



www.fondazioneinarcassa.it

3

DIPENDENTI PUBBLICI E INCARICHI EXTRAISTITUZIONALI / ANALISI MULTIDISCIPLINARE DEL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE

Collezione Editoriale **Fondazione Inarcassa**

Centro di ricerca sulle Amministrazioni
pubbliche "V. Bachelet" – Luiss Guido Carli

DIPENDENTI PUBBLICI E INCARICHI
EXTRAISTITUZIONALI
**ANALISI MULTIDISCIPLINARE
DEL QUADRO NORMATIVO E
GIURISPRUDENZIALE**



**Dipendenti pubblici e incarichi
extraistituzionali**

Analisi multidisciplinare del quadro normativo e
giurisprudenziale

Centro di ricerca sulle Amministrazioni
pubbliche "V. Bachelet" – Luiss Guido Carli



Prefazione di Franco Fietta

L'indagine promossa all'interno di questa ricerca, sviluppata, sotto il coordinamento del professore Bernardo Giorgio Mattarella, dal Centro di Ricerca sulle Amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet" della Università Luiss Guido Carli, si interroga sull'impatto del fenomeno del doppio lavoro sulla libera professione. L'interesse verso il focus della ricerca affonda certamente le sue radici nella mission istituzionale della Fondazione Inarcassa, ovvero assicurare gli spazi necessari per l'esercizio della libera professione nel mercato dei servizi della progettazione e, ove possibile, contrastare abusi.

Nel corso dei decenni, l'impianto normativo che regola la materia degli incarichi extraistituzionali ai dipendenti pubblici ha mostrato tutta la sua debolezza e permeabilità ad evidenti situazioni di conflitto di interesse. Quanto espresso dal comma 1 dell'art. 98 della nostra Costituzione: "I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione", come si evince tra le pagine dello studio, ha subito un rapido "temperamento", complice una legislazione in materia che ha favorito interpretazioni talvolta contraddittorie. Dalla lettura dello studio emerge, in primo luogo, la necessità di fare chiarezza sul regime autorizzativo e catalogo di eccezioni che consentono oggi ai dipendenti pubblici di svolgere un secondo lavoro, talvolta nel medesimo ambito operativo del primo. In questo contesto - e qui cresce l'attenzione della Fondazione Inarcassa - il doppio lavoro alimenta una concorrenza sleale nei confronti, in particolar modo, di coloro che svolgono la libera professione in forma esclusiva.

"La libera professione non è nemica della pubblica amministrazione, ma una valida alleata", è stato ripetuto da più voci nel corso dell'evento di presentazione della ricerca tenutosi lo scorso mese di luglio. Affinché, però, il rapporto tra libera professione e pubblica amministrazione resti leale e di reciproca collaborazione, occorre che ognuna di esse operi senza condizionamenti nel proprio ambito di competenza.

Iniziamo, allora, dalla riduzione degli incentivi della pubblica amministrazione per le attività connesse alla progettazione, per dirottarle sulle funzioni di programmazione e controllo. Pubblica amministrazione e libera professione, ciascuna nel suo ruolo e con le sue competenze, per rendere il paese più efficiente e competitivo.

INDICE

Abstract	8
Introduzione metodologica	20
	<i>di Bernardo Giorgio Mattarella</i>
Parte I – Profili di lavoro pubblico (contrattualizzato e in regime di diritto pubblico)	24
1. Le incompatibilità e il divieto di cumulo impieghi: la disciplina dell’art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001 e la giurisprudenza costituzionale	24
	<i>di Daniela Bolognino e Giovanna Perniciaro</i>
1. Introduzione: il perimetro di indagine.	24
2. Gli incarichi extra-istituzionali con incompatibilità assoluta.	25
3. Gli incarichi extra-istituzionali con incompatibilità relativa: disciplina, procedimento di richiesta autorizzazione e sanzioni in caso di violazione.	29
4. Gli incarichi non soggetti ad alcuna autorizzazione	31
5. Il part-time: eccezione generale al regime di incompatibilità. Part-time e ulteriori limitazioni all’iscrizione all’albo avvocati.	31
6. La giurisprudenza della Corte costituzionale (con particolare riguardo al part-time e alle “eccezioni”).	35
2. Le discipline nei comparti scuola, università e sanità (rapporto di dipendenza pubblica e svolgimento di attività libero-professionali)	40
	<i>di Aldo Pardi</i>
1. Il comparto scuola.	40
2. Il comparto università.	44
3. Il comparto sanità.	47
3. Analisi dei regolamenti delle amministrazioni pubbliche	52
	<i>di Elena Zennaro e Simone Neri</i>
1. Introduzione	52
2. Analisi dei regolamenti per il personale contrattualizzato	53
2.1 Elementi soggettivi: soggetti destinatari e diverse regolazioni delle autorizzazioni	
2.2. Elementi oggettivi: incarichi incompatibili, non soggetti ad autorizzazione e autorizzabili	
2.3. La procedura di autorizzazione	
2.4. Il controllo	
2.5. Le sanzioni	
3. Amministrazioni in regime di diritto pubblico	59
3.1. Personale dei vigili del fuoco	
3.2. I magistrati: ordinari e amministrativi	
3.3. Gli avvocati e i procuratori dello Stato	
3.4. Le università	

4. Conclusioni	65
4. Responsabilità per danno erariale nell'art. 53, commi 7 e 7-bis, d.lgs. n. 165 del 2001: analisi della giurisprudenza della Corte dei conti	68
<i>di Luna Aristei, Olga Cosentino e Luca Golisano</i>	
1. L'art. 53, comma 7 e 7-bis. Ratio della norma e dell'obbligo di preventiva autorizzazione degli incarichi.	68
2. La responsabilità per violazione dei commi 7 e 7-bis: responsabilità risarcitoria o sanzionatoria?	72
3. I riflessi della responsabilità sul riparto di giurisdizione tra Corte di Cassazione e Corte dei conti.	74
3.1 I presupposti della giurisdizione contabile.	
3.2. I presupposti della giurisdizione ordinaria e amministrativa.	
3.3. L'autonomia delle azioni di recupero ed erariale alla luce del principio del <i>bis in idem</i> .	
4. Conclusioni e considerazioni finali.	81
5. L'obbligo di comunicazione in caso di incarichi extra-istituzionali e l'analisi dei dati dell'Anagrafe delle prestazioni.	84
<i>di Agostino Sola</i>	
1. Introduzione. Le tipologie di obblighi di comunicazione previsti dall'art. 53, commi 12 – 16-bis, d.lgs. n. 165/2001.	84
2. L'Anagrafe delle prestazioni e gli incarichi oggetto degli obblighi di comunicazione	88
3. L'analisi dei dati contenuti nell'Anagrafe delle prestazioni.	89
4. Conclusioni.	98
Parte II - Profili di diritto del lavoro	100
1. Lavoro autonomo, coordinato, occasionale	100
<i>di Antonio Riccio, Stefano Reali, Antonio Riefoli e Ilenia Torella</i>	
<i>Redatto sotto la supervisione di Edoardo Ales</i>	
1. Il lavoro autonomo tra privato e pubblico.	100
1.1 Il contratto d'opera (art. 2222 cc).	
1.2 L'esercizio delle professioni intellettuali (art. 2229 cc).	
1.3 Le collaborazioni autonome coordinate e continuative (409 c.p.c.)	
1.4 Il lavoro autonomo nella PA (art. 7 del D. Lgs. n. 165 del 2001).	
2. Evoluzione del quadro normativo in materia di lavoro occasionale.	112
2.1 Sulla nozione lavoristica di lavoro autonomo occasionale	
2.2 Le "prestazioni occasionali autonome" dal D. Lgs. n. 276/2003 al D. Lgs. 81/2015.	

2.3 Le “prestazioni occasionali” dal d.lgs. n. 276/2003 al D.L. n. 50/2017: il contratto di prestazione occasionale e il libretto famiglia.	
3. Lavoro autonomo professionale e lavoro autonomo occasionale	119
3.1 Profilo fiscale (abitudine/occasionalità)	
3.2 Profilo previdenziale	
4. L’obbligo di fedeltà nel lavoro pubblico	130
Parte III – Il Codice dei contratti pubblici	134
L’affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria nel <i>ginepraio</i> delle norme sui contratti pubblici.	134
di Gianfrancesco Fidone e Maria Elena Faia	
1. La disciplina dei contratti pubblici all’alba del terzo Codice.	134
2. L’oggetto dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria e in particolare sulla progettazione, nella disciplina del Codice di cui al d.lgs. 50/2016 (cenni).	137
2.1. Il ricorso alle risorse interne alla stazione appaltante e l’affidamento esterno.	
2.2. Le modalità dell’affidamento ai soggetti esterni all’amministrazione.	
3. La progettazione nel regime delle disposizioni speciali.	144
4. Le novità del nuovo Codice: tra innovazione e conservazione	146
5. Conclusioni	148

Abstract

ricerca: ***“Dipendenti pubblici e incarichi extraistituzionali. Analisi multidisciplinare del quadro normativo e giurisprudenziale”.***

La ricerca *“Dipendenti pubblici e incarichi extraistituzionali. Analisi multidisciplinare del quadro normativo e giurisprudenziale”* è stata sviluppata dal Centro di Ricerca sulle Amministrazioni pubbliche “V. Bachelet” della Luiss Guido Carli, con il coordinamento di Bernardo Giorgio Mattarella, da un gruppo di ricercatori e studiosi a composizione multidisciplinare (in ordine alfabetico, per i profili di lavoro pubblico (contrattualizzato e in regime di diritto pubblico): Luna Aristei, Daniela Bolognino, Olga Cosentino, Luca Golisano, Simone Neri, Aldo Pardi, Giovanna Perniciaro, Agostino Sola, Elena Zennaro. Per i profili di diritto del lavoro: Edoardo Ales, Antonio Riccio, Stefano Reali, Antonio Riefoli e Ilenia Torella; per i profili di diritto dei contratti pubblici: Gianfrancesco Fidone e Maria Elena Faia).

La ricerca affronta una tematica, ampia, articolata e complessa sotto tre diversi profili, quello del: *i)* diritto del lavoro pubblico, contrattualizzato e in regime di diritto pubblico; *ii)* diritto del lavoro privato; *iii)* diritto dei contratti pubblici, con specifico riferimento all’affidamento degli incarichi di progettazione.

Quanto ai **profili di lavoro pubblico**, punto centrale della ricerca è l’analisi della disciplina delle incompatibilità e del cumulo di impieghi e incarichi di cui all’art. 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che costituisce un’applicazione e allo stesso tempo un temperamento del principio di esclusività di cui all’art. 98 della Costituzione; escludendo che il dipendente pubblico svolga una attività lavorativa che per intensità e continuità lo distolga dal servizio e dal perseguimento di interessi generali dell’amministrazione a favore di interessi economici professionali alternativi.

La disciplina dell’art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, applicabile a tutti i lavori pubblici – sia contrattualizzati sia in regime di diritto pubblico (ex art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001) – delinea tanto i divieti, quanto gli spazi per lo svolgimento di incarichi c.d. extraistituzionali da parte dei dipendenti pubblici, ossia quegli

incarichi che non rientrano nei compiti e doveri d'ufficio.

Viene dunque analizzata la disciplina **degli incarichi extra-istituzionali a incompatibilità assoluta** (divieto di svolgimento di attività lavorative lucrative che hanno carattere di abitudine e professionalità; divieto di cumulo degli impieghi pubblici; divieto di incarichi in conflitto di interessi e divieto di revolving doors), definendo il quadro normativo di riferimento, che emerge dal combinato disposto di una pluralità di disposizioni, anche *ante* decreto legislativo n. 165 del 2001 e dallo stesso richiamate; il regime di sanzioni per la violazione dei suddetti divieti, nonché gli orientamenti giurisprudenziali applicativi.

Con riferimento agli incarichi extraistituzionali a incompatibilità assoluta, si analizza poi **l'eccezione a carattere generale a tale regime di incompatibilità, ossia la legge 23 dicembre 196, n. 662**, che consente a tutti i dipendenti dei comparti (esclusi il personale militare, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della dirigenza pubblica, anche contrattualizzata), la costituzione del **rapporto di lavoro a tempo parziale**.

Ai lavoratori in c.d. *part-time* con prestazione lavorativa non superiore al 50% non trovano applicazione alcuni tipi di incompatibilità assolute, sicché tali dipendenti pubblici possono svolgere attività lavorative lucrative che hanno carattere di abitudine e professionalità ed essere iscritti agli albi professionali, in forza della abrogazione dei divieti in tal senso ad opera dell'art. 1, comma 56-bis, l. n. 662 del 1996.

Sebbene tali dipendenti possano esercitare attività professionale, si evidenzia un articolato quadro normativo di divieti al conferimento e assunzione di incarichi da parte delle amministrazioni pubbliche, che trova da ultimo una eccezione maggiormente restrittiva per gli avvocati, in forza dello speciale regime di incompatibilità con la professione forense (da ultimo ex art. 18, legge 31 dicembre 2012, n. 247). Con riferimento a tale divieto si dà conto dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Uniche eccezioni al divieto di iscrizione all'albo avvocati per i dipendenti pubblici, anche in *part-time* sono: *i)* gli avvocati che esercitano attività legale per gli enti pubblici; *ii)* le discipline speciali per docenti universitari e delle scuole. Tali **discipline speciali** sono state analizzate compiutamente (in particolare per i **comparti Scuola, Università e Sanità**) nell'ambito della ricerca.

L'analisi è stata particolarmente interessante in quanto tali discipline costituiscono un regime appunto "speciale" alternativo all'applicazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001 con disposizioni di favore previste per lo svolgimento di attività libero-professionale. La metodologia d'analisi seguita ha comparato il quadro normativo a carattere generale, analizzando dunque gli incarichi extraistituzionali caratterizzati da incompatibilità assoluta e

relativa e le attività liberamente esercitabili.

Si esamina poi la disciplina degli **incarichi extra-istituzionali a incompatibilità relativa**, che possono essere svolti dal personale in *full time* e in *part-time* con prestazione lavorativa superiore al 50%, previa autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza. In particolare, attraverso una analisi casistica è stato esaminato il quadro regolamentare sia delle amministrazioni centrali e territoriali, per il personale c.d. contrattualizzato, sia di specifiche categorie professionali (magistrati, avvocati dello Stato, professori universitari), in regime di diritto pubblico.

Ne è emerso un quadro regolamentare articolato che pone una serie di limiti, che vanno dal numero di incarichi autorizzabili nell'arco dell'anno, al limite orario, al limite di retribuzione, ai divieti di svolgimento nell'orario di lavoro e una serie di casistiche predeterminate volte a evitare la compromissione dell'attività di servizio.

Il tutto si accompagna ad una rigorosa procedura per le richieste di autorizzazioni, la cui violazione comporta sanzioni in capo al dipendente che ha svolto l'incarico in assenza o in difformità rispetto a quanto autorizzato, al funzionario responsabile del procedimento e all'ente pubblico o privato che ha affidato l'incarico.

Con riferimento alle sanzioni si analizza la disciplina della responsabilità amministrativa per danno erariale in caso di violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, dove si approfondisce sia: *i)* la natura della responsabilità di cui ai commi 7 e 7-bis, del suddetto articolo alla luce della evoluzione della giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte di Cassazione; *ii)* il conseguente importante tema del riparto di giurisdizione.

Si evidenziano poi i casi di **incarichi extraistituzionali che l'articolo 53, comma 6, decreto legislativo n. 165 del 2001 individua come liberamente esercitabili**, che tuttavia nei regolamenti esaminati sono soggetti ad obbligo di comunicazione, affinché l'amministrazione possa accertare l'assenza del conflitto di interessi.

Ne emerge un quadro normativo ampiamente stratificato, a livello nazionale e di singola amministrazione, per un fenomeno che - con riferimento agli incarichi autorizzabili (incompatibilità relativa) o liberamente esercitabili - dà vita ad un fenomeno di portata tutto sommato limitata. Ciò emerge dalla analisi dei dati estrapolati dalla c.d. Anagrafe delle prestazioni, prendendo come riferimento l'orizzonte temporale a partire dal 2020 e i dati emergenti dall'ultima relazione annuale al Parlamento del Dipartimento della funzione pubblica - Presidenza del Consiglio dei Ministri, che hanno consentito una lettura ragionata sull'ampiezza del fenomeno e l'applicazione degli istituti oggetto di questa ricerca (per un estratto dei dati

si veda l'allegato n. 1 a questo abstract). Per tali profili di analisi non appare opportuno un intervento di modifica normativa sull'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, salve e ferme restando le considerazioni sui criteri di definizione del carattere occasionale o professionale dell'attività di cui si dà ampiamente conto nella seconda parte della ricerca.

Ciò a cui occorre prestare attenzione è la rigorosa attuazione del quadro normativo vigente per la parte di lavoro pubblico, che è rimessa alle singole amministrazioni, e la cui violazione comporta l'emersione di responsabilità disciplinari e amministrative per danno all'erario, ampiamente indagate nella ricerca.

Quanto ai **profili di diritto del lavoro**, nella ricerca si affrontano le principali questioni riguardanti gli aspetti lavoristici, previdenziali e fiscali relativi alla perimetrazione giuridica della possibilità per i dipendenti pubblici di svolgere attività di lavoro autonomo in favore di altri committenti.

In particolare, anche in ragione delle evidenze raggiunte nella prima parte della ricerca, il fulcro delle riflessioni lavoristiche è rappresentato dal tema del lavoro autonomo occasionale. A tal fine, la prima parte è dedicata a un riepilogo delle regole, principalmente definitorie, riguardanti il lavoro autonomo, anche nel versante della professione intellettuale, delle collaborazioni autonome e della disciplina specifica dettata per il ricorso al lavoro autonomo da parte delle pubbliche amministrazioni. Alla luce di tale quadro, nella seconda parte, si affronta il tema della definizione, non unica né uniforme, di occasionalità lavoristica per poi giungere, nella terza, alla nozione fiscale e a quella previdenziale di occasionalità.

Come evidenziato nella prima parte della ricerca l'art. 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 costituisce un'applicazione e allo stesso tempo un temperamento del principio di esclusività di cui all'art. 98 della Costituzione, escludendo che il dipendente pubblico possa svolgere una attività lavorativa che, per intensità e continuità, lo distolga dal servizio e dal perseguimento di interessi generali dell'amministrazione a favore di interessi economici professionali alternativi.

La disciplina dell'art. 53 TUPL delinea dunque tanto i divieti, quanto gli spazi per lo svolgimento di incarichi c.d. extraistituzionali da parte dei dipendenti pubblici.

L'attenzione della seconda parte della ricerca si concentra dunque sul quadro normativo riguardante la possibilità, per i dipendenti pubblici a tempo pieno (o con part-time superiore al 50%), di svolgere attività c.d. esterne e soggette a procedure di autorizzazione preventiva da parte dell'amministrazione.

Come è noto, infatti, sebbene l'art. 53, richiamando l'art. 60 del d.P.R. n. 3/57, sancisca per tali dipendenti il divieto di svolgimento di ulteriori attività

di lavoro subordinato e libero-professionale, ciò non vuol dire che agli stessi sia del tutto preclusa la possibilità di svolgere ulteriori attività in favore di altri committenti.

Tale possibilità, come è noto, può concretizzarsi nella conclusione di un contratto ricadente nell'area del lavoro autonomo e la decifrazione del quadro normativo e regolamentare che la investe risulta particolarmente problematica.

Stando all'enunciato dell'art. 60 del d.P.R. n. 3/57, il dipendente pubblico non può *"esercitare attività commerciali, industriali, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro"*.

Dal riferimento letterale alla impossibilità di svolgere "alcuna professione" si può desumere che ciò che l'ordinamento, in negativo, vieta al pubblico dipendente è di svolgere attività che presentino i caratteri della professionalità e, dunque e di controcanto, al medesimo dipendente può essere consentito, in positivo, lo svolgimento di attività (esclusivamente di natura autonoma) che non presentino, per l'appunto, i caratteri della professionalità ma quelli della occasionalità.

È proprio intorno al significato giuridico delle espressioni "professionalità" e "occasionalità", tuttavia, che si segnalano le principali difficoltà esegetiche affrontate nella parte lavoristica della ricerca.

Infatti, nel nostro ordinamento non è rintracciabile una definizione legale di professionalità e le uniche definizioni presenti nell'area del lavoro autonomo, quella di prestazione d'opera (art. 2222 c.c.) e di prestazione d'opera intellettuale (art. 2229 c.c.), non risultano di grande utilità ai nostri fini. Anzi, da un lato, strutturalmente il lavoro autonomo può consistere in una prestazione che ben può concludersi *uno-actu*; dall'altro, data la finalità del divieto di svolgere altre professioni, sarebbe arduo immaginare che esso possa essere interpretato nel senso di vietare esclusivamente le professioni regolamentate per le quali è richiesta l'iscrizione in albi o elenchi.

Allo stesso modo, poi, la legge non si preoccupa di offrire una definizione lavoristica (civilistica) di lavoro autonomo occasionale.

Anche le nozioni fiscali e previdenziali di professionalità/occasionalità risultano derivare, più che da una attenta definizione legale, da una serie di interpretazioni offerte da dottrina, giurisprudenza e amministrazioni competenti (finanziaria e previdenziale).

Naturalmente, infatti, constatare l'assenza di definizioni legali, non vuol dire che dottrina e giurisprudenza non abbiano avuto modo, nel tempo, di offrire riflessioni sul tema che risultano di estremo interesse ai nostri fini. Così, la letteratura e la casistica giurisprudenziale sulle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., sebbene rivolta principalmente al discernimento tra collaborazioni autonome e lavoro subordinato, ha avuto

per oggetto anche la distinzione tra lavoro autonomo tutelato e non, ossia, appunto, tra collaborazioni autonome e lavoro autonomo occasionale. Riflessioni, queste, incentrate sulla ricerca del significato e della portata giuridica dei termini continuità e coordinamento.

Così come, nella casistica giurisprudenziale e amministrativa in materia previdenziale e fiscale, si richiamano, con accenti più o meno marcati, i caratteri della “abitudine, sistematicità/non occasionalità e continuità” per definire come professionale (a fini fiscali o previdenziali) l’esercizio di una certa attività senza “necessità che tale attività sia svolta in modo permanente ed esclusivo”. Tali definizioni (dottrinarie, giurisprudenziali, amministrative), sebbene evidenzino tratti interpretativi comuni, risultano a volte non univoche né uniformi.

In carenza di specifiche definizioni legali, appare, quindi, comprensibile il ricorso da parte delle Pp.Aa., nei regolamenti disciplinanti le attività extra-istituzionali, a parametri/soglie economico-quantitativi oltre i quali non possono essere concesse autorizzazioni. Nondimeno, va sottolineato che tali parametri non rappresentano, allo stato attuale, criteri di definizione del carattere occasionale o professionale dell’attività. Tuttavia, si segnala il rischio che, data l’incertezza normativa riguardante la definizione del binomio “occasionalità/professionalità”, questi finiscano per rappresentare gli unici parametri oggettivi in vista della concessione o del diniego dell’autorizzazione a svolgere attività esterne.

Quanto ai **profili di diritto dei contratti pubblici** si parte dalla evidenza che la loro regolazione è divenuta un vero e proprio ginepraio, dove in meno di venti anni, si sono succeduti tre Codici dei Contratti Pubblici. I primi due Codici sono stati ritenuti ostacoli al raggiungimento del risultato, inteso come tempestività ed efficienza dell’attività amministrativa legata all’acquisto di beni e servizi, tanto che si sono rese necessarie deroghe, sospensioni e norme speciali.

La riforma del diritto dei contratti pubblici è collegata alle prescrizioni del PNRR. Una prima parte di tali prescrizioni è stata recepita con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito in convertito in l. 29 luglio 2021, n.108), recante *“Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”*. In secondo luogo, in ottemperanza alle prescrizioni derivanti dal PNRR, il legislatore nazionale, con l. 21 giugno 2022, n. 78, ha delegato il Governo ad adottare *“uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici”*. L’esecutivo ha provveduto in tal senso mediante l’adozione del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

Il nuovo Codice di cui al d.lgs. 36/2023, nell’auspicio di tutti, potrebbe

mettere fine ad una stagione di tanta incertezza e confusione, che ha causato rallentamenti e inefficienza. La sua bandiera è il principio di risultato, affermato in modo esplicito al comma 1 dell'art. 1. Ma non è scontato che sarà così, gli ostacoli sono molti e la riforma è ancora da completare, basti pensare al tema centrale della qualificazione delle stazioni appaltanti o all'attuazione della digitalizzazione.

Indubbiamente, la razionalizzazione delle norme e degli stessi provvedimenti attuativi del Codice, con il superamento del sistema delle Linee Guida dell'ANAC, sicuramente porteranno certezza e stabilità al sistema, compreso il mercato dei servizi di architettura ed ingegneria.

In tale contesto, il tema della progettazione occupa un posto centrale. È chiaro che buone opere sono possibili solo con buoni progetti. È anche chiaro che i buoni progetti devono avere tempi rapidi e non ostacolare la celere realizzazione delle opere.

In questo senso, si pongono molte delle innovazioni del nuovo codice: su tutte la riduzione dei livelli di progetto da tre a due; la generalizzazione dell'ammissibilità dell'appalto integrato (affidamento dei lavori sulla base del solo progetto di fattibilità, con esecutivo a carico dell'appaltatore); l'elevamento delle soglie per l'affidamento diretto e per le procedure semplificate del sotto soglia. Tali disposizioni, certamente, corrispondono ad un'esigenza di rapidità ed efficacia dell'attività amministrativa.

Per altro verso, per quanto attiene ai soggetti destinatari degli affidamenti delle attività di architettura ed ingegneria, il nuovo Codice si pone in continuità con quello precedente. Non si riscontrano, infatti, sostanziali novità. Dunque, nel nuovo Codice abbiamo elementi di novità e ragioni di continuità.

Parimenti alla previgente disciplina, il Codice 36/2023 non prevede condizioni la cui ricorrenza si renda necessaria ai fini del conferimento di incarichi interni, ovvero, esterni di progettazione. Simile mancanza è stata a più riprese lamentata dal Consiglio di Stato con riferimento alla disciplina recata dal Codice del 2016. I giudici amministrativi invitavano in tale sede l'esecutivo a *"valutare l'opportunità di correzione in ordine all'art. 24, comma 1, del codice, nella parte in cui, a differenza della previgente disciplina, non pone un ordine di priorità tra progettazione interna ed esterna, e direzione dei lavori interna ed esterna a favore della prima"* (Cons. Stato, parere dell'adunanza della Commissione speciale 3 novembre 2016, n. 2282). Le predette considerazioni sono state altresì disattese dal legislatore del 2023. In ultimo la ricerca evidenzia un paio di perplessità.

La prima legata all'elevamento della soglia per gli affidamenti diretti, certamente ispirato a ragioni di celerità e di risultato, ma forse eccessivo. La soglia dei 150.000 Euro per i progetti appare particolarmente elevata, con probabile pregiudizio della concorrenzialità del settore.

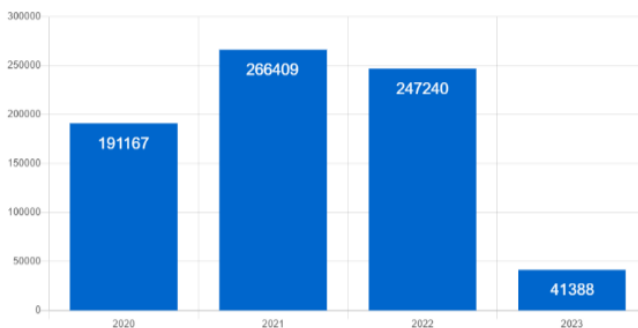
La seconda, già segnalata, legata ai possibili effetti sul mercato dei servizi di progettazione, che potrebbero derivare dalla liberalizzazione dell'appalto integrato. Infatti, la progettazione esecutiva (nella nuova accezione ampliata del Codice) verrà in molti casi a passare attraverso il filtro delle imprese di costruzioni.

Ovviamente, gli effetti di tali novità sul mercato della progettazione dovranno essere valutati alla prova dei fatti.

ALLEGATO N. 1

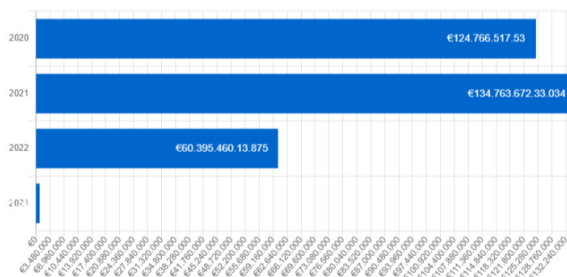
Anagrafe delle prestazioni – Tabelle estratte

 Totale incarichi conferiti



[fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023]

 Totale compensi erogati



Compenso medio per anno:

2020 1.266 €

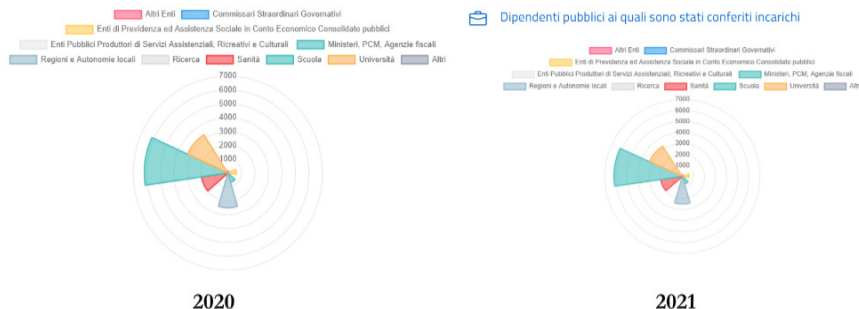
2021 951 €

2022 676 €

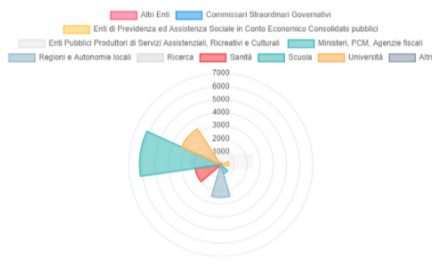
2023 352 €

[fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023]

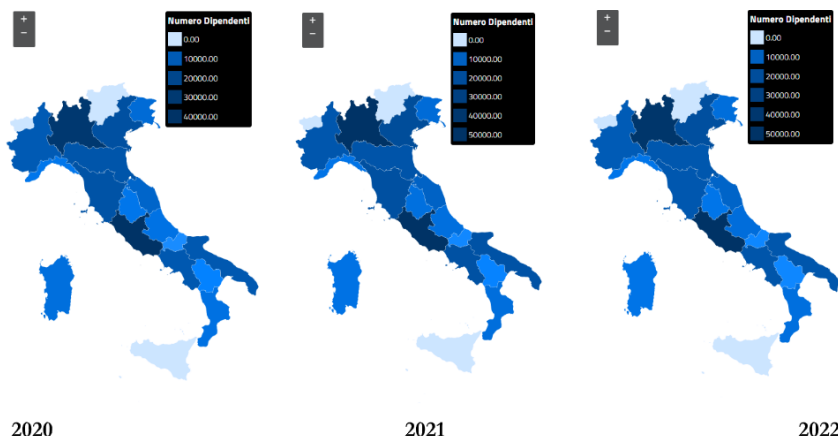
Conferimenti di incarichi, sia per dipendenti che per consulenti, per comparti.



Dependenti pubblici ai quali sono stati conferiti incarichi



(fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023)



(fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023).

Tabella riepilogativa dei valori relativi alle specifiche tipologie di incarico conferito per gli anni 2020 e 2021.

Tabella A. Incarichi conferiti a dipendenti, per tipologia istituzionale e di incarico (Anno 2021, valori percentuali) (Anno 2020, valori percentuali)

Tipologia incarico	Totale anno 2021	Totale anno 2020
Amministratore di condominio	0,00%	0,07%
Animazione, Assistenza	0,01%	non presente
Arbitrato	0,02%	0,94%
Associazioni dilettantistiche	0,00%	non presente
Attività artigianali	0,00%	non presente
Attività artistica (cantare/ballare/suonare)	0,04%	1,15%
Attività di ricezione (b&b, case vacanze, etc...)	0,00%	non presente
Attività sportiva (allenatore, associazioni sportive, etc...)	0,04%	0,81%
Collegio sindacale/ Revisore dei conti - Consiglio di amministrazione	0,05%	non presente
Collegio sindacale	non presente	0,07%
Consiglio di amministrazione	non presente	0,43%
Commissario ad acta	0,01%	0,31%
Commissioni	non presente	19,70%
Commissioni di concorso/esame	0,25%	non presente
Commissioni di collaudo	non presente	0,58%
Commissioni di gara	non presente	1,89%
Commissioni di gara o collaudo	0,05%	non presente
Consulenze professionali	0,07%	non presente
Consulenze tecniche (informatiche, scientifiche, etc...)	0,10%	5,67%
Counseling/Team building/Assessment	0,00%	non presente
CTU/CTP	0,01%	non presente
Direzione e Coordinamento Lavori, Collaudo e Manutenzione OO.PP.	non presente	1,49%
Eventi e Comunicazione	0,03%	non presente
Gestione/Archiviazione documentale	0,04%	non presente
Offerta formativa integrativa (scuole)	0,85%	non presente
OIV/Nucleo interno valutazione	0,01%	0,32%
Progettazione e rendicontazione Fondi UE/PNRR	0,07%	non presente
Progettazione, direzione e manutenzione opere pubbliche	0,01%	non presente
Responsabile della sicurezza sul lavoro	0,03%	non presente
Responsabile protezione dati personali (DPO ex.art.37 Reg UE 2016/679)	0,00%	non presente
Revisore dei conti	non presente	0,30%
Rilevazioni e indagini statistiche	0,01%	0,19%
Ristorazione	0,00%	non presente
Servizi alla persona	0,01%	non presente
Studio e ricerca	0,15%	non presente
Altre Tipologie	98,13%	66,08%
Totale	100,00%	100,00%

(Fonte dati: Tabella A.6. relazione al Parlamento relativa all'anno 2021 e relazione al Parlamento relativa all'anno 2020)

Introduzione metodologica

di Bernardo Giorgio Mattarella

La ricerca *“Dipendenti pubblici e incarichi extraistituzionali”* è stata sviluppata da un gruppo di ricercatori e studiosi a composizione multidisciplinare¹ e affronta una tematica, ampia, articolata e complessa sotto tre diversi profili, quello del:

- i. diritto del lavoro pubblico, contrattualizzato e in regime di diritto pubblico;
- ii. diritto del lavoro privato;
- iii. diritto dei contratti pubblici, con specifico riferimento all'affidamento degli incarichi di progettazione.

Quanto ai profili di lavoro pubblico si analizzerà la disciplina delle incompatibilità e del cumulo di impieghi e incarichi di cui all'art. 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, come si avrà modo di spiegare, costituisce un'applicazione e allo stesso tempo un temperamento del principio di esclusività di cui all'art. 98 della Costituzione; escludendo che il dipendente pubblico svolga una attività lavorativa che per intensità e continuità lo distolga dal servizio e dal perseguimento di interessi generali dell'amministrazione a favore di interessi economici professionali alternativi.

La disciplina dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, applicabile a tutti i lavori pubblici - sia contrattualizzati sia in regime di diritto pubblico (ex art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001) - delinea tanto i divieti, quanto gli spazi per lo svolgimento di incarichi c.d. extraistituzionali da parte dei dipendenti pubblici. Verranno dunque analizzati in questa ricerca il perimetro normativo e il quadro giurisprudenziale e applicativo:

- i. della disciplina gli incarichi extra-istituzionali caratterizzati da incompatibilità assoluta;
- ii. dell'architettura degli incarichi extra-istituzionali caratterizzati da incompatibilità relativa, che possono essere svolti previa autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, demandando la disciplina specifica alle singole amministrazioni per via regolamentare;
- iii. degli incarichi non soggetti ad alcuna autorizzazione.

¹ Il Gruppo di ricerca, coordinato da Bernardo Giorgio Mattarella, è composto, in ordine alfabetico, per i profili di lavoro pubblico (contrattualizzato e in regime di diritto pubblico) da: Luna Aristei, Daniela Bolognino, Olga Cosentino, Luca Golisano, Simone Neri, Aldo Pardi, Giovanna Perniciaro, Agostino Sola, Elena Zennaro. Per i profili di diritto del lavoro da: Edoardo Ales, Antonio Riccio, Stefano Reali, Antonio Riefoli e Illenia Torella; per i profili di diritto dei contratti pubblici da Gianfrancesco Fidone e Maria Elena Faia.

Nell'ambito di questa disamina un importante approfondimento sarà dedicato alla disciplina del part-time di cui alla legge 23 dicembre 1996, n. 662, quale eccezione a carattere generale al regime di incompatibilità assoluta, richiamata dall'articolo 53, d.lgs. n. 165 del 2001. Al tema sarà dedicato uno specifico approfondimento sulla giurisprudenza costituzionale chiamata a più riprese ad esprimersi sulla legittimità costituzionale di alcune delle disposizioni stabilite dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, sul lavoro pubblico a tempo parziale. Pronunce con le quali la Corte ha colto l'occasione per chiarire *ratio* e portata della normativa sul *part-time* e, ancor di più, sulle deroghe alle limitazioni poste dall'articolo 53.

