico impiego*; Cass., Sez. lav., 11 luglio 2016, n. 14103; 7 maggio 2019, n. 11949; 8 novembre 2019, n. 28940; 25 luglio 2022, n. 23213.

esterna può costituire una condotta idonea, per la sua gravità, a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario e, quindi, a giustificare la sanzione espulsiva del licenziamento (17).

3. La compatibilità dell'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001 con la normativa Cedu

Le difese dei dipendenti pubblici coinvolti in contenziosi erariali hanno in alcune occasioni sollevato questioni di conformità della disciplina sinteticamente descritta dell'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001 alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu).

È stato, anzitutto, sostenuto che l'obbligo di versamento all'amministrazione del compenso non ancora corrisposto dall'ente conferente, o indebitamente percepito dal dipendente, introdurrebbe un precetto ontologicamente penale (una sorta di "confisca" (18), o "sanzione espropriativa") non già a fronte di un fatto di reato, ma di una violazione di una normativa meramente lavoristica.

Al fine di valutare il pregio o meno di tale argomento difensivo occorre confrontarsi con gli indirizzi giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di sanzione penale, la cui individuazione è rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dagli articoli 6 (equo processo) e 7 (principio di legalità dei reati e delle pene e divieto di applicazione retroattiva) della Convenzione (19). Come è stato efficacemente evidenziato (20), si tratta di un affascinante, ma impervio terreno.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a partire dal 1976 con il noto caso Engel (21), una sanzione, anche laddove non sia individuata come tale dall'ordinamento interno, è qualificata come penale sulla base di due criteri sostanziali, tra loro alternativi e non cumulativi: 1) il carattere generale della norma, che deve essere rivolta alla generalità dei consociati, e lo scopo dalla stessa perseguito non meramente risarcitorio o compensativo, ma punitivo-deterrente; 2) l'afflittività, vale a dire la significatività del sacrificio imposto al destinatario. In base a tale impostazione sostanzialistica il riconoscimento del carattere penale di una norma sanzionatoria e la conseguente applicazione per l'incolpato delle garanzie convenzionali avverso l'azione penale prescindono dalla qualificazione giuridica attribuita dall'ordinamento nazionale (civile, amministrativa, disciplinare) e si concentra sull'effettiva natura della sanzione e sulla sua reale capacità afflittiva.

La finalità perseguita dalla corte sovranazionale è quella di scongiurare che i vari processi di depenalizzazione, avviati negli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso dagli Stati aderenti, possano produrre l'effetto di sottrarre gli illeciti depenalizzati alle garanzie sostanziali assicurate dagli articoli 6 e 7 della Convenzione.

A questo punto occorre valutare, alla luce dei citati "criteri Engel", la natura dell'obbligo di versamento all'amministrazione del compenso, di cui all'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001.

La Corte dei conti, basandosi proprio sulla giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo (22), ha osservato che l'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001 regola un illecito chiaramente amministrativo, non solo formalmente, ma anche ontologicamente, in quanto non sanziona un fatto-reato, non consegue all'accertamento giudiziale di un reato e non produce effetti penali, non creando uno *status* di condannato fortemente afflittivo della personalità (23). Inoltre, sempre secondo il giudice contabile, mentre l'illecito penale (e le relative sanzioni, anche pecuniarie) abbraccia fatti di elevata offensività, l'illecito amministrativo riguarda offese minori di beni (anche costituzionali), per cui è

(17) Cfr.: Cass., Sez. lav., 4 dicembre 2017, n. 28975; 21 agosto 2018, n. 20888.

(18) Sulla confisca cfr. T. Trinchera, *Confisca e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 826, con numerosi richiami dottrinali e giurisprudenziali.

(19) Cfr.: C.E. Paliero, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894; F. Mazzacuva, *La materia penale e "il doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, *ivi*, 2013, 1889; F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2014, 337; P. Moscarini, *Il concetto europeo d'"infrazione penale" e la concorrenza fra i sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 91; F. Palazzo, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è sostanzialmente penale?*, in *Cass. pen.*, 2018, 461.

(20) Cfr. C. Bonzano, *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo... o quasi*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 51.