Saranno poi affrontati con specifici e puntuali approfondimenti tematici:

- a. il quadro regolamentare del personale delle amministrazioni pubbliche, contrattualizzate e in regime di diritto pubblico (§3). Tali regolamenti sono particolarmente importanti per la declinazione dei criteri per il rilascio delle autorizzazioni per lo svolgimento di incarichi extraistituzionali caratterizzati da incompatibilità relativa. Si analizzerà in particolare per il personale c.d. contrattualizzato come i regolamenti diano attuazione all'articolo 53 del TUPI; per il personale in regime di diritto pubblico si svolgerà un'analisi dei regolamenti in relazione alle diverse categorie professionali prese in considerazione (magistrati, avvocati dello Stato, professori universitari);
- b. la responsabilità amministrativa per danno erariale (§4) in caso di violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, dove si approfondirà sia: 1) la natura della responsabilità di cui ai commi 7 e 7-bis, del suddetto articolo. Tale analisi sarà effettuata alla luce della evoluzione della giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte di Cassazione; 2) il conseguente importante tema del riparto di giurisdizione;
- c. le discipline speciali, che il legislatore fa salve, in particolare Scuola, Università e Sanità (§2). L'analisi è particolarmente interessante in quanto tali discipline costituiscono un regime appunto "speciale" alternativo all'applicazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001 con disposizioni di favore previste per lo svolgimento di attività libero-professionale. La metodologia d'analisi seguirà, per una lineare comparazione la medesima impostazione del quadro normativo a carattere generale, dunque, si analizzeranno gli incarichi extraistituzionali caratterizzati da incompatibilità assoluta e relativa e le attività liberamente esercitabili, riservando maggior attenzione alla libera professione;
- d. la disciplina dei regimi di pubblicità/trasparenza e delle relative sanzioni in caso di omissioni o violazioni (§5). In particolare, si fornirà un quadro della normativa di riferimento degli obblighi di comunicazione e dei relativi principi ispiratori di cui all'art. 53, commi da 12 a 16-bis, d.lgs. n. 165 del 2001. Verranno inoltre analizzati i dati trasmessi in relazione allo svolgimento degli incarichi extra-istituzionali estrapolati dalla c.d. Anagrafe delle prestazioni, prendendo come riferimento l'orizzonte temporale a partire dal 2020 e i dati emergenti dall'ultima relazione annuale al Parlamento del Dipartimento della funzione pubblica – Presidenza del Consiglio dei Ministri, fornendone una lettura ragionata che consenta di comprendere l'ampiezza del fenomeno e l'applicazione degli istituti oggetto di questa ricerca.

Quanto ai profili di diritto del lavoro privato, nella ricerca si affronteranno le principali questioni riguardanti gli aspetti lavoristici, previdenziali e fiscali della perimetrazione giuridica della possibilità per i dipendenti pubblici di svolgere attività di lavoro autonomo in favore di altri committenti. In particolare, anche in ragione delle evidenze raggiunte nella prima parte della ricerca, si concentrerà l'attenzione sul tema del lavoro autonomo occasionale. A tal fine, la prima parte sarà dedicata a un riepilogo delle regole, principalmente definitorie, riguardanti il lavoro autonomo, anche nel versante della professione intellettuale, delle collaborazioni autonome e della disciplina specifica dettata per il ricorso al lavoro autonomo da parte delle pubbliche amministrazioni. Alla luce di tale quadro, nella seconda parte, si affronterà il tema della definizione, non unica né uniforme di occasionalità lavoristica per poi giungere, nella terza, alla nozione fiscale e a quella previdenziale di occasionalità. Infine, si affronterà lo spazio di agibilità del generale obbligo di fedeltà nel lavoro pubblico.

Da ultimo, con riferimento ai contratti pubblici, si concentrerà l'attenzione sul tema dell'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria, delineando le regole e le problematiche applicative per il ricorso alle risorse interne alla stazione appaltante e l'affidamento esterno, nonché le modalità dell'affidamento ai soggetti esterni all'amministrazione. In questa ricostruzione si fornirà un quadro delle disposizioni che è molto complesso, in quanto in continuo mutamento; in particolare si ricostruirà il quadro normativo attualmente in parte ancora vigente (Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016); le disposizioni speciali e acceleratorie per l'attuazione del PNRR e lo scenario che si presenta alla luce del Codice dei contratti di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

PARTE I – Profili di lavoro pubblico (contrattualizzato e in regime di diritto pubblico)

1. Le incompatibilità e il divieto di cumulo impieghi: la disciplina dell'art. 53 d.lgs. n. 165 del 2001 e la giurisprudenza costituzionale²

di Daniela Bolognino e Giovanna Perniciaro

Sommario:

1. Introduzione: il perimetro di indagine;
2. Gli incarichi extra-istituzionali con incompatibilità assoluta;
3. Gli incarichi extra-istituzionali con incompatibilità relativa: disciplina, procedimento di richiesta autorizzazione e sanzioni in caso di violazione;
4. Gli incarichi non soggetti ad alcuna autorizzazione;
5. Il part-time: eccezione generale al regime di incompatibilità. Part-time e ulteriori limitazioni all'iscrizione all'albo avvocati;
6. La giurisprudenza della Corte costituzionale (con particolare riguardo al part-time e alle "eccezioni")

1. Introduzione: il perimetro di indagine.

Nell'ambito del pubblico impiego vige il principio di esclusività della prestazione lavorativa sancito dall'articolo 98, comma 1, Cost., che stabilisce che *"I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione"*. La ratio di tale principio è volta ad escludere che il dipendente pubblico svolga una attività lavorativa che per intensità e continuità lo distolga dal perseguimento dall'attività di servizio e degli interessi generali dell'amministrazione a favore di interessi economici professionali alternativi, idonei anche a compromettere il buon andamento e l'imparzialità della pubblica

² I paragrafi da 1 a 5 del presente articolo sono scritti da Daniela Bolognino, il paragrafo 6 è stato scritto da Giovanna Perniciaro.

amministrazione³.

In questo contesto costituzionale l'art. 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, reca la disciplina delle *incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, che costituisce un'applicazione e allo stesso tempo un temperamento del suddetto principio di esclusività, applicabile a tutti i lavori pubblici, sia contrattualizzati, sia in regime di diritto pubblico (ex art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001), delineando sia i divieti sia gli spazi per lo svolgimento di incarichi c.d. extraistituzionali⁴ da parte dei dipendenti pubblici. In particolare, l'articolo:

- iv). disciplina gli incarichi extra-istituzionali caratterizzati da incompatibilità assoluta;
- v). delinea l'architettura degli incarichi extra-istituzionali caratterizzati da incompatibilità relativa, che possono essere svolti previa autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, demandando la
- vi). disciplina specifica alle singole amministrazioni per via regolamentare; individua gli incarichi non soggetti ad alcuna autorizzazione.

In questo contributo si intende fornire una visione lineare del quadro normativo summenzionato, cui si aggiungerà un'analisi delle sanzioni per lo svolgimento di incarichi extraistituzionali con incompatibilità assoluta e relativa, svolti in violazione del regime di divieto o autorizzatorio.

Per ciascuno degli argomenti affrontati sarà poi rinviato ai capitoli specifici di questa ricerca destinati ad approfondire: *a)* il quadro regolamentare delle amministrazioni pubbliche, contrattualizzate e in regime di diritto pubblico (§3); *b)* la responsabilità amministrativa per danno erariale (§4) in caso di violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001; *c)* le discipline speciali, che il legislatore fa salve (scuola, università e sanità)(§2); *d)* la disciplina dei regimi di pubblicità/trasparenza e delle relative sanzioni in caso di omissioni o violazioni (§5)⁵.

Sarà da ultimo effettuata una analisi dell'eccezione a carattere generale, ossia quella prevista per il *part-time* di cui alla legge 23 dicembre 1996, n. 662, analizzando anche gli importanti orientamenti sul tema della giurisprudenza costituzionale.

2. Gli incarichi extra-istituzionali con incompatibilità assoluta.

Il primo comma dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, disciplina, anche con il rinvio a disposizioni *ante* contrattualizzazione, gli incarichi extra-istituzionali, ossia quelli che non rientrano nei compiti e doveri d'ufficio (art. 53, comma 2, d.lgs. n. 165/01), che sono affetti da incompatibilità assoluta. Le fattispecie

3 Sul tema V. Tenore, *Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fasc.6, 2007, pag. 1097; M. D'Aponte, *Allo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *LPA*, 2011, n. 6, p. 965; A. Tampieri, *La disciplina delle incompatibilità nel lavoro pubblico: uno sguardo d'insieme*, in *LPA*, 2021, n. 1, p. 25 -54.

4 Intendendo per tali gli incarichi che non rientrano nei compiti e doveri d'ufficio (art. 53, comma 2, d.lgs. n. 165/01)

5 Non si affronterà il tema delle incompatibilità relativi ai soli incarichi dirigenziali ex art. 53, comma 1-bis, d.lgs. n. 165 del 2001, in riferimento alle strutture di direzione che gestiscono il personale, che pur essendo una incompatibilità assoluta riferita, ma temporanea risponde ad una logica diversa da quella oggetto della ricerca, ossia limiti e compatibilità di incarichi extraistituzionali per i dipendenti pubblici.

sono raggruppabili nelle seguenti categorie che hanno ad oggetto:

- a. il divieto di svolgimento di attività lavorative che hanno carattere di abitualità e professionalità (art. 60, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3);
- b. il divieto di cumulo di impieghi pubblici (art. 65, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3);
- c. il divieto di attività in conflitto di interessi (art. 1, comma 58 e 58-bis l. n. 662 del 1996);
- d. il divieto di “*revolving doors*” (art. 53, comma 16 ter, d.lgs. n. 165/01) che, vedremo, rappresenta una incompatibilità a carattere assoluto, ma “temporaneo”, che si estende ai dipendenti cessati a qualunque titolo dal servizio.

Le incompatibilità assolute di cui alle lettere a) e b) sono applicabili a tutti i dipendenti pubblici in regime orario di *full-time* o di *part-time* con percentuale di tempo parziale superiore al 50%; le incompatibilità assolute di cui alle lettere c) e d) sono applicabili a tutti i dipendenti pubblici, in *full time* e in *part-time*, quale che sia la percentuale di tempo lavorativo.

Nello specifico il divieto di svolgimento di attività lavorative che hanno carattere di abitualità e professionalità è disciplinato dall'art. 60 e seguenti del T.U. n. 3 del 1957, che vieta all'impiegato pubblico di esercitare attività “*commerciali, industriali, professionali o di assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro*”. Si tratta con evidenza di **attività lucrative svolte con continuità e professionalità**, sia nell'esercizio del commercio e dell'industria, sia nelle professioni⁶, sia nelle cariche societarie. In quest'ultimo caso ciò che il legislatore ha inteso escludere è l'assunzione di responsabilità all'interno della compagine societaria, sicché nell'interpretazione a suo tempo fornita dal Dipartimento della Funzione pubblica resta possibile sia l'acquisto della qualità di mero socio per la proprietà azionaria, sia la partecipazione in società agricole a conduzione familiare, se in quest'ultimo caso l'impegno non sia abituale e continuativo⁷.

Fanno legislativamente eccezione al divieto: i) le cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente (art. 60 e 62, d.P.R. n. 3/1957); ii) le cariche in società cooperative (art. 61, d.P.R. n. 3/1957) dove il legislatore ha stabilito che, per la finalità mutualistica che le distingue dalle società ordinarie con fini lucrativi, è consentita la partecipazione alle cariche sociali⁸.

Va ricordato tuttavia che proprio in riferimento allo svolgimento di attività professionali e imprenditoriali, i dipendenti pubblici in *full-time* o in *part-time* con percentuale di tempo parziale superiore al 50%, possono richiedere ai sensi dell'art. 18, della legge 4 novembre 2010, n. 183 di essere collocati in

6 Sull'apertura della P.IVA quale indice di abitualità e professionalità si rinvia alla parte II della ricerca capitolo 2.

7 Sul punto Circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, 18 luglio 1997, n. 6

8 Una questione particolare è stata rilevata per l'assunzione di cariche nelle banche cooperative e casse rurali. Sul punto si veda sia la Circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, 18 luglio 1997, n. 6, sia l'ampia casistica giurisprudenziale approfondita da A. Tampieri, *La disciplina delle incompatibilità nel lavoro pubblico: uno sguardo d'insieme*, in LPA, 2021, n. 1, p. 31 e 32.

aspettativa “senza assegni e senza decorrenza dell’anzianità di servizio, per un periodo massimo di dodici mesi e rinnovabile per una sola volta” anche per l’avvio di tali attività, che, come precisato, sono caratterizzate da abitualità e professionalità⁹.

Con riferimento alle sanzioni previste per il caso di violazione dei suddetti divieti, il combinato disposto del d.P.R. n. 3 del 1957 e della legge 23 dicembre 1966, n. 662 induce a fornire una lettura delle sanzioni che sia coerente con la subentrata “contrattualizzazione” di parte del personale pubblico.

Sicché in virtù dell’art. 1, comma 61, l. n. 662 del 1996¹⁰, anche la violazione dei divieti di cui all’art. 58, comma 1, d.lgs. n. 29 del 1993 (oggi art. 53, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001) costituisce “giusta causa di recesso” (art. 2119 c.c.) per il personale contrattualizzato, mentre costituisce causa di decadenza per il personale in regime di diritto pubblico di cui all’art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001¹¹. Per entrambi occorre procedere in contraddittorio tra le parti, dunque nell’un caso con il procedimento disciplinare, nel secondo caso si procede con una diffida da parte del direttore generale per far cessare la situazione di incompatibilità entro 15 giorni, decorsi i quali e in presenza dell’inottemperanza del dipendente, è prevista la decadenza dall’impiego (ex art. 64, d.P.R. n. 3 del 1957). La cessazione della causa di incompatibilità non preclude comunque l’avvio della azione disciplinare.

Sempre nel regime delle incompatibilità assolute rientra il **divieto di cumulo di impieghi pubblici**, stabilito dall’art. 65, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3; articolo da leggere in combinato disposto con l’art. 1, comma 58, della legge n. 662 del 1996, che vieta il cumulo anche in caso di *part-time*, con percentuale di tempo parziale pari o inferiore al 50%¹².

Il d.P.R. n. 3 del 1957 fa tuttavia salve le leggi speciali; sicché tale divieto di cumulo di impieghi pubblici non sussiste per i dipendenti degli enti locali, per i quali è prevista la possibilità di svolgere prestazioni per conto di altri enti, previa autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza¹³ (art. 1, comma 58-bis, legge n. 662 del 1996 e artt. 89, lett. g) e 92 del d.lgs. n. 267 del 2000).

Vietate e dunque soggette a incompatibilità assoluta sono tutte le

⁹ Si rinvia alla parte II di questa ricerca per gli approfondimenti dei profili lavoristici su abitualità e professionalità in contrapposizione a occasionalità e saltuarietà.

¹⁰ Si ricorderà che il comma richiama anche la violazione del divieto di cui all’art. 1, comma 60, della legge n. 662 del 1996, oltre che la mancata comunicazione di cui al comma 58, nonché le comunicazioni risultate non veritiere.

¹¹ Sull’ampio dibattito giurisprudenziale sul tema di veda A. Tampieri, *La disciplina delle incompatibilità nel lavoro pubblico: uno sguardo d’insieme*, in *LPA*, 2021, n. 1, p. 45 – 47.

¹² L’art. 1, comma 58, della legge n. 662 del 1996 nega infatti la trasformazione da *full-time* in *part time*, qualora quest’ultimo sia richiesto “per attività lavorativa di lavoro subordinato che debba intercorrere con un’amministrazione pubblica”.

¹³ Sul punto si veda la parte I, capitolo 3, di questa ricerca sui regolamenti delle autonomie locali.

attività in conflitto di interessi¹⁴, *“in ragione della interferenza con i compiti istituzionali”* (art. 1, comma 58-bis, legge n. 662 del 1996) che sono da valutare in concreto per singoli casi. Tale incompatibilità si applica a tutti i dipendenti pubblici, sia in *full-time*, sia in *part-time*, quale che sia la percentuale di tempo lavorativo.

Da ultimo va segnalato come rientrante tra le incompatibilità a carattere assoluto, disciplinate dall'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, anche il divieto di *“revolving doors”* (art. 53, comma 16 *ter*, d.lgs. n. 165/01) che è una incompatibilità a carattere assoluto, ma *“temporaneo”*, che si estende ai dipendenti cessati a qualunque titolo dal servizio. Nello specifico l'art. 53, comma 16-*ter*, d.lgs. n. 165 del 2001, vieta ai dipendenti che, ***“negli ultimi tre anni di servizio abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, di 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”***. Il comma 16-*ter* dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, inserito con la legge c.d. anticorruzione n. 190 del 2012, ha come obiettivo quello di evitare che il dipendente possa precostituirsì situazioni di vantaggio di tipo lavorativo con i soggetti privati con cui è entrato in contatto per effetto del ruolo lavorativo ricoperto nell'amministrazione¹⁵.

Rinviamo ad altra sede sul perimetro applicativo della normativa in questione¹⁶, in tal sede occorre solo segnalare che le sanzioni previste per i contratti conclusi in violazione di questa disposizione sono sia a carico dell'ex dipendente, che è tenuto a restituire i compensi percepiti, sia a carico dei soggetti privati che avranno il divieto di contrattare con le amministrazioni per i successivi tre anni.

14 Per una esemplificazione degli incarichi vietati in conflitto di interessi può utilmente leggersi il documento del Dipartimento della funzione pubblica, predisposto nell'ambito del tavolo tecnico previsto dall'Intesa sancita in Conferenza unificata il 24 luglio 2013, mediante confronto tra i rappresentanti del Dipartimento della funzione pubblica, delle Regioni e degli Enti locali. Link: https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Lavoro%20pubblico/Rapporto%20di%20lavoro%20pubblico/criteri_generali_in_materia_di_incarichi_vietati.pdf

Per un'ampia visione del tema si rinvia a B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, 2007; B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*. Commento a l. 6 novembre 2012, n. 190, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2, 123-133; R. Cantone, F. Merloni, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Diritto Pubblico*, 2019, fasc. 3, pp. 879-904

15 B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*. Commento a l. 6 novembre 2012, n. 190, cit., 123-133; F. Merloni, *Le misure amministrative di contrasto alla corruzione*, in *Ragiusan*, 2015, fasc. 369-370, pp. 9-16.

16 ANAC – Piano nazionale anticorruzione del 2019, p. 65-68

3. Gli incarichi extra-istituzionali con incompatibilità relativa: disciplina, procedimento di richiesta autorizzazione e sanzioni in caso di violazione.

Il temperamento del principio di esclusività di cui all'art. 98 Cost. ha portato il legislatore ad introdurre la previsione di incarichi soggetti ad una incompatibilità relativa; si tratta di **incarichi extraistituzionali retribuiti caratterizzati da occasionalità e saltuarietà**, che possono, a determinate condizioni, essere autorizzati ai dipendenti pubblici in *full-time* o in *part-time* con percentuale di tempo parziale superiore al 50%, da parte delle singole amministrazioni.

Il quadro normativo è fornito dal combinato disposto dell'art. 53, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, che stabilisce che: *"Le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati"*, e della prima parte del comma 6 e del comma 7 del medesimo articolo.

Le singole amministrazioni sono tenute ad adottare specifico regolamento che:

- i. nel caso di amministrazioni con personale in regime di diritto pubblico, e nello specifico per magistrati e avvocati dello Stato¹⁷, stabilirà gli *"incarichi consentiti e quelli vietati"* (art. 53, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001);
- ii. nel caso di amministrazioni con personale contrattualizzato, individuerà gli incarichi vietati (art. 53, comma 3-bis, d.lgs. n. 165 del 2001) e *"criteri oggettivi e predeterminati"* (art. 53, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001) ai fini del rilascio dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione.

La definizione di tali criteri riveste una particolare importanza, infatti il quadro normativo richiede che l'amministrazione, nel definirli, tenga conto del primario interesse al buon andamento della pubblica amministrazione, avuto riguardo della specifica professionalità dei dipendenti, così da escludere *"casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto"*, ed evitando *"situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente"* (art. 53, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001).

Rinviando all'analisi specifica del contenuto dei regolamenti (§ cap.3), è bene in tal sede ricordare che di particolare interesse per l'esemplificazione anche per i criteri e parametri oggettivi per il rilascio delle autorizzazioni da inserire nei regolamenti delle singole amministrazioni è il documento predisposto nell'ambito del tavolo tecnico previsto dall'Intesa sancita in Conferenza unificata il 24 luglio 2013, mediante confronto tra i rappresentanti del Dipartimento della funzione pubblica, delle Regioni e degli Enti locali¹⁸. I criteri-guida per le amministrazioni, accanto alla occasionalità e saltuarietà della prestazione, esemplificano – senza esaurirla – una casistica che

17 Il comparto Università è assoggettato a regime speciale, ex art. 53, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001 e di cui si darà conto nel capitolo n. 2 di questa ricerca.

18 Può utilmente leggersi tale documento al seguente indirizzo: https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/documenti/Lavoro%20pubblico/Rapporto%20di%20lavoro%20pubblico/criteri_generali_in_materia_di_incarichi_vietati.pdf

permette di escludere la sussistenza del conflitto di interesse, garantendo la compatibilità dell'incarico autorizzato con l'ordinaria prestazione di servizio. Dunque le attività autorizzabili andranno valutate in concreto in modo da non interferire con l'attività ordinaria del dipendente, tenendo conto oltre che della sua professionalità, del suo orario di lavoro, degli istituti fruibili (permessi o ferie) per lo svolgimento di tale attività, evitando che si svolga nell'orario di lavoro e/o con attrezzature dell'amministrazione; e anche tenendo conto del complesso degli incarichi già autorizzati nell'annualità per evitare la compromissione delle attività di servizio.

Sul piano **procedimentale** l'art. 53, comma 10, d.lgs. n. 165 del 2001, stabilisce che **l'autorizzazione all'amministrazione di appartenenza del dipendente** è richiesta dai soggetti pubblici o privati che intendono conferire l'incarico o dal dipendente. L'amministrazione si deve pronunciare entro trenta giorni, decorsi i quali: *i)* se l'incarico da conferire è presso amministrazioni pubbliche, si intende comunque accolta; *ii)* se invece l'incarico è conferito da soggetto privato o ente pubblico economico, si intende respinta.

Se il **dipendente presta servizio presso un'amministrazione diversa da quella di appartenenza**, l'autorizzazione è soggetta ad intesa tra le due amministrazioni e va rilasciata entro un termine di quarantacinque giorni. Si prescinde dall'intesa ove l'amministrazione presso cui il dipendente presta servizio non si pronunci entro 10 giorni dalla ricezione della richiesta di intesa da parte dell'amministrazione di appartenenza.

Quanto alle **sanzioni** è stabilita la nullità di atti e provvedimenti, regolamentari o amministrativi, adottati in contrasto con tale normativa (art. 53, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001) e l'art. 53, commi da 7 a 9, delinea un distinto impianto sanzionatorio in riferimento a tre soggetti:

- i. il dipendente che ha svolto l'incarico senza autorizzazione o in difformità di quanto autorizzato**, per il quale prevede una responsabilità disciplinare e un obbligo di versamento del compenso nel conto di entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza, e da destinare a fondo per la produttività o equivalente (art. 53, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001). L'omesso versamento è fonte di responsabilità amministrativa per danno erariale (art. 53, comma 7-bis, d.lgs. n. 165 del 2001)(§ 4)¹⁹.
- ii. il funzionario responsabile del procedimento**, in capo al quale il conferimento dell'incarico in assenza di autorizzazione costituisce fonte di responsabilità disciplinare (art. 53, comma 8, d.lgs. n. 165 del 2001);
- iii. l'ente pubblico o il soggetto privato**, cui si applica una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti al dipendente pubblico ex art. 6, comma 1, d.l. n. 79 del 1997, convertito dalla legge n. 140 del 1997 (art. 53, comma 9, d.lgs. n. 165 del 2001).

¹⁹ Si rinvia alla parte I, capitolo 4 di questa ricerca per gli specifici approfondimenti sulla giurisprudenza della Corte dei conti. In tal sede occorre tuttavia ricordare sulla natura della responsabilità di cui all'art. 53, commi 7 e 7-bis, d.lgs. n. 165 del 2001, la sentenza della Corte dei conti, sezioni riunite in sede giurisdizionale, n. 26 del 2019. Sul tema si veda inoltre E. Traversari, *Il conflitto di interessi e l'inconferibilità degli incarichi extraistituzionali nel pubblico impiego italiano e nelle istituzioni europee*, in *Rivista della Corte dei conti*, n. 2, 2020, p.22-32.

Per tali incarichi vige un obbligo di comunicazione in capo ai soggetti pubblici e privati che entro 15 giorni dalla erogazione del compenso devono comunicare all'amministrazione di appartenenza il *quantum* versato (art. 53, comma 11, d.lgs. n. 165 del 2001).

4. Gli incarichi non soggetti ad alcuna autorizzazione.

Il modello di "temperamento" del principio di esclusività, di cui all'art. 98 Cost., vede poi l'inserimento nell'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001, della disciplina gli incarichi non soggetti ad alcuna autorizzazione che possono dunque svolgere i dipendenti pubblici, sia in *full time* sia in *part-time*, quale che sia la percentuale di tempo lavorativo.

Nello specifico si tratta di incarichi gratuiti (art. 53, comma 6, terzo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001) e di una serie di incarichi che sono espressione di diritti o libertà costituzionali (es: libertà di insegnamento, di pensiero, la tutela delle opere di ingegno, etc.). L'elenco nello specifico indica:

- a. *la collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;*
- b. *la utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali;*
- c. *la partecipazione a convegni e seminari;*
- d. *incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;*
- e. *incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo;*
- f. *incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita;*
- f-bis. *attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e di ricerca scientifica".*

In generale vedremo, per tali tipi di incarichi i regolamenti delle singole amministrazioni (§3) richiedono comunque una "comunicazione" da parte del dipendente, al fine di valutare l'assenza di conflitti di interessi, anche potenziali.

5. Il part-time: eccezione generale al regime di incompatibilità. Part-time e ulteriori limitazioni all'iscrizione all'albo avvocati.

La disciplina analizzata nei paragrafi precedenti è applicabile a tutti i dipendenti pubblici in *full-time* e in *part-time* superiore al 50%, ne restano esclusi i dipendenti dei comparti scuola - compresi i conservatori e gli enti lirici-, università, sanità, la cui disciplina sarà oggetto di specifico capitolo di approfondimento in questa ricerca (§ 2) e i lavoratori in *part-time* con prestazione lavorativa non superiore al 50% di quella a tempo pieno.

Il combinato disposto dell'art. 53, commi 1 e 6, d.lgs. n. 165 del 2001 e della legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, commi da 56 a 65²⁰, dà origine infatti ad una eccezione a carattere generale, che sarà oggetto di approfondimento in questo paragrafo, limitatamente ai profili di interesse.

²⁰ Si può utilmente leggere la Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 19 febbraio 1997, n. 3.

In virtù della legge 23 dicembre 1996, n. 662, esclusi il personale militare, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e la dirigenza, anche contrattualizzata²¹, tutti i rapporti di lavoro dei dipendenti di comparto possono essere costituiti a tempo parziale²².

Ai dipendenti pubblici in *part-time* con prestazione lavorativa non superiore al 50% di quella a tempo pieno **non trovano dunque applicazione:**

- le previsioni dell'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, ossia le incompatibilità assolute (art. 1, comma 56, l. n. 662 del 1996);
- le disposizioni di legge e di regolamento che vietano l'iscrizione in albi professionali (art. 1, comma 56, l. n. 662 del 1996).

Sono inoltre abrogate le disposizioni che vietano a tali dipendenti l'iscrizione ad albi e l'esercizio di attività professionali (art. 1, comma 56-bis, l. n. 662 del 1996)²³.

Si precisa tuttavia che *"ai dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali (salvo che all'albo degli avvocati come si dirà tra breve) e che esercitino attività professionale non possono essere conferiti incarichi professionali dalle amministrazioni pubbliche; gli stessi dipendenti non possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione"* (art. 1, comma 56-bis, legge n. 662 del 1996). Tale scelta del legislatore per evitare che il dipendente pubblico si precostituisca una condizione di favore per avere incarichi dalle pubbliche amministrazioni²⁴. Tuttavia, il conferimento di incarichi di natura professionale a dipendenti pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni è possibile *"quando l'appartenenza ad una pubblica amministrazione sia elemento necessario e peculiare per lo svolgimento dell'incarico stesso, oppure quando l'amministrazione adotti procedure concorsuali di scelta, dalle quali sarebbe improprio escludere a priori una categoria di partecipanti"*²⁵.

È da evidenziare inoltre che è presente una specifica disposizione in materia di progettazione nel Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 50 del 2016), in base alla quale *"....omissis...I pubblici dipendenti che abbiano un rapporto di lavoro a tempo parziale non possono espletare, nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, incarichi professionali per conto di pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, se non conseguenti ai rapporti d'impiego"* (art. 24, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016).

Una interpretazione che tenga conto sia della successione delle leggi nel tempo, sia della specialità della norma succitata in tema di progettazione,

21 Sulle ragioni dell'esclusione della dirigenza pubblica dal regime di lavoro in part-time si può utilmente leggere la Circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica del 18 luglio 1997, n. 6.

22 In tal senso art. 1, comma 57, l. n. 662 del 1991.

23 *"....omissis...Restano ferme le altre disposizioni in materia di requisiti per l'iscrizione ad albi professionali e per l'esercizio delle relative attivitàomissis"* (art. 1, comma 56-bis, l. n. 662 del 1996).

24 Sul punto si veda il Parere dell'Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni -Servizio per il trattamento del personale del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 220 del 2005.

25 Il tal senso la Circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica del 18 luglio 1997, n. 6.

porta a ritenere ragionevole non la preclusione assoluta di avere incarichi dalle pubbliche amministrazioni per l'attività di progettazione, ma solo limitatamente all'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza²⁶.

La *ratio* generale di sostanziale apertura per lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del personale in *part-time* con prestazione lavorativa pari o inferiore al 50%, soffre però di una ulteriore eccezione - maggiormente restrittiva²⁷ - per gli avvocati per i quali non si applicano i commi 56, 56-bis e 57, della legge n. 662 del 1996 (già ex art. 1, comma 1, legge 25 novembre 2003, n. 339)²⁸, bensì le incompatibilità con la professione forense (dunque, già i limiti della legge 25 novembre 2003, n. 339²⁹ e oggi i limiti previsti dall'art. 18, della legge 31 dicembre 2012, n. 247³⁰).

Nello specifico, per effetto dell'avvicinarsi delle normative su *part-time*

26 Sull'antecedente storico della disposizione normativa, ossia l'art. 17, della legge n. 109 del 1994, che prevedeva la medesima limitazione, si veda il parere dell'ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni -Servizio per il trattamento del personale del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 220 del 2005.

27 Si ricorderà che la Circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica del 18 luglio 1997, n. 6 interpretava il complessivo quadro normativo facendo salvo il potere degli ordini professionali di valutare il possesso degli ulteriori requisiti per l'iscrizione. Restano ovviamente fermi gli ordinamenti di settore per determinate categorie professionali aventi un regime particolare per le attività extraistituzionali consentite, compresa la possibilità per il personale a tempo pieno di iscriversi in albi o elenchi pur se con l'applicazione del divieto di cui all'art. 1, comma 60, della legge n. 662 del 1996.

Va precisato che con riferimento al rapporto tra qualità di dipendente pubblico e iscrizione all'ordine *non si rinvergono limitazioni con riferimento all'iscrizione all'albo ingegneri*, i quali, anche in regime di tempo pieno possono essere iscritti all'albo (che, è ovviamente situazione diversa dall'esercizio effettivo della professione, possibile solo in caso di *part-time* come dipendente pubblico). Sul punto può utilmente leggersi il parere del Consiglio nazionale ingegneri (CNI) del 22.01.2021, n. 524.

28 La Corte costituzionale, con sentenza 20 - 27 giugno 2012, n. 166 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1 e 2, sollevate sia in relazione agli articoli 3, 4, 35 e 41 della Costituzione.

29 La disposizione reca le *Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato*, che richiama i divieti del R.D.L. del 27 novembre 1933, n. 1578, il cui art. 3, comma 2, del R.D.L. n. 1578 del 1933, cui fa rinvio la legge n. 339 del 2003, vietava l'esercizio della professione d'avvocato ai dipendenti pubblici.

30 La disposizione vigente stabilisce l'incompatibilità tra la professione di avvocato e qualsiasi altra attività di lavoro autonomo svolta continuativamente o professionalmente, escluse quelle di carattere scientifico, letterario, artistico e culturale, e con l'esercizio dell'attività di notaio; con l'attività di lavoro subordinato, anche in *part-time*; nonché con l'attività di impresa e la qualità di socio illimitatamente responsabile o di amministratore di società di persone, aventi quale finalità l'esercizio di attività di impresa commerciale, in qualunque forma costituite, nonché con la qualità di amministratore unico o consigliere delegato di società di capitali, anche in forma cooperativa, nonché con la qualità di presidente di consiglio di amministrazione con poteri individuali di gestione.

e i limiti posti all'iscrizione all'albo degli avvocati³¹, il dipendente/lavoratore subordinato (anche) pubblico anche in *part-time* con prestazione lavorativa anche inferiore al 50% non può essere iscritto all'albo degli avvocati. Scelta vedremo nel paragrafo che segue considerata a più riprese legittima dalla Corte costituzionale (§ 6).

Tali limiti volti a garantire lo svolgimento autonomo e indipendente della professione forense, sono stati interpretati in modo molto rigoroso anche dalla giurisprudenza che ha stabilito che *"ai fini dell'incompatibilità tra la professione di avvocato ed ogni impiego retribuito, non rilevano la natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro, bensì la sua relativa stabilità e, quando non si tratti di prestazioni di carattere scientifico o letterario, la sua remunerazione in misura predeterminata, in ragione della continuità del rapporto professionale"* (in tal senso Corte di cassazione, sezioni unite civili, 24 giugno 2009, n. 14810).

Va però precisato che tali divieti e limitazioni non sono applicabili ai docenti universitari e ai docenti delle scuole superiori, ai quali non si applica la legge n. 662 del 1996, bensì il regime speciale previsto dai rispettivi comparti³², con l'esclusione dal divieto d'iscrizione all'albo avvocati (già ex art. 3, comma 4, lett. a), R.D.L. n. 1578 del 1933, cui fa rinvio la legge n. 339 del 2003 e oggi ex art. 19, legge n. 247 del 2012). Sicché i soli dipendenti pubblici³³ che possono contemporaneamente essere in regime di *part-time* e iscriversi nell'albo degli avvocati sono i docenti universitari e i docenti di scuole superiori, in virtù del regime speciale succitato³⁴ (sul quadro normativo previgente, ma analogo nella sostanza al regime vigente, si veda Corte cost., 21 novembre 2006, n. 390).

Da ultimo va ricordato che il personale in *part-time* con prestazione lavorativa non superiore al 50% non deve chiedere autorizzazione all'amministrazione di appartenenza per lo svolgimento di altra attività di lavoro subordinato o autonomo (art. 1, comma 60, l. n. 662 del 1996); tuttavia, come già precisato in tema di incompatibilità assolute (§2), anche questo personale è soggetto:

- al divieto di cumulo di impieghi pubblici (art. 1, comma 58, l. n. 662 del

31 La Corte costituzionale nella sentenza n. 166 del 2012 nel dichiarare non fondate le questioni sollevate avverso la legge n. 339 del 2003, ha evidenziato che la legge ha imposto un'interdizione generalizzata all'esercizio contemporaneo delle due attività [dipendenti pubblico e professione di avvocato]; tuttavia i dipendenti pubblici in *part-time* che si trovavano legittimamente ad esercitare in concomitanza la professione di avvocati prima del divieto imposto nel 2003 hanno potuto beneficiare di un termine di trentasei mesi per opzione per il mantenimento del rapporto d'impiego pubblico o la professione forense. Nel caso di opzione per quest'ultima professione, hanno avuto a disposizione un ulteriore quinquennio per l'esercizio del diritto alla riammissione in servizio a tempo pieno.

32 Per i professori universitari si rinvia dall'attuale art. 6, comma 12, del 30 dicembre 2010, n. 240; per i docenti del comparto scuola si veda l'art. 508, comma 15, decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297.

33 È sempre fatta salva la possibilità di iscrizione nell'elenco speciale per gli avvocati che esercitano attività legale per conto degli enti pubblici con le limitate facoltà disciplinate dall'articolo 23 [art. 19, comma 3, l.n. 247 del 2012].

34 Nel senso di ritenere non applicabili i divieti dell'art. 1, comma 56-bis, ai professori universitari-avvocati anche V. Tenore, Le attività extraistituzionali e le incompatibilità per il pubblico dipendente, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, fasc.6, 2007, pag. 1097.

- 1996), salva l'eccezione per i dipendenti degli enti locali;
al divieto di svolgimento di attività in conflitto di interesse (art. 1, comma 58-bis, l. n. 662 del 1996).

6. La giurisprudenza della Corte costituzionale (con particolare riguardo al part-time e alle "eccezioni").

La giurisprudenza costituzionale sulle incompatibilità e sul divieto di cumulo di impieghi, già di per sé scarna, è in particolare riferita alla disciplina del *part-time* e alle eccezioni ivi previste, essendo invece pochissime (e, per il vero, irrilevanti, ai fini del tema oggetto della ricerca) le pronunce sull'articolo 53 del decreto legislativo n. 165 del 2001³⁵.

In questo paragrafo, dunque, si farà anzitutto riferimento alle pronunce in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a esprimersi sulla legittimità costituzionale di alcune delle disposizioni stabilite dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, sul lavoro pubblico a tempo parziale. Pronunce con le quali la Corte ha colto l'occasione per chiarire *ratio* e portata della normativa sul *part-time* e, ancor di più, sulle deroghe alle limitazioni poste dall'articolo 53. Prima di ripercorrere cronologicamente le sentenze con le quali la Corte è entrata nel merito della normativa di nostro interesse, vale la pena ricordare che con la recentissima sentenza n. 98 del 2023 il giudice delle leggi ha nuovamente avuto occasione di ricostruire il quadro normativo di riferimento e la ratio alla base del generale principio di esclusività della prestazione di lavoro in favore delle amministrazioni, con divieto di assumere altri impieghi e di svolgere altre professioni, fatte salve le deroghe previste per i lavoratori part-time e la particolare disciplina riferita ai dirigenti sanitari, questione quest'ultima che ha dato origine alla decisione³⁶.

La giurisprudenza costituzionale ha a più riprese evidenziato come la disciplina delle incompatibilità, di cui al comma 56, dell'articolo 1, della legge n. 662 del 1996 abbia rappresentato una significativa modifica a uno dei canoni fondamentali del rapporto di pubblico impiego, ossia quello della esclusività della prestazione, *"tanto più che successivamente il comma 56-bis"*³⁷ *ha completato il disegno legislativo disponendo l'abrogazione (e non più la inapplicabilità) di tutte le norme che vietano ai pubblici dipendenti a*

³⁵ Si vedano sentenza n. 98 del 2015 (sul comma 15, articolo 53) e ordinanze nn. 41 e 90 (sul comma 7).

³⁶ La pronuncia citata, sentenza n. 98 del 2023, trae origine da una questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale dal Consiglio di Stato con riferimento all'art. 210, comma 1, del d.lgs. n. 66 del 2010 (Codice dell'ordinamento militare), nella parte in cui non contempla, accanto ai medici militari, anche gli psicologi militari tra i soggetti a cui, in deroga all'art. 894 del codice medesimo, non sono applicabili le norme relative alle incompatibilità inerenti l'esercizio delle attività libero professionali, nonché le limitazioni previste dai contratti e dalle convenzioni con il servizio sanitario nazionale.

La Corte dopo aver ricostruito il quadro normativo si è espressa nel senso della illegittimità costituzionale dell'art. 210, comma 1, cod. ordinamento militare, nella parte in cui «non contempla, accanto ai medici militari, anche gli psicologi militari tra i soggetti a cui, in deroga all'art. 894 del codice medesimo, non sono applicabili le norme relative alle incompatibilità inerenti l'esercizio delle attività libero professionali, nonché le limitazioni previste dai contratti e dalle convenzioni con il servizio sanitario nazionale».

³⁷ Si tratta di un comma aggiunto all'art. 1 della legge in esame dall'art. 6 del d.l. 28 marzo 1997, n. 79, convertito nella legge 28 maggio 1997, n. 140.

*part-time l'iscrizione ad albi professionali e l'esercizio di altre prestazioni di lavoro*³⁸. Si tratta di una normativa – prosegue la Corte – che si inserisce in un complesso itinerario legislativo, avviato dall'art. 7 della legge 29 dicembre 1988, n. 554, e poi attuato con il d.P.C.m. 17 marzo 1989, n. 117, che disegna una prima forma di attenuazione del principio dell'esclusività della prestazione del pubblico dipendente.

Il quadro normativo, successivamente, è stato significativamente innovato dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che – nell'ambito di un nuovo modello di organizzazione dell'apparato amministrativo, capace di incidere anche sul "quadro strutturale" della pubblica amministrazione – ha optato per l'estensione del regime del lavoro a tempo parziale nel settore pubblico, con l'obiettivo dichiarato del contenimento della spesa pubblica e dell'aumento dell'efficienza della pubblica amministrazione.

Riguardo al *part-time*, come delineato anche attraverso la riscrittura delle regole sulle incompatibilità, la Corte costituzionale ha poi affermato che il legislatore è stato mosso dall'intento di perseguire l'obiettivo di una maggiore efficienza degli apparati pubblici. Ne è derivato – si legge nella sentenza n. 189 del 2001 – un sistema che non reca "pregiudizio al corretto funzionamento degli uffici", essendo, anzi, diretto "a privilegiare, in modo non irragionevole, il valore dell'efficienza della pubblica amministrazione"³⁹.

Vale la pena evidenziare che la decisione da ultimo citata era stata sollecitata dal Consiglio nazionale forense, che aveva denunciato l'illegittimità dei commi 56 e 56-bis dell'articolo 1 della legge 662 del 1996, nella parte in cui rimuovevano l'incompatibilità tra l'attività di dipendente pubblico *part-time* e l'esercizio di tutte le professioni intellettuali, con particolare riferimento alla parte in cui si prevedeva l'abrogazione parziale delle disposizioni che sancivano l'incompatibilità tra l'esercizio della professione forense e la condizione di pubblico dipendente in regime *part-time*. Le sentenze, sia pur riferite al quadro normativo previgente, sono a tutt'oggi di interesse, posto che la legge 31 dicembre 2012, n. 247, conferma nella sostanza il medesimo modello di incompatibilità (artt. 18 e 19).

Nella pronuncia, anzitutto, si sottolineava che il legislatore ha esercitato

38 Corte costituzionale, sentenza n. 171/1999. Nella pronuncia citata, la Corte sottolinea che l'ampiezza, l'incisività e la rilevanza nazionale di questo disegno di riforma del pubblico impiego, che si manifestano appunto nelle disposizioni che regolano il regime delle incompatibilità e del *part-time* alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, inducono a ritenere che tali disposizioni costituiscano, in base alla loro natura oggettiva, "principi fondamentali" della legislazione statale, anche in relazione alle norme del decreto n. 29 del 1993.

39 Con riguardo a queste censure, la Corte, peraltro, rammentava che, al fine di evitare conflitti di interesse, il legislatore ha posto limiti rigorosi ai dipendenti in regime di *part-time* che vogliano esercitare ulteriori attività.

Il riferimento va, anzitutto, al comma 56-bis dell'art. 1, della legge n. 662 del 1996, che pone il divieto per il dipendente, pure in *part-time*, di esercitare il patrocinio in controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione. Ma ancora, al comma 58-bis del medesimo articolo, che riserva alle stesse amministrazioni pubbliche la potestà di indicare le attività "comunque non consentite" in "ragione della interferenza con i compiti istituzionali". Infine, la legge quadro in materia di lavori pubblici (comma 2-ter dell'art. 18 della legge n. 109 del 1994, inserito dall'art. 9, comma 30, della legge n. 415 del 1998) escludeva che i pubblici dipendenti potessero espletare, nell'ambito territoriale del proprio ufficio, incarichi professionali per conto delle amministrazioni di appartenenza. Divieto quest'ultimo tutt'oggi in vigore, perché previsto nell'identica dizione dal Codice dei contratti pubblici (articolo 24, comma 3, del decreto legislativo n. 50/2016).

una opzione, frutto della discrezionalità ad esso consentita, che è stata esercitata in “modo tutt’altro che irragionevole”, posto che le disposizioni denunciate sono intese a favorire, a tutti i soggetti in possesso dei requisiti, l’accesso alla libera professione e “cioè ad un ambito del mercato del lavoro che è naturalmente concorrenziale”.

Nella medesima decisione, tuttavia, il giudice costituzionale accennava alla legittima possibilità che il legislatore, valutando “diverse e ulteriori esigenze”, potesse modificare il quadro di riferimento.

E, in effetti, a distanza di qualche anno, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla disciplina, con l’approvazione della legge 25 novembre 2003, n. 339, che ha escluso espressamente per gli avvocati, dipendenti pubblici anche in part-time, la possibilità di iscriversi all’albo.

La Corte costituzionale, più volte chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale di tale disciplina, l’ha sempre ritenuta “non irragionevole”.

Dapprima, con la sentenza n. 390 del 2006, ha specificato che “la non irragionevolezza di una disciplina non esclude la non irragionevolezza di una opposta disciplina” e ancora “che il legislatore conserva integro – con il solo limite, appunto, della non manifesta irragionevolezza – il potere di disciplinare diversamente la medesima materia che abbia superato, in precedenza, il vaglio di legittimità costituzionale”.

Nel valutare la ragionevolezza della normativa che esclude la sola professione forense dal novero di quelle alle quali i pubblici dipendenti a tempo parziale possono accedere, ha anzitutto ritenuto che il divieto ripristinato dalla legge n. 339 del 2003 sia coerente “con la caratteristica – peculiare della professione forense (tra quelle il cui esercizio è condizionato all’iscrizione in un albo) – dell’incompatibilità con qualsiasi «impiego retribuito, anche se consistente nella prestazione di opera di assistenza o consulenza legale, che non abbia carattere scientifico o letterario» (art. 3 del R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, recante «Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore»)”.

In una pronuncia successiva (ordinanza n. 91 del 2009), la Corte costituzionale ha aggiunto che la scelta del legislatore non appare ragionevole perché non risulta priva di “razionalità una valutazione di maggiore pericolosità e frequenza di inconvenienti derivanti dalla specifica commistione tra pubblico impiego e libera professione forense, a differenza di tutte le altre attività professionali per l’esercizio delle quali è prescritta l’iscrizione all’albo”.

Con la sentenza n. 166 del 2012, la Corte è nuovamente intervenuta sul tema soffermandosi in particolare su una questione sollevata con riguardo all’asserito affidamento da parte dei dipendenti pubblici a tempo parziale che erano già legittimamente iscritti all’albo degli avvocati e per i quali la legge n. 339 del 2003 ha previsto un regime transitorio.

Con riguardo a quest’ulteriore profilo, il giudice delle leggi evidenzia che se è pur vero che, nella giurisprudenza costituzionale, il valore del legittimo affidamento trova copertura costituzionale nell’art. 3 Cost., tuttavia, in base a principi costantemente ribaditi, non si tratta di un valore da tutelare in termini assoluti e inderogabili. Da un lato, infatti, la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio dev’essere consolidata, dall’altro, l’intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato. Con la conseguenza che «non è interdetto al legislatore di

emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti», unica condizione essendo «che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (sentenze n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009)» (ordinanza n. 31 del 2011).

Infine, vale la pena ricordare che la stessa Corte di giustizia UE (sezione quinta, 2 dicembre 2010, in causa C-225/2009, punto 60), chiamata a pronunciarsi sul rispetto della normativa europea, ha ritenuto che il divieto posto dalla legge n. 339 del 2003, che preclude l'esercizio della professione forense ai dipendenti pubblici a tempo parziale, «rientra nelle regole di cui all'art. 8 della direttiva 98/5, almeno nei limiti in cui [...] concerne l'esercizio concomitante della professione forense e di un impiego presso un'impresa pubblica».

2. Le discipline nei comparti scuola, università e sanità (rapporto di dipendenza pubblica e svolgimento di attività libero-professionali)

di Aldo Pardi

Sommario:

1. Il comparto scuola;
2. Il comparto università;
3. Il comparto sanità.

Il presente contributo mira a delineare la disciplina speciale prevista per lo svolgimento di incarichi extra-istituzionali nei comparti scuola, università e sanità. L'aspetto di maggior interesse e di differenziazione rispetto alla regolamentazione generale descritta nel contributo n. 1 è rappresentato soprattutto dalle disposizioni di favore previste per lo svolgimento di attività libero-professionale. Si procederà ad analizzare i comparti scuola e università – che potrebbero soprattutto riguardare l'attività degli ingegneri e degli architetti – con la seguente metodologia: dopo aver accennato alla normativa applicabile, si analizzeranno gli incarichi extraistituzionali caratterizzati da incompatibilità assoluta e relativa e le attività liberamente esercitabili, riservando maggior attenzione alla libera professione. Il contributo, infine, si dedicherà, sia pur sinteticamente, anche al comparto sanità.

1. Il comparto scuola.

Quadro normativo. Nel dettare la disciplina delle incompatibilità, l'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 lascia impregiudicata quella dettata dall'art. 508 d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado). Quest'ultima disposizione è dedicata alla disciplina delle incompatibilità del personale docente, educativo, direttivo e ispettivo della scuola. Tale regolamentazione non trova invece applicazione per il personale amministrativo, tecnico e ausiliario (c.d. ATA), per il quale, dunque, vige esclusivamente l'assetto generale delle incompatibilità illustrato nel contributo n.1⁴⁰.

Analogamente all'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, anche l'art. 508 esprime il

40 L'art. 48 della l. 144/1999 estende poi al personale docente dipendente da enti locali la disciplina prevista dall'art. 508. Non si applicano tuttavia i commi quattro e sedici dell'art. 508: i provvedimenti di divieto di impartire lezioni private e di autorizzazione all'esercizio di libere professioni sono ricorribili innanzi al sindaco o al presidente della provincia.

principio che ogni incarico extraistituzionale debba ritenersi un evento eccezionale rispetto allo status di pubblico dipendente, ammettendo solo deroghe limitate e tassative. L'art. 508 disciplina, in particolare, lo svolgimento di incarichi extra-istituzionali aventi carattere di abitudine o professionalità, il cumulo di impieghi pubblici e l'esercizio di libere professioni da parte dei docenti.

Incompatibilità assoluta e relativa. L'art. 508 detta alcune disposizioni sugli incarichi extra-istituzionali caratterizzati da incompatibilità assoluta. Tali disposizioni trovano applicazione per il personale scolastico a tempo pieno o con rapporto di lavoro a tempo parziale con percentuale di tempo parziale superiore al cinquanta per cento. Per il personale scolastico che svolge attività lavorativa a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento, si applica invece la disciplina più favorevole prevista per il "part-time ridotto", già descritta nel contributo n. 1, par. 5⁴¹.

Il personale docente, educativo, ispettivo e direttivo non può esercitare altre attività con il carattere di abitudine o professionalità. In particolare, non può esercitare attività commerciale, industriale e professionale, non può assumere impieghi alle dipendenze dei privati, né può accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per i quali la nomina è riservata allo Stato e sia intervenuta l'autorizzazione del Ministero della pubblica istruzione.⁴² Quest'ultimo divieto non si applica nei casi di società cooperative.⁴³

Vige, inoltre, un divieto di cumulo di impieghi pubblici;⁴⁴ l'assunzione di altro impiego comporta di diritto la cessazione dell'impiego precedente, salva la concessione del trattamento di quiescenza eventualmente spettante.⁴⁵

Tali disposizioni ricalcano, integralmente, la disciplina dettata dall'art. 60 e 65, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3. Si rinvia, pertanto, al contributo n. 1, par. 2, per la relativa analisi.

Con riferimento alla scuola, si prevede però l'attivazione di una specifica procedura in caso di violazione del divieto di esercizio di attività con carattere di abitudine o professionalità. Si prevede, infatti, che in caso di violazione, il direttore generale, il capo del servizio centrale competente o il provveditore agli studi diffidi il trasgressore a interrompere l'esercizio dell'attività incompatibile entro quindici giorni, pena decadenza dall'incarico pubblico.⁴⁶ L'eventuale ottemperanza alla diffida non preclude poi l'azione disciplinare.⁴⁷

Si deve poi ritenere che trovi applicazione la restante disciplina generale

41 Corte appello Venezia sez. lav., 09/11/2022, n. 500 ("Infatti, la disciplina della incompatibilità posta dagli artt. 60 e ss. del d.p.r. n. 3/1957 trova applicazione, anche al personale docente dipendente dello Stato (cfr. le omologhe previsioni dell'art. 508 comma 10 ed 11 del Dlgs. n. 297/1994), sia esso a tempo pieno che a tempo parziale [art. 39 CCNL comparto scuola 2006/2009; C. conti, Sez. III, n. 17/2021], con salvezza della ipotesi di "part-time ridotto" ossia dei rapporti lavorativi che prevedono una durata di espletamento inferiore alle 9 ore settimanali ... anche ai sensi dei commi 56 e ss. della l. n. 662/1996.")

42 d. lgs. n. 297/1994, art. 508 comma dieci

43 d. lgs. n. 297/1994, art. 508 comma undici

44 d. lgs. n. 297/1994, art. 508 comma sette

45 d. lgs. n. 297/1994, art. 508 comma nove

46 d. lgs. n. 297/1994, art. 508 comma dodici e quattordici

47 d. lgs. n. 297/1994, art. 508 comma tredici

in materia di incarichi extra-istituzionali caratterizzati da incompatibilità assoluta (es. attività svolte in conflitto di interesse) e relativa (es. incarichi svolti previa autorizzazione dell'amministrazione) e in materia di incarichi non soggetti ad alcuna autorizzazione (es. incarichi resi a titolo gratuito) dettata dall'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, e analizzata nel contributo n. 1.⁴⁸

Libere professioni. Per il solo personale docente, è prevista la possibilità di esercitare libere professioni, subordinatamente alle seguenti condizioni. In primo luogo, l'esercizio della libera professione non deve essere di pregiudizio all'assolvimento di tutte le attività inerenti alla funzione docente. L'esercizio della libera professione deve essere poi compatibile con l'orario di insegnamento e di servizio, comprensivo delle ore dedicate ad attività propedeutiche e collaterali all'insegnamento. L'autorizzazione deve essere necessariamente richiesta al dirigente scolastico; contro l'eventuale diniego può essere proposto ricorso al provveditore agli studi.⁴⁹ La possibilità di esercitare libere professioni – importante deroga rispetto alla disciplina generale – è coerente con l'art. 33 della Costituzione che garantisce la libertà di insegnamento.

Sulla nozione di libera professione si è tuttavia discusso in giurisprudenza. Secondo un primo orientamento, le libere professioni sono quelle che richiedono l'iscrizione in un albo professionale.⁵⁰ Secondo, invece, un altro orientamento, esse sono da individuare nelle *"libere professioni tradizionali (avvocato, medico, ingegnere, ecc.) che richiedono una notevole qualificazione culturale e professionale ed accrescono l'esperienza culturale del docente ed il suo prestigio"*.⁵¹ La giurisprudenza contabile ha, inoltre, incluso nelle attività libero-professionali anche l'attività retribuita di amministratore di condomini, consentita dunque soltanto dietro autorizzazione del dirigente scolastico.⁵²

Su richiesta del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, la Direzione Generale per il Personale Scolastico del MIUR ha fornito alcuni chiarimenti sull'attività libero-professionale dell'ingegnere docente (nota prot. N. AOODGPER.18074 del 3 dicembre 2014). Nel parere, la Direzione Generale ha individuato i criteri che dovrebbero orientare il rilascio di autorizzazione da parte del dirigente scolastico. Tra questi, emergono la (i) temporaneità e occasionalità dell'incarico; (ii) il non conflitto con gli interessi dell'amministrazione e principio di buon andamento dell'amministrazione; (iii) la compatibilità dell'impegno lavorativo con quello richiesto dall'attività di docente; e (iv) lo svolgimento dell'attività al di fuori dell'orario di servizio. Il Consiglio di Stato ha poi specificato che l'autorizzazione può essere negata qualora il minor rendimento del docente sia dovuto alla condizione di affaticamento derivante dall'attività libero-professionale.⁵³

Secondo il parere fornito dalla Direzione Generale, decorsi trenta

48 Corte appello Venezia sez. lav., 09/11/2022, n. 500.

49 d. lgs. n. 297/1994, art. 508 comma sedici

50 Consiglio di Stato, sez. VI, 9/8/1991, n. 510, che ha affermato l'incompatibilità della professione di docente con l'attività di mandatario della SIAE.

51 TAR Palermo, 19/10/1983, n. 874; TAR Toscana, Sez. I, 26 giugno 1995, n. 363.

52 Corte Conti sez. II, 02/08/2010, n.299

53 Consiglio di Stato sez. VI, 5/2/1994, n. 102

giorni dalla ricezione dell'istanza, si forma il silenzio-assenso qualora l'autorizzazione sia stata richiesta per incarichi conferiti da amministrazioni; qualora invece sia stata richiesta per incarichi di privati, l'autorizzazione si intende negata.

Si deve ritenere che anche i docenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento siano tenuti a richiedere l'autorizzazione. Da un lato, infatti, l'art. 508, comma quindici, non sottrae i docenti a "part-time ridotto" dalla necessità di richiedere l'autorizzazione, dall'altro, anche la normativa sul part-time sembra sostenere tale conclusione.⁵⁴ Circolari interne di alcuni istituti scolastici, inoltre, specificano la necessità di ottenere l'autorizzazione per svolgere attività libero-professionale anche per i docenti a "part-time ridotto".⁵⁵

Infine, i dipendenti a "part-time ridotto" dovrebbero comunicare entro 15 giorni all'amministrazione di appartenenza l'eventuale inizio o variazione dell'attività lavorativa svolta, al fine di consentire al dirigente scolastico di accertare il potenziale conflitto di interessi.⁵⁶

Con riferimento all'esercizio della professione forense, l'art. 508 deve essere letto congiuntamente alla l. n. 247/2012 e con il r.d.l. n. 1578/1933, volte entrambe a dettare la disciplina dell'ordinamento forense. La l. n. 247/2012 non ha abrogato infatti tutte le norme previgenti in tema di professione forense, come si evince dall'art. 64 che delega il governo ad adottare un testo unico di riordino delle disposizioni in tema di professione forense attenendosi a diversi principi, tra cui l'accertamento della "vigenza attuale delle singole norme" abrogate sia espressamente sia implicitamente.

Come si è accennato nel contributo n. 1, par. 5, sia la l. n. 247/2012 sia il r.d.l. n. 1578/1933 affermano l'incompatibilità tra l'esercizio della professione forense e il rapporto di pubblico impiego. Prevedono, tuttavia, un'eccezione per i docenti universitari e i docenti degli istituti secondari, declinata diversamente nelle due normative.

Ai sensi dell'art. 3, comma 4, lettera a), r.d.l. n. 1578 del 1933 – così come interpretato dalla Cassazione sezioni unite sentenza n. 22623/2010 – l'iscrizione agli albi professionali è compatibile con l'insegnamento sia universitario, sia presso istituti secondari e primari, indipendentemente dalla materia insegnata. La Cassazione sezioni unite aveva infatti esteso l'eccezione agli insegnanti elementari, non espressamente inclusi nella norma, mediante una "lettura costituzionalmente orientata", volta a garantire il principio costituzionale della libertà dall'insegnamento (art. 33 Cost.): da questo principio discenderebbe che "il rapporto di impiego (e il vincolo di subordinazione da esso derivante), come non può incidere sull'insegnamento (che costituisce la prestazione lavorativa), così, ed a fortiori, non può incidere

⁵⁴ L. 662/1996, art. 1, comma 60. "Al di fuori dei casi previsti al comma 56, al personale è fatto divieto di svolgere qualsiasi altra attività di lavoro subordinato o autonomo tranne che la legge o altra fonte normativa ne prevedano l'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione di appartenenza e l'autorizzazione sia stata concessa..." Si veda, anche la Circolare Funz. Pubblica 19 febbraio 1997, n. 3/97

⁵⁵ Circ. n. 11, 18/9/2018, Istituto Comprensivo Statale n. 11, Borgo Faiti

⁵⁶ L. 662/1996, art. 1, comma 58 e 61

sulla libertà richiesta dall'esercizio della professione forense».⁵⁷

L'art. 19 l. n. 247/2012 ha limitato invece l'ambito di applicazione dell'eccezione prevedendo, che "l'esercizio della professione di avvocato è compatibile con l'insegnamento o la ricerca in materie giuridiche nell'università, nelle scuole secondarie pubbliche o private parificate e nelle istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione pubblici." Dunque, sulla base della nuova normativa, esiste incompatibilità tra esercizio di professione forense e attività di insegnante in scuola elementare, anche part-time, essendo richiesto che il docente presti la sua attività di insegnamento in materie giuridiche.⁵⁸ Il contrasto tra le disposizioni delle due normative è risolto dall'art. 65 co. 3 l. n. 247/2012, il quale prevede che la disciplina più restrittiva prevista dall'art. 19 l. n. 247/2012 non si applica agli avvocati già iscritti agli albi alla data di entrata in vigore della presente legge, per i quali dunque varrà il r.d.l. n. 1578/1933.⁵⁹

Per concludere, inoltre, le amministrazioni scolastiche hanno la possibilità di valutare in concreto singoli casi di conflitto d'interesse o comunque d'interferenza con i compiti istituzionali del docente; il dirigente scolastico – al quale l'insegnante chiedi l'autorizzazione – può dunque valutare in concreto la legittimità dell'assunzione dell'incarico e può impedire al docente di assumere le difese in controversie in cui assume la qualifica di parte la stessa amministrazione scolastica di appartenenza.⁶⁰ L'insegnante non può poi assumere incarichi professionali conferiti dall'amministrazione scolastica.⁶¹

2. Il comparto università.

Quadro normativo. Il regime delle incompatibilità dei professori e ricercatori universitari è delineato dal d.P.R. n. 382/1980 e dalla l. n. 240/2010. Tale normativa speciale si sovrappone alla normativa generale dell'art. 53, d.lgs. 165/2001 applicabile a tutti i pubblici dipendenti e analizzata nel contributo 1. Si aggiungono poi le disposizioni dettate dagli statuti e dai regolamenti d'Ateneo, ai sensi dell'art. 53, comma sette, d.lgs. n. 165/2001.

57 Corte Costituzionale, 21/11/2006, n.390, la quale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 l. 25 novembre 2003 n. 339 nella parte in cui stabilisce che i commi 56, 56-bis e 57 dell'art. 1 l. 23 dicembre 1996 n. 662 - che consentono l'iscrizione agli albi professionali dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale quando la prestazione lavorativa non sia superiore al 50% di quella a tempo pieno - non si applicano all'iscrizione all'albo degli avvocati.

58 Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Sentenza 28/10/2015, n. 21949)

59 Come chiarito anche dalla Nota a cura dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense del 22 gennaio 2013.

60 Cassazione civile sez. lav. - 17/10/2018, n. 26016 "Per effetto della mancata disapplicazione del D.Lgs. n. 662 del 1997, art. 1, comma 58 bis, (introdotto con la L. n. 140 del 1997) da parte della L. n. 339 del 2003, art. 1, comma 1, all'amministrazione scolastica compete la valutazione in concreto della legittimità dell'assunzione del patrocinio legale, da parte dell'insegnante che ivi presta servizio, nonché l'individuazione delle attività che, in ragione dell'interferenza con i compiti istituzionali, non sono consentite ai dipendenti, con particolare riferimento all'assunzione di difese in controversie di cui la stessa amministrazione scolastica è parte."

61 art. 1 comma 56 bis della l. n. 662/1996

Regime di impegno. Il regime delle incompatibilità con l'assunzione di incarichi extra-istituzionali, delineato all'art. 6 l. 240/2010, non distingue tra professore e ricercatore di ruolo. Le incompatibilità sono invece diverse a seconda del diverso regime di impegno – a tempo pieno o a tempo definito – assunto dal docente. Il regime a tempo pieno richiede una quantificazione figurativa di 1.500 ore annue di attività di studio, ricerca e insegnamento; il regime a tempo definito, invece, richiede un impegno di 750 ore.⁶² In aggiunta alle attività di studio, ricerca e insegnamento, i docenti sono poi tenuti a svolgere compiti di didattica integrativa e di servizio studenti (es. orientamento e tutorato) per un impegno orario differente a seconda che si tratti di professore o di ricercatore e se si sia optato per il regime a tempo pieno o a tempo definito.⁶³

I docenti a tempo definito beneficiano di un regime di incompatibilità più favorevole rispetto a quello previsto per i docenti a tempo pieno ma, a differenza di quest'ultimi, non possono assumere cariche accademiche.⁶⁴

Attività assolutamente incompatibili. È precluso ai professori e ai ricercatori, sia a tempo pieno sia a tempo definito, l'esercizio del commercio e dell'industria, salvo la possibilità di costituire società di *spin-off* o di *start-up* universitari, assumendo eventualmente anche responsabilità formali, nei limiti e secondo le modalità poste dal rispettivo Ateneo.⁶⁵

I professori e i ricercatori, sia a tempo pieno sia a tempo definito, non possono poi assumere "*impieghi alle dipendenze di privati*" o "*cariche in società costituite a fine di lucro*"⁶⁶; non possono nemmeno svolgere attività professionali o di consulenza e, comunque, altri incarichi retribuiti, qualora lo svolgimento possa determinare situazioni di conflitto di interesse rispetto all'Ateneo di appartenenza.⁶⁷ Si rinvia al contributo n. 1, par. 2, per l'analisi di tali disposizioni.

Inoltre, solo per i professori e ricercatori a tempo pieno è precluso l'esercizio di attività libero-professionale.⁶⁸ Tale attività è invece liberamente esercitabile, senza nemmeno la necessità di ottenere un'autorizzazione, da parte dei docenti a tempo definito.

Attività relativamente compatibili. Lo svolgimento di alcune attività è poi condizionato al rilascio dell'autorizzazione da parte dell'Ateneo di appartenenza.

I docenti a tempo pieno possono svolgere, previa autorizzazione del rettore, funzioni didattiche e di ricerca, compiti istituzionali e gestionali, presso enti pubblici e privati senza scopo di lucro, nel rispetto di alcune condizioni. Innanzitutto, non può configurarsi un rapporto di lavoro subordinato con l'ente pubblico o privato. L'attività non deve poi determinare

62 art. 6 l. 240/2010, comma uno.

63 art. 6 l. 240/2010, comma due e tre. I professori "non meno di 350 ore in regime di tempo pieno e non meno di 250 ore in regime di tempo definito." I ricercatori "fino ad un massimo di 350 ore in regime di tempo pieno e fino ad un massimo di 200 ore in regime di tempo definito."

64 art. 6 l. 240/2010, comma dodici.

65 art. 6 l. 240/2010, comma nove.

66 DPR n. 3/1957, art. 60

67 Consiglio di Stato, sez. VII, 3/01/2022; Tar Piemonte 97/2023

68 l. 240/2010, art. 6 comma nove

conflitti di interesse con l'Ateneo di appartenenza e non deve essere di pregiudizio allo svolgimento delle attività istituzionali.⁶⁹

Per i docenti a tempo definito è invece prevista una deroga alla regola secondo cui il dipendente pubblico può essere titolare di un unico rapporto di lavoro subordinato. Infatti, i docenti a tempo definito possono svolgere - anche con rapporto di lavoro subordinato - attività didattica e di ricerca presso università ed enti di ricerca esteri, previa autorizzazione del rettore, il quale è tenuto a valutare se vi possa essere compatibilità con l'espletamento degli obblighi presso l'Ateneo di appartenenza.⁷⁰

Infine, gli statuti e i regolamenti d'ateneo possono poi prevedere - per i professori universitari a tempo pieno - criteri e procedure per il rilascio di autorizzazione all'espletamento di incarichi retribuiti extra-istituzionali caratterizzati da occasionalità e saltuarietà. Si rinvia al contributo n. 3, par. 4, per l'analisi di tali regolamenti, dal momento che ogni amministrazione universitaria provvede con una disciplina specifica.

Attività liberamente esercitabili. A differenza dei docenti a tempo pieno, per i quali l'esercizio di attività libero-professionali è precluso, tale divieto non sussiste per i docenti a tempo definito. Quest'ultimi, infatti, possono esercitare attività di lavoro autonomo e libero-professionali, con l'unico limite rappresentato dalla sussistenza di una situazione di conflitto di interessi con l'Ateneo.⁷¹

I docenti a tempo pieno possono, tuttavia, svolgere le seguenti attività retribuite, senza necessità di autorizzazione: (i) attività di valutazione e di referaggio; (ii) lezioni e seminari di carattere occasionale, anche conferiti da soggetti privati; (iii) attività di collaborazione scientifica; (iv) attività di consulenza; (v) attività di comunicazione e divulgazione scientifica e culturale; (vi) attività pubblicistiche ed editoriali.⁷²

Rilevante, ai fini dell'oggetto della presente ricerca, è l'analisi dell'attività di consulenza, liberamente esercitabile dai docenti a tempo pieno, il cui perimetro sfumato si è talvolta sovrapposto a quello di attività libero-professionale. Nella letteratura scientifica, in particolare, la consulenza è stata considerata come una prestazione d'opera intellettuale, consistente nella formulazione di un parere su una determinata problematica, svolta in qualità di esperto e in totale autonomia dal committente, seppur in assenza di abitudine e professionalità.⁷³

Recentemente, si è affermata in giurisprudenza un'interpretazione restrittiva della nozione di consulenza che vuole non confonderla con quella di attività-libero professionale, ritenendola invece assimilabile a quella di collaborazione scientifica: “[la l. 240/2010] *consente ad essi liberamente soltanto l'attività di consulenza scientifica che non va intesa come qualcosa di diverso dalla collaborazione scientifica, di cui conserva la stessa natura e caratteristiche; ... diversamente opinando, il divieto sarebbe facilmente aggirabile, per i professori a tempo pieno, indicando come mere consulenze*

69 L. 240/2010, art. 6 comma dieci

70 L. 240/2010, art. 6 comma dodici

71 L. 240/2010, art. 6 comma dodici

72 L. 240/2010, art. 6 comma dieci.

73 MIUR, Atto d'indirizzo, 22/11/2017, n. 1208, p. 22.

incarichi che, invece, hanno natura libero professionale" (Corte dei Conti sez. I di appello n. 80/2017).

Secondo un orientamento della giurisprudenza contabile, le consulenze in materia scientifica avrebbero un mero carattere teorico e astratto, in quanto non sarebbero volte a "fornire risoluzione a un problematiche concrete" (Corte dei Conti, sez. I di appello, n. 80/2017). Altre pronunce hanno poi evidenziato il carattere saltuario e occasionale delle consulenze (TAR Piemonte, sez. I., 97/2023; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 04927/2021). Secondo un atto di indirizzo del MIUR del 2017, sussiste l'occasionalità quando l'attività non determini una presenza limitata del docente in Ateneo e non sia di ostacolo all'attività a tempo pieno.⁷⁴

In pronunce successive, il giudice contabile ha poi preso in considerazione specifici indicatori per negare il carattere di mera consulenza. Tra questi, rileva (i) *"la frequenza temporale dell'attività consulenziale svolta con continuità, assiduità e sistematicità nell'anno solare e/o in più anni"* (ii) *"la rilevanza reddituale dell'attività espletata, che non potrà superare quella del trattamento economico derivante dal pubblico impiego"* e (iii) *"l'eventuale acquisizione da parte del docente universitario della partita IVA"* (Corte dei Conti sez. giur. Lombardia n. 100/2022). Dunque, anche la titolarità di partita IVA può rilevare come indice sintomatico di esercizio di attività libero-professionale – da valutare in concreto con altri elementi – in quanto, la partita IVA è rilasciata in seguito alla dichiarazione di inizio attività intesa, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 633/1972, come esercizio di professione abituale e non occasionale (Corte dei Conti, (Emilia-Romagna) sez. reg. giurisd., 29/06/2017, n.150).

L'elemento differenziatore tra consulenza ed esercizio di attività libero-professionale non è rinvenibile, dunque, nell'assenza di un'autonoma struttura organizzativa di supporto in capo all'interessato; altrimenti, *"qualunque soggetto potrebbe agevolmente "appoggiarsi" ad un studio di terzi senza dotarsi di particolare organizzazione propria e dedicarsi ad un doppio lavoro in evidente spregio di tutti gli ulteriori interessi coinvolti"* (TAR Piemonte, sez. I., 97/2023).

Secondo l'atto di indirizzo del MIUR precedentemente citato, inoltre, le consulenze devono essere rese nelle tematiche connesse al proprio settore concorsuale di afferenza e devono concludersi con un parere, una relazione o uno studio.⁷⁵

3. Il comparto sanità.

Quadro normativo. Infine, occorre soffermarsi brevemente sulla compatibilità dello svolgimento di attività libero-professionale nel comparto sanità. L'art. 53, comma 1 d.lgs. 165/2001 – richiamando l'art. 4, comma sette, l. 412/1991 – non pregiudica il regime di incompatibilità del personale medico dipendente dalle aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale (SSN). In materia di esercizio di attività libero-professionale, la disciplina della l. 412/1991 è stata poi integrata da ulteriori normative speciali, tra cui il d.lgs. 502/1992, la l. n. 448/1998, la l. n. 120/2007 e il d.l. n. 158/2012. Un ruolo

⁷⁴ MIUR, Atto d'indirizzo, 22/11/2017, n. 1208, p. 22

⁷⁵ MIUR, Atto d'indirizzo, 22/11/2017, n. 1208, p. 22

rilevante, inoltre, è stato demandato alla contrattazione collettiva nazionale. La disciplina che si illustrerà di seguito è applicabile non solamente al personale medico ma a tutti i dirigenti sanitari, tra cui gli psicologi, i farmacisti, i biologici e i chimici.⁷⁶

Attività intra-muraria ed extra-muraria. L'art. 4, comma sette, l. 412/1991 afferma la regola dell'esclusività del rapporto di lavoro con il SSN (c.d. rapporto di lavoro unico), incompatibile con ogni altro rapporto di lavoro dipendente e con l'esercizio di altre attività, con la titolarità o con la compartecipazione di quote in imprese potenzialmente in conflitto di interessi con il SSN. L'amministratore straordinario dell'unità sanitaria locale è tenuto all'accertamento delle eventuali incompatibilità.⁷⁷

L'esclusività del rapporto di lavoro unico non preclude la possibilità di esercitare attività libero-professionale c.d. intra-muraria, ovvero attività libero-professionale svolta al di fuori dell'orario di lavoro, all'interno o all'esterno delle strutture sanitarie, purché non in strutture private convenzionate con il SSN.⁷⁸

I dirigenti sanitari hanno, inoltre, la possibilità di optare per il rapporto di lavoro non esclusivo e svolgere la libera professione c.d. extra-muraria, al di fuori delle strutture di appartenenza⁷⁹, a fronte, tuttavia, di penalizzazioni retributive e di carriera.⁸⁰ Infatti, solo il rapporto di lavoro esclusivo comporta la totale disponibilità nello svolgimento delle funzioni dirigenziali attribuite dall'azienda sanitaria e costituisce titolo di preferenza per gli

76 Corte cost. n. 54/2015 che richiama l'art. 3 del d.P.C.m. 27 marzo 2000 (Atto di indirizzo e coordinamento concernente l'attività libero-professionale intramuraria del personale della dirigenza sanitaria del Servizio sanitario nazionale). Anche con riferimento all'ordinamento militare, la Corte costituzionale ha recentemente ritenuto che la limitazione soggettiva della facoltà di esercitare la libera professione – facoltà che si pone in deroga al principio generale dell'esclusività della professione militare e che è riservata esclusivamente ai medici militari – determina un'irragionevole disparità di trattamento tra le due categorie professionali, quella del medico e quella dello psicologo militare, le quali sono tra loro omogenee con riferimento al profilo in esame. La Corte costituzionale ha così dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 210, comma 1, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), nella parte in cui non contempla, accanto ai medici militari, anche gli psicologi militari tra i soggetti a cui, in deroga all'art. 894 del codice medesimo, non sono applicabili le norme relative alle incompatibilità inerenti l'esercizio delle attività libero professionali, nonché le limitazioni previste dai contratti e dalle convenzioni con il servizio sanitario nazionale." [sentenza n. 98/2023]

77 l. 412/1991, art. 4, comma sette

78 l. 412/1991, art. 4, comma sette.