(21) Cfr. Corte Edu 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, relativa a sanzioni disciplinari dell'ordinamento militare olandese, che prevedevano la collocazione, per una durata variabile dai tre ai sei mesi, in un'unità disciplinare, caratterizzata dalla significativa compressione della libertà personale.;

(22) Cfr. Corte Edu 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1053, con nota di M. Allena, *Il caso "Grande Stevens" c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*; annotata da G. Abbadessa, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di "pena" e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 543; da V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il "ne bis in idem" nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, 1196. In tale pronuncia la Corte sovranazionale ha stabilito che le sanzioni irrogate dalla Consob, qualificate nell'ordinamento italiano come di natura amministrativa, avrebbero in realtà natura penale per il loro carattere repressivo e la notevole severità.

(23) Cfr.: Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, n. 216/2014, cit.; Sez. giur. reg. Piemonte, 9 luglio 2018, n. 70; Sez. giur. reg. Lombardia, 31 ottobre 2018, n. 216; 7 maggio 2019, n. 94; Sez. giur. reg. Piemonte, 27 maggio 2020, n. 26. Alcune perplessità rispetto a tale orientamento sono state espresse da F. Goisis, *Giudizio di responsabilità avanti alla Corte dei conti e art. 6 Cedu: una riflessione a fronte del codice della giustizia contabile*, in questa *Rivista*, 2017, 1-2, 695. Conforme all'orientamento del giudice contabile è Cons. Stato, Sez. VII, 30 dicembre 2022, n. 11714.

palese e indubitabile che l'espletamento di un'attività extraistituzionale in carenza di autorizzazione datoriale non ha certo elevata offensività e, pertanto, ben si presta ad una sanzione non penale.

In sede contenziosa è stata, inoltre, prospettata dalle difese dei dipendenti pubblici la violazione da parte dell'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001 del principio del "*ne bis in idem*", sancito dall'art. 4 del protocollo n. 7 allegato alla Cedu, secondo cui nessuno può essere perseguito o punito penalmente dalle giurisdizioni dello stesso Stato in ragione di un reato per il quale è già stato assolto o condannato con una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale vigente presso lo Stato medesimo (24): l'art. 53, c. 7, contrasterebbe col suddetto principio, in quanto prevede per il medesimo fatto posto in essere dal dipendente pubblico (lo svolgimento di attività extraistituzionale in carenza di autorizzazione datoriale) una duplicità di sanzioni (il versamento all'amministrazione di appartenenza di quanto percepito *contra legem* e la sanzione disciplinare) (25).

La Corte costituzionale ha più volte sottolineato come il "*ne bis in idem*", implicito nel testo costituzionale (artt. 24 e 111 Cost.) ed esplicito in quello convenzionale, miri ad impedire all'imputato non solo la duplicazione di sanzioni penali per il medesimo fatto, ma ancor prima la duplicazione di processi, causa di ulteriori sofferenze e costi economici (26).

Tenuto conto che tra i presupposti individuati dai giudici di Strasburgo per l'applicazione del citato principio figura la natura penale di entrambi i procedimenti, cui un soggetto viene sottoposto (27), anche a voler considerare la natura penale del versamento del compenso *ex art.* 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001, occorre indagare brevemente sulla natura delle sanzioni disciplinari.

Proprio sulla base dei citati "criteri Engel" la giurisprudenza amministrativa (28) e lavoristica (29) hanno sempre escluso la natura penale delle sanzioni disciplinari, in quanto sono strettamente correlate al potere direttivo del datore di lavoro, inteso come potere di conformazione della prestazione alle esigenze organizzative dell'impresa o dell'ente, che comprende anche la reazione alle condotte del lavoratore costituenti inadempimento contrattuale. La previsione della sanzione disciplinare non è posta a presidio di interessi primari della collettività, tutelabili *erga omnes*, né assolve alla funzione preventiva propria della pena, in quanto l'interesse che persegue, anche qualora i fatti commessi integrino illecito penale, è sempre quello del datore di lavoro al corretto adempimento delle obbligazioni scaturenti dal rapporto. Tale indirizzo ha trovato avallo nella concorde giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, fatta eccezione per i regimi disciplinari contemplanti sanzioni restrittive della libertà personale (30), la responsabilità disciplinare non può essere assimilata a quella penale, anche laddove si concreti nell'irrogazione di sanzioni a carattere espulsivo (licenziamento, destituzione, radiazione) (31).

Il compatto panorama giurisprudenziale nazionale e sovranazionale ha incontrato delle critiche in dottrina volte a evidenziare l'eterogeneità dei vari sistemi disciplinari, nonché l'idoneità di alcuni di essi a sfociare in provvedimenti sanzionatori fortemente incisivi sulla sfera giuridica dei destinatari (32).