Il rapporto di lavoro esclusivo comporta l'esercizio dell'attività professionale nelle seguenti tipologie: a) il diritto all'esercizio di attività libero professionale individuale, al di fuori dell'impegno di servizio, nell'ambito delle strutture aziendali individuate dal direttore generale d'intesa con il collegio di direzione; ... b) la possibilità di partecipazione ai proventi di attività a pagamento svolta in equipe, al di fuori dell'impegno di servizio, all'interno delle strutture aziendali; c) la possibilità di partecipazione ai proventi di attività, richiesta a pagamento da singoli utenti e svolta individualmente o in equipe, al di fuori dell'impegno di servizio, in strutture di altra azienda del Servizio sanitario nazionale o di altra struttura sanitaria non accreditata, previa convenzione dell'azienda con le predette aziende e strutture; d) la possibilità di partecipazione ai proventi di attività professionali, richieste a pagamento da terzi all'azienda, quando le predette attività siano svolte al di fuori dell'impegno di servizio e consentano la riduzione dei tempi di attesa, secondo programmi predisposti dall'azienda stessa, sentite le équipes dei servizi interessati.

79 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quater*.

80 Corte appello sez. lav., Torino, 31/10/2022, n. 470

incarichi didattici e di ricerca e per i comandi e i corsi di aggiornamento;⁸¹ esso attribuisce, inoltre, il diritto a un'indennità di esclusiva stabilita dai contratti collettivi di lavoro⁸² e rappresenta poi la condizione per assumere incarichi di direzione di strutture semplici o complesse.⁸³ Non si decade però dall'incarico di direzione assunto, nel caso di passaggio da rapporto esclusivo a non esclusivo.⁸⁴ I dirigenti sanitari che optano per il rapporto di lavoro non esclusivo sono comunque tenuti a garantire "la totale disponibilità nell'ambito dell'impegno di servizio".⁸⁵ Le aziende stabiliscono inoltre "i volumi e le tipologie delle attività e delle prestazioni che i singoli dirigenti sono tenuti ad assicurare, nonché le sedi operative in cui le stesse devono essere effettuate."⁸⁶

In ogni caso, il rapporto di lavoro esclusivo è sempre ripristinabile su domanda del dirigente.⁸⁷

Al fine di incentivare l'assunzione di un rapporto di lavoro esclusivo, il legislatore ha introdotto determinati oneri in capo agli enti del SSN per facilitare l'esercizio dell'attività intramuraria: si richiede alle regioni, ad esempio, di riservare spazi adeguati per l'esercizio dell'attività intramuraria all'interno di presidi ospedalieri e delle aziende.⁸⁸

Dall'altro lato, tuttavia, il legislatore ha dettato una serie di prescrizioni per evitare che l'esercizio dell'attività intra-muraria possa pregiudicare l'attività istituzionale.⁸⁹ Si prevede, ad esempio, che l'attività intramuraria non possa comportare un volume di prestazioni superiore a quello assicurato per l'attività istituzionale.⁹⁰ È rimesso poi alla contrattazione collettiva nazionale la definizione dell'equilibrio fra attività istituzionale e attività libero-professionale, nel rispetto di alcuni principi stabiliti dal d.lgs. 502/1992, art. 15-*quinquies*. Tra questi, vi è il principio secondo cui l'attività istituzionale debba essere prevalente rispetto a quella libero-professionale, nel rispetto delle esigenze di servizio. L'attività intra-muraria deve poi svolgersi nel rispetto dei piani di attività previsti dalla programmazione regionale e aziendale, che includono anche i volumi prestazionali e i tempi di attesa.⁹¹ Appositi organismi sono tenuti a verificare che l'attività libero professionale rispetti i principi normativi e le prescrizioni stabilite dalla contrattazione collettiva; in caso di violazione, sono previste sanzioni che possono consistere anche nell'eventuale sospensione del diritto di esercizio dell'attività stessa.⁹²

Con successive normative si è poi affidato alle regioni il compito di

81 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quater*, comma cinque, sei e otto.

82 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quater*, comma cinque.

83 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quinquies*, comma cinque.

84 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quater*, comma quattro. Corte cost., 5/5/2006 n. 181.

85 d.lgs. 502/1992, art. 15-*sexies*.

86 d.lgs. 502/1992, art. 15-*sexies*.

87 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quater*, comma due.

88 d.lgs. n. 502/1992, art. 4, comma nove.

89 Cassazione civile, sez. lav., 24/02/2022, n. 6153

90 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quinquies*, comma tre.

91 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quinquies*, comma tre.

92 d.lgs. 502/1992, art. 15-*quinquies*, comma tre.

controllare le modalità di svolgimento dell'attività intramuraria, definendone i limiti quantitativi.⁹³ Gli enti del SSN devono predisporre poi un piano aziendale sul funzionamento delle singole unità operative e sui volumi da assegnare all'attività istituzionale e a quella libera professionale.⁹⁴

Il CCNL 2016-2018 comparto "Sanità" ha poi integrato ulteriormente la disciplina sulla libera professione intramuraria, rimettendo, *inter alia*, alle aziende – nel rispetto dei criteri stabiliti contrattualmente e nelle disposizioni legislative – la definizione delle modalità di svolgimento di tale professione.

⁹⁵I direttori generali delle aziende sono, inoltre, tenuti a organizzare l'attività intramuraria con specifico atto aziendale.⁹⁶

93 D.l. n. 223/2006, art. 22 bis.

94 L. n. 120/2007, art. 1, comma cinque.

95 CCNL 2016-2018 art. 114, comma tre

96 L. 662/1996, art. 1, comma otto

3. Analisi dei regolamenti delle amministrazioni pubbliche

di Elena Zennaro e Simone Neri

Sommario:

1. Introduzione
2. Analisi dei regolamenti per il personale contrattualizzato
3. Amministrazioni in regime di diritto pubblico
4. Conclusioni

1. Introduzione

L'articolo 53, comma 2 del TUIP, come detto, prevede quale principio di carattere generale, che le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati.

Al comma in questione si ricollegano espressamente i successivi commi 3 e 3-bis del medesimo articolo 53. Il comma 3 stabilisce che con appositi regolamenti, da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono individuati gli incarichi consentiti e quelli vietati ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, nonché agli avvocati e procuratori dello Stato, sentiti, per le diverse magistrature, i rispettivi istituti.

Il successivo comma 3-bis, introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, demanda ad appositi decreti interministeriali l'individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici, secondo criteri differenziati in rapporto alle diverse qualifiche e ai diversi ruoli professionali per tutte le altre pubbliche amministrazioni.

In linea generale, dunque, dalla disamina dell'articolo 53 del TUIP i dipendenti delle pubbliche amministrazioni possono svolgere incarichi retribuiti conferiti da altri soggetti, pubblici o privati, solo se autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Le diverse amministrazioni hanno, poi, il compito di fissare criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, in base ai quali rilasciare l'autorizzazione.

Sulla scorta di tale premessa, risulta quindi utile concentrare l'attenzione su un campione di regolamenti di alcune amministrazioni con specifica attenzione alla disciplina relativa agli incarichi caratterizzati da incompatibilità c.d. relativa, cioè quelli che possono essere svolti previa autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica

professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l'esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente.

Tale analisi è stata effettuata con riguardo, da un lato, su un campione di amministrazioni il cui personale opera in regime di diritto privato e, dall'altro, su un campione di amministrazioni i cui dipendenti operano nel settore non contrattualizzato.

Rispetto a queste due categorie ("contrattualizzati" e "non contrattualizzati") l'analisi si muoverà lungo due direttrici diverse. Per il personale in regime di diritto privato la disamina dei regolamenti avrà l'obiettivo di analizzare come e in che modo tali atti seguano lo schema delineato dall'articolo 53 del TUP. L'attenzione principale che verrà data in questa sede sarà, quindi, quella di verificare le differenze oggettive dei singoli regolamenti in relazione alle differenti amministrazioni prese in considerazione. Per il personale in regime di diritto pubblico, invece, verrà dato maggior peso all'elemento soggettivo, ossia all'analisi dei regolamenti in relazione alle diverse categorie professionali prese in considerazione.

2. Analisi dei regolamenti per il personale contrattualizzato

Al fine della presente indagine si sono presi a riferimento, per lo Stato, il regolamento del ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica; per quanto concerne le Regioni: tre diverse Regioni collocate una al nord, una al centro ed una al sud del paese, legate a realtà territoriali molto diverse tra loro, sono le Regioni del Veneto, Abruzzo e Campania. Il raffronto infatti in questo modo risulta a più ampio spettro.

E' stato inoltre analizzato il regolamento della Provincia Autonoma di Bolzano, al fine di individuare se la specialità statutaria comporta anche una specialità nella disciplina in esame.

Per i Comuni si è pensato di prendere a campione di analisi tre tipologie di comune: grande, medio e piccolo, anche in questo caso appartenenti a realtà territoriali diverse tra loro: Comune di Milano, Comune di Livorno e Comune di Sorso.

2.1 Elementi soggettivi: soggetti destinatari e diverse regolazioni delle autorizzazioni

I regolamenti individuano nei loro dipendenti i destinatari della normativa, comprendendo in tale denominazione tutte le tipologie: con contratto a tempo determinato, indeterminato, a tempo pieno e parziale.

Tuttavia, distinguono alcune categorie di dipendenti che per il ruolo svolto (dirigenti) per l'orario di lavoro (part time inferiore al 50%) o per le funzioni (ufficio contratti, controlli, autorizzazioni) sono soggetti ad alcune disposizioni *ad hoc*.

Per quanto riguarda la categoria dirigenziale non tutti i regolamenti prevedono una disciplina *ad hoc* per i dirigenti, ne specificano impegno e limiti alcuni soltanto.

Le Regioni del Veneto e della Campania dedicano un apposito articolo al personale dirigente, partono entrambi dalla omnicomprensività del loro

trattamento economico ai sensi dell'art. 24 del D.Lgs. 165/2001, inclusivo di attività che si possono definire "collaterali" al loro incarico e che sommate all'impegno istituzionale lasciano poco spazio ad incarichi extra. Conseguentemente prevedono per l'assunzione di incarichi extraufficio:

- il Veneto dei limiti di carattere economico: la somma dei compensi spettanti in un anno non può superare il 25% del trattamento economico annuo lordo. Sono esclusi da tale limite gli incarichi come membri di consigli di amministrazione e di controllo di società partecipate o collegate alla Regione conferite dalla Giunta

- La regione Campania diversamente utilizza un riferimento più astratto: l'impegno che richiede tale incarico. Si valuta l'"influenza" del tempo che si dovrà dedicare all'incarico rispetto a quello necessario per l'assolvimento delle funzioni assegnate.

Sulla stessa linea la Provincia Autonoma di Bolzano, che indica la "occasionalità e temporaneità" dell'incarico tale da non recare nocimento alle funzioni del dirigente. La particolarità in questo caso riguarda la libera professione che viene equiparata alla dirigenza sanitaria del servizio sanitario della provincia.

Per quanto concerne il personale con orario di lavoro a tempo parziale pari o inferiore al 50%, la deroga è già indicata dalla legge dall'art. 53 D. Lgs. 165/2001 e all'art. 1 L.662/96 richiamato, si prevede per tale categoria di personale la possibilità di svolgere la libera professione.

Oltre al richiamo alle disposizioni delle normative nazionali, tutte le amministrazioni evidenziano come presupposto per l'autorizzazione l'assenza di conflitto di interesse tra l'attività svolta in libera professione e l'ambito funzionale e territoriale dell'ufficio in cui opera il dipendente. Il Ministero dell'Ambiente esclude con richiamo all'articolo 18, comma 1, lettera d), della legge 31 dicembre 2012, n. 247, la possibilità di svolgere la professione di avvocato per coloro anche a tempo parziale.

Veneto e Campania hanno espresso il divieto di assegnare incarichi di progettazione e/o direttori lavori a dipendenti a tempo parziale che operano nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza.

Abruzzo, più generica, specifica che non devono svolgere attività in conflitto di interesse.

Possiamo trovare delle peculiarità nel regolamento di alcuni Comuni.

Ad esempio il Comune di Milano nell'elencare le incompatibilità per tutti i dipendenti, individua alcune di queste da estendere anche a coloro che svolgono la libera professione ed in virtù di ciò potrebbero incorrere in rapporti di collaborazione con persone o per attività ed infine per incidenza sul territorio, che metterebbero a rischio gli interessi dell'ente.

In aspetto opposto il Comune di Sorso deroga al limite economico fissato per lo svolgimento degli incarichi extra, non prevedendo alcuna limitazione a chi si trova in part time al 50%.

Ancora più curioso quanto disciplinato dalla Provincia Autonoma, in questo caso il regolamento fa riferimento a dipendenti in contratto ad orario parziale, non distinguendo se superiore o inferiore al 50%, ponendo differenze esclusivamente sul limite di compenso economico, purché le attività esterne non confliggano con gli interessi dell'amministrazione e non compromettano l'efficienza amministrativa.

L'ente tuttavia può offrire un adeguato orario a tempo pieno al dipendente,

che se prosegue nelle sue attività extra vedrà imporsi il limite economico applicabile per gli incarichi esterni con contratto a tempo pieno di 7.000€, come si vedrà di seguito.

Il legame tra funzioni svolte e incarichi autorizzabili rilevano in particolare per le amministrazioni comunali e per alcuni uffici ritenuti particolarmente a "rischio corruttivo".

Nei regolamenti degli enti locali viene infatti evidenziato il legame tra attività svolta in alcuni settori amministrativi e possibili conflitti di interesse con incarichi extra, vale in particolare per le aree che si occupano di opere pubbliche (progettazione, autorizzazione, direzione lavori) o aree di controllo, autorizzazione e concessioni.

Diversamente non c'è la stessa evidenza nei regolamenti regionali e in quello della provincia autonoma.

2.2. Elementi oggettivi: incarichi incompatibili, non soggetti ad autorizzazione e autorizzabili

In tutti i regolamenti analizzati le disposizioni riguardo incarichi non autorizzabili e autorizzati *ipso iure* viene fatta richiamando quanto sancito nell'art. 53 del d.lgs 165/2000, lo stesso può dirsi per quanto concerne i presupposti per autorizzare tutti gli incarichi non rientranti tra quelli espressamente negati ed espressamente legittimati.

In generale tutti i regolamenti fanno esplicito riferimento al tema della non incompatibilità con l'attività amministrativa svolta, la mancanza di conflitto di interesse, la non conflittualità con l'orario di lavoro o l'impiego di strumenti del lavoro.

Si può dunque affermare la possibilità di svolgere incarichi esterni se non appositamente vietati quando gli stessi non minino l'efficienza dell'attività amministrativa e soprattutto che non siano in contrasto con le regole di prevenzione della corruzione.

Le attività che, ai sensi del comma 6 dell'art. 53 D.Lgs 165/2000, non abbisognano di autorizzazione vanno comunque comunicate all'organo preposto, nei regolamenti regionali si aggiungono a queste anche altre tipologie di incarico che richiedono soltanto la comunicazione.

Alcuni incarichi, potrebbero essere definiti di carattere personale, tra i più comuni quelli riguardanti la partecipazione ad associazioni di volontariato, associazioni sportive senza scopo di lucro o che reinvestono eventuali utili in ulteriori attività della società, società cooperative, attività artistiche o sportive, quando non hanno il carattere della professionalità.

Ci sono poi attività dove il conflitto di interessi è un po' più a rischio ed è il caso ad esempio di svolgimento dell'attività di commissario ad acta, o della partecipazione a società di persone in qualità di semplice socio, come previsto dalla Regione Campania.

Nel caso della Provincia Autonoma di Bolzano, anche le attività che comportano un compenso complessivo lordo non superiore a €1000 annue possono essere soltanto comunicate e non necessitano di autorizzazione.

Si evidenzia infine che rispetto agli altri regolamenti quelli dei tre comuni individuano tra i casi di incompatibilità, in una logica di tutela della prevenzione alla corruzione, le collaborazioni a qualunque titolo con privati che nei due anni precedenti abbiano intrattenuto rapporti economici con

l'amministrazione comunale, collaborazioni che possono coinvolgere in particolare il personale tecnico amministrativo di uffici che si occupano di lavori ed opere pubbliche, pianificazione urbanistica, contratti pubblici e gare d'appalto.

Diversamente, ed in deroga alla disciplina fino ad ora descritta, il personale con contratto a tempo parziale pari o inferiore al 50% può svolgere attività in libera professione come sancito sia dall'art. 53 D.Lgs 165/2000 che dall'art. 1 della L.662/96 da questo richiamata.

Presupposti per la legittimità degli incarichi sono, anche in questo caso: la mancanza di conflitto di interessi e la comunicazione all'ufficio preposto.

La particolarità in tutti i regolamenti degli enti territoriali è caratterizzata da una specifica limitazione diretta a tutelare il conflitto di interessi con l'amministrazione, che potremmo definire territoriale: il dipendente non può svolgere incarichi di progettazione, direzione lavori, *se non al di fuori dell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza*.

Al limite territoriale le amministrazioni comunali aggiungono nei loro regolamenti anche un limite che potremmo definire funzionale. Sono impediti collaborazioni con privati che hanno interessi economici con l'ufficio di appartenenza.

L'interesse economico per il Comune di Livorno deve tuttavia essere "significativo".

Per il Comune di Milano l'interesse economico diversamente coinvolge molte attività istituzionali, pertanto pone varie limitazioni a cui tutti i dipendenti, compresi quelli che svolgono la libera professione, devono attenersi.

La provincia di Bolzano ai dipendenti con contratto parziale oltre al limite del conflitto di interesse, pone un limite economico agli "altri incarichi": complessivamente non possono superare il 130% dello stipendio lordo annuo spettante ad un contratto a tempo pieno comprensivo delle indennità.

2.3. La procedura di autorizzazione

La procedura prevede dei limiti sia relativamente:

- al numero di incarichi autorizzabili per dipendente (in alcuni casi solo uno per anno in altri non viene indicato il limite),
- al numero di ore che si possano dedicare annualmente
- al trattamento economico che ne può derivare al dipendente rispetto alla retribuzione ordinaria.

I regolamenti individuano per l'autorizzazione allo svolgimento di incarichi esterni alcuni criteri uniformi: quali la non incompatibilità con l'attività svolta in base alla natura dell'attività e alla mansione svolta dal dipendente, lo svolgimento al di fuori dell'orario di lavoro, l'assenza di conflitti di interessi con l'amministrazione, non impiego di beni e strumenti dell'amministrazione, tutti elementi già individuati nella normativa nazionale. Il MASE, in aggiunta, specifica anche che l'incarico non può minare il prestigio e il decoro dell'Amministrazione o danneggiare l'immagine.

Le differenze riguardano aspetti più concreti quali: il limite che le amministrazioni pongono al numero di incarichi annui, il tempo concesso al dipendente da dedicare all'incarico o, se più di uno, alla somma degli incarichi, la massima retribuzione che può derivare.

Per quest'ultimi dati una tabella rende chiaramente le differenze:

Ente	Numero di incarichi	Ore totali ammesse	Trattamento economico
MASE	Non specificato	Solo carattere temporaneo e occasionale	Non assuma prevalenza economica rispetto al rapporto di lavoro presso il Ministero
Veneto	Non più di 3 incarichi <u>annui</u>	Massimo 100 ore annue di impegno	trattamento economico di max 25 % rispetto al trattamento economico annuo lordo*
Campania	Uno o più incarichi (non specificato)	Durata ed impegno non superiore a 200 ore annue. Se più incarichi si distingue: non dirigenti max 400 ore dirigenti 300 ore max annue	compensi non superiori al 50% della retribuzione annua lorda
Abruzzo	Uno o più incarichi (non specificato)	Non quantificato- si prende a riferimento le caratteristiche dell'attività esterna oggetto di valutazione e l'impegno richiesto al dipendente	non può superare il trattamento economico fondamentale annuo della categoria di appartenenza, fino al limite massimo lordo annuo spettante al personale di categoria D6
Provincia BZ		L'insieme delle attività esterne e interne non devono superare le 48 ore lavorative settimanali	I proventi lordi non possono superare il 30%. (elevabile fino al 50% per il personale collocato a riposo), dello stipendio lordo annuo di un contratto a tempo pieno. Sono consentiti, previa autorizzazione proventi entro I 7.000€ annui, lordi.
Milano		L'attività extra lavorativa non può superare le 20 ore mensili- ammessa possibile deroga solo se l'amministrazione rileva interessante l'incarico ai fini dell'arricchimento professionale del dipendente	Complessivamente il compenso annuo non può superare il 50% del trattamento economico annuo lordo complessivo. Con riferimento all'anno precedente
Livorno	Non specificato	Non specificato	Non specificato
Sorso	Uno o più incarichi (non specificato)	Valutazione dell'indice di gravosità è data: dal numero di incarichi e dal compenso pattuito	L'insieme degli incarichi non potrà superare il 40% del trattamento economico annuo lordo*

*Il limite economico non si applica agli incarichi del personale con contratto a tempo parziale non superiore al 50%

2.4. Il controllo

Al fine di verificare la presenza dei presupposti previsti per l'autorizzazione dell'incarico come individuati nel paragrafo precedente, il controllo viene affidato, da tutte le amministrazioni analizzate al dirigente dell'ufficio e, nel caso di un dirigente, al dirigente responsabile dell'area.

Poichè oggetto di valutazione sarà la tipologia dell'incarico, la sua durata, o tempo di svolgimento ed il compenso eventualmente previsto, il dirigente avrà elementi utili per verificare, rispetto al tipo di impegno che l'incarico esterno richiede al dipendente, quanto questo potrà incidere sulla sua efficienza lavorativa o se possano sussistere presupposti per un conflitto di interessi reale o potenziale.

Il controllo e l'autorizzazione dovrà svolgersi nel termine di 30 giorni a decorrere dalla consegna della richiesta che in alcune amministrazioni è fissata a 30 giorni prima dell'avvio dell'incarico, in alcune (Campania ed Abruzzo) a 15 giorni prima dell'avvio.

Il termine per l'autorizzazione si interrompe qualora sia necessaria un'attività istruttoria integrativa rispetto alla documentazione prodotta, al termine del quale ricomincerà il computo.

In caso di mancata risposta da parte dell'ufficio risorse umane nei termini di legge vale il silenzio rifiuto, soltanto se l'incarico proviene da un'altra amministrazione il silenzio sarà considerato assenso.

Tutte le amministrazioni infine prevedono la possibilità di revocare l'autorizzazione in caso vengano meno o vengano modificati i presupposti per cui era stata data l'autorizzazione. In questo caso è onere dell'interessato rendere noti gli intervenuti cambiamenti che potrebbero incidere sull'autorizzabilità dell'incarico.

2.5. Le sanzioni

Per quanto concerne le sanzioni i regolamenti degli enti territoriali sono in linea con quanto sancito dal comma 7 dell'art. 53 del d.lgs 165/2000, infatti per il dipendente che continua lo svolgimento dell'incarico esterno nonostante il divieto dell'amministrazione incorre innanzitutto nella sanzione disciplinare e nell'obbligo di versare quanto percepito a favore nel bilancio dell'ente di appartenenza.

La particolarità tra gli atti esaminati è invece legata al tempo che l'amministrazione concede al dipendente affinché provveda alla chiusura dell'incarico, in alcuni casi il termine viene indicato dall'ufficio che svolge il controllo, mentre per il Comune di Milano è standardizzato dalla norma a 15 giorni, per il comune di Sorso 30 giorni.

Infine nel caso il dipendente perseveri nella prosecuzione dell'incarico sarà passabile di licenziamento.

Particolare per quanto concerne la Provincia Autonoma che prevede in caso di violazione la sanzione disciplinare e solo "eventualmente" la revoca dell'autorizzazione, non specifica però le cause determinanti della revoca.

3. Amministrazioni in regime di diritto pubblico

Per le amministrazioni in regime di diritto pubblico (ex articolo 3 del TUPI), si è invece scelto di analizzare il regolamento per il personale dei vigili del fuoco, quelli relativi alla magistratura ordinaria e amministrativa, il regolamento dell'Avvocatura dello Stato e, infine, due regolamenti di due università: una pubblica e una privata. Importante è la scelta di analizzare i regolamenti del personale in regime di diritto pubblico al fine di verificare la "specialità" del rapporto.

3.1. Personale dei vigili del fuoco

Con specifico riguardo al Corpo nazionale dei vigili del fuoco il decreto del ministero dell'Interno 17 luglio 2001 reca norme in materie di incompatibilità, criteri e procedure per il rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento di incarichi esterni da parte del personale del Corpo Nazionale dei Vigili del fuoco.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione il decreto si applica a tutto il personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco a tempo pieno e a quello a tempo parziale con una prestazione lavorativa superiore al 50%.

Il decreto in questione si preoccupa di stabilire che per gli incarichi conferiti direttamente dall'Amministrazione si tiene conto della particolare qualifica tecnica del dipendente in relazione all'attività da espletare nonché della maggiore o specifica esperienza derivante dall'espletamento del servizio in particolari settori tecnico-scientifica.

Il decreto rimanda alla legge circa le attività consentite senza autorizzazione con alcuni punti da evidenziare:

- sono consentite le attività rese a titolo gratuito presso cooperative a carattere socio-assistenziale senza scopo di lucro o presso associazioni di volontariato, salvo quelle con finalità attinenti ai compiti istituzionali del Corpo nazionale dei vigili del fuoco;
- è consentito il tirocinio al fine del conseguimento dell'abilitazione professionale, purché a titolo gratuito e senza esercizio di attività autonoma o subordinata;
- sono consentite le consulenze tecniche d'ufficio in procedimenti penali e civili;
- è consentito lo svolgimento di incarichi di progettazione, assunti a titolo gratuito esclusivamente nell'ambito familiare, purché non riguardanti attività soggette al controllo di prevenzione di competenza del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e a condizione che non siano assoggettate ad IVA.

Sempre alla legge si demanda per le attività vietate.

Per quanto attiene, invece, alle attività consentite previa autorizzazione il regolamento contiene un lungo elenco all'interno del quale si configurano attività autorizzabili quelle per le quali non vi sia un rapporto con i compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, le attività non siano assoggettabili a IVA e le attività che non comportano poteri direttivi, gestionali e di rappresentanza.

Le autorizzazioni sono rilasciate tenendo conto del numero degli incarichi

autorizzati, nonché della natura, consistenza e durata complessiva di ciascun incarico.

Il decreto, nel porre limiti generali alla compatibilità delle attività, mira a specificare che tali attività:

- siano svolte al di fuori dell'orario di lavoro;
- non comportino potenziali conflitti di interesse con l'ente datore di lavoro;
- assumano il carattere della saltuarietà ed occasionalità;

La richiesta di autorizzazione è indirizzata alla Direzione Generale con il parere non vincolante del Capo dell'ufficio centrale o periferico di appartenenza. L'Amministrazione, verificata la compatibilità dell'attività extra istituzionale, previo parere tecnico del Servizio Tecnico Centrale, in base alla natura della stessa, alle modalità di svolgimento e all'impegno richiesto, deve pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della richiesta stessa, decorrente dalla data del protocollo di entrata. Decorso tale termine l'autorizzazione si intende automaticamente accordata qualora l'incarico sia conferito da amministrazione pubblica. In ogni altro caso si intende definitivamente negata.

Va, infine, specificato che il regolamento non pone limiti sia al numero di incarichi autorizzabili e sia a tetti retributivi.

3.2. I magistrati: ordinari e amministrativi

Per i magistrati ordinari vi è una norma di riferimento nell'ordinamento giudiziario (art. 16 del regio-decreto 30 gennaio 1941, n. 12), la quale prevede una incompatibilità di carattere generale tra il rapporto di lavoro del magistrato e l'assunzione di incarichi pubblici o privati (fatta eccezione per gli incarichi di senatore, di deputato o di amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza), nonché con l'esercizio dell'industria e del commercio e della libera professione (art. 16, comma 1). Inoltre i magistrati non possono accettare incarichi di qualsiasi specie, né assumere le funzioni di arbitro senza l'autorizzazione del Consiglio Superiore della Magistratura (comma 2). In quest'ultimo caso, ossia previa autorizzazione, possono assumere la veste di arbitro unico o presidente del collegio arbitrale ed esclusivamente nei giudizi arbitrali nei quali sia parte lo Stato o aziende ed enti pubblici (comma 3).

Per i magistrati ordinari l'atto interno di organizzazione sugli incarichi extragiudiziali è la circolare n. 22581/2015 del 9 dicembre 2015. Tale circolare, nello specifico, disciplina l'autorizzazione degli incarichi extragiudiziari, e cioè delle attività compatibili con l'ordinario servizio giudiziario conferiti ai magistrati da enti pubblici o privati. Ai sensi della circolare sono liberamente espletabili e non richiedono alcuna autorizzazione o preventiva comunicazione:

- le attività che costituiscono espressione di diritti fondamentali, quali la libertà di manifestazione scritta e verbale del pensiero, di associazione, di esplicitazione della personalità;
- la pubblicistica, la collaborazione in qualsiasi forma a giornali, riviste, enciclopedie e simili, la produzione artistica e scientifica;
- le attività di creazione di opere dell'ingegno;

- la partecipazione, come relatori, a seminari, convegni, incontri di studio o attività simili se non retribuita;
- la partecipazione a trasmissioni radiofoniche, televisive, informatiche o telematiche
- la partecipazione, come discenti, a seminari, convegni, incontri di studio o attività simili;
- l'adesione ad organismi che danno luogo ad un rapporto associativo trasparente, non caratterizzato dall'assunzione di giuramenti o di vincoli incompatibili con i principi di autonomia ed indipendenza, che connotano la funzione del magistrato;
- la partecipazione ad attività di volontariato;

Non sono soggette ad autorizzazione anche le attività connesse all'esercizio di funzioni giudiziarie presso gli organi di Giustizia tributaria. L'articolo 3 prevede, invece, le attività vietate:

- prestazioni abitualmente fornite da liberi professionisti.
- incarico di componente o presidente del comitato di sorveglianza delle grandi imprese in amministrazione straordinaria;
- incarichi di giustizia sportiva;
- l'organizzazione di scuole private di preparazione a concorsi o esami per l'accesso al pubblico impiego alle magistrature, e alle altre professioni legali;
- incarichi di insegnamento non espressamente previsti per i magistrati da specifiche disposizioni di legge;
- l'assunzione di ruoli incidenti direttamente sull'amministrazione attiva e/o di controllo degli enti conferenti oppure di mediazione dei conflitti.

Tutte le altre attività sono sottoposte al vaglio del Consiglio Superiore della Magistratura. La circolare, nello specifico, indica alcune tipologie di attività per le quali è richiesta l'autorizzazione e che sono riconducibili a tre diverse tipologie:

- gli incarichi di insegnamento;
- gli incarichi conferiti da istituzioni pubbliche;
- gli incarichi conferiti da federazioni od organizzazioni sportive.

La circolare prevede, poi, che sono autorizzabili gli incarichi conferiti da privati, allorché sussista un effettivo ed obiettivo interesse pubblico all'espletamento dell'incarico.

A valutare la possibilità dell'espletamento degli incarichi extragiudiziali è, come detto, il Consiglio superiore della magistratura che nel rilascio dell'autorizzazione tiene conto di due fattori:

- a. le esigenze di servizio e il contemporaneo esercizio delle funzioni giudiziarie;
- b. le funzioni concretamente espletate dal magistrato interessato.

Dalla lettura della circolare emerge un margine di apprezzamento assai ampio in capo al CSM.

La richiesta di autorizzazione consta di procedimenti differenziati in relazione alle richieste di autorizzazione da sottoporre. La regola generale è che essa deve essere trasmessa almeno 40 giorni prima della data prevista per l'inizio dell'espletamento dell'incarico ed il Consiglio delibera entro 30 giorni dalla effettiva ricezione della completa documentazione. Va specificato in questo caso che l'autorizzazione è rilasciata per la durata

dell'incarico ma se quest'ultimo ha una durata superiore ai 3 anni, alla scadenza del triennio deve essere rinnovata la richiesta di autorizzazione. Anche in questo caso non vi sono limiti al numero degli incarichi o tetti ai compensi che possono essere percepiti.

Il regime di incompatibilità previsto per i magistrati ordinari è esteso dalla legge ai magistrati amministrativi (art. 28, della legge 27 aprile 1982, n. 186) e a quelli contabili (art. 76, regio-decreto 12 ottobre 1933, n. 1364).

Per quanto attiene più specificatamente alla magistratura amministrativa, il d.P.R. 6 ottobre 1993, n. 418 disciplina gli incarichi non compresi nei compiti e nei doveri d'ufficio dei magistrati del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali.

Il principio generale fissato dal regolamento è il seguente: gli incarichi non possono essere conferiti né autorizzati quando l'espletamento degli stessi sia suscettibile di determinare una situazione pregiudizievole per l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato.

L'articolo 3 del decreto prevede che le amministrazioni che intendono conferire un incarico ad un magistrato amministrativo formulano richiesta non nominativa al Consiglio di presidenza, indicando il tipo d'incarico e la sua durata, la fonte normativa o le ragioni che inducono ad attribuire l'incarico, nonché il compenso, ove previsto.

Lo stesso articolo elenca le tipologie di incarichi ammessi e che sono riconducibili a tre diverse nature:

- incarichi da svolgere nelle istituzioni pubbliche;
- incarichi di insegnamento universitario e di ricerca scientifica;
- incarichi con funzioni giudicanti nella giustizia sportiva di collegi arbitrali in controversie in cui almeno una delle parti sia un soggetto pubblico.

Oltre poi alle incompatibilità espressamente sancite dalla legge, il regolamento elenca le attività vietate e che sono:

- a. gli incarichi di consulenza o collaborazione svolte in favore di soggetti privati;
- b. gli incarichi di consulenza, conferiti da amministrazioni od enti pubblici, che consistano in prestazioni riconducibili ad attività libero-professionali;
- c. la partecipazione a commissioni di collaudo;
- d. la partecipazione a commissioni di gara, di aggiudicazione o comunque attinenti a procedure finalizzate alla scelta del contraente o del concessionario;
- e. la partecipazione a commissioni o comitati di vigilanza sull'esecuzione di piani, programmi, interventi, finanziamenti;
- f. la partecipazione a consigli di amministrazione o ad organi con poteri di gestione,
- g. la partecipazione a collegi sindacali o di revisori dei conti, salvi i casi espressamente previsti da leggi dello Stato.

L'articolo 4 si preoccupa poi del cumulo degli incarichi e prevede in linea generale che i magistrati amministrativi possono svolgere un solo incarico che comporti attività di carattere continuativo, con l'eccezione degli incarichi di partecipazione ad organi giurisdizionali, degli incarichi di insegnamento, di studio e di ricerca, e degli incarichi di collaborazione istituzionale che non importino comunque un rilevante impegno di lavoro. Per evitare proprio il

cumulo degli incarichi, l'articolo 9 detta la disciplina del collocamento fuori ruolo.

Interessante notare che il regolamento prevede l'istituzione di un fondo di perequazione, stabilendo l'equa ripartizione dei compensi spettanti ai magistrati amministrativi. Il Consiglio di presidenza promuove così iniziative per la costituzione di un fondo di perequazione, ed eventualmente con finalità previdenziali, costituito da quote degli emolumenti percepiti per la partecipazione a collegi arbitrali.

3.3. Gli avvocati e i procuratori dello Stato

Per gli avvocati e i procuratori dello Stato, l'art. 24 del regio-decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 ribadisce l'impossibilità di assumere altri pubblici impieghi, esercitare attività commerciale o di impresa o altra professione, né assumere incarichi retribuiti di qualsiasi genere senza l'autorizzazione dell'Avvocato generale. L'art. 3 del regio-decreto 13 gennaio 1941, n. 120 prevede però l'affidamento agli avvocati e procuratori dello Stato, con il loro consenso, di "uffici, incarichi speciali o missioni" che comportano il collocamento temporaneo fuori ruolo, non consentendo il regolare e continuativo svolgimento delle funzioni.

Per gli avvocati dello stato, le disposizioni di riferimento sono contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 31 dicembre 1993, n. 584 recante "norme sugli incarichi consentiti o vietati agli avvocati e procuratori dello Stato ai sensi dell'art. 58 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29". Sul punto si segnala che il decreto in questione è assai simile a quello appena riportato per i magistrati amministrativi, senza alcuna utile differenza da segnalare.

3.4. Le università

L'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, al comma 7 si occupa degli incarichi extralavorativi del personale docente universitario a tempo pieno, prevedendo che con apposito regolamento, o direttamente nello Statuto, debbano essere regolamentati a livello di Ateneo i criteri e la procedura per il rilascio della relativa autorizzazione.

Vi è stata, quindi, la scelta di delegare la materia alla regolamentazione a livello di singolo Ateneo.

Per quanto attiene all'università degli studi di Milano Bicocca il regolamento che disciplina gli incarichi esterni dei professori e ricercatori è il d.r. n. 14901 del 26 maggio 2016 ed è in vigore dal 10 giugno 2016.

L'articolo 2 del decreto stabilisce che i docenti, a cui il presente Regolamento è rivolto, non possono esercitare, in nessuna forma, attività commerciale, industriale e artigianale, né svolgere attività di imprenditore agricolo o di coltivatore diretto.

È vietato svolgere, anche indirettamente, qualsiasi attività che determini un conflitto di interesse con l'Università. Il decreto specifica, poi, la nozione di conflitto di interesse che si inverte quando il docente svolga attività in concorrenza o in contrasto con i fini e le attività istituzionali dell'Ateneo, nonché attività, anche di natura professionale, in favore di terzi controinteressati. A titolo di esempio il decreto menziona:

- la docenza non autorizzata in altre Università;
- incarichi di responsabilità accademica o gestionale in altre Università.

È, comunque, fatta salva la possibilità di costituire società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari.

Il decreto distingue poi le misure che si applicano per i docenti e ricercatori a tempo pieno e per quelli, invece, a tempo definito. Per i primi è fatto di esercitare qualsiasi attività libero-professionale a favore di terzi, ossia quelle attività non rientranti nei compiti e doveri d'ufficio, che presuppongono l'iscrizione ad albi professionali o che abbiano il carattere della abitualità, sistematicità e continuità.

Vi sono poi elencate le attività compatibili previa autorizzazione anche se svolte a titolo gratuito e che sono:

- lo svolgimento di incarichi amministrativo-gestionali presso Enti pubblici o privati senza scopo di lucro;
- la partecipazione a commissioni di concorso o di esame;
- la partecipazione a concorsi di idee;
- le perizie giudiziarie e le consulenze tecniche;
- le attività di direzione scientifica in enti e istituti;
- le attività di ricerca o di collaborazione alla ricerca con istituzioni private non riconosciute;

Vi sono poi le attività non soggette ad autorizzazione e che rientrano in ogni caso nelle attività di un professore (divulgazione scientifica, attività di referaggio e altre e diverse tipologie di attività).

Per quanto riguarda, infine, i secondi, ossia i professori e i ricercatori a tempo definito, oltre alle attività consentite ai docenti con regime a tempo pieno, possono svolgere attività libero-professionali e di lavoro autonomo anche continuative e, in ogni caso, nel rispetto dei propri obblighi istituzionali.

I docenti, a tempo definito, possono svolgere, previa autorizzazione, incarichi presso enti o società con scopo di lucro, su designazione degli stessi enti e soggetti privati. Sempre previa autorizzazione, possono altresì svolgere attività didattica e di ricerca presso Università o enti di ricerca esteri.

Per questi soggetti, non possono in ogni caso essere autorizzate le attività qualora esse comportino:

- l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato con soggetti pubblici o privati;
- un impegno tale da pregiudicare l'assolvimento dei propri compiti istituzionali di didattica, ricerca e gestionale;
- una situazione anche potenziale di conflitto di interessi con l'Università.

Ai fini del rilascio dell'autorizzazione deve essere verificata dagli Organi competenti:

- la compatibilità dell'incarico retribuito con il regime di impegno a tempo pieno e con le fonti normative in materia;
- la natura, la durata, il tipo di incarico;
- la compatibilità con l'assolvimento dei compiti istituzionali;
- il carattere occasionale dell'incarico;
- il non superamento, da parte del dipendente interessato, del trattamento economico del primo presidente della Corte di Cassazione.

La richiesta di autorizzazione è presentata al Rettore. La richiesta deve essere avanzata di norma almeno trenta giorni prima dell'inizio dell'attività stessa e, comunque, non oltre 7 giorni dalla comunicazione dell'incarico, l'attività non può in alcun modo avere luogo senza il rilascio della preventiva autorizzazione. Il Rettore, entro e non oltre 30 giorni dal ricevimento della richiesta di autorizzazione, valuta la sussistenza delle condizioni per il rilascio della medesima e comunica l'accoglimento o l'eventuale motivato diniego.

Per quanto riguarda, infine, l'università Europea di Roma il regolamento sugli incarichi esterni dei professori e dei ricercatori è stato emanato con D.R. n. 206/21 del 13 ottobre 2021 ed è in vigore dal 14 ottobre 2021

La posizione di professore e ricercatore, sia in regime di tempo pieno sia di tempo definito, è incompatibile con:

- a. lo svolgimento di altri rapporti di lavoro subordinato, alle dipendenze di soggetti pubblici e privati;
- b. l'esercizio, in qualsiasi forma, dell'attività commerciale, industriale e artigianale;
- c. lo svolgimento dell'attività di imprenditore agricolo professionale o di coltivatore diretto;
- d. lo svolgimento di qualunque attività per incarico o a favore di società o enti che prestino agli studenti servizi a pagamento di preparazione degli esami universitari, di assistenza per la redazione di tesi, di tutorato;
- e. l'assunzione delle cariche di direttore generale, amministratore o consigliere delegato di società a fini di lucro, fermo restando quanto previsto dalle vigenti disposizioni normative in materia di aspettativa obbligatoria.

Anche tale regolamento prevede che è fatta salva, anche qui, la possibilità di costituire società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari.

Interessante notare che il regolamento prevede che le incompatibilità di cui al presente articolo persistono anche in caso di collocamento in aspettativa del professore o del ricercatore.

Anche per le università non vi sono limiti rispetto al numero di incarichi autorizzabili. Va però segnalato che per tali istituzioni i regolamenti specificano che le attività devono essere svolte in orario diverso da quello da destinare ai compiti istituzionali, al di fuori dei locali universitari e non può prevedere l'utilizzazione di risorse finanziarie e strumentali dell'Ateneo.

4. Conclusioni

Alla luce della rassegna svolta, in conclusione, si segnala che la norma nazionale di riferimento viene applicata da tutte le amministrazioni adattandola a quelle che sono le caratteristiche dell'ente e delle attività svolte.

Per quanto riguarda il personale del comparto contrattualizzato si può affermare che sicuramente l'amministrazione che più si allontana dal sistema dell'art 53 è la Provincia Autonoma, in cui appaiono più ampie le possibilità di svolgere incarichi esterni.

Diversamente le amministrazioni regionali seguono in modo puntuale il

dettato normativo riprendendolo per indicare tutte le attività che possono o meno svolgersi.

I comuni prestano molta attenzione ad evidenziare gli uffici maggiormente a rischio di incompatibilità. Questo si potrebbe legare alla prossimità tra ente e cittadinanza che rende più facile il verificarsi di collaborazioni non compatibili o in pieno conflitto di interessi con l'attività svolta dall'ente e nello specifico dall'ufficio del dipendente.

Mano a mano che gli enti si riferiscono ad un territorio più circoscritto della popolazione, dunque Comuni rispetto alle Regioni vengono anche maggiormente evidenziate e specificate situazioni di incompatibilità, ad esempio le incompatibilità per lo svolgimento delle libere professioni, che nelle Regioni vengono ad essere legate all'ambito territoriale in cui opera l'ufficio, gli ordinamenti dei comuni invece individuano determinati uffici ed attività specifiche che sono incompatibili con incarichi esterni di collaborazione.

La spinta della prevenzione alla corruzione appare evidente in tutti gli atti normativi analizzati in particolare nei regolamenti di Regioni e Comuni. L'evidenza non viene soltanto dal compito di controllo e vigilanza che viene assegnata anche al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, in collaborazione con gli uffici del personale, ma anche da specifiche situazioni di incompatibilità potenziali che vengono evidenziate nei regolamenti proprio per uffici che svolgono attività a rischio anche corruttivo, es appalti e servizi concessioni ed autorizzazioni.

Il comune di Livorno, a tal proposito fa coincidere la disciplina degli incarichi esterni con il codice di condotta dei dipendenti e con richiami fatti dal piano triennale di prevenzione della corruzione.

Infine, l'ampio spazio dato ai dipendenti con contratto a tempo parziale al 50% non è propriamente in linea con l'interesse dell'amministrazione, quest'ultima infatti, anche se pone controlli e limiti, si trova in una posizione che potremmo definire svantaggiata se posta a confronto con gli interessi e le opportunità lavorative che il dipendente può avere svolgendo la libera professione.

Per quanto riguarda il personale in regime di diritto pubblico si può in prima battuta affermare che rispetto al personale contrattualizzato, per gli incarichi autorizzabili la disciplina è caratterizzata una maggiore flessibilità e da margini più ampi di discrezionalità per gli organismi preposti al rilascio dell'autorizzazione. Quest'ultima affermazione è assai più vera per i magistrati ordinari per i quali il potere del CSM, titolare del rilascio dell'autorizzazione, è molto ampio.

Sempre con riferimento ai magistrati, si segnala che il decreto relativo ai magistrati amministrativi e agli avvocati e procuratori dello Stato consente loro di svolgere un ampio ventaglio di attività tra le quali una anche di carattere continuativo. Ampio ventaglio che non si riscontra per i magistrati ordinari la cui circolare detta numerosi parametri per la valutazione circa l'assenso o meno all'autorizzazione.

Per quanto riguarda, infine, le università si può segnalare che nonostante la legge demandi ai regolamenti dei singoli atenei i criteri e la procedura per il rilascio della relativa autorizzazione, con il rischio di una sostanziale differenza tra università e università, non si ravvisano sostanziali differenze tra i due decreti analizzati.

4. Responsabilità per danno erariale nell'art. 53, commi 7 e 7-bis, d.lgs. n. 165 del 2001: analisi della giurisprudenza della Corte dei conti*

di Luna Aristei, Olga Cosentino e Luca Golisano

Sommario:

1. L'art. 53, comma 7 e 7-bis. Ratio della norma e dell'obbligo di preventiva autorizzazione degli incarichi;
2. La responsabilità per violazione dei commi 7 e 7-bis: responsabilità risarcitoria o sanzionatoria?;
3. I riflessi della responsabilità sul riparto di giurisdizione tra Corte di Cassazione e Corte dei conti; 3.1. I presupposti della giurisdizione contabile; 3.2. I presupposti della giurisdizione ordinaria e amministrativa; 3.3. L'autonomia delle azioni di recupero ed erariale alla luce del principio del *bis in idem*;
4. Conclusioni e considerazioni finali

1. L'art. 53, comma 7 e 7-bis. Ratio della norma e dell'obbligo di preventiva autorizzazione degli incarichi.

Lo Stato italiano riconosce fin dall'Ottocento carattere di esclusività al rapporto di impiego pubblico⁹⁷, prevedendo alcune deroghe isolate ed espresse⁹⁸. L'esclusività di tale rapporto lavorativo risulta chiaramente ricollegabile alla necessità di evitare che contemporanee assunzioni possano generare conflitti di interesse con l'attività svolta presso l'ente pubblico di appartenenza⁹⁹. Ciò ha condotto all'emanazione nel corso degli anni di diverse disposizioni normative¹⁰⁰, fino all'art. 53, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Tale art. 53, rubricato "Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi", contiene la disciplina inerente agli incarichi extra-lavorativi per i dipendenti della pubblica amministrazione. In particolare, l'articolo, richiamando l'art. 60, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, distingue tra: le attività non svolgibili dai dipendenti e caratterizzate da non occasionalità e continuità

* Il lavoro è frutto del ragionamento e dell'analisi di tutti gli autori. Luna Aristei si è occupata della stesura dei paragrafi 1 e 4, Olga Cosentino del paragrafo 2 e Luca Golisano del paragrafo 3.

97 G. Loris, *Diritto amministrativo*, Milano, Hoepli, 1894, p. 37.

98 Ad esempio, l. 19 giugno 1862, n. 722.

99 E. Traversari, *Il conflitto di interessi e l'inconferibilità degli incarichi extraistituzionali nel pubblico impiego italiano e nelle istituzioni europee*, in *Rivista della Corte dei conti*, fasc. 2, 2020, p. 23.

100 Ad es., art. 7, l. 29 dicembre 1988, n. 554.

al c. 1 (incompatibilità assoluta); quelle esercitabili al di fuori della p.a. senza autorizzazione preventiva al c. 6; quelle occasionali e saltuarie eseguibili solamente in seguito al rilascio di un'autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza al c. 7 (incompatibilità relativa)¹⁰¹. L'incompatibilità assoluta si differenzia inoltre da quella relativa poiché, mentre per la prima il legislatore prevede una tutela anticipata tale da non lasciare alcun margine di discrezionalità alla p.a., il c. 7 prevede l'esercizio da parte dell'amministrazione di una valutazione circa la possibilità o meno per il dipendente pubblico di svolgere un'ulteriore prestazione lavorativa. Rinviano ad altra sede l'analisi dell'intero art. 53 (§ capitolo 1), ci si concentrerà sui c. 7 e 7-bis dell'articolo¹⁰².

L'art. 53, c.7, prevede la necessaria valutazione da parte dell'amministrazione datrice di lavoro della compatibilità delle attività extra svolte dal dipendente pubblico rispetto alla prestazione contrattualmente dovuta alla stessa. Nel rispetto del principio costituzionale di cui all'art. 98 Cost., questo implica un onere di garanzia dell'esclusività da parte del dipendente pubblico nei confronti della p.a. di appartenenza, il che presuppone un'analisi critica circa l'eventualità che lo svolgimento di un altro incarico pregiudichi o meno i compiti del lavoratore in qualità di pubblico dipendente. Infatti, il lavoratore pubblico risulta strettamente vincolato all'amministrazione di appartenenza in base al principio di esclusività (art. 98, c. 1, Cost.) funzionale a sua volta al buon andamento e all'imparzialità della p.a. stessa (art. 97 Cost.); ciò implica la necessità di evitare il più possibile lo svolgimento di incarichi che possano disperdere le energie lavorative del dipendente pubblico, da destinare invece integralmente all'ente di appartenenza¹⁰³. Tali incarichi extra istituzionali devono addirittura essere considerati, secondo parte della dottrina, non come mere fonti di guadagno, bensì occasioni di arricchimento personale del dipendente (maggiore esperienza e competenza) e dell'amministrazione¹⁰⁴. Le attività di cui al c.7 sono dunque attività saltuarie e occasionali, incapaci di distrarre totalmente il lavoratore dalle mansioni pubbliche; si tratta, quindi, di attività soggette caso per caso a valutazioni da parte delle amministrazioni, non potendosi presumere a priori l'insussistenza generale di conflitti di interesse o una loro

101 M.T. D'Urso, *Incarichi extraistituzionali retribuiti svolti da dipendenti pubblici in assenza di preventiva autorizzazione e responsabilità erariale*, in *Rivista della Corte dei conti*, fasc. 2, 2020, p. 102.

102 Art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001: «I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Con riferimento ai professori universitari a tempo pieno, gli statuti o i regolamenti degli atenei disciplinano i criteri e le procedure per il rilascio dell'autorizzazione nei casi previsti dal presente decreto. In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti».

103 A. Del Pozzo, *Incarichi retribuiti e non autorizzati: ancora chiarimenti dalla Cassazione*, in *Diritto e conti*, 2021.

104 M. Rossi, *Le norme generali in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in V. Tenore (a cura di), *Le incompatibilità per i pubblici dipendenti, le conseguenze e gli incarichi dirigenziali esterni*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 120 ss.

compatibilità generale (come invece avviene per le attività libere)¹⁰⁵.

A tal fine, per assicurare lo svolgimento di mansioni compatibili, per lo svolgimento dell'attività lavorativa retribuita e per escludere eventuali illeciti, risulta imprescindibile il provvedimento amministrativo autorizzatorio, richiedibile sia dal dipendente sia dall'amministrazione. Tale autorizzazione deve essere richiesta in forma scritta e necessariamente prima dello svolgimento dell'incarico, in modo che la p.a. di appartenenza possa verificare l'assenza, anche potenziale, di conflitto di interessi e si possa evitare un dispendio delle energie lavorative da parte del dipendente pubblico, a prescindere dal fatto che questo abbia o meno svolto sempre regolarmente la propria funzione impiegatizia¹⁰⁶. Infatti, come anticipato, la ratio normativa si fonda sul rispetto dei principi contenuti negli artt. 97-98 Cost. e, quindi, sulla tutela dell'imparzialità e del buon andamento della p.a., oltre che sui doveri di esclusività dei servizi prestati dai pubblici impiegati. Sull'eventuale possibilità di richiesta di autorizzazione postuma, si è pronunciata la Corte dei conti che, nell'escluderla, ha previsto insanabile un eventuale illecito conseguente all'esercizio di un'attività non autorizzata preventivamente, dovendo l'amministrazione effettuare una valutazione *ex ante* circa la sua compatibilità (soggettiva e oggettiva) rispetto alle funzioni pubbliche svolte¹⁰⁷. Nonostante la norma non ne faccia espressa menzione, parte della dottrina ritiene necessario un controllo continuo da parte della p.a. di appartenenza relativamente alla non sopravvenienza di divergenze tra incarico autorizzato e quello effettivamente svolto, cui si può aggiungere un controllo a conclusione dell'attività extraistituzionale per evitare che essa possa diventare prassi, distogliendo il lavoratore dallo svolgimento dell'incarico principale presso l'ente pubblico¹⁰⁸.

Qualora non dovesse essere rilasciata la preventiva autorizzazione, lo stesso c. 7, salvo le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare¹⁰⁹, prevede che il compenso percepito indebitamente dal lavoratore debba essere versato nel conto dell'entrata di bilancio della p.a. di appartenenza¹¹⁰ da parte dell'erogante o, in difetto, del percettore, al fine di destinarlo all'incremento del fondo produttività o a fondi ad esso

105 L. Galli, *La responsabilità amministrativa per incarichi extra officio dei docenti universitari*, in *Munus*, fasc. 3, 2019.

106 C. Conti, sez. giur. Puglia, 6 settembre 2018, n. 617.

107 C. Conti, sez. giur. Calabria, 8 luglio 2020, n. 264.

108 E. Traversari, *Il conflitto di interessi*, cit., p. 24.

109 Tale locuzione farebbe emergere la non alternatività tra procedimento disciplinare e quello per danno erariale. In I. Leonelli – D. Benedettelli, *Il danno erariale derivante dalla violazione dell'art. 53, comma 7 d.lgs. 165/2001 e l'esecuzione della sentenza di condanna della Corte dei conti*, in *Sanità Pubblica e Privata*, fasc. 4, 2021, p. 30.

110 L'entità del danno deve essere calcolata in base ai compensi percepiti per l'attività priva di autorizzazione. I. Leonelli – D. Benedettelli, *Il danno erariale*, cit., p. 32

equivalenti¹¹¹. Può, però, verificarsi l'ipotesi in cui il dipendente ometta di versare tale compenso. In tali casi, l'art. 53, c. 7-*bis*, prevede che tale circostanza costituisca «ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti¹¹²», anche per i fatti avvenuti antecedentemente all'introduzione del comma da parte della l. 6 novembre 2012, n. 190¹¹³. Tale obbligo di versamento sussiste a prescindere dal fatto che il dipendente abbia svolto un lavoro eccellente presso la p.a. o che il rapporto di lavoro dipendente-amministrazione abbia carattere non continuativo o sia a tempo determinato; infatti, il mancato versamento del compenso indebitamente percepito non deve essere ricollegato al non corretto o al mancato esercizio delle mansioni da pubblico impiego, non operando tra l'altro l'art. 53, c.7, alcuna distinzione tra rapporti lavorativi a tempo determinato o indeterminato¹¹⁴. Inoltre, diverse pronunce della Corte dei conti hanno disposto che l'eventuale omessa richiesta di autorizzazione o l'averla richiesta a un soggetto non competente al rilascio, costituiscono ipotesi di "occultamento doloso", precludendo all'amministrazione la possibilità di conoscere la condotta potenzialmente anti giuridica¹¹⁵. La richiesta di autorizzazione rientra, infatti, nei doveri di diligenza professionale del lavoratore pubblico che, consapevole di star svolgendo un incarico lavorativo ulteriore rispetto a quello "principale" presso la p.a., deve garantire l'assenza di conflitto di interessi o di assoluta incompatibilità con la mansione svolta presso l'ente di appartenenza¹¹⁶, oltre al massimo rendimento del lavoro presso la p.a.

Dunque, dal combinato disposto dei c. 7 e 7-*bis*, art. 53, derivano due condotte diverse a carico del pubblico dipendente: *i*) la violazione del divieto di svolgimento di incarichi retribuiti senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, cui segue l'obbligo di versamento del compenso "indebitamente percepito" (art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165 del 2001); *ii*) l'omissione dell'obbligo del versamento in conto entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza (art. 53, c. 7-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001). Parte della dottrina¹¹⁷ si è però interrogata sulla conformità dell'art. 53,

111 Relativamente ai professori universitari, l'art. 53, c. 7, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 6, l. n. 240/2010 che impone ai ricercatori a tempo pieno e ai professori il rilascio di un'autorizzazione specifica da parte del Rettore per affermare l'assenza di conflitti di interessi con l'Università di appartenenza. Fa eccezione la mera consulenza, esente da autorizzazione (Tar Puglia, Bari, sez. II, 27 febbraio 2019, n. 313, con nota di M.M. D'Agui, *Attività esterne svolte dal dipendente pubblico: necessità dell'autorizzazione della P.A.*, in *Il diritto amministrativo*, 13 luglio 2019). Inoltre, rimane sussistente l'incompatibilità assoluta per l'esercizio di attività commerciali e dell'industria, fatta salva la costituzione di società sotto forma di start-up o spin off universitari (art. 6, c. 9, 10 e 12, l. 30 dicembre 2010, n. 240).

112 Tra l'altro, con il comma 7-bis viene confermato l'orientamento della Corte di Cassazione in merito alla sussistenza in materia della giurisdizione della Corte dei conti. In V. Papa, *La Cassazione conferma la giurisdizione contabile sulle sanzioni per incarichi non autorizzati*, in *Diritto e conti*, 2021.

113 Cass., sez. un., 9 marzo 2021, n. 6473.

114 C. Conti, sez. giur. Sardegna, 31 luglio 2020, n. 227

115 *Ex multis*, C. Conti, sez. giur. Calabria, 8 luglio 2020, n. 264. In I. Leonelli – D. Benedettelli, *Il danno erariale*, cit., p. 30.

116 V. Papa, *La Cassazione conferma la giurisdizione contabile*, cit.

117 L. Galli, *La responsabilità amministrativa*, cit., pp. 962 ss.

c. 7-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, con l'art. 36, Cost¹¹⁸. In particolare, desta delle perplessità l'onere per il dipendente pubblico di versare quanto percepito nell'ambito dell'incarico non autorizzato anche qualora sia accertato che il suddetto incarico non abbia inciso sul corretto e regolare svolgimento delle proprie mansioni presso l'amministrazione di appartenenza. Occorrerebbe, infatti, leggere in maniera costituzionalmente orientata i c. 7 e 7-*bis* in modo da consentire la loro applicazione solamente nelle ipotesi di svolgimento di lavori occasionali, caratterizzati da incompatibilità relativa e suscettibili di autorizzazione. In caso contrario, si finirebbe per estendere anche agli incarichi compatibili con il rapporto di lavoro principale una presunzione assoluta circa la loro negativa incidenza sullo svolgimento delle ordinarie mansioni presso l'amministrazione di appartenenza. Pertanto, a giudizio di scrive, sarebbe opportuna una valutazione caso per caso delle attività extra-istituzionali svolte, in modo da preservare la dignità lavorativa del dipendente pubblico e proporzionare l'obbligazione risarcitoria all'effettivo danno cagionato all'ente di appartenenza.

Nel prosieguo della trattazione verranno analizzati due aspetti estremamente critici relativi all'art. 53, c. 7 e 7-*bis*, d.lgs. n. 165/2001. In particolare, nel paragrafo 2 si tratterà il tema della natura (risarcitoria o sanzionatoria) della responsabilità amministrativa derivante dalla mancata preventiva autorizzazione e dall'omesso versamento del compenso indebitamente percepito; nel paragrafo 3 si discuterà, invece, della giurisdizione in materia.

2. La responsabilità per violazione dei commi 7 e 7-*bis*: responsabilità risarcitoria o sanzionatoria?

Come anticipato nel precedente paragrafo, l'articolo 53, c. 7, d.lgs. n.165/2001, nel disciplinare il regime di incompatibilità relativa dei pubblici dipendenti, statuisce che essi non possano svolgere incarichi retribuiti conferiti da altri soggetti, pubblici o privati, senza la previa autorizzazione della pubblica amministrazione di appartenenza; qualora poi il pubblico dipendente percepisca indebitamente dei compensi in assenza di preventiva autorizzazione, occorrerà riversare tale importo all'amministrazione di appartenenza. Il comma 7-*bis*, invece, dispone che le ipotesi di violazione di tale obbligo di versamento costituiscono responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti.

Dalla disamina dei commi 7 e 7-*bis*, art. 53, d.lgs. n. 165/2001 appare evidente la distinzione tra due diverse condotte: l'una attiva, avente natura sanzionatoria¹¹⁹ richiamata dal comma 7, l'altra omissiva, avente natura risarcitoria di cui al comma 7-*bis*. La funzione risarcitoria della responsabilità amministrativa si fonda sulla *deminutio patrimonii* ingiustamente arrecata

118 Art. 36, Cost.: «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi».

119 Cass., sez. un., 26 giugno 2019, n. 17124.

all'erario nelle forme del danno emergente e del lucro cessante, mentre la funzione sanzionatoria della responsabilità amministrativa è finalizzata a tutelare in via eccezionale valori costituzionalmente rilevanti, determinando conseguenze negative a carico di coloro i quali ne mettono a rischio l'integrità, indipendentemente dalla effettiva causa del danno ai conti pubblici¹²⁰.

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che la fattispecie di cui al c.7, art. 53, d.lgs. n. 165/2001 abbia natura sanzionatoria, in quanto derivante dalla violazione del dovere di fedeltà nei confronti dell'ente di appartenenza, parametrata all'esatto valore delle somme indebitamente percepite dal pubblico dipendente¹²¹. Infatti, «è evidente (...) che l'obbligo di versamento del tantundem indebitamente percepito dal dipendente, ovvero versato dall'ente conferente, ha natura sanzionatoria della violazione della già indicata normativa, posta a protezione dei beni, costituzionalmente tutelati, dell'imparzialità del dipendente pubblico e, con i limiti...precisati, dell'esclusività del servizio pubblico (...) è alla condotta descritta dal comma 7 che si riferisce evidentemente la tesi della "responsabilità sanzionatoria"»¹²². In merito al c. 7-bis, invece, le Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale hanno stabilito che: «la condotta omissiva del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore, di cui al successivo art. 53, comma 7-bis, dà luogo ad un'ipotesi autonoma di responsabilità amministrativa tipizzata, a carattere risarcitorio del danno da mancata entrata per l'amministrazione di appartenenza del compenso indebitamente percepito e che deve essere versato in un apposito fondo vincolato. Dalla natura risarcitoria di tale responsabilità 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.¹²³». Nelle ipotesi di cui al c. 7-bis è possibile identificare, dunque, un'ipotesi di responsabilità di natura risarcitoria¹²⁴ e inoltre «il versamento obbligatorio in conto entrata dell'amministrazione di appartenenza costituisce una reintegrazione non per la violazione del divieto di svolgimento dell'incarico non autorizzato da parte dell'amministrazione, ma per una mancata entrata, per una reale diminuzione patrimoniale per l'amministrazione di appartenenza del dipendente, la quale viene privata di

120 V. RAELI, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in *Federalismi*, fasc. 1, 2010.

121 C. Conti, sez. riunite, 31 luglio 2019, n. 26.

122 C. Conti, sez. riunite, 31 luglio 2019, n. 26.

123 C. Conti, sez. riunite, 31 luglio 2019, n. 26.

124 C. Conti, sez. riunite, 31 luglio 2019, n. 26: «ha un carattere dissuasivo e di deterrenza nei confronti dei pubblici dipendenti dall'assunzione di incarichi retribuiti non sottoposti, previamente, al regime autorizzatorio da parte dell'amministrazione di appartenenza e determina l'attrazione del medesimo compenso in conto entrata del bilancio dell'amministrazione; la condotta omissiva del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore, di cui al successivo art. 53, comma 7 bis, dà luogo ad un'ipotesi autonoma di responsabilità amministrativa tipizzata, a carattere risarcitorio del danno da mancata entrata per l'amministrazione di appartenenza del compenso indebitamente percepito e che deve essere versato in un apposito fondo vincolato. Dalla natura risarcitoria di tale responsabilità 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.».

un'entrata vincolata e da imputarsi al fondo perequativo per i dipendenti»¹²⁵. In aggiunta, la Corte ha risolto il problema riguardante la natura giuridica del comma 7-bis confermando l'indirizzo maggioritario secondo cui costituisce una «ipotesi autonoma di responsabilità risarcitoria»¹²⁶.

In conclusione, è possibile affermare che il c.7 presenta un carattere di deterrenza per i dipendenti pubblici che, ferma restando la responsabilità disciplinare (§ capitolo 5), sono resi consapevoli del fatto che non potranno trarre alcun vantaggio economico dallo svolgimento di mansioni extra-istituzionali in assenza o in violazione dell'autorizzazione; il c. 7-bis, invece, costituisce un esempio di "responsabilità amministrativa tipizzata" a carattere risarcitorio relativamente a quanto percepito indebitamente e che si è omesso di versare.

3. I riflessi della responsabilità sul riparto di giurisdizione tra Corte di Cassazione e Corte dei conti.

L'onere del dipendente pubblico di restituire le somme percepite in virtù di incarichi non autorizzati ha posto diversi interrogativi rispetto al riparto di giurisdizione delle relative controversie, nonostante sul punto sia intervenuta la legge Severino del 2012 introducendo l'art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001¹²⁷. La disposizione, difatti, ha precisato 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».

La complessità della tematica dipende dai numerosi orientamenti, del giudice ordinario, contabile e amministrativo¹²⁸, formati al riguardo e dalla necessità di coordinare, o meglio, distinguere tra le diverse condotte richieste al dipendente dall'art. 53, c. 7 e 7-bis, d.lgs. n. 165/2001. Cercando di sintetizzare sin da ora il complesso di sentenze di seguito analizzato, le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno adottato la soluzione, poi seguita anche dalla Corte dei conti, del "doppio binario" di giurisdizione¹²⁹.

Più precisamente, da un lato, si ammette la giurisdizione del giudice ordinario, o amministrativo nei rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico

125 Si veda anche V. Papa, *La Cassazione conferma la giurisdizione contabile*, cit.

126 C. Conti, sez. giur. reg. Veneto, 1 marzo 2017, n. 30; Id., sez. giur. reg. Lazio, 26 aprile 2018, n. 251; Id., sez. giur. reg. Lombardia, 16 giugno 2017, n. 90; Id., sez. giur. reg. Lombardia, 7 maggio 2019, n. 94; Id., sez. giur. reg. Campania, 14 settembre 2016, n. 482.

127 Più precisamente, l'art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001 è stato introdotto dall'art. 1, c. 42, lett. d), l. 6 novembre 2012, n. 190.

128 Dato il limitato spazio qui a disposizione per l'approfondimento del riparto di giurisdizione, non saranno esaminate anche le sentenze del giudice amministrativo, ma ci si limiterà soltanto ad una ricapitolazione delle posizioni espresse dalla giurisprudenza contabile e dalla Corte di Cassazione, principalmente dalle sue sezioni unite.

129 In tali termini si esprimono, *ex multis*, L. locca, *Lo svolgimento di incarichi non autorizzati: l'obbligo di restituzione tra doppio binario giurisdizionale, molteplicità dei profili di danno e natura dell'attività extra-istituzionale svolta*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2022, fasc. 3, p. 163; 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 *Rivista della Corte dei conti*, 2021, fasc. 3, p. 19.

ex art. 3, decreto legislativo n. 165 del 2001¹³⁰, se è l'amministrazione ad agire in giudizio per il recupero delle somme indebitamente percepite dal dipendente nell'ambito di un incarico non autorizzato. Tuttavia, dall'altro lato, è altresì riconosciuta la possibilità per il Procuratore contabile di agire per il risarcimento del danno erariale, quantificato sempre nelle somme non versate dal dipendente pubblico, con conseguente giurisdizione della Corte dei conti.

Per chiarire l'apparente contraddittorietà del riconoscimento sia della giurisdizione ordinaria/amministrativa che di quella contabile, è opportuno soffermarsi su tre distinti profili. Ovverosia, i presupposti dell'azione erariale promossa dal Procuratore della Corte dei conti, i presupposti dell'azione civile di recupero dell'amministrazione di appartenenza e il rapporto tra le due azioni e, dunque, giurisdizioni alla luce del principio del *ne bis in idem*.

3.1 I presupposti della giurisdizione contabile.

Come anticipato, l'art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001, prevede che la mancata restituzione delle somme indebitamente percepite in virtù di incarichi extraistituzionali non autorizzati sia fonte di responsabilità erariale innanzi al giudice contabile. Sulla portata della disposizione, tuttavia, si sono registrati degli orientamenti ondine in seno alle sezioni unite della Cassazione¹³¹.

In un primo momento, si riteneva che la disposizione avesse carattere meramente ricognitivo della giurisprudenza preesistente, con la conseguenza che l'azione erariale poteva essere promossa anche rispetto alla mancata restituzione di somme conseguite dal dipendente già anteriormente alla novella del 2012¹³². In seguito, l'ordinanza della Cass. civ., sez. un., 28 settembre 2016, n. 19072, ha viceversa riconosciuto il carattere innovativo della norma e, quindi, l'impossibilità per il Procuratore della Corte dei conti di agire sulla mancata restituzione di somme percepite prima del 2012 a meno che non si riscontrassero specifici profili di danno erariale¹³³. Da ultimo, a partire dall'ordinanza n. 17124 del 26 giugno 2019, si è nuovamente affermato quell'orientamento, oramai consolidato, che riconosce alla legge Severino natura non innovativa, ma meramente ricognitiva delle sentenze

130 Tale precisazione, ad esempio con riferimento ai professori universitari, è pacifica sia in giurisprudenza che in dottrina. Quanto alla prima, si veda, *ex multis*, C. Conti, sez. giur. Calabria, 23 novembre 2020, n. 396; quanto alla seconda si rinvia, tra i tanti, a L. Galli, *La responsabilità amministrativa per incarichi*, cit., p. 958.

131 Per un esame dell'evoluzione della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione si veda altresì 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 *contabilità-pubblica.it*, 2019; M.T. D'Urso, *Incarichi extraistituzionali retribuiti svolti da dipendenti pubblici*, cit., pp. 98 ss; A. Del Pozzo, *Incarichi retribuiti e non autorizzati: ancora chiarimenti dalla Cassazione*, in *Diritto e conti.it*, 2021, ove si sottolinea acutamente che la Cassazione, salvo che in un caso, ha finito sempre per confermare la giurisdizione del giudice preventivamente adito nei singoli giudizi.

132 Cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25769, la quale richiamava la precedente ordinanza della Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2011, n. 22688, che, appunto, già aveva affermato la sussistenza della giurisdizione contabile in materia.

133 Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. un., n. 19072/2016, poi richiamata anche da Id., 19 gennaio 2018, n. 1415; Id., 28 maggio 2018, n. 13239.

intervenute prima della sua entrata in vigore¹³⁴.

Pertanto, oggi, secondo la Corte di Cassazione¹³⁵ e la Corte dei conti¹³⁶, è ammesso l'esercizio dell'azione erariale soggetta alla giurisdizione del giudice contabile a prescindere dalla data in cui il dipendente ha indebitamente percepito le somme che non ha poi provveduto a restituire.

Inoltre, in questi anni, la Cassazione ha cercato altresì di chiarire la natura e i presupposti della responsabilità erariale, venendosi a consolidare l'indirizzo per il quale la mancata restituzione delle somme indebitamente percepite costituisce una «ipotesi di responsabilità erariale, che il legislatore ha tipizzato non solo nella condotta, ma annettendo, altresì, valenza sanzionatoria alla predeterminazione legale del danno, attraverso la quale si è inteso tutelare la compatibilità dell'incarico extraistituzionale in termini di conflitto di interesse e il proficuo svolgimento di quello principale in termini di adeguata destinazione di energie lavorative verso il rapporto pubblico¹³⁷». Dunque, pur riconoscendo la giurisdizione contabile, la Cassazione sostiene la natura funzionalmente "sanzionatoria"¹³⁸ della responsabilità erariale mentre la Corte dei conti, a partire dalla sentenza delle sue sezioni riunite n. 26 del 31 luglio 2019¹³⁹ ne ha sottolineato la «natura risarcitoria "tipizzata" (e non sanzionatoria)¹⁴⁰».