Con riferimento alla duplicità di sanzioni (il versamento all'amministrazione di appartenenza di quanto percepito *contra legem* e la sanzione disciplinare) dall'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001, la Corte dei conti, oltre a condividere il citato indirizzo giurisprudenziale in tema di sanzioni disciplinari, ha altresì sottolineato che uno Stato può imporre una doppia sanzione (fiscale e penale, amministrativa e penale, amministrativa e disciplinare) per gli stessi fatti, senza ledere il principio del "*ne bis in idem*", purché le misure punitive abbiano diversa natura e diversi fini: nel caso della

(24) Fra i numerosi contributi sul principio del *ne bis in idem* cfr.: B. Piattoli, *Ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, 2007, 2642; T. Rafaraci, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, 857; G.M. Flick, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, 2014, 939; E. Bindi, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio tra giudici nazionali e sovranazionali*, in <www.federalismi.it>, 12 settembre 2018; P.P. Paulesu, *Il ne bis in idem processuale nell'orizzonte della Cedu: uno sguardo d'insieme*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1197.

(25) Cfr. V. Tenore, *Considerazione sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza Cedu 4 marzo 2014 "Gabetti-Grande Stevens" sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale*, in <www.lexitalia.it>, 17 febbraio 2016.

(26) Cfr.: Corte cost. 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. it.*, 2016, 2240, con nota di R. Calò, *La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, annotata da D. Pulitanò, *La Corte costituzionale sul "ne bis in idem"*, in *Cass. pen.*, 2017, 60; 16 giugno 2022, n. 149, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1381, con nota di S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*.

(27) Cfr., *ex multis*, Corte Edu 1 ottobre 2020, ric. n. 37697/13, *Prina c. Romania*, *ivi*, 2020, 1533.

(28) Cfr.: Cons. Stato, Sez. I, 31 luglio 2017, n. 1824; Tar Toscana, Sez. I, 16 gennaio 2019, n. 99; Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2021, n. 1663, in *Giur. it.*, 2021, 1042; Tar Puglia, Bari, Sez. I, 7 gennaio 2022, n. 33.

(29) Cfr.; Cass., Sez. lav., 26 ottobre 2017, n. 25485, in <www.ilgiuslavorista.it>, 13 marzo 2018, con nota di S. Apa, *Sanzioni disciplinari e Corte Edu: rapporto tra procedimento disciplinare e penale e limiti applicativi del ne bis in idem*; 13 dicembre 2022, n. 36456.

(30) Cfr. C. Carino, *Sanzioni disciplinari penitenziarie e sanzioni penali, tra matière pénale e ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2019, 709.

(31) Cfr.: Corte Edu, 13 settembre 2007, ric. n. 27521/04, *Moulllet c. Francia*, secondo cui il collocamento coattivo in pensione, sebbene sia la più dura misura sulla scala delle sanzioni disciplinari, è una sanzione caratteristica di un illecito disciplinare, che non può essere confusa con una sanzione penale; 22 ottobre 2020, ric. nn. 59389/16 e 59392/16, *Faller e Steinmetz c. Francia*, in *Arch. pen.*, 2020, 7, con nota di G. Gaeta, che ha escluso la natura penale della sanzione disciplinare di interdizione temporanea dall'esercizio della professione medica irrogata dall'Ordine dei medici.

(32) Cfr.: A. Procaccino, *Assesamenti e osmosi nazionali sul bis in idem*, in *Giur. it.*, 2019, 1476; R. Rudoni, *Sanzioni disciplinari a carico di avvocati e confini mobili della "materia penale": spunti critico-ricostruttivi della giurisprudenza convenzionale e delle relative ricadute sull'ordinamento interno*, in <www.osservatorioaic.it>, 6 luglio 2021.

disposizione citata la sanzione disciplinare è finalizzata a tutelare il corretto svolgimento del rapporto di lavoro, la restituzione del compenso percepito mira, invece, alla salvaguardia degli interessi finanziari e patrimoniali dell'amministrazione (33). A supporto di ciò il giudice contabile ha, altresì, evidenziato come nell'ambito del pubblico impiego privatizzato sono assai frequenti, ed anzi crescenti, le previsioni normative volte a valorizzare la pluri-illiceità di talune condotte di pubblici dipendenti, che si possono tradurre, per il medesimo fatto, in illecito penale, disciplinare, civile, erariale e, persino, in responsabilità dirigenziale *ex art. 21 del d.lgs. n. 165/2001*.