Più precisamente, secondo le sezioni unite della Cassazione, la responsabilità erariale si fonda sul danno conseguente alla violazione degli obblighi di richiedere all'amministrazione di appartenenza l'autorizzazione per lo svolgimento di ulteriori incarichi e, in ogni caso, di versare quanto

134 Cfr., *ex multis*, Cass., sez. un. ord. n. 17124/2019; Id., 14 gennaio 2020, n. 415; Id. 8 luglio 2020, n. 14237.

135 Cass. civ., sez. un., ord., 26 luglio 2022, n. 23240; Id., 15 febbraio 2022, n. 4871; Id., 24 giugno 2022, n. 20459; Id., 5 novembre 2021, n. 32199; Id., 26 marzo 2021, n. 8570. In particolare, è oramai pacifica la convinzione per la quale: «l'art. 53, comma 7-bis, non ha portata innovativa, ma si pone in rapporto di continuità regolativa con l'orientamento giurisprudenziale, già delineatosi, favorevole alla giurisdizione del giudice speciale».

136 Cfr., *ex multis*, C. Conti, sez. II app., 15 febbraio 2023, n. 32; Id., sez. II app., 11 giugno 2021, n. 197.

137 Così, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., ord. n. 23240/2022; Id., 23 febbraio 2021, n. 4852; Id., 30 maggio 2022, n. 17423; Id., n. 20459/2022; Id., n. 32199/2021; Id. n. 8570/2021; Id. 25 marzo 2021, n. 8507; Id., 9 marzo 2021, n. 6473; Id., 14 gennaio 2020, n. 415. Nei medesimi termini, però, si è recentemente espressa anche C. conti, sez. II app., n. 32/2023.

138 Tale osservazione si rinviene anche in M. Ferrante, *Il perimetro della giurisdizione contabile per gli incarichi*, in *Diritto e conti.it*, 2020, in commento all'ordinanza della Cass. civ., sez. un. n. 415/2020; e in V. Papa, *La Cassazione conferma la giurisdizione contabile*, cit., in commento all'ordinanza della Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2021, n. 6473.

139 Per un commento di tale fondamentale pronuncia ai fini dell'evoluzione della giurisprudenza contabile si rinvia, tra i tanti, a A.M. Quaglini, *Svolgimento di incarichi non autorizzati e responsabilità erariale*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2019, fasc. 5, pp. 186 ss; M.T. D'Urso, *Incarichi extraistituzionali retribuiti svolti da dipendenti pubblici*, cit., p. 101.

140 Cfr. C. conti, sez. II app., 12 aprile 2022, n. 147; Id., sez. II app., 16 maggio 2022, n. 221; Id., sez. riun., 11 ottobre 2021, n. 13; Id., sez. II app., 11 giugno 2021, n. 197; Id., sez. II app., 10 giugno 2020, n. 147; Id., sez. riun., n. 26/2019.

percepito¹⁴¹. Più approfondita risulta, invece, l'analisi portata avanti dalla giurisprudenza contabile che pone l'accento sulla distinzione tra i diversi obblighi posti a carico del dipendente.

Come già richiamato nelle pagine precedenti¹⁴², la Corte dei conti pone una netta distinzione tra le condotte previste ai commi 7 e 7-bis dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001. L'art. 53, c. 7, impone al dipendente l'obbligo di richiedere l'autorizzazione dell'amministrazione appartenenza per il conferimento di incarichi extraistituzionali, la cui violazione non comporta da sola alcun danno all'erario, ma viene sanzionata con l'obbligo di riversare le somme indebitamente percepite e che *ex lege* appartengono al bilancio dell'amministrazione. Diversamente, è l'omissione del successivo obbligo di riversamento delle somme a determinare, come precisato dall'art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001, una responsabilità erariale a titolo risarcitorio, ossia a reintegrazione «del danno da mancata entrata per l'amministrazione di appartenenza del compenso indebitamente percepito e che deve essere versato in un apposito fondo vincolato della mancata entrata rappresentata dalle somme percepite negli incarichi extraistituzionali¹⁴³».

3.2 I presupposti della giurisdizione ordinaria e amministrativa.

Il riconoscimento della giurisdizione erariale non esclude però che anche il giudice ordinario o amministrativo possano essere chiamati a pronunciarsi sull'omessa restituzione delle somme indebitamente percepite dal dipendente pubblico. Difatti, secondo la giurisprudenza più recente, l'amministrazione può agire in due distinte ipotesi per la restituzione dei compensi indebitamente percepiti dal proprio dipendente, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario¹⁴⁴ o, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, del giudice amministrativo¹⁴⁵.

In primo luogo, sembra pacifica la sola giurisdizione ordinaria nelle ipotesi in cui l'amministrazione agisca non nei confronti del dipendente, ma del

141 Cfr. Cass. civ. sez. un. ord. n. 23240/2022; Id., 22 dicembre 2021, n. 41169; Id., 26 agosto 2019, n. 21692, secondo le quali: «l'azione del Pubblico Ministero contabile trova dunque giustificazione nella violazione del dovere di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi extralavorativi e del conseguente [rafforzativo] obbligo di riversare all'amministrazione i compensi».

142 Al riguardo, si rinvia anche alle osservazioni contenute nel secondo paragrafo "La responsabilità per violazione dei commi 7 e 7-bis: responsabilità risarcitoria o sanzionatoria?".

143 Così C. conti, sez. riun., n. 26/2019. Al riguardo, si veda altresì C. conti, sez. giur. Toscana, 10 giugno 2020, n. 152; C. conti, sez. riun., 11 ottobre 2021, n. 13; Id., sez. II app., n. 197/2021.

144 Invero, l'art. 63, c. 1, d.lgs. n. 165/2001, principia sancendo che: «sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4».

145 Ovviamente, come già in precedenza richiamato nelle note a piè di pagina, quando nel presente contributo si parla di giurisdizione ordinaria si fa riferimento anche alla giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva. Difatti, ai sensi dell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165/2001: «restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3 [ossia del personale in regime di diritto pubblico], ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

terzo privato erogatore dei compensi dovuti in virtù dello svolgimento degli incarichi non autorizzati. Come evidente, qui non si pongono particolari problematiche atteso che il terzo erogatore privato, non rientrando nel perimetro delle pubbliche amministrazioni, non può essere chiamato innanzi alla Corte dei conti a rispondere di eventuali danni all'erario¹⁴⁶.

In secondo luogo, viene riconosciuta la giurisdizione ordinaria anche qualora l'amministrazione agisca per il recupero del credito rappresentato dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione delle somme. Per la Cassazione, la giurisdizione ordinaria si basa sul fatto che l'amministrazione, in qualità di datore di lavoro, si attiva per il recupero di un credito facendo valere una posizione debitoria derivante dall'inadempimento da parte del dipendente dei propri oneri fondati sul rapporto di lavoro contrattualizzato¹⁴⁷. Peraltro, la giurisdizione ordinaria sussiste non solo a fronte dell'azione di recupero promossa dall'amministrazione nei confronti del dipendente, ma anche nell'opposta e speculare ipotesi in cui sia il dipendente ad agire in giudizio per l'accertamento negativo dell'insussistenza del diritto dell'amministrazione al recupero delle somme dovute¹⁴⁸.

3.3 L'autonomia delle azioni di recupero ed erariale alla luce del principio del bis in idem.

Dunque, l'evoluzione giurisprudenziale in precedenza richiamata ha portato ad un doppio binario giurisdizionale, lasciando coesistere tanto l'azione civile di recupero dell'amministrazione di appartenenza quanto l'azione erariale del Procuratore contabile.

Si è infatti consolidata l'asserzione di una piena autonomia tra l'azione dell'amministrazione e quella del Procuratore, trattandosi di azioni aventi presupposti diversi. Cionondimeno, va sottolineato che i confini e la natura delle due azioni non sono ancora stati del tutto chiariti.

In particolare, da una parte, sia la Corte dei conti che la Cassazione convergono sul fatto che l'azione civile sia promossa a tutela dello specifico interesse della singola amministrazione, mentre l'azione erariale risponde alle più generali e impersonali esigenze di tutela della giustizia, del buon andamento dell'amministrazione e dell'equilibrio di bilancio. Dall'altra parte, la Cassazione riconosce però all'azione civile una natura "riparatoria ed integralmente compensativa" e all'azione erariale una "prevalentemente"

146 Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. un., ord. 8 febbraio 2023, n. 3872; Id., n. 32199/2021, ove si legge che: «la domanda della P.A. (...) rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (...) quando venga proposta, come pure previsto dalla legge, nei confronti del soggetto erogante (il quale, in quanto estraneo alla PA, non viene convenuto a titolo di responsabilità erariale davanti alla Corte dei conti)».

147 Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 3872/2023; Id., 13 gennaio 2021, n. 27890.

148 Cfr. Cass. civ., n. 3872/2023.

sanzionatoria¹⁴⁹, mentre la Corte dei conti ha ormai chiarito la natura risarcitoria della responsabilità erariale esercitata, ex art. 53, c. 7-bis, d.lgs. n. 165/2001, in ragione della mancata entrata conseguente all' omesso versamento delle somme indebitamente percepite¹⁵⁰.

Ad ogni modo, il rapporto tra le due azioni e giurisdizioni resta regolato dal principio del *ne bis in idem*. Nello specifico, qualora il Procuratore abbia già esercitato l'azione erariale, è preclusa all'amministrazione la possibilità di agire in giudizio innanzi al giudice ordinario per il recupero delle somme dovute. Qui, il principio del *ne bis in idem* si traduce nel divieto di duplicazione delle azioni che, sebbene con le proprie specificità, siano volte a conseguire «lo stesso identico petitum in danno del medesimo soggetto obbligato in base ad un'unica fonte legale¹⁵¹», ossia le somme indebitamente percepite dal dipendente in assenza di autorizzazione.

Non vale però anche il contrario, ossia il fatto che l'amministrazione abbia previamente agito in giudizio civile non impedisce necessariamente l'esercizio dell'azione erariale, il cui carattere è definito dalla Cassazione e dalla Corte dei conti come «necessario», non potendo essere «condizionat(o), in senso positivo o negativo, dalle singole amministrazioni danneggiate¹⁵²». Al più, la possibile interferenza tra i due giudizi, da verificare in concreto, «pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità da far valere davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo ad una questione di

149 In tal senso, si veda Cass. civ., sez. un., ord., n. 17423/2022, e Id., sent., 12 settembre 2019, n. 22771, ove si legge che: «l'azione di responsabilità per danno erariale e quella di responsabilità civile promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario restano reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali, essendo la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria, e la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della amministrazione attrice». Cfr. in termini analoghi anche Cass. civ., sez. un., n. 4871/2022 e Cass. civ., sez. lav., 5 agosto 2022, n. 24379.

150 Nella sentenza già riportata della C. conti, sez. riun. n. 26/2019, si chiarisce infatti che: «la condotta omissiva del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore, di cui al successivo art. 53, comma 7 bis, dà luogo ad un'ipotesi autonoma di responsabilità amministrativa tipizzata, a carattere risarcitorio del danno da mancata entrata per l'amministrazione di appartenenza del compenso indebitamente percepito e che deve essere versato in un apposito fondo vincolato».

151 Così, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., ord., n. 17423/2022; Id., n. 23240/2022; Id., n. 8507/2021; Id., n. 415/2020. In termini simili, si veda anche Id., n. 6473/2022, e Id., n. 4852/2021, che parlano della necessità di evitare un conflitto di giudicati, e C. conti, sez. I app., 28 luglio 2022, n. 387. In senso contrario si veda però Cass. civ., sez. un., ord. n. 4871/2022 che ha affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa in una controversia, nonostante la pendenza anche di un giudizio contabile.

152 Cfr. Cass. civ., sez. un., ord., 20 luglio 2022, n. 22694; Id. n. 4871/2022; Id., 23 novembre 2021, n. 36205; 5 agosto 2020, n. 16722; C. conti Sicilia, Sez. app., 22 febbraio 2021, n. 30; C. conti, sez. III app., 15 luglio 2020, n. 100; Id., sez. II app., 3 luglio 2019, n. 242; Id., sez. II app., 14 marzo 2019, n. 82; C. conti, sez. giur. Lombardia, 7 ottobre 2020, n. 152. È bene però evidenziare che non sempre si riscontra una piena coincidenza tra le diverse pronunce. D'altronde, la giurisprudenza qui citata esclude che l'azione erariale possa essere in qualunque modo condizionata dalle pubbliche amministrazioni; tuttavia, vi sono anche ordinanze in cui si afferma che: «la legittimazione del Procuratore contabile sorge di fronte all'inerzia dell'Amministrazione e, viceversa» (così, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., n. 6473/2022; Id., n. 27890/2021; Id., n. 4852/2021).

giurisdizione»¹⁵³.

Da ultimo, la giurisprudenza riconosce comunque la facoltà dell'amministrazione di agire civilmente per il recupero delle somme qualora il previo giudizio contabile non si sia concluso con la «condanna al ristoro integrale del pregiudizio»¹⁵⁴. In quest'ultimo caso, inoltre, il *ne bis in idem* si traduce soltanto nel «divieto di duplicazione delle pretese risarcitorie, che impone di tener conto, con effetto decurtante, di quanto già liquidato in sede contabile, che il debitore potrà far valere, se del caso, anche in fase di esecuzione»¹⁵⁵.

Alla luce di tutto quanto richiamato, appare evidente che il tentativo operato dal legislatore nel 2012 di chiarire, affermando la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, il riparto di giurisdizione rispetto alla mancata restituzione di somme indebitamente percepite dal dipendente pubblico non ha prodotto i risultati sperati. Basti pensare che ancora negli ultimi anni si registra quasi ogni mese l'intervento delle sezioni unite della Cassazione e, similmente, è ancora frequente nelle sentenze della Corte dei conti il preliminare rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione contabile che continua ad essere proposto dai convenuti.

L'affermazione della coesistenza della giurisdizione civile e contabile non ha poi consentito di risolvere tutti i dubbi interpretativi. Tanto è vero che ancora oggi le posizioni espresse dalla Corte dei conti e dalla Corte di Cassazione divergono in merito alla natura risarcitoria o sanzionatoria della responsabilità erariale. Per di più, la stessa soluzione del doppio binario di giurisdizione è fortemente contestata in dottrina a causa sia dell'inevitabile duplicazione dei giudizi, sia delle possibilità di disparità di trattamento in ragione dei diversi regimi giurisdizionali¹⁵⁶. A ciò, inoltre, si aggiunge l'inevitabile allungamento dei giudizi per effetto della frequente proposizione dei regolamenti preventivi di giurisdizione, ex art. 41, c.p.c., il quale contribuisce ad un cattivo uso di quella risorsa scarsa rappresentata da un efficiente sistema di giustizia¹⁵⁷.

In conclusione, sebbene nelle ultime pronunce delle Corti si rinvenga sempre più spesso un soddisfatto rinvio all'esistenza di un orientamento consolidato costituente «diritto vivente»¹⁵⁸, è invece diffusa la convinzione – condivisa da chi scrive – che ci si trovi ancora a metà del guado. In altri termini, il nodo gordiano della giurisdizione non è stato ancora tagliato dalla giurisprudenza ed è probabile, e forse anche auspicabile, che in futuro si assisterà ad un ulteriore intervento del legislatore o, in ogni caso, a nuovi indirizzi giurisprudenziali.

153 Così Cass. civ., sez. un., ord., 20 luglio 2022, n. 22694; Id., n. 36205/2021.

154 Così Cass. civ., sez. un., ord., 5 agosto 2020, n. 16722, e C. conti, sez. giur. Lombardia, n.152/2020.

155 Cass. civ., sez. un., ord. n. 4871/2022; Id., n. 16722/2020; Id., sez. lav., n. 24379/2022; C. conti, sez. giur. Lombardia, n. 152/2020.

156 Si veda, tra i tanti, V. Tenore, *Lo stato della giurisdizione della Corte dei conti*, cit., pp. 4 ss., e L. Galli, *La responsabilità amministrativa per incarichi*, cit., pp. 962 ss.

157 Sulla qualificazione della giustizia come "risorsa scarsa" si veda anche L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, fasc. 5, p. 611.

158 Così, ex multis, C. conti, sez. I app., n. 387/2022, e Id., sez. II app., n. 221/2022.

4. Conclusioni e considerazioni finali.

Dall'analisi effettuata è emersa una eterogeneità giurisprudenziale nell'applicazione dei commi 7 e 7-*bis*, dell'articolo 53, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

Innanzitutto, un aspetto critico relativo all'art. 53, c. 7 e 7-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, riguarda la responsabilità amministrativa derivante dall'omesso versamento del compenso indebitamente percepito. Sul punto è emerso un dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la sua natura risarcitoria o sanzionatoria. Le sezioni unite della Cassazione hanno affermato la natura risarcitoria dell'azione civile promossa dall'amministrazione di appartenenza e la natura prevalentemente sanzionatoria di quella esercitata dal Procuratore contabile. Ad una soluzione opposta, invece, sono giunte le sezioni riunite della Corte dei conti e la successiva giurisprudenza contabile. Difatti, la Corte dei conti, da un lato, ha riconosciuto carattere sanzionatorio all'obbligo fissato dall'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, di riversare nel «conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza» le somme percepite in virtù di incarichi extraistituzionali non autorizzati. Dall'altro, tuttavia, ha affermato la natura risarcitoria, per danno da mancata entrata, dell'azione erariale promossa, ex art. 53, c. 7-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, a fronte dell'omesso versamento delle somme predette, con conseguente soggezione della relativa azione all'ordinario rito contabile di cui all'art. 67 del codice di giustizia contabile, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174¹⁵⁹.

Un altro aspetto estremamente complesso e dibattuto da dottrina e giurisprudenza riguarda la giurisdizione in materia. Nonostante il testo dell'art. 53, c. 7-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, dispone che la mancata restituzione delle somme indebitamente percepite in virtù di incarichi non autorizzati sia fonte di responsabilità erariale innanzi al giudice contabile, dopo un lungo dibattito dinanzi ai giudici ordinario e contabile, la questione è stata risolta con l'attribuzione del c.d. "doppio binario" giurisdizionale, implicante la sussistenza (anche) dell'azione civile di recupero da parte dell'amministrazione di appartenenza del lavoratore oltre all'azione erariale del Procuratore contabile.

Dalla disamina effettuata appare chiaramente che il tentativo di riforma operato dal legislatore nel 2012, con l'inserimento del c.7-*bis* all'art. 53, non ha portato i risultati sperati. È infatti continuo il dibattito giurisprudenziale (e dottrinario) su responsabilità e giurisdizione in materia di doppio incarico lavorativo dei dipendenti pubblici, il che rende assai complessa la ricostruzione interpretativa della materia. Seppur un tentativo di sistematizzazione sia stato fatto consentendo il "doppio binario" di giurisdizione, che tuttavia è fortemente criticato dalla dottrina, le posizioni della Cassazione e della Corte dei conti continuano a divergere circa la natura (sanzionatoria o risarcitoria) della responsabilità amministrativa derivante dal mancato rispetto degli obblighi da parte del dipendente pubblico. Ciò conduce, inevitabilmente, a disparità di trattamento, allungamento e duplicazioni di giudizi, in evidente contrasto con i principi cardine processuali. Appare perciò necessario, ad avviso degli autori, un intervento legislativo puntuale e il più possibile

¹⁵⁹ Sull'applicazione del rito ordinario in ragione della natura risarcitoria dell'azione erariale promossa, ex art. 53, c. 7-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, cfr., ex multis, C. conti, sez. riun., n. 26/2019, e Id. n. 13/2021.

esente da dubbi interpretativi per consentire, auspicabilmente, la formazione (anche) di una giurisprudenza il più possibile univoca in materia, imprescindibile ai fini di una più efficace tutela degli interessi economici delle amministrazioni.

5. L'obbligo di comunicazione in caso di incarichi extra-istituzionali e l'analisi dei dati dell'Anagrafe delle prestazioni.

di Agostino Sola

Sommario:

1. Introduzione. Le tipologie di obblighi di comunicazione previsti dall'art. 53, commi 12 – 16bis, d.lgs. n. 165/2001;
2. L'Anagrafe delle prestazioni e obblighi di comunicazione. Sanzioni in caso di inottemperanza.
3. L'analisi dei dati contenuti nell'Anagrafe delle prestazioni;
4. Conclusioni.

1. Introduzione. Le tipologie di obblighi di comunicazione previsti dall'art. 53, commi 12 – 16-bis, d.lgs. n. 165/2001.

Il presente contributo presuppone come noto, in quanto affrontato dai precedenti articoli di questa ricerca, il regime delle incompatibilità degli incarichi extra-istituzionali e la distinzione tra il regime di incompatibilità assoluta e relativa, disciplinate dall'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 così come le ipotesi in cui non vi è alcun regime di incompatibilità e lo svolgimento di incarichi extra-istituzionali non necessita di alcuna autorizzazione

Per esigenze di trasparenza e controllo¹⁶⁰ l'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 impone tuttavia per lo svolgimento di incarichi extra-istituzionali, in capo alle Amministrazioni coinvolte, specifici obblighi di comunicazione, sicché al sistema autorizzatorio si affianca un'articolata disciplina volta al monitoraggio centralizzato del flusso di incarichi conferiti o autorizzati dalle pubbliche amministrazioni. In questo contributo si approfondiranno dunque gli obblighi di comunicazione e relative sanzioni in caso di inottemperanza di cui ai commi 12 – 16bis dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, nonché i dati forniti dal Dipartimento della Funzione pubblica nella relazione annuale al Parlamento, al fine di comprendere l'ampiezza del fenomeno e l'applicazione degli istituti

¹⁶⁰ In termini generali, richiamando le relazioni sul punto, si osserva solamente come gli incarichi da un'amministrazione diversa da quella di appartenenza, ovvero da enti pubblici economici e soggetti privati, possono essere conferiti solo previa autorizzazione dell'amministrazione datrice di lavoro all'esito della verifica riguardante l'insussistenza di situazioni - anche potenziali - di conflitto di interessi. Siffatto meccanismo autorizzatorio mira ad assicurare che gli eventuali incarichi extra istituzionali assegnati al singolo dipendente non pregiudichino l'efficiente e imparziale svolgimento delle funzioni istituzionali cui lo stesso è preposto.

oggetto di questa ricerca.

A scopo introduttivo è bene osservare come il principio di trasparenza abbia grande rilevanza nel settore del pubblico impiego: diffusi obblighi normativi ne impongono il rispetto in maniera puntuale¹⁶¹. La ratio di tali disposizioni si deve individuare nell'incidenza del pubblico impiego per la spesa pubblica.¹⁶²

A tali considerazioni più propriamente economiche, si devono ricordare esigenze di garanzia dell'efficacia, dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, assicurate tramite i richiamati obblighi di comunicazione in funzione di trasparenza al fine di facilitarne il controllo. In particolare, in tema di conferimento di incarichi a pubblici dipendenti si potrebbe manifestare il rischio di un'eccessiva concentrazione di potere su un unico centro decisionale tramite il cumulo di incarichi conferiti in capo ad un medesimo dirigente o funzionario ovvero di situazioni di conflitto di interesse tali da compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa, potendosi altresì porre come occasione di fenomeni corruttivi.

A queste accennate finalità di trasparenza, dunque, venendo ai fini che ci occupano, risponde la previsione della realizzazione di una *anagrafe* pubblica degli incarichi conferiti in uno con gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 53, d.lgs. n. 165/2001.

Il comma 12 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 prevede un obbligo di comunicazione nel termine di quindici giorni per le amministrazioni pubbliche che conferiscono o autorizzano incarichi, anche a titolo gratuito¹⁶³, ai propri dipendenti. Tale comunicazione è rivolta al Dipartimento della funzione pubblica con l'indicazione dell'oggetto dell'incarico e del compenso lordo, ove previsto. È venuto meno, con l'entrata in vigore dell'art. 8, d.lgs. n. 75/2017¹⁶⁴, l'obbligo di accompagnare tale comunicazione da una relazione¹⁶⁵

161 Ad esempio, l'introduzione di nuovi divieti e specifici meccanismi di trasparenza si deve alla l. n. 190/2012, come, ad esempio, gli obblighi di comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica per gli incarichi dirigenziali a soggetti esterni all'amministrazione.

162 In tal senso, ad esempio, si possono leggere gli oneri di comunicazione sui costi della contrattazione integrativa al Ministero dell'economia e delle finanze e alla Corte dei conti (art. 40bis, comma 3, d.lgs. n. 165/2001). Si tratta di obblighi previsti espressamente, tra gli altri, al controllo del rispetto dei vincoli finanziari. Tale disposizione, ha osservato la Corte costituzionale (sentenza n. 57/2010), ha finalità meramente conoscitiva atteso che le informazioni richieste alle pubbliche amministrazioni sono utilizzate dalla Corte dei conti esclusivamente ai fini dell'analisi sul costo del lavoro.

163 Tuttavia, è stato chiarito che gli incarichi a titolo gratuito da comunicare all'amministrazione sono solo quelli che il dipendente è chiamato a svolgere in considerazione della professionalità che lo caratterizza all'interno dell'amministrazione di appartenenza, come osserva il Piano Nazionale Anticorruzione per l'anno 2013. Si riporta l'esempio dello svolgimento di un incarico gratuito di docenza in una scuola di danza da parte di un funzionario amministrativo di un ministero come incarico che non deve essere oggetto di comunicazione all'amministrazione poiché tale attività è svolta a tempo libero e non è connessa in nessun modo con la sua professionalità di funzionario.

164 Attuativo della legge 7 agosto 2015, n. 124, recante Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

165 In particolare, tale relazione indicava le norme in applicazione delle quali gli incarichi venivano conferiti o autorizzati, le ragioni del conferimento o dell'autorizzazione, i criteri di scelta dei dipendenti cui gli incarichi sono stati conferiti o autorizzati e la rispondenza dei medesimi ai principi di buon andamento dell'amministrazione, nonché le misure da adottare per il contenimento della spesa.

nonché la dichiarazione, da rendere entro il 30 giugno di ogni anno, di non aver conferito o autorizzato incarichi nell'anno precedente, ai propri dipendenti, anche se comandati o fuori ruolo.

Per gli incarichi conferiti successivamente al 1° gennaio 2018, il comma 13 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 prevede l'obbligo per le amministrazioni di appartenenza di comunicare *"tempestivamente"* al Dipartimento della funzione pubblica i compensi erogati¹⁶⁶ per ciascuno dei propri dipendenti e distintamente per ogni incarico conferito o autorizzato. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 75/2017 tale comunicazione, pur obbligatoria, era relativa a tutti gli incarichi conferiti nell'anno precedente e doveva avvenire entro il 30 giugno di ogni anno.

Tutte le richiamate comunicazione verso il Dipartimento della funzione pubblica avvengono in via telematica.

Con specifiche funzioni di controllo di natura finanziaria e tributaria, ai sensi del comma 14 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, le amministrazioni pubbliche sono tenute a comunicare al Dipartimento della funzione pubblica i dati relativi a tutti gli incarichi conferiti o autorizzati a qualsiasi titolo. La comunicazione di tali dati avviene secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 33/2013 e, in particolare, con riferimento al contenuto degli obblighi di pubblicazione previsti dagli artt. 15 e 18¹⁶⁷. E, così, dunque, entro tre mesi dal conferimento dell'incarico, le pubbliche amministrazioni devono comunicare al Dipartimento della funzione pubblica le seguenti informazioni relative agli incarichi conferiti o autorizzati ai propri dipendenti: gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico (*i*); il curriculum vitae (*ii*); i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali (*iii*)¹⁶⁸; i compensi, comunque denominati, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato (*iv*). Oltre a tali informazioni, si deve comunicare, stante il richiamo all'art. 18 d.lgs. n. 33/2013, anche la durata e il compenso spettante per ogni

¹⁶⁶ I compensi possono essere erogati tanto dalla medesima amministrazione di appartenenza quanto dai soggetti pubblici o privati a vantaggio dei quali sono stati eseguiti gli incarichi conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Su questi soggetti, infatti, ai sensi del comma 11 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 grava un obbligo di comunicazione nei confronti dell'amministrazione di appartenenza e relativo all'ammontare dei compensi riconosciuti entro quindici giorni dall'erogazione.

¹⁶⁷ I cui obblighi di pubblicazione sono stati successivamente oggetto di linee guida ANAC e, in particolare, della Determinazione n. 1310 del 28/12/2016 recante *"Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016"* e la Delibera n. 50 del 4/07/2013 *"Linee guida per l'aggiornamento del programma triennale per la trasparenza e l'integrità 2014-2016"* in merito alla qualità dei dati e dei formati.

¹⁶⁸ In realtà tale previsione, pur richiamata espressamente dal comma 14 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 nella misura in cui prevede l'obbligo di comunicazione dei "dati di cui agli articoli 15 e 18 del medesimo decreto legislativo n. 33 del 2013, relativi a tutti gli incarichi conferiti o autorizzati a qualsiasi titolo". Tra tali dati, dunque, ai sensi del comma 1, lett. c, rientrano anche quelli *"relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali"*. Tali ipotesi, tuttavia, ove ammissibili, potrebbero essere già oggetto di specifici e puntuali obblighi di comunicazione e, di fatto, si verrebbe a realizzare una duplicazione di medesimi obblighi di comunicazione. Ad esempio, *"lo svolgimento di attività professionali"* risulterebbe comunque vietato a prescindere ai sensi dell'art. 60 d.P.R. n. 3/1957 laddove si prevede che l'impiegato non può esercitare alcuna professione.

incarico.

A tali obblighi di comunicazione, sempre ai sensi del comma 14 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, si affiancano analoghi obblighi di pubblicazione, nelle banche dati accessibili al pubblico per via telematica, degli elenchi dei propri consulenti aventi ad oggetto l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico nonché l'attestazione dell'avvenuta verifica dell'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi¹⁶⁹.

I dati e le informazioni trasmessi al Dipartimento della funzione pubblica sono pubblicati in tabelle riassuntive rese facilmente accessibili in formato "open data"¹⁷⁰. Vigila su tale obbligo di pubblicazione il Dipartimento della funzione pubblica trasmettendo alla Corte dei conti entro il 31 dicembre di ciascun anno l'elenco delle amministrazioni inadempienti. Analoga trasmissione alla Corte dei conti avviene relativamente alle amministrazioni che abbiano omesso di effettuare la comunicazione, avente ad oggetto l'elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui siano stati affidati incarichi di consulenza.

A fronte degli accennati obblighi di comunicazione previsti dai commi 11 – 14 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, il comma 15 prevede, a titolo sanzionatorio, che l'inosservanza di tali obblighi comporti l'impossibilità di conferire nuovi incarichi fino a quando non sia stato adempiuto quanto previsto, qualora si tratti di pubbliche amministrazioni, mentre il pagamento del doppio degli emolumenti corrisposti ai dipendenti pubblici qualora l'inadempimento risulti effettuato da soggetti privati o enti pubblici economici (sanzione prevista dall'art. 6, comma 1, d.l. n. 79/1997, richiamato espressamente dalla disposizione in commento).

Oltre a misure di pubblicità e trasparenza, il Dipartimento della funzione pubblica svolge altresì una funzione consultiva e di proposta in relazione agli incarichi conferiti riferendo al Parlamento, entro il 31 dicembre di ogni anno, sui dati raccolti ed indicando quali misure sarebbe auspicabile adottare per il contenimento della spesa pubblica in relazione agli incarichi e per la razionalizzazione dei criteri di attribuzione degli stessi.

Il comma 16**bis** dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001 è stato introdotto dall'art. 47 l. n. 133/2008 ed è stato poi oggetto di successive modifiche ed integrazioni¹⁷¹.

169 Disposizione introdotta dall' art. 34 d.l. n. 223/2006, convertito con modifiche nella l. n. 248/2006 (c.d. Legge Bersani), con cui si è previsto che le amministrazioni inseriscano nelle proprie banche dati informazioni "accessibili al pubblico per via telematica" gli elenchi dei propri consulenti indicando "l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico".

170 Interessante notare come si tratti di modalità di fruizione dei dati tale da garantirne la massima diffusione. Secondo la classificazione proposta dall'OECD in tema di accessibilità dei dati si riconoscono diversi gradi di apertura: il primo, nel quale i dati sono "closed data" poiché accessibili solo a chi li detiene; il secondo, nel quale i dati sono accessibili anche ai soggetti interessati; il terzo, nel quale i dati sono accessibili solamente ai membri della medesima comunità; il quarto, e ultimo, nel quale i dati sono "open data" poiché accessibili al pubblico. In tema, OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, 2015, Paris, p. 191.

A livello europeo, in tal senso, gli open data sono indicati come "pratica" di pubblicazione dei dati grezzi così da renderli "accessibili, riutilizzabili, leggibili con dispositivi elettronici e concessi in licenza liberamente", così secondo la definizione di open data di EU Vocabularies in <https://op.europa.eu/s/xdea>.

171 L'attuale formulazione si deve all'art. 52 d.lgs. n. 150/2009 recante "Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni".

Con tale disposizione si riconosce al Dipartimento della funzione pubblica l'esercizio di funzioni di controllo e verifica sul rispetto degli obblighi di comunicazione e pubblicazione indicati dai commi 11 – 14 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, nonché delle disposizioni relative al divieto di iscrizione in albi professionali per i dipendenti pubblici non in rapporto di lavoro a tempo parziale¹⁷². Secondo tale previsione, al Dipartimento della Funzione Pubblica viene attribuita la facoltà di disporre verifiche sulla disciplina delle incompatibilità tramite l'Ispettorato della Funzione Pubblica che opera d'intesa con i Servizi ispettivi di finanza pubblica del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato¹⁷³.

2. L'Anagrafe delle prestazioni e gli incarichi oggetto degli obblighi di comunicazione.

L'Anagrafe delle prestazioni è il sistema di rilevazione dei dati relativi agli incarichi conferiti al personale appartenente ai ruoli della pubblica amministrazione e ai consulenti e collaboratori esterni¹⁷⁴. La banca dati che raccoglie le dichiarazioni trasmesse dalle pubbliche amministrazioni in relazione agli obblighi di comunicazione degli incarichi conferiti a dipendenti pubblici ed a consulenti esterni secondo quanto previsto dalle disposizioni osservate in relazione agli obblighi previsti dall'art. 53 d.lgs. n. 165/2001¹⁷⁵.

Gli incarichi oggetto di comunicazione e successivo inserimento in banca dati sono tutti quelli conferiti o autorizzati anche a titolo gratuito. A titolo esemplificativo, dall'esame del quadro normativo di riferimento, si possono individuare le principali tipologie di incarichi da comunicare alla Funzione

172 Tuttavia, ai sensi dell'art. 1, commi 56-57, l. n. 662/1996, a fronte del generale divieto di iscrizione in albi professionali per i dipendenti pubblici, si prevede una deroga per coloro i quali siano in regime di tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al 50% di quella a tempo pieno. Per questa categoria di dipendenti pubblici, l'iscrizione ad albi professionali e lo svolgimento di attività professionali vale quale divieto di conferimento di incarichi professionali da parte delle amministrazioni pubbliche. Né è consentito assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione.

173 La norma prevedeva, in origine, la possibilità di stipulare apposite convenzioni con i servizi ispettivi delle diverse pubbliche amministrazioni avvalendosi della Guardia di Finanza e, con la collaborazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, al fine di accertare eventuali violazioni al regime dell'autorizzazione. Nella formulazione originaria tale funzione di controllo aveva ad oggetto anche la verifica del rispetto del meccanismo legale di conferimento degli incarichi.

174 La banca dati dell'Anagrafe delle prestazioni è stata istituita presso il Dipartimento della funzione pubblica ai sensi dell'articolo 24, l. n. 412/1991. Il fine dichiarato è quello *“del contenimento della spesa pubblica e per garantire l'efficacia, l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa”*.

175 I dati oggetto di pubblicazione sono acquisiti dal Dipartimento per via telematica, tramite l'apposito applicativo messo a disposizione nell'ambito della piattaforma PerlaPA (perlapa.gov.it) – ambiente creato per semplificare l'accesso alle banche dati della pubblica amministrazione – e vengono formalmente trasmessi da ciascuna amministrazione previa approvazione da parte del responsabile del procedimento incaricato. Tramite il sito consulentipubblici.dfp.gov.it i cittadini possono altresì accedere alla consultazione degli incarichi che le amministrazioni pubbliche inseriscono, in piena autonomia e sotto la propria responsabilità, nella banca dati Anagrafe delle prestazioni del Dipartimento della funzione pubblica; viene così concentrata in un unico punto di accesso la pubblicazione dei dati, rendendone più agevole la consultazione. I dati sono accessibili collegandosi al sito

Pubblica mediante il sistema PerlaPa: incarichi di arbitrato; direzione e coordinamento lavori, collaudo e manutenzione opere pubbliche (incarichi configurati come contratti di lavoro autonomo e non come contratto/appalti di servizi); consiglio di amministrazione; collegio sindacale; revisore dei conti; commissioni (commissioni di gara, collaudo, di concorsi e procedure selettive e valutative in genere, esami di stato, seggi elettorali ecc.); rilevazioni e indagini statistiche; consulenze tecniche; commissari ad acta; nucleo di valutazione; amministratore di condominio; attività sportiva; attività artistica; partecipazioni in società; nonché tutti gli incarichi autorizzati ex art. 53 d.lgs. 165/2001, nonché conferiti anche a titolo gratuito.

Rimangono, invece, esclusi dagli obblighi di comunicazione gli incarichi indicati all'art. 53, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, quali quelli conferiti a dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al 50%; a docenti universitari a tempo definito; a dipendenti pubblici ai quali è consentito da disposizioni speciali lo svolgimento di attività libero-professionali; a titolo di collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili; a titolo di utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e invenzioni industriali; a titolo di partecipazione a seminari e convegni; per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate; relativi allo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo; conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse, distaccati o in aspettativa non retribuita. A queste si aggiungono le attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e ricerca scientifica e gli incarichi gratuiti che rientrano nei doveri d'ufficio (sono tutti quelli cui il dipendente è tenuto ad adempiere in base alla categoria di appartenenza e alle funzioni a lui attribuite secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva e dalla normativa vigente).