4. Art. 53, c. 7-bis, del d.lgs. n. 165/2001 e doppio binario giurisdizionale

Come esposto nel precedente paragrafo, l'espletamento di attività extraistituzionale da parte di un dipendente pubblico in assenza di autorizzazione datoriale comporta, in base all'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001, il versamento del compenso dovuto, a cura dell'ente erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. Il successivo comma 7-bis dell'art. 53, introdotto dalla l. n. 190/2012 (c.d. "legge anticorruzione"), dispone che il mancato versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti.

L'applicazione dei commi 7 e 7-bis dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 è stata oggetto di numerosi contenziosi e conseguentemente di ampia elaborazione da parte della giurisprudenza circa l'individuazione del giudice munito di giurisdizione nelle controversie relative all'omesso versamento dei compensi indebitamente percepiti dal dipendente pubblico per incarichi extraistituzionali espletati in carenza di autorizzazione.

Sulla questione le pronunce più recenti della Corte di cassazione (34) hanno affermato che:

1) la controversia avente ad oggetto l'azione avviata dall'amministrazione per ottenere il versamento delle somme percepite dal proprio dipendente nello svolgimento di un incarico extraistituzionale non autorizzato appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre allorché l'azione per l'omesso versamento delle somme indebitamente percepite dal dipendente venga promossa dal procuratore contabile, sussiste la giurisdizione della Corte dei conti;

2) una volta che il procuratore contabile abbia promosso la suddetta azione di responsabilità, è precluso all'amministrazione l'esercizio di quella volta a far valere l'inadempimento degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, dovendosi escludere, sia per la necessità di evitare conflitti fra giudicati, sia per il divieto del "*bis in idem*", una duplicità di azioni attivate contestualmente, che, seppure con la specificità propria di ciascuna di esse, siano volte a conseguire, dinanzi al giudice munito di giurisdizione, l'identico *petitum* in danno del medesimo soggetto obbligato in base a un'unica fonte legale.

La corte regolatrice ammette, pertanto, un possibile concorso tra l'azione civile, esercitata dall'amministrazione di fronte al giudice ordinario, e l'azione erariale, attivata dalla procura regionale contabile dinanzi alle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti (35). Tale soluzione, non riguardante solo la fattispecie normativa in commento, si colloca nell'area del c.d. "doppio binario" giurisdizionale, che contempla l'eventualità della giurisdizione ordinaria in concorso con quella contabile (36).

L'alternatività tra le due azioni, che esclude la violazione del principio del "*ne bis in idem*", è giustificata dalla Suprema Corte con la diversità di funzione e di presupposti delle stesse: l'azione contabile è teleologicamente orientata alla tutela dell'interesse pubblico generale, ravvisato nel buon andamento della pubblica amministrazione e nel corretto impiego delle risorse pubbliche (artt. 97 e 81 Cost.), l'azione civile, invece, è volta alla tutela dell'interesse particolare della singola amministrazione, ossia al pieno ristoro del danno sofferto; l'azione contabile ha una funzione prevalentemente sanzionatoria, a differenza di quella civile, che risponde ad esigenze riparatorie e integralmente compensative.

La soluzione seguita dalla Cassazione si presta a qualche critica (37).

Anzitutto, l'affermazione circa la diversa finalità delle due azioni poggia su una visione datata della responsabilità civile: la dottrina da tempo ha aperto la strada ad una concezione polifunzionale della responsabilità civile, che si

(33) Cfr. nt. 23.

(34) Cfr.: Cass., S.U., 26 agosto 2019, n. 21692, in questa *Rivista*, 2019, 5, 236; 14 gennaio 2020, n. 415, in *Foro it.*, 2020, I, 2090, con nota di G. D'Auria (in una controversia che non riguardava propriamente incarichi retribuiti non autorizzati, ma un caso di incompatibilità assoluta); 7 aprile 2020, n. 7737, in questa *Rivista*, 2020, 3, 216, con nota di C. Imposimato, annotata da E. Fratto Rossi Grippaudo, *Il nuovo riparto di giurisdizione sull'azione di recupero dei compensi percepiti per incarichi non autorizzati*, *ibidem*, 4, 293; 8 luglio 2020, n. 14237; 5 agosto 2020, n. 16722, *ibidem*, 6, 259, con nota di A.M. Quaglini; 23 febbraio 2021, n. 4852; 9 marzo 2021, n. 6473; 26 marzo 2021, n. 8570; 5 novembre 2021, n. 32199; 15 febbraio 2022, n. 4871; 30 maggio 2022, n. 17523; 24 giugno 2022, n. 20459. Quest'ultima pronuncia precisa che non si pone la questione dell'alternatività delle azioni quando l'amministrazione si limita a formulare richieste stragiudiziali di pagamento e a comunicare l'intendimento di dar corso al procedimento di recupero.