Come già osservato, gli obblighi di comunicazione al Dipartimento della Funzione Pubblica per le amministrazioni pubbliche che conferiscono o autorizzano incarichi, anche a titolo gratuito, hanno ad oggetto, entro quindici giorni dal conferimento o dall'autorizzazione, l'indicazione dell'oggetto dell'incarico e del compenso, ove previsto (art. 53, comma 12, d.lgs. n. 165/2001); nonché, in maniera tempestiva, per ciascuno dei propri dipendenti e distintamente per ogni incarico conferito o autorizzato, i compensi da esse erogati o della cui erogazione abbiano avuto comunicazione dai soggetti di cui al comma 11 (art. 53, comma 13, d.lgs. n. 165/2001). A questi obblighi puntuali si affianca la comunicazione analitica a carattere generale, tempestiva e comunque nei termini previsti dal d.lgs. 33/2013 (massimo 3 mesi dal conferimento), relativa ai dati indicati dagli artt. 15-18, d.lgs. n. 33/2013, dei titolari di incarichi di consulenza o collaborazione (art. 53, comma 14, d.lgs. n. 165/2001).

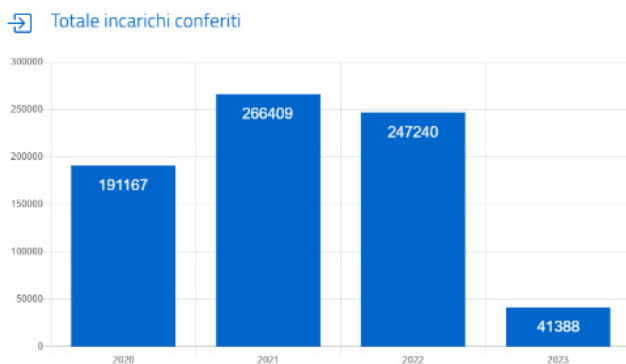
3. L'analisi dei dati contenuti nell'Anagrafe delle prestazioni.

Ciò chiarito, pare di interesse osservare ora i dati delle comunicazioni relative ai conferimenti di incarichi autorizzati ai dipendenti della pubblica amministrazione. È necessario premettere che i dati analizzati sono quelli

presenti su Anagrafe delle prestazioni¹⁷⁶ e che, comunque, potrebbero non offrire una rappresentazione esaustiva del fenomeno del conferimento degli incarichi autorizzati ai dipendenti della pubblica amministrazione in ragione della complessità della normativa di riferimento data dalla sua progressiva stratificazione nel tempo nonché in ragione dell'ampia platea dei soggetti tenuti agli adempimenti di comunicazione. Per questi motivi ne potrebbe risentire la quantità e la qualità dei dati forniti autonomamente dalle singole amministrazioni – uniche responsabili dell'esatto inserimento nel sistema – sia in termini di corretta classificazione degli incarichi tra le tipologie oggetto di monitoraggio sia dal punto di vista dell'ammontare dei compensi corrisposti. Ad esempio, nel 2020 sono state 7.189 le Amministrazioni che hanno comunicato il conferimento di incarichi a dipendenti pubblici.

Ciò posto, il numero di incarichi conferiti nell'ultimo triennio (2020-2021-2022), anche alla luce dei dati parziali relativi all'anno in corso, mostra una omogeneità di valori attorno alla soglia dei 250.000. Per l'anno 2020, anche alla luce della nota emergenza pandemica, gli incarichi conferiti sono stati pari a 191.167. L'anno 2021, invece, ha registrato 266.409 incarichi conferiti e autorizzati ai dipendenti della pubblica amministrazione. L'anno 2022, invece, ne ha registrati 247.240. La media aritmetica delle annualità passate è di 234.939 incarichi conferiti e autorizzati. Per l'anno 2023, i dati, ad oggi, indicano 41.388 incarichi trattasi, come è ovvio, di una visione parziale, essendo l'anno ancora in corso.

E' bene chiarire che i dati inseriti sono aggiornati in tempo e reale e la consultazione, anche a distanza di poche ore, potrebbe non essere più aggiornata.



[fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023]

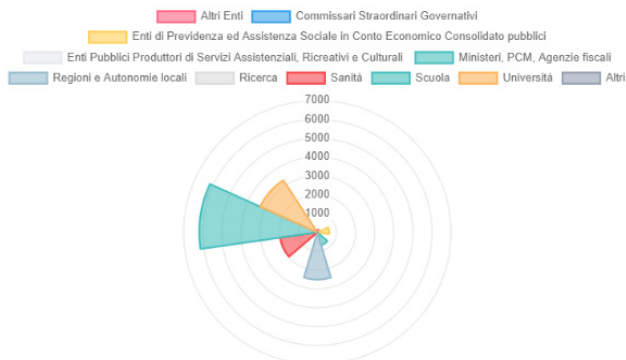
¹⁷⁶ Alla banca dati dell'Anagrafe delle prestazioni si accede collegandosi al sito www.consulentipubblici.dfp.gov.it.

Interessante anche osservare la misura dei compensi erogati per apprezzarne l'ordine di grandezza. Nonostante il minor numero di incarichi conferiti per l'anno 2020, a fronte di un compenso medio di 1.266,00 €, sono stati percepiti compensi per oltre € 124.766.517,53. Per l'anno 2021, invece, il maggior numero di incarichi conferiti (aumentati di circa il 40% rispetto all'anno precedente) ha determinato una diminuzione del compenso medio pari ad 951,00 €, per complessivi € 134.463.672,33. Nell'anno 2022, invece, sono stati erogati compensi per € 60.395.460,13 con un compenso medio pari ad € 676,00 ad incarico. Tuttavia, tenuto conto che tali compensi possono riferirsi anche ad incarichi conferiti negli anni precedenti, la valutazione del fenomeno è approssimativa quanto all'imputazione all'anno nel quale è stato conferito l'incarico.

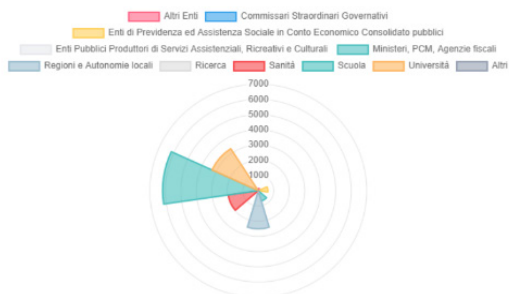


[fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023]

Nel corso degli anni in analisi (2020-2021-2022), i dipendenti pubblici ai quali sono stati conferiti incarichi appartenevano in misura prevalente alla "tipologia istituzionale" della "Scuola" (cui appartengono le Istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale e la scuola propriamente intesa), seguita dall'Università, dalle Regioni ed Autonomie Locali e dagli appartenenti al Servizio sanitario nazionale. Le altre tipologie istituzionali (Ministeri - PCM - Agenzie fiscali; Ricerca; Altri Enti) confermano una percentuale minima di conferimenti di incarichi, sia per dipendenti che per consulenti, che non raggiungono la soglia dell'1%, come osservato dall'ultima relazione presentata dal Ministro per la pubblica amministrazione relativa all'anno 2020.



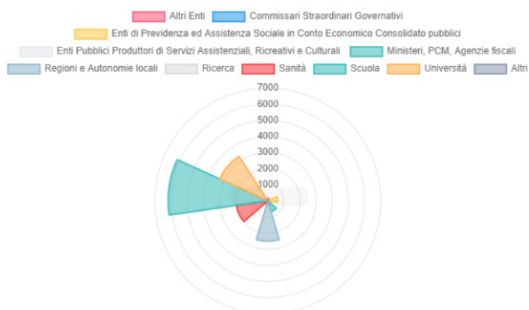
Dipendenti pubblici ai quali sono stati conferiti incarichi



2020

2021

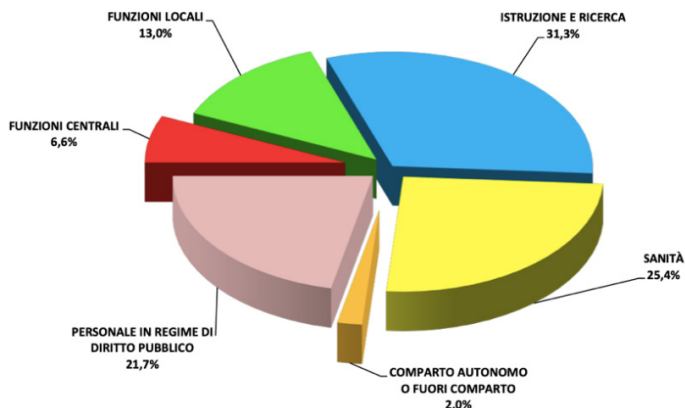
Dipendenti pubblici ai quali sono stati conferiti incarichi



2022

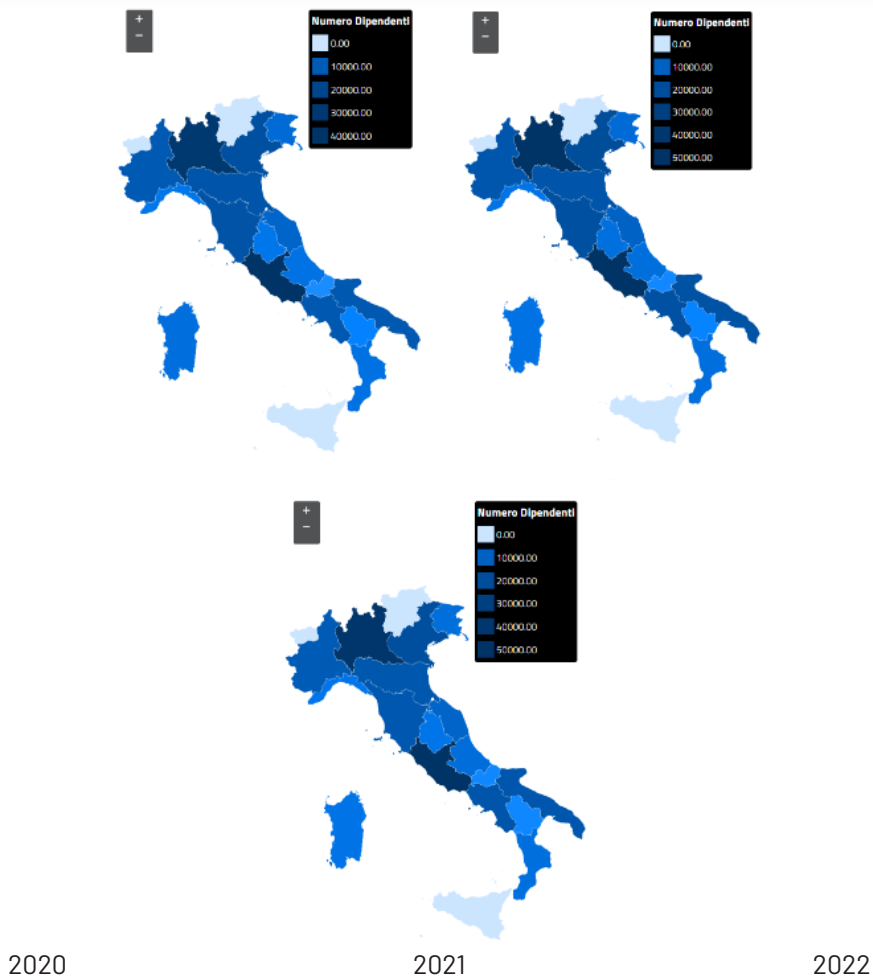
[fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023]

Tali dati trovano ulteriore giustificazione alla luce della distribuzione percentuale tra i comparti del totale del costo del lavoro sostenuto nel 2021, con una distribuzione della spesa per comparto stabile nel tempo, con variazioni da un anno all'altro di qualche decimo di punto.



(fonte: Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, Conto annuale, voce "spese e retribuzioni", sottovoce "costo del personale", in contoannuale.rgs.mef.gov.it/spese-e-retribuzioni/costo-del-lavoro)

Nel corso degli anni in analisi (2020-2021-2022), a fronte di andamenti stabili, si registra il dato del Lazio (dove sono dislocate la maggior parte delle amministrazioni centrali) e della Lombardia con il maggior numero di incarichi conferiti.



(fonte dati: Presidenza del Consiglio dei Ministri, <https://consulentipubblici.dfp.gov.it/dati-aggregati>, dati aggiornati al 20/3/2023).

Ulteriore criterio di analisi del tema è offerto dalle Relazioni annuali al Parlamento ai sensi del comma 16 dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 relative ai dati riguardanti gli incarichi che le pubbliche amministrazioni hanno autorizzato e/o conferito ai pubblici dipendenti e affidato a consulenti e collaboratori esterni e comunicato al Dipartimento attraverso l'Anagrafe delle prestazioni, utilizzando le procedure *on-line* predisposte nell'ambito del portale PerlaPA.

Ciò posto si vogliono osservare i risultati emergenti dall'ultima relazione presentata dal Ministro per la pubblica amministrazione del 28 settembre 2022 e relativa all'anno 2020. Il documento offre una rappresentazione oggettiva delle informazioni ricavabili dalla banca dati, epurata dai valori anomali e aberranti rispetto alla media degli altri dati immessi.

Al momento in cui si scrive, in ragione del costante aggiornamento dei dati sull'Anagrafe delle prestazioni, i numeri assoluti riportati non sono congruenti con i dati aggregati estratti. Ad esempio, per l'anno 2020, la relazione al Parlamento indica un compenso medio liquidato per incarico pari ad € 1.329,00 (laddove i dati aggregati indicano un compenso medio pari ad € 1.266,00). Analogo discorso per i compensi complessivamente erogati che, nella relazione al Parlamento, sono indicati in € 85.572.157 a fronte di una rilevazione aggiornata al 2023 per € 124.766.517,53.

La relazione indica in termini assoluti i dipendenti destinatari di incarichi per tipologia istituzionale per un numero complessivo di 92.764. Ciò determina la tendenza a conferire più incarichi ad un singolo dipendente, al netto degli aggiornamenti rispetto alla relazione al Parlamento del 28 settembre 2022 relativa all'anno 2020 dei dati aggregati consultati nel 2023. La tendenza è confermata anche dai dati in fase di analisi per la relazione al Parlamento relativa all'anno 2021 (67.738 dipendenti a fronte di 263.305 indicati dai dati aggregati aggiornati). Nonostante ciò, la relazione indica per il 2020 la prevalenza del mono-incarico (per il 64,6% dei casi). Solamente il 4,2% del numero complessivo di dipendenti raggruppa su di sé più di 6 incarichi.

Altro dato assoluto attiene alla distribuzione degli incarichi per genere dei dipendenti pubblici, l'analisi evidenzia una discreta omogeneità. In particolare, sulle ricordate 92.764 unità di personale dipendente cui nel 2020 sono stati conferiti o autorizzati incarichi, il 50,8% sono dipendenti di genere maschile e il restante 49,2% dipendenti di genere femminile. Diversamente, i dati in fase di analisi per la relazione al Parlamento relativa all'anno 2021 segnano una maggior incidenza degli incarichi conferiti a dipendenti di genere femminile con una percentuale pari al 55%.



2020

[fonte dati: Relazione annuale al Parlamento ai sensi del comma 16 dell'art. 53, d.lgs. n. 165/2001 del 28 settembre 2022 relativa all'anno 2020].

Quanto alla distribuzione territoriale degli incarichi conferiti ai dipendenti pubblici, il dato estratto dall'Anagrafe delle prestazioni aggiornata al 2023 è confermato dall'analisi condotta nella Relazione annuale al Parlamento relativa all'anno 2020 nella quale si è osservato come la Regione Lazio si conferma al primo posto come incidenza percentuale sul totale degli incarichi conferiti su base annua (17,8%) seguita dalla Lombardia con una quota pari al 13,1% del totale. I tassi di minore incidenza del fenomeno del conferimento di incarichi a pubblici dipendenti, confermando l'andamento registrato già nel 2019, si osservano per le amministrazioni localizzate in Liguria (2,1 %), Umbria (1,8 %), Basilicata (1,0%), seguite dal Molise e la Valle d'Aosta, con percentuali che non raggiungono l'1% del totale.

Le specifiche tipologie di incarico non presentano dati di grande rilevanza atteso la preminenza della categoria non specificata degli "altri incarichi", pari, per l'anno 2020, al 66,08% del totale degli incarichi conferiti. In senso analogo, i dati in fase di analisi per la relazione al Parlamento relativa all'anno 2021 segnano una preminenza di tale categoria pari al 98,13% del totale¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Le altre tipologie di incarico presenti nella relazione al Parlamento relativa all'anno 2021 sono: Amministratore di condominio; Animazione, Assistenza; Arbitrato; Associazioni dilettantistiche; Attività artigianali; Attività artistica (cantare/ballare/suonare); Attività di ricezione (b&b, case vacanze, etc...); Attività sportiva (allenatore, associazioni sportive, etc...); Collegio sindacale/ Revisore dei conti - Consiglio di amministrazione; Commissario ad acta; Commissioni di concorso/esame; Commissioni di gara o collaudo; Consulenze professionali (mediche, sanitario, psicologico, legale, manageriale, contabile...); Consulenze tecniche (informatiche, scientifiche, etc...); Counseling/Team building/Assessment; CTU/CTP; Eventi e Comunicazione; Gestione/Archiviazione documentale; Offerta formativa integrativa (scuole); OIV/Nucleo interno valutazione; Progettazione e rendicontazione Fondi UE/PNRR; Progettazione, direzione e manutenzione opere pubbliche; Responsabile della sicurezza sul lavoro; Responsabile protezione dati personali (DPO ex.art.37 Reg UE 2016/679); Rilevazioni e indagini statistiche; Ristorazione; Servizi alla persona; Studio e ricerca.

Segue una tabella riepilogativa dei valori relativi alle specifiche tipologie di incarico conferito per gli anni 2020 e 2021.

Tabella A. Incarichi conferiti a dipendenti, per tipologia istituzionale e di incarico (Anno 2021, valori percentuali)(Anno 2020, valori percentuali)

Tipologia incarico	Totale 2021	anno 2020
Amministratore di condominio	0,00%	0,07%
Animazione, Assistenza	0,01%	non presente
Arbitrato	0,02%	0,94%
Associazioni dilettantistiche	0,00%	non presente
Attività artigianali	0,00%	non presente
Attività artistica (cantare/ballare/suonare)	0,04%	1,15%
Attività di ricezione (b&b, case vacanze, etc...)	0,00%	non presente
Attività sportiva (allenatore, associazioni sportive, etc...)	0,04%	0,81%
Collegio sindacale/ Revisore dei conti - Consiglio di amministrazione	0,05%	non presente
Collegio sindacale	non presente	0,07%
Consiglio di amministrazione	non presente	0,43%
Commissario ad acta	0,01%	0,31%
Commissioni	non presente	19,70%
Commissioni di concorso/esame	0,25%	non presente
Commissioni di collaudo	non presente	0,58%
Commissioni di gara	non presente	1,89%
Commissioni di gara o collaudo	0,05%	non presente
Consulenze professionali	0,07%	non presente
Consulenze tecniche (informatiche, scientifiche, etc...)	0,10%	5,67%
Counseling/Team building/Assessment	0,00%	non presente
CTU/CTP	0,01%	non presente
Direzione e Coordinamento Lavori, Collaudo e Manutenzione OO.PP.	non presente	1,49%
Eventi e Comunicazione	0,03%	non presente
Gestione/Archiviazione documentale	0,04%	non presente
Offerta formativa integrativa (scuole)	0,85%	non presente
OIV/Nucleo interno valutazione	0,01%	0,32%
Progettazione e rendicontazione Fondi UE/PNRR	0,07%	non presente
Progettazione, direzione e manutenzione opere pubbliche	0,01%	non presente
Responsabile della sicurezza sul lavoro	0,03%	non presente
Responsabile protezione dati personali (DPO ex.art.37 Reg UE 2016/679)	0,00%	non presente
Revisore dei conti	non presente	0,30%
Rilevazioni e indagini statistiche	0,01%	0,19%
Ristorazione	0,00%	non presente
Servizi alla persona	0,01%	non presente
Studio e ricerca	0,15%	non presente
Altre Tipologie	98,13%	66,08%
Totale	100,00%	100,00%

(Fonte dati: Tabella A.6. relazione al Parlamento relativa all'anno 2021 e relazione al Parlamento relativa

4. Conclusioni.

Il quadro proposto in tema di obblighi di comunicazione e di successiva pubblicazione dei relativi dati, in forma aggregata, rappresenta, almeno nella sua teorizzazione, un importante strumento di trasparenza dell'azione amministrativa e di controllo sull'andamento della spesa delle risorse pubbliche: nell'andamento della spesa per il personale pubblico rientrano, infatti, anche gli incarichi conferiti ed autorizzati.

L'istituto, tuttavia, sconta una serie di difficoltà applicative che hanno reso tali dati non del tutto affidabili da un punto di vista statistico tanto perché non tutte le amministrazioni effettuano le comunicazioni di legge quanto perché i dati non sono normalizzati. Il costante aggiornamento degli stessi offre un quadro in costante movimento di cui se ne può individuare in termini assoluti l'andamento. L'incertezza sui dati relativi al conferimento ed all'autorizzazione di incarichi rischia di determinare il venir meno di quegli obiettivi di contenimento della spesa pubblica e di trasparenza dell'azione amministrativa che, sin dal 1992, il legislatore intendeva perseguire.

Le criticità descritte sono note al legislatore che, infatti, è più volte intervenuto in materia, andando a modificare nel corso degli anni la portata e il contenuto degli obblighi di pubblicazione.

Maggior certezza, quantomeno in astratto, si dovrebbe avere dall'analisi dei dati pubblicati dalle singole amministrazioni ai sensi dell'art.18, d.lgs. n. 33/2013, cui si aggiunge agli obblighi di comunicazione indicati per le pubbliche amministrazioni anche l'analogo obbligo di pubblicare l'elenco degli incarichi conferiti o autorizzati a ciascuno dei propri dipendenti, con l'indicazione della durata e del compenso spettante per ogni incarico.

PARTE II – Profili di diritto del lavoro

1. Lavoro autonomo, coordinato, occasionale¹⁷⁸

***di Antonio Riccio, Stefano Reali, Antonio Riefoli e Ilenia Torella
Redatto sotto la supervisione del Prof. Edoardo Ales***

Sommario:

1. Il lavoro autonomo tra privato e pubblico – 1.1 Il contratto d'opera (art. 2222 cc). – 1.2 L'esercizio delle professioni intellettuali (art. 2229 cc). – 1.3 Le collaborazioni autonome coordinate e continuative (409 c.p.c.) – 1.4 Il lavoro autonomo nella PA (art. 7 del D. Lgs. n. 165 del 2001).
2. Evoluzione del quadro normativo in materia di lavoro occasionale. – 2.1 Sulla nozione lavoristica di lavoro occasionale. – 2.2 Le "prestazioni occasionali" dal D. Lgs. n. 276/2003 al D. Lgs. 81/2015. – 2.3 Le "prestazioni occasionali" nel D.L. n. 50/2017: il contratto di prestazione occasionale e il libretto famiglia.
3. Lavoro autonomo professionale e lavoro autonomo occasionale – 3.1- Profilo fiscale (abitudine/occasionalità). – 3.2 – Profilo previdenziale.
4. L'obbligo di fedeltà nel lavoro pubblico.

1. Il lavoro autonomo tra privato e pubblico.

1.1 Il contratto d'opera (art. 2222 cc).

La nozione di contratto d'opera è rinvenibile all'interno dell'art. 2222 c.c., il quale ne delinea i seguenti tratti tipizzanti e distintivi: obbligazione del prestatore alla realizzazione di un'opera o un servizio; previsione di un corrispettivo; esecuzione della prestazione mediante lavoro prevalentemente proprio; assenza di un vincolo di subordinazione nei confronti del committente¹⁷⁹.

¹⁷⁸ I paragrafi da 1 a 1.4 sono scritti da Ilenia Torella, i paragrafi da 2 a 2.3. sono scritti da Antonio Riccio, il paragrafo 3.1. è scritto da Stefano Reali, i paragrafi da 3.2. a 4 sono scritti da Antonio Riefoli.

¹⁷⁹ Nello specifico, l'art. 2222 c.c. recita: «Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV».

Proprio quest'ultimo elemento risulta decisivo ai fini della qualificazione del soggetto obbligato come lavoratore autonomo, intendendosi per tale colui che rende la prestazione secondo lo schema del contratto d'opera di cui all'art. 2222¹⁸⁰.

Difatti, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente, ai fini della qualificazione del rapporto, e dunque ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, ciò che rileva sono le concrete modalità attuative della prestazione e non il tipo di attività prestata¹⁸¹. Nello specifico, solo in presenza di un vincolo di subordinazione¹⁸² si riconosce alla controparte (il datore di lavoro) una piena e costante facoltà di intervento sulle modalità organizzative interne del comportamento dovuto, attraverso l'esercizio del c.d. potere direttivo; un simile potere non è invece riconosciuto al committente, il quale può comunque fornire delle "direttive" (o meglio, delle indicazioni) alle quali il prestatore deve attenersi, ma a condizione che queste non siano tali da inficiare l'autonomia del prestatore nello svolgimento della sua attività¹⁸³.

Tuttavia, la sussistenza di un vincolo di subordinazione e, dunque, l'assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro, non costituisce un semplice dato di fatto, essendo piuttosto una modalità di essere del rapporto potenzialmente desumibile da un complesso di circostanze; per questo motivo, al fine di facilitare la corretta qualificazione nelle ipotesi in cui esso non sia agevolmente apprezzabile, la giurisprudenza ha elaborato una serie di criteri a cui è possibile fare riferimento¹⁸⁴. Sul rilievo da attribuirsi a tali criteri sembra prevalere in giurisprudenza la posizione secondo la quale questi elementi devono essere utilizzati come meri elementi indiziari, nell'ambito di una valutazione globale della vicenda, essendo privi di un autonomo valore decisivo, in quanto individualmente compatibili tanto con

180 Per una riflessione più ampia si rinvia a A. PERULLI, *Una critica del lavoro autonomo*, in LD, 1, 2022, pp. 205 ss.

181 Cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 11-02-2004, n. 2622, secondo cui: «Ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento. L'elemento tipico che contraddistingue il primo dei suddetti tipi di rapporto è costituito dalla subordinazione, intesa quale disponibilità del prestatore nei confronti del datore di lavoro con assoggettamento al potere direttivo di questo ed alle relative esigenze aziendali». Nello stesso senso v. anche Cass. civ. Sez. lavoro, 10 maggio 2003, n. 7171; 3 aprile 2000, n. 4036; 17 febbraio 1987, n. 1714.

182 Alla cui definizione concorrono, secondo la dottrina maggioritaria, vicende di natura tecnica, funzionale e personale. Sul punto v. R. SCIOTTI, *Direzione e dipendenza nel rapporto di lavoro subordinato*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 64.

183 Eventuali vincoli di spazio, tempo e modo possono essere diretti unicamente a rendere concretamente possibile la prestazione, attuando il collegamento funzionale con l'attività aziendale.

184 Tra questi, ad esempio, la continuità della prestazione, il rispetto di un orario predeterminato, la percezione a cadenze fisse di un compenso prestabilito, l'assenza in capo al lavoratore di rischio e di una seppur minima struttura imprenditoriale.

il rapporto di lavoro autonomo quanto con quello subordinato¹⁸⁵.

Sono invece state progressivamente abbandonate quelle tesi che hanno tentato di tracciare una linea distintiva tra lavoro subordinato e autonomo sulla base della dicotomia obbligazione di mezzi/di risultato¹⁸⁶, sulla base della distinzione tra contratti a prestazione istantanea ovvero ad esecuzione periodica¹⁸⁷, sulla base dell'assenza o presenza dell'elemento di rischio¹⁸⁸ e, infine, sulla base della dichiarazione di volontà formalmente espressa dalle parti, rilevando, al contrario, quelle che sono le effettive modalità di esecuzione della prestazione.

Su di un diverso versante non è il vincolo di subordinazione, bensì il carattere personale dell'obbligazione, a distinguere il contratto d'opera da un'altra tipologia contrattuale, il contratto d'appalto (art. 1655 c.c.). Entrambe le tipologie contrattuali, infatti, hanno ad oggetto la realizzazione di un'opera o un servizio e si caratterizzano per l'assenza di un vincolo di subordinazione e la gestione a proprio rischio. Il principale tratto distintivo del contratto ex art. 1655 c.c., dunque, è da individuarsi nella «organizzazione dei mezzi necessari», espressione con cui ci si riferisce ad un'organizzazione di tipo imprenditoriale¹⁸⁹.

Infatti, nell'art. 2222 c.c., l'espressione «lavoro prevalentemente proprio» del prestatore, implica una naturale coincidenza tra il soggetto che promette la prestazione e colui che deve eseguirla. Ciò non significa, naturalmente, che nell'ambito del contratto d'opera il lavoratore autonomo non possa essere coadiuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore¹⁹⁰, purché non ci si trovi di fronte ad un'organizzazione di mezzi

185 V. Cass. civ. Sez. Unite, 30-06-1999, n. 379 e, più recentemente, Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., 26-05-2021, n. 14530; 29-03-2004, n. 6224; 19-05-2000, n. 6570. Sul punto si aggiunge che, nel tentativo di dare ordine a questi indici (o indizi) della subordinazione, la dottrina ha operato una distinzione tra criteri "esterni", ritenuti dai giudici in grado di sostituire l'indice principale dell'assoggettamento ad eterodirezione o di compensarne una sua attenuazione (inserimento nell'organizzazione aziendale, collaborazione, continuità, incidenza soggettiva del rischio) e criteri "residuali" o "sussidiari", aventi la sola funzione di rafforzare i precedenti, ma non di sostituirli (vincolo di osservanza di un determinato orario, oggetto della prestazione, forma della retribuzione, proprietà degli strumenti di lavoro).

186 Si è infatti dimostrato in dottrina che mentre può dirsi sempre vero che il lavoratore subordinato espleta un'obbligazione di mezzi, in quanto la subordinazione implica l'inserimento del lavoratore nella organizzazione imprenditoriale del datore di lavoro mediante la messa a disposizione, a suo favore, delle proprie energie lavorative, non è reciprocamente vero che il lavoratore autonomo si impegna sempre ad un'obbligazione di risultato. Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 179.

187 M. GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, p. 325.

188 R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966.

189 V. Cass. civ. Sez. II Ord., 16-11-2017, n. 27258, secondo la quale «In materia di appalto, in difetto circostanze di fatto atte a dimostrare che il committente si sia riservato l'organizzazione e la divisione del lavoro e degli strumenti tecnici, assumendo, quindi, il rischio del conseguimento del risultato ripromessosi, la qualità di imprenditore del soggetto cui sia stata affidata l'esecuzione di un'opera o di un servizio, fa presumere che le parti abbiano inteso stipulare un contratto d'appalto e non di opera, essendo l'appalto caratterizzato dalla organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore».

190 Secondo il modulo organizzativo della piccola impresa desumibile dall'art. 2083 c.c.

(cose e/o persone) di tipo imprenditoriale¹⁹¹, tipica invece del contratto d'appalto.

In relazione alla disciplina applicabile al lavoro autonomo, sono richiamate le norme del Capo I, Titolo III, vale a dire gli articoli da 2223 a 2228, nei quali sono contenute disposizioni relative all'esecuzione dell'opera, al corrispettivo, alle difformità e vizi dell'opera, al recesso unilaterale (sempre consentito al committente, fatto salvo l'obbligo di indennizzare il prestatore per le spese, il lavoro eseguito e il mancato guadagno) e all'impossibilità sopravvenuta della prestazione dell'opera (ipotesi in cui, se l'impossibilità non è imputabile ad alcuna delle parti, il prestatore mantiene il diritto ad un compenso per il lavoro prestato in relazione all'utilità della parte dell'opera compiuta).

A tali disposizioni, peraltro di natura dispositiva (e dunque liberamente derogabili dalle parti), si affiancano le più recenti misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale, contenute nel Capo I della legge 22 maggio 2017, n. 81.

1.2 L'esercizio delle professioni intellettuali (art. 2229 cc).

Nell'ambito del lavoro autonomo, l'art. 2229 del Codice civile dispone una particolare disciplina relativa all'esercizio delle professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi¹⁹².

Tale tipologia di contratto è regolata dalle disposizioni del Capo II, Titolo III del Codice civile (artt. 2229-2238), e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente. Sono inoltre fatte salve le disposizioni delle leggi speciali¹⁹³.

Sul punto vale la pena ricordare innanzitutto che, nella categoria generale delle professioni intellettuali, solo quelle determinate dalla legge sono tipizzate ed assoggettate all'iscrizione in albi ed elenchi; mentre, all'infuori di queste, vi sono non solo professioni intellettuali caratterizzate per il loro specifico contenuto, ma anche prestazioni di contenuto professionale o intellettuale non specificamente caratterizzate, che comunque possono essere oggetto di rapporto di lavoro autonomo, sulla base del principio generale di libertà di lavoro autonomo¹⁹⁴ o di libertà di impresa di servizi, a seconda del contenuto delle prestazioni e della relativa organizzazione¹⁹⁵.

Si precisa, tuttavia, che l'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale per lo svolgimento della quale sia necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi effettuata da chi non sia in essi iscritto dà luogo, ai sensi degli artt. 1418 e 2231 cod. civ., a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, privando il contratto di qualsiasi effetto, con la conseguenza che il professionista non iscritto all'albo o

191 Per la cui definizione si rinvia all'art. 2082 c.c., a mente del quale «È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi».

192 Alla tenuta dei quali sono demandate le associazioni professionali, sotto la vigilanza dello Stato, salvo che la legge disponga diversamente. Alle medesime associazioni è inoltre demandato l'accertamento dei requisiti per l'iscrizione e l'esercizio del potere disciplinare.

193 Così come disposto dall'art. 2230 c.c.

194 Cass. civ., sent. n. 9019 del 26-08-1993.

195 Cass. civ., sent. n. 14085 del 11-06-2010.

che non sia munito nemmeno della prescritta qualifica professionale per appartenere a categoria del tutto differente, non ha alcuna azione per il pagamento del corrispettivo, nemmeno quella sussidiaria di arricchimento senza causa, sempreché la prestazione espletata dal professionista rientri in quelle attività che sono riservate in via esclusiva a una determinata categoria professionale, essendo l'esercizio della professione subordinato per legge all'iscrizione in apposito albo o ad abilitazione¹⁹⁶.

Al pari di quanto previsto per il lavoratore autonomo ex art. 2222 c.c., il professionista intellettuale deve eseguire personalmente l'incarico assunto, pur potendosi avvalere, come esplicitamente previsto dall'art. 2232 c.c., di sostituti e ausiliari, sotto la propria direzione e responsabilità, sempre che tale collaborazione sia consentita dal contratto o dagli usi e non sia incompatibile con l'oggetto della prestazione. Ai sostituiti e agli ausiliari, tuttavia, si applicano le disposizioni sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa richiamate nell'art. 2238, comma 2¹⁹⁷.

Ancora, è sempre consentito al cliente il recesso unilaterale dal contratto, fatto salvo l'obbligo di rimborsare al prestatore le spese sostenute e pagare il compenso per l'opera svolta¹⁹⁸.

In materia di responsabilità del prestatore, l'art. 2236 c.c. dispone che se la prestazione implica la soluzione di «problemi tecnici di speciale difficoltà», questo non risponde dei danni, «se non in caso di dolo o di colpa grave».

Infine, l'art. 2238 c.c. stabilisce che se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa, si applicano anche le relative disposizioni¹⁹⁹.

Alle disposizioni codicistiche appena ricordate, si aggiungono le regole individuate nell'ambito dei relativi ordinamenti professionali.

1.3 Le collaborazioni autonome coordinate e continuative (409 c.p.c.)

Come è noto, la prima volta in cui si è fatta menzione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa è stato nel 1959, allorché il legislatore decise di estendere anche a essi gli effetti delle norme transitorie tese a garantire minimi di trattamento²⁰⁰. Il principale e più significativo riferimento a tali collaborazioni, tuttavia, si ebbe con la legge 11 agosto 1973, n. 533, la quale istituì uno speciale rito processuale per le controversie di lavoro, il cui ambito di applicazione fu fin da subito esteso, oltre la subordinazione, a quei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, la cui area ormai eccedeva i confini dell'agenzia e della rappresentanza commerciale e che di lì a poco sarebbero stati unificati dalla dottrina sotto la

196 Cass. civ., sent. n. 14085 del 11-06-2010.

197 Vale a dire le disposizioni delle sezioni II, III, IV, del capo I del titolo II.

198 Viceversa, ex art. 2237 c.c., «Il prestatore d'opera può recedere dal contratto per giusta causa. In tal caso egli ha diritto al rimborso delle spese fatte e al compenso per l'opera svolta, da determinarsi con riguardo al risultato utile che ne sia derivato al cliente. Il recesso del prestatore d'opera deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente».

199 Ossia, le disposizioni del Titolo II.

200 Ci si riferisce, nello specifico, alla legge Vigorelli, dal nome dell'allora Ministro del lavoro.

nozione di «parasubordinazione»²⁰¹, concetto che ben ha identificato i flebili confini che dividono questa area “grigia” dalla subordinazione codicistica dell’art. 2094²⁰².