(35) Cfr.: E. Fratto Rossi Grippaudo, *op. cit.*; L. Iocca, *op. cit.*

(36) Cfr.: E. Romani, *Il sistema del doppio binario civile e contabile in materia di responsabilità*, in <www.federalismi.it>, 16 giugno 2021; V. Tenore, *Lo stato della giurisdizione della Corte dei conti tra "doppio binario", "ne bis in idem" e questioni varie in materia di responsabilità e pensioni*, in questa *Rivista*, 2021, 3, 3; P. Santoro, *Negazionismo del bis in idem, processi paralleli e doppie condanne. L'emarginazione della responsabilità per danno erariale*, *ivi*, 26; F. Pinto, *Per un nuovo modello del giudizio contabile: riflessioni in tema di doppio binario e ruolo delle amministrazioni non statali*, in <www.federalismi.it>, 6 aprile 2022.

(37) Cfr. nt. 36.

proietta verso più aree, tra cui anche quella deterrente e quella sanzionatoria (38). Di tale esteso dibattito dottrinale hanno tenuto conto anche le Sezioni unite della Corte di cassazione, che, dopo un consolidato indirizzo di segno contrario (39), hanno ammesso che l'istituto della responsabilità civile presenta accanto alla preponderante e primaria funzione compensativa e riparatoria anche quella preventiva (deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva (40). Nelle pronunce in punto di giurisdizione sull'art. 53, c. 7-bis, del d.lgs. n. 165/2001 le Sezioni unite medesime sembrano quasi mettere in un angolo la suddetta apertura sulla polifunzionalità della responsabilità civile.

Inoltre, la postulata alternatività opera tra due azioni aventi differenti regole: *a)* il meccanismo di attivazione, a domanda nell'azione civile, d'ufficio nell'azione contabile; *b)* la non trasmissibilità agli eredi operante solo per l'azione contabile; *c)* la prescrizione, decennale per l'azione civile, quinquennale per l'azione contabile; *d)* la riduzione dell'addebito operante solo in sede contabile; *e)* i gradi di giudizio, tre in sede civile, due in sede contabile.

Infine, la scelta tra le due azioni viene rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, che potrebbe esercitarla anche a scopo punitivo o vessatorio nei confronti dell'agente, viste le differenti regole di ognuna.

Come è stato efficacemente evidenziato (41), non si vede la ragione di consentire l'alternatività tra i due giudizi, soprattutto tenendo conto che per il convenuto, che è innanzitutto un cittadino, la sola instaurazione del processo assume di per sé valenza afflittiva, onerosa sul piano economico e morale.

* * *

(38) Tra gli innumerevoli contributi in tema di evoluzione della responsabilità civile cfr.: P. Perlingieri, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 115; R. Simone, *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Questione giust.*, 2018, 1, 136; M. Bussani, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 264; C. Salvi, *Quali funzioni per la responsabilità civile?*, in *Danno e resp.*, 2022, 137; D. Busnelli, *Responsabilità aquiliana e diritto giurisprudenziale positivo*, ivi, 571.

(39) Cfr.: Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota di G. Ponzanelli, *Danni punitivi: no, grazie*, secondo cui "nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante"; Cass., Sez. I, 17 febbraio 2012, n. 1781, in *Corriere giur.*, 2012, 1068, con nota di P. Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, secondo cui "nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso".

(40) Cfr. Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787, con nota di A. Di Majo, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, annotata da C. Scognamiglio in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1109; da M. La Torre, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, G. Corsi, *Le Sezioni unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di "punitive damages"*, G. Ponzanelli, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017, 421 ss., da A.M. Quagliani, *Sull'ingresso dei "danni punitivi" nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2017, 3-4, 520.

(41) Cfr. P. Santoro, *op. cit.*