Gli elementi, contenuti nell’art. 409, n. 3, c.p.c., che rendono questi rapporti per alcuni aspetti accostabili alla subordinazione sono i seguenti: la continuità, la coordinazione, la prevalente personalità dell’attività dedotta in contratto, nonché la collaborazione stessa, elemento comune alla nozione di cui all’art. 2094 c.c.²⁰³

Ad assottigliare tali già flebili confini ha poi contribuito l’applicazione ai collaboratori coordinati e continuativi di alcune norme proprie del lavoro subordinato, a partire dalla regola della rivalutazione automatica dei crediti di lavoro, per poi passare all’art. 2113 c.c. relativo a rinunce e transazioni, fino ad arrivare alla previsione di un’assicurazione pensionistica obbligatoria presso la Gestione separata INPS, all’obbligo di iscrizione all’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gestita dall’INAIL, alla previsione di un’indennità di malattia e infortunio, di maternità e perfino di disoccupazione (DIS-COLL), tutte a carico dell’INPS.

Nonostante ciò, pochi dubbi residuano sul fatto che tali collaborazioni siano comunque inquadrabili nell’ambito del lavoro autonomo²⁰⁴. Il principale elemento su cui si basa la distinzione tra co.co.co. e lavoro subordinato è rappresentato dal “grado” di coordinamento riscontrabile nell’effettivo svolgimento del rapporto di lavoro²⁰⁵, in quanto, come è noto, l’eterodirezione rappresenta un elemento tipico ed esclusivo del lavoro subordinato.

Proprio sulla perimetrazione del significato da attribuire all’elemento del coordinamento è recentemente intervenuto il legislatore il quale, con l’art. 15, comma 1, lett. a) della legge n. 81/2017, ha disposto che all’art. 409 c.p.c. fosse aggiunta la seguente disposizione: «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa». Ciò significa che, ferma restando l’individuazione da parte del committente del risultato atteso della prestazione, le modalità di organizzazione della collaborazione devono essere determinate e gestite autonomamente dal collaboratore o, al massimo, in accordo con il committente.

Tale intervento di interpretazione autentica si è reso particolarmente

201 Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro «parasubordinato»*, Milano, Franco Angeli, 1979; A. M. GRIECO, *Lavoro parasubordinato e Diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1983.

202 Sul punto si rinvia a A. RICCIO, *Il lavoro a progetto: inutilità di un intervento legislativo?*, in RGL, 2, 2008, pp. 237 ss.

203 Cfr. M. NAPOLI, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in AA. VV. *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 61 ss. Per una diversa interpretazione v. P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1989.

204 Sebbene sia stato proposto in dottrina di superare la tradizionale dicotomia qualificatoria del codice civile, attraverso la creazione di una ulteriore fattispecie di lavoro, un *tertium genus*, tale da consentire di ricomprendere ai suo interno l’insieme dei rapporti di collaborazione, in particolare a seguito della istituzione, con d.lgs. n. 276 del 2003, delle c.d. collaborazioni a progetto, disciplina poi abrogata nel 2015 con il d.lgs. n. 81/2015.

205 Grado di coordinamento più debole nel caso delle collaborazioni coordinate e continuative; più intenso, al punto da identificarsi nella eterodirezione, nel caso del lavoro subordinato.

necessario a seguito dell'estensione, a norma dell'art. 2, comma del d.lgs n. 81/2015²⁰⁶, della disciplina dei rapporti di lavoro subordinato «ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente». Tali collaborazioni, generalmente definite “eterorganizzate”, si caratterizzano per il fatto che le modalità di esecuzione della prestazione sono organizzate dal committente il quale, pur non esercitando un potere tale da essere qualificabile come vero e proprio potere direttivo, esercita comunque una forma di coordinamento particolarmente intensa, tale da non lasciare al collaboratore alcun margine apprezzabile di autonomia organizzativa²⁰⁷.

Sebbene la previsione di cui al citato art. 2, d.lgs. n. 81/2015 abbia determinato l'emergere di posizioni anche profondamente diverse sul punto, alle collaborazioni eterorganizzate, ad avviso della Cassazione, si applica la disciplina del lavoro subordinato, di regola nella sua interezza²⁰⁸, fatta eccezione per le norme incompatibili con la natura autonoma del rapporto. È il caso di sottolineare, infatti, che, proprio perché il legislatore ha disposto “soltanto” l'estensione della disciplina, anche tali collaborazioni restano comunque inquadrabili, dal punto di vista giuridico, nell'ambito dei rapporti di lavoro autonomo.

Si ricorda, poi, che l'art. 2, prevede una serie di ipotesi per le quali l'indagine circa la eteroorganizzazione viene esclusa. Ci si riferisce ad alcune particolari tipologie di collaborazioni indicate al comma 2 dello stesso

206 Così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), nn. 1) e 2), D.L. 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 novembre 2019, n. 128. Nella versione originaria, infatti, si faceva riferimento a prestazioni di lavoro *esclusivamente* personali e le cui modalità di esecuzione fossero organizzate dal committente «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

207 Di fatto, l'eterodirezione costituisce una forma “forte” di eteroorganizzazione.

208 Sul punto v. Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 24-01-2020, n. 1663, secondo cui, poiché i rapporti di collaborazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 non costituiscono un “*tertium genus*” intermedio tra autonomia e subordinazione, al verificarsi delle condizioni ivi previste, consegue l'applicazione della disciplina della subordinazione, senza che sia necessario selezionare quali parti di questa disciplina siano ad essi applicabili. La disposizione in questione costituirebbe infatti una norma di disciplina, non di fattispecie. Del resto, afferma la Suprema Corte, «la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli giudici». Sul punto si rinvia a E. ALES, *In favore dell'etero-organizzazione come “concetto” autonomo: “timeo danos et remedia ferentes”*, in MGL, 2020, pp. 19 ss., il quale evidenzia alcuni dei passaggi più problematici della sentenza in questione, «in particolare con riferimento all'adozione dell'approccio “rimediale” all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 e alla rinuncia alla definizione del concetto di etero-organizzazione».

articolo²⁰⁹, tra le quali si ricordano le «collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali».

Tali ultimi interventi legislativi rappresentano sicuramente una presa d'atto da parte del legislatore del fatto che le collaborazioni sono rimaste per lungo tempo un fenomeno legato alla realtà delle trasformazioni del mondo del lavoro, prive di una disciplina speciale che ne tipizzasse legalmente il contratto e ne regolasse il rapporto. Proprio l'assenza di una disciplina legale propria ha permesso un uso-abuso delle collaborazioni coordinate e continuative, per cui è diventato assai difficile distinguere tra rapporti genuinamente autonomi, non "subiti" dai collaboratori e instaurati per rispondere alle nuove esigenze delle imprese di flessibilizzazione del ciclo produttivo e di responsabilizzazione del personale, e rapporti che nessuna caratteristica avevano dell'autonomia e nascondevano veri e propri rapporti di lavoro subordinato, accettati dalla parte debole del contratto "in mancanza d'altro", a causa della ormai strutturale crisi occupazionale²¹⁰.

1.4 Il lavoro autonomo nella PA (art. 7 del D. Lgs. n. 165 del 2001).

Come è noto, la disciplina lavoristica applicabile alle pubbliche amministrazioni presenta ampi tratti di specialità, in considerazione dei principi che regolano l'azione amministrativa²¹¹.

In relazione alla disciplina del lavoro autonomo nella P.A., si è assistito negli ultimi anni ad una «complessa stratificazione normativa»²¹², finalizzata all'imposizione di requisiti sostanziali, procedurali ed economici, nonché alla previsione di meccanismi dissuasivi e sanzionatori. Si è giunti in questo modo all'affermazione del principio generale per cui «le Pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di far fronte alle ordinarie competenze istituzionali col migliore e più produttivo impiego delle risorse umane e professionali di cui dispongono»²¹³.

Tale disciplina è oggi contenuta nell'art. 7, commi da 5-bis a 6-quinquies,

209 Secondo cui: «La disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento: a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore; b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) alle attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni; d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I., come individuati e disciplinati dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289; d-bis) alle collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367. d-ter) alle collaborazioni degli operatori che prestano le attività di cui alla legge 21 marzo 2001, n. 74».

210 A. RICCIO, *Il lavoro a progetto*, cit., p. 240.

211 Il riferimento è, in particolare, ai principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.

212 G. A. RECCHIA, *Il lavoro autonomo e parasubordinato*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, 2021, Maggioli, p. 395.

213 Corte dei conti, deliberazione n. 81/2020/VSG e n. 126/2019/VSG.

del d.lgs. n. 165/2001, così come riformato, in particolare, dal d.lgs. n. 75/2017, il quale anziché individuare «limitate e tassative» forme di lavoro flessibile compatibili con la disciplina dei rapporti di lavoro a cui fanno capo le pp.aa., come originariamente indicato nella legge delega che ha dato avvio alla riforma²¹⁴, opera in senso negativo, individuando le fattispecie a cui queste non possono fare ricorso.

Nello specifico, il comma 5-*bis*, introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, sancisce il divieto per le amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di collaborazione che si concretino in prestazioni di lavoro: a) esclusivamente personali; b) continuative; c) le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Tale divieto, come osservato in dottrina²¹⁵, appare formulato non attraverso un rinvio mobile, ma con una perimetrazione “rigida” della fattispecie non ammessa, motivo per cui non risulta rilevante che per il settore privato la definizione delle collaborazioni eterorganizzate sia stata modificata in senso estensivo²¹⁶. Proprio per questo motivo lo stesso comma si preoccupa poi di precisare che l'estensione della disciplina del lavoro subordinato alle c.d. collaborazioni eterorganizzate di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, «non si applica alle pubbliche amministrazioni». La violazione di tale divieto comporta la nullità dei contratti posti in essere e, eventualmente, responsabilità erariale, dirigenziale e retributiva del dirigente coinvolto.

Fermo restando quanto disposto dal comma 5-*bis*, il comma 6 fa salva la possibilità per le pubbliche amministrazioni di conferire «esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria» al fine di sopperire a «specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio», sempre che sussistano i presupposti di legittimità espressamente previsti nella stessa disposizione.

Proprio l'espressione secondo cui le pp.aa. possono conferire esclusivamente *incarichi individuali* – ma anche la relativa soppressione, ad opera dell'art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 75/2017, delle parole «di natura occasionale o coordinata e continuativa», l'introduzione del divieto di cui al comma 5-*bis* e, più in generale, l'eliminazione di ogni riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative all'interno del TU sul pubblico impiego – ha suscitato non pochi dubbi sulla perdurante ammissibilità delle collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c. n.3 nel settore pubblico.

Sul punto, si rileva innanzitutto che il divieto di cui al comma 5-*bis* fa esplicito riferimento alle sole collaborazioni c.d. eterorganizzate, così come definite per il settore pubblico. La previsione di un divieto così specifico sembra dunque legittimare tutto ciò che non vi rientra espressamente, comprese le collaborazioni ex art. 409 n. 3 c.p.c., considerato che, per esplicita previsione, l'attività lavorativa è organizzata dal *collaboratore*, «nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle

214 Art. 17, comma 1, lett. o), legge 7 agosto 2015, n. 124.

215 G. A. RECCHIA, *Il lavoro autonomo e parasubordinato*, cit., p. 396.

216 Eliminando il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro e riferendosi a prestazioni di lavoro prevalentemente personali.

parti». Tale prospettiva sembra confermata²¹⁷ dalla Circolare del Ministero del 23 novembre 2017 n. 3, secondo cui «nell'ambito degli incarichi consentiti, le amministrazioni potranno sottoscrivere, quindi, contratti di collaborazione che non abbiano le caratteristiche di eteroorganizzazione vietate»²¹⁸.

In secondo luogo, occorre verificare se il mancato richiamo nel comma 6 sia decisivo per escluderne l'applicazione²¹⁹. Nonostante il legislatore del 2017 abbia tentato di irrigidire la normativa, introducendo l'espressione "esclusivamente" ed eliminando il riferimento alla natura "coordinata e continuativa", il riferimento ad «incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo» risulta essere estremamente generico, tanto da finire per includere, anche in questo caso, tutti quei contratti non espressamente vietati, comprese le collaborazioni di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

Alla formazione di dubbi circa l'ammissibilità di tali collaborazioni nel settore pubblico contribuisce poi la "confusione" generata dallo stesso legislatore, il quale, nel tentare di eliminare ogni riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative²²⁰, "suggerisce" all'interprete una volontà che, tuttavia, non trova un riscontro certo né dal punto di vista sostanziale, né dal punto di vista formale.

In relazione a quest'ultimo punto, si sottolinea che l'art. 7 utilizza indifferentemente i termini *incarichi* e *collaborazioni*, tanto nel comma 6-bis²²¹, quanto nello stesso comma 6, lett. d)²²² e comma 6 secondo periodo²²³ e, sebbene si potrebbe contestare che tale utilizzo "indifferente" sia frutto di un mancato coordinamento di interventi che si sono susseguiti in momenti diversi, in realtà tale ipotesi non sembra convincente nel momento in cui lo stesso art. 5 del d.lgs. n. 75/2017 ha modificato la lettera d) del comma 6²²⁴ lasciando però il riferimento alle collaborazioni. Come già osservato, tuttavia, l'utilizzo del termine "collaborazione" risulta troppo

217 Come osservato da M. PALLINI, *Il lavoro parasubordinato e autonomo*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della 17. legislatura (2013- 2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017* [c. d. *Riforma Madia*], Torino, Giappichelli, 2018, pp. 132-134.

218 Tuttavia, come osservato da A. PERULLI, *Il conferimento degli incarichi di lavoro autonomo nella p.a.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 707, la circolare non fa un espresso riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 n. c.p.c., ma parla in generale di "collaborazioni", motivo per cui questa non può risultare "decisiva" ai fini della risoluzione della questione.

219 Non ritiene sia decisivo C. DE MARCO, *Utilizzo dei contratti flessibili e stabilizzazione del personale precario*, in Giur. It., 2018, 4, p. 1002, in quanto per loro natura le co.co.co si pongono al di fuori dello statuto protettivo del rapporto di lavoro subordinato, risultando pienamente riconducibili all'alveo del lavoro autonomo, e quindi «coerenti con la *ratio legis* che intende reprimere le elusioni al sistema di reclutamento dei dipendenti pubblici e contenere la spesa del personale».

220 Non solo nella disposizione in esame, ma anche all'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, dove ex art. 6, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 75/2017, le parole «di collaborazione coordinata e continuativa» sono sostituite dalle parole: «di lavoro flessibile».

221 Dove parla espressamente di «conferimento degli incarichi di collaborazione».

222 Il quale tra i presupposti di legittimità individua la preventiva determinazione di durata, oggetto e compenso della «collaborazione».

223 Il quale parla di «stipulazione di contratti di collaborazione».

224 Disponendo la soppressione della parola "luogo".

generico per essere riferito in modo specifico alle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.²²⁵.

In ogni caso, le disposizioni fin qui esaminate sembrano limitare non tanto le tipologie contrattuali a cui le pubbliche amministrazioni possono fare ricorso per l'attribuzione di incarichi a soggetti esterni, quanto le specifiche esigenze che giustificano tale scelta, la comprovata specializzazione di tali soggetti e i presupposti di legittimità a cui è subordinato il conferimento dell'incarico.

Proprio alcuni dei presupposti di legittimità, tuttavia, riaprono la discussione in merito all'ammissibilità o meno, nel settore pubblico, delle co.co.co. ex art. 409, n. 3, c.p.c.

Il primo presupposto, individuato dal comma 6 lett. a), prevede che «l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente». Il riferimento a *obiettivi e progetti specifici*, secondo parte della dottrina²²⁶, finirebbe per confermare l'esclusione delle co.co.co. ex art. 409 n. 3 c.p.c., poiché richiamerebbe «lo stesso effetto di limitazione, sul piano tipologico» realizzato dall'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003, che introdusse le c.d. collaborazioni a progetto²²⁷. Si noti, tuttavia, che il d.lgs. n. 276/2003 vietava espressamente l'instaurazione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza l'individuazione di uno specifico progetto, pena la conversione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, a differenza di quanto accade oggi.

Il comma 6 lett. b) dispone poi che «l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno», mentre la lett. c) afferma che «la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico». Anche quest'ultimo presupposto, secondo parte della dottrina²²⁸, finirebbe per escludere le co.co.co. dalle fattispecie ammesse dalla disposizione in esame, in considerazione del fatto che tali collaborazioni sono per definizione continuative e, dunque, caratterizzate da elementi di stabilità incompatibili con il carattere temporaneo prescritto dalla norma. Si osserva, tuttavia, che il carattere temporaneo della prestazione a cui fa riferimento la lett. c) sembra riferirsi non tanto all'occasionalità della prestazione o alla sua "istantaneità", in contrapposizione alla continuità tipica delle collaborazioni ex art. 409 c.p.c.²²⁹, quanto alla necessità che sia individuato un ambito temporale limitato in cui la prestazione deve essere

225 Come sottolineato da A. PERULLI, *Il conferimento degli incarichi di lavoro autonomo nella p.a.*, cit., p. 707.

226 A. PERULLI, *op. cit.*, p. 711.

227 Poi abrogata con il d.lgs. n. 81/2015.

228 A. PERULLI, *op. cit.*, p. 712.

229 Infatti, affinché una collaborazione possa definirsi "continuativa", è necessario che l'attività non sia meramente occasionale e che abbia una certa durata, anche non particolarmente lunga, purché caratterizzata dalla stabilità. V. infra, Par. 2.1.

eseguita, coerentemente con il carattere temporaneo dell'esigenza che legittima le pp.aa. a ricorrere a forme contrattuali flessibili a norma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001²³⁰.

Infine, la lett. d) dispone che «devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione».

In conclusione, circa l'ammissibilità delle collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 n. 3 c.p.c. nel settore pubblico residuano molte incertezze, potendosi individuare due contrapposti filoni interpretativi: il primo, secondo il quale anche all'indomani delle modifiche del 2017, la pubblica amministrazione può attribuire incarichi esterni di lavoro autonomo «tanto nella forma dell'incarico occasionale e/o professionale [...] in cui il lavoratore può anche realizzare la propria prestazione in piena autonomia, quanto nella forma di una collaborazione»²³¹, pur nel rispetto degli stringenti limiti previsti dalla legge; il secondo, per cui «le forme di lavoro autonomo previste dall'art. 7, comma 6 [...] sono sottoposte a una serie di requisiti di ammissibilità che ne modificano i connotati tipici generali, rendendole inidonee ad assumere la specifica morfologia delineata dall'art. 409, n. 3, c.p.c.»²³².

Tornando ora alla disciplina degli incarichi di lavoro autonomo – e prescindendo dunque dalla questione appena esposta – si ricorda che il comma 6 prevede un'eccezione al requisito della comprovata specializzazione universitaria per le attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o di altri particolari soggetti²³³, «purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica» e «ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore».

Al fine di dissuadere i dirigenti dal ricorso a tali forme flessibili di lavoro, oltre alle sanzioni già previste in caso di violazione del divieto di cui al comma 5-bis, si prevede che il conferimento di incarichi a soggetti esterni con contratti di lavoro autonomo per lo svolgimento di funzioni ordinarie o il loro utilizzo come lavoratori subordinati sia «causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti».

Ancora, ai sensi del comma 6-bis, ciascuna amministrazione ha l'obbligo di rendere pubblica la procedura comparativa mediante cui si dispone il conferimento dell'incarico, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità.

230 A ciò si aggiunga che tale presupposto non è nuovo, essendo stato introdotto dall'art. 32, comma 1 del d.l. n. 223/2006, e che dunque fino a poco tempo fa l'art. 7 comma 6 disponeva espressamente la facoltà di conferire incarichi individuali di natura coordinata e continuativa, prevedendo allo stesso tempo, tra i presupposti di legittimità, che la prestazione fosse di natura temporanea.

231 G. A. RECCHIA, *Il lavoro autonomo e parasubordinato*, cit., p. 398. Sulla stessa linea anche M. PALLINI, *Il lavoro parasubordinato e autonomo*, cit., pp. 132 ss. e C. DE MARCO, *Utilizzo dei contratti flessibili e stabilizzazione del personale precario*, cit., p. 1002.

232 A. PERULLI, op. cit. 707 ss.; Sulla stessa linea C. Conti, sez. contr. Lombardia, 14 gennaio 2021, n. 3 che invita ad espungere qualunque riferimento agli incarichi di natura «coordinata e continuativa» dai regolamenti sugli incarichi esterni.

233 «...o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276...».

Infine, al comma 6-quater si prevede che le disposizioni di cui ai commi 6, 6-*bis* e 6-*ter* non si applicano ai componenti degli organismi indipendenti di valutazione e dei nuclei di valutazione, nonché degli organismi operanti nell'ambito del sistema di monitoraggio degli investimenti pubblici, mentre al comma 6-quinquies si dispone che restano ferme le speciali disposizioni previste per gli enti pubblici di ricerca dall'articolo 14 del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 218.

2. Evoluzione del quadro normativo in materia di lavoro occasionale.

2.1 Sulla nozione lavoristica di lavoro autonomo occasionale

Nel paragrafo che segue sarà delineata, in maniera sintetica, l'evoluzione del quadro normativo e del dibattito, soprattutto giurisprudenziale, riferito al lavoro occasionale. Quadro che risulta, per le ragioni di cui si dirà, particolarmente frastagliato, tanto da restituire all'interprete una realtà nella quale l'occasionalità è stata ed è utilizzata, a vari fini, per definire rapporti di lavoro di diversa, e a volte incerta, qualificazione giuridica.

L'emersione della necessità di prendere in considerazione l'elemento della occasionalità, in ambito lavoristico, nasce, fondamentalmente, dalla esigenza di distinguere, nell'alveo del lavoro autonomo, le prestazioni meramente occasionali da quelle di natura continuativa e coordinata, di cui si è detto nelle pagine che precedono²³⁴.

Come è noto, il lavoro autonomo e il suo prototipo codicistico (art. 2222) si caratterizza non solo, sul piano della distinzione qualificatoria, per l'assenza del vincolo di subordinazione ma anche per il rilievo attribuito al momento dell'adempimento, avendo ad oggetto prestazioni "*intrinsecamente occasionali*"²³⁵. D'altronde, tuttavia, il medesimo codice civile riconosce da sempre anche fattispecie di lavoro autonomo tipizzate²³⁶, caratterizzate dal ripetersi della stessa o di diverse prestazioni e, dunque, temporalmente continuative. È, poi, lo stesso legislatore ad ammettere, seppur indirettamente, la possibilità di concludere contratti d'opera caratterizzati dalla ripetizione delle prestazioni e continuativi nel momento in cui decide di attribuire rilievo a tali elementi per estendere, ai lavoratori coinvolti, una parte di tutele riconosciute in precedenza ai soli lavoratori subordinati.

Proprio la scelta di estendere porzioni di garanzie lavoristiche, via via più consistenti, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, pur senza mai dettarne una disciplina specifica, determina l'esigenza di individuare la linea di confine tra prestazioni d'opera occasionali e collaborazioni coordinate e continuative.

Così, mancando alcun criterio legale di definizione della occasionalità, la riflessione dottrina e giurisprudenziale sugli elementi indicati nell'art.

234 V. Par. 1.3

235 M. BORZAGA, *Le prestazioni occasionali all'indomani della l. n. 30 e del d. lgs. n. 276/2003*, in RIDL, 2004, p. 274; G. OPPO, *I contratti di durata*, RDComm, 1943, pp. 143 ss., spec. pp. 155 ss.

236 Si pensi ai rapporti di agenzia di cui agli artt. 1742 e ss., c.c.

409, n. 3, c.p.c., sebbene rivolta principalmente al discernimento tra collaborazioni autonome e lavoro subordinato, ha avuto per oggetto anche la distinzione tra lavoro autonomo tutelato e non, ossia, appunto, tra collaborazioni autonome e lavoro autonomo occasionale.

Vale appena la pena di sottolineare che il dibattito, incentrato sulla ricerca del significato e della portata giuridica dei termini continuità e coordinamento, è caratterizzato da filoni interpretativi, sia dottrinari che giurisprudenziali, di segno, talvolta, marcatamente disomogeneo. Tuttavia, tale disomogeneità finisce con l'impattare specialmente e soprattutto sul piano dogmatico-ricostruttivo più che sul piano della realtà applicativa. Ciò posto, è utile riepilogare, seppur schematicamente, i principali approdi della riflessione giuridica in tema di continuità (a) e coordinamento (b).

- a. Per quanto attiene il criterio della continuità della prestazione a rilevare è, principalmente, il decorso del tempo, tanto che, prima facie, si potrebbe concludere per la sua sussistenza semplicemente nel caso in cui il rapporto contrattuale abbia una certa durata. In realtà la vicenda, anche limitando il campo dell'indagine al solo lavoro autonomo, è alquanto complessa dal punto di vista teorico. Infatti, se ci sono pochi dubbi circa la generale applicabilità della disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative ai contratti di lavoro autonomo rispetto ai quali la durata entra nella causa del contratto e a quelli nei quali l'oggetto dell'obbligazione è il compimento reiterato, sebbene istantaneo, di più "opera", maggiori difficoltà si riscontrano nella diversa situazione in cui oggetto dell'obbligazione è un singolo opus. Nonostante le difficoltà teoriche, ci si può qui limitare a sottolineare che la posizione nettamente maggioritaria, tanto in dottrina²³⁷ quanto in giurisprudenza, finisce col riconoscere l'applicabilità della disciplina delle collaborazioni anche ai rapporti di lavoro autonomo che abbiano per oggetto la prestazione di un opus unico, quando la sua realizzazione richieda il trascorrere di un tempo apprezzabilmente lungo e purché, in tal caso, si riscontri anche la necessità di una interazione prolungata tra le parti, non limitata ai soli momenti dell'accettazione dell'incarico e del pagamento del corrispettivo. Cosicché, il concetto di continuità finisce con il concretarsi in tutti rapporti di lavoro autonomo non meramente "occasional"²³⁸.
- b. Dunque, almeno in parte, l'indagine sulla continuità finisce col sovrapporsi a quella riguardante l'altro elemento, ossia il coordinamento, quale prolungata interazione tra le parti. Semplificando molto e potendo qui tralasciare l'approfondimento di profili teorici di non poco conto, l'opinione nettamente prevalente in giurisprudenza ritiene che con il termine coordinamento si faccia riferimento al collegamento funzionale tra la prestazione d'opera e l'attività posta in essere dal destinatario della stessa²³⁹. Vale a dire

237 V. M. PEDRAZZOLI, I rapporti di collaborazione continuata e continuativa, in G. DEODATO e E. SINISCALCHI (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 520.

238 Tra le tante, si v., Cass. 19 aprile 2002, n. 5698; Cass. 6 maggio 1985, n. 2842.

239 Cass. 22 novembre 1985, n. 5805; Cass. 19 dicembre 1995, n. 12962; Cass. 6 maggio 2004, n. 8598.

che il prestatore d'opera persegue la medesima finalità produttiva del committente, correlando strutturalmente e funzionalmente la propria prestazione con l'attività di quest'ultimo, tanto da potersi considerare quasi come uno "strumento del processo produttivo" del committente²⁴⁰. Ciò naturalmente non impedisce di riconoscere, in capo al prestatore d'opera, un certo (necessario, ai fini della configurabilità di un rapporto genuinamente autonomo) grado di autonomia nella determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione, così come del tempo e del luogo dell'adempimento. Proprio su tale ultimo versante (relativo sia alla tradizionale esigenza di distinguere le collaborazioni autonome dal lavoro subordinato, sia a quella più recente di distinguere le prime dalle collaborazioni eterorganizzate) il legislatore, come è stato già ricordato, è intervenuto da ultimo sull'art. 409, n. 3, c.p.c., specificando che "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa". Di tal che, gli approdi giurisprudenziali circa il significato, in termini di collegamento funzionale, da attribuire all'espressione coordinamento non sembrano messi in discussione, almeno laddove l'esigenza sia quella di riflettere intorno alla occasionalità o meno della prestazione di lavoro autonomo.

Se così è, dunque, mentre il prestatore d'opera continuativo e coordinato si obbligherebbe a produrre una serie di risultati consecutivi «l'uno all'altro coordinato e tutti fra loro collegati ad un interesse del creditore più ampio di quello derivante dalla singola prestazione»²⁴¹, il lavoratore autonomo occasionale assumerebbe una «obbligazione di risultato singolo, destinata ad esaurirsi nel momento stesso della sua esecuzione e della conseguente soddisfazione (...) del creditore»²⁴². La differenza "tra lavoro autonomo occasionale e rapporti di collaborazione coordinata consisterebbe, dunque, nella maggiore complessità organizzativa del secondo tipo di lavoro rispetto al primo"²⁴³.

La distinzione tra le due fattispecie, sebbene sconti le difficoltà derivanti dalla mancanza di una definizione legislativa specifica di entrambe le figure contrattuali, può essere apprezzata attraverso l'indagine circa la sussistenza o meno degli elementi della continuità e del coordinamento. Peraltro, il peso dei due elementi varia a seconda del rapporto in concreto realizzato dalle parti. Infatti, quando la continuità sia parte della causa del contratto, il rilievo dell'indagine sul coordinamento risulta quasi evanescente. Coordinamento che assume, al contrario, rilievo paritario alla continuità ove si tratti di obbligazioni riguardanti la ripetizione di singoli opus e che finisce per assumere un ruolo primario, rispetto alla continuità, nel caso di obbligazioni riguardanti un singolo opus per la realizzazione del quale è necessario il

240 G. NICOLINI, *Collaborazione autonoma e rito del lavoro*, Temi, 1978, p. 642.

241 P. SANDULLI, *In tema di collaborazione autonoma continuativa e coordinata*, in DL, 1982, I, p. 249.

242 Ibidem

243 BORZAGA, op. cit., p. 284

trascorrere di un tempo apprezzabilmente lungo.

2.2 Le “prestazioni occasionali autonome” dal D. Lgs. n. 276/2003 al D. Lgs. 81/2015.

In realtà, per un certo periodo, a partire dall'entrata in vigore della disciplina del lavoro a progetto, di cui agli artt. 61 ss. del d.lgs. n. 276/2003, e fino alla abrogazione dell'istituto operata dal d.lgs. n. 81/2015, il nostro ordinamento ha conosciuto una definizione “civilistica” di lavoro autonomo occasionale.

Proprio l'art. 61, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, infatti, nell'enucleare una serie di ipotesi escluse dall'obbligo di ricondurre a uno specifico progetto i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, annoverava tra queste “le prestazioni occasionali, intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro”²⁴⁴.

I parametri legali della distinzione, come dettata dal D.Lgs. n. 276/2003, erano di tipo temporale ed economico, il primo, riferito all'impegno temporale richiesto complessivamente al lavoratore (non più di trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente) e, il secondo, al valore finanziario del rapporto (il compenso complessivamente percepito nello stesso anno solare non deve essere superiore a 5.000 euro). I due parametri, inoltre, avrebbero operato disgiuntamente, cosicché sarebbe bastato il superamento anche solo di uno di essi per essere fuori dallo schema legittimante l'esclusione.

Dal nostro punto di vista, la disposizione in commento, seppur oggi abrogata, risulta di una qualche utilità almeno per due ragioni: in primo luogo perché uno dei due parametri della nozione civilistica, quello economico, echeggia alcune delle altre definizioni di occasionalità adoperate dall'ordinamento ad altri fini, non strettamente lavoristici e che vedremo più avanti²⁴⁵; e, poi, in quanto ci consente qualche riflessione aggiuntiva sulla distinzione tra lavoro autonomo occasionale e collaborazioni coordinate e continuative.

Come abbiamo visto, infatti, se in merito a tale ultima distinzione gli approdi possono dirsi sostanzialmente condivisi, circa il rilievo che assumono l'elemento della continuità e del coordinamento (pur nella difficoltà di una loro delimitazione minuziosa), la distinzione tra il lavoro autonomo occasionale di cui al comma 2, d.lgs. 276/2003 e la collaborazione a progetto ha determinato un profondo contrasto tra le conclusioni di gran parte della dottrina e quelle contenute negli orientamenti operativi. Riepilogare sinteticamente i termini di tale contrasto può essere utile anche per riflessioni attuali.

Il focus del dibattito, sorto anche a causa dell'utilizzo di una tecnica

244 L'art. 48, comma 7, della legge n. 183/2010, modificando l'art. 61, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, aveva poi aggiunto alla esclusione anche le prestazioni rese «nell'ambito dei servizi di cura e assistenza alla persona» che abbiano una durata «non superiore a 240 ore», sempreché complessivamente il compenso percepito da uno stesso committente non superi i 5.000 euro.

245 V. infra par. 3 ss.

legislativa non proprio impeccabile, è ruotato intorno alla possibilità o meno di identificare come occasionali anche rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e, al contrario, di riconoscere l'applicabilità della disciplina delle collaborazioni a progetto anche a lavori autonomi senza la necessità del riscontro della continuità e del coordinamento. Infatti, come è evidente, l'utilizzo da parte del legislatore di criteri distintivi economico-temporali ha determinato, almeno in alcune delle opinioni espresse, una completa svalutazione degli elementi di distinzione tradizionalmente adoperati dalla giurisprudenza, ossia continuità e coordinamento, tanto da mettere in discussione le stesse conclusioni cui la giurisprudenza era giunta circa la definizione del concetto di continuità come "non occasionalità".

Opinioni di non poco conto, tanto è vero che lo stesso Ministero del lavoro, nella Circolare n. 1/2004 aveva affermato che le prestazioni occasionali sono (*rectius* possono essere) delle vere e proprie collaborazioni coordinate e continuative per le quali, data la loro limitata portata, si è ritenuto non fosse necessario il riferimento al progetto e, dunque, di sottrarle dall'ambito di applicazione di quella disciplina. L'individuazione di parametri oggettivi, economico-temporali, è certamente apprezzabile nella ricerca di semplificazione ma, se intesi in termini di esclusività, rischiano di generare effetti poco razionali e, paradossalmente, ampi spazi di incertezza interpretativa. Si pensi, per esempio, alla assoggettabilità o meno alla disciplina del lavoro a progetto (che espressamente richiamava nell'art. 61, comma 1 le collaborazioni coordinate e continuative dell'art. 409, n. 3, c.p.c.) di un rapporto avente ad oggetto una prestazione limitata nel tempo e privo di particolari interazioni tra le parti ma che avesse semplicemente superato il limite economico.

Per tale ragione, ad avviso della dottrina più attenta, la distinzione tra lavoro occasionale e lavoro a progetto non poteva essere fondata esclusivamente sulla verifica del rispetto o meno dei parametri economico-temporali ma abbisognava, comunque, della indagine circa la continuità e il coordinamento²⁴⁶.

Naturalmente, data soprattutto l'interpretazione accolta in sede ministeriale, è evidente come potesse sostenersi la tesi contraria sotto la vigenza della nozione "civilistica" di lavoro autonomo occasionale contenuta nel comma 2, art. 61, d.lgs. n. 276/2003. Altrettanto evidente è che tale problema interpretativo possa considerarsi in gran parte accantonato con l'abrogazione di tale disciplina nel 2015. Tuttavia, quel dibattito è utile a sottolineare una esigenza, tanto scontata sul piano teorico-giuridico quanto sfumata nella consapevolezza di molti operatori del mercato del lavoro, ossia quella di tenere distinte le nozioni di occasionalità utilizzate dal legislatore a fini diversi da quelli lavoristici in senso stretto da quella lavoristica, oggi come ieri ricavabile solo indirettamente e relativa all'assenza della continuità e del coordinamento.

2.3 Le "prestazioni occasionali" dal d.lgs. n. 276/2003 al D.L. n. 50/2017: il contratto di prestazione occasionale e il libretto famiglia.

In realtà, il d.lgs. n. 276/2003 (artt. 70-73), aveva introdotto un altro

246 V. anche per ulteriori riferimenti dottrinari, BORZAGA, op. cit., *passim*.

istituto che evocava l'occasionalità della prestazione con la denominazione di «*Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*». Tale istituto mirava all'emersione di lavori saltuari e marginali di cui si presumeva la diffusa irregolarità. A differenza del lavoro occasionale di cui si è detto nel par. precedente, indubbiamente rientrante nel genus del lavoro autonomo, in questo caso la scelta legislativa era stata quella di collocare tale tipologia di lavoro al di fuori delle categorie classificatorie della autonomia e della subordinazione.

In origine, l'occasionalità era la risultante di un insieme di limiti legali quali-quantitativi con una puntuale elencazione delle specifiche attività lavorative ammesse, dei particolari soggetti impiegabili, della durata complessiva delle giornate lavorabili nell'anno, del tetto massimo dei compensi conseguibili nell'anno. Tuttavia, la disciplina delle prestazioni di lavoro occasionale e accessorio è stata oggetto di ripetuti interventi di riforma finalizzati ad ampliare l'ambito di agibilità dell'istituto.

Dapprima, è stata ridefinita la nozione di occasionalità utile a consentire l'accesso alle prestazioni di lavoro accessorio, mediante un ampliamento del campo di applicazione soggettivo e oggettivo, dei limiti temporali e delle soglie reddituali, fino a giungere, con la l. n. 92/2012 (art. 1, co. 3233) e con il d.l. n. 76/2013, conv. con mod. dalla l. n. 99/2013, ad una completa revisione all'esito della quale si è giunti alla sola fissazione di tetti massimi di compenso conseguibili attraverso questa forma di lavoro, accantonando gli originari parametri quali-quantitativi dell'ambito di applicazione.

Il risultato del processo riformatore ha condotto alla perimetrazione di una nozione di occasionalità profondamente diversa da quella originaria tanto che, sostanzialmente, entro i limiti economici previsti, qualunque attività lavorativa poteva essere legittimamente formare oggetto di una prestazione di lavoro accessorio.

Con il d.lgs. n. 81/2015, infine, scompare il riferimento all'elemento della occasionalità e l'istituto passa alla denominazione di «*Lavoro accessorio*» e viene rafforzata l'impostazione di fondo della riforma degli anni 2012-2013, con l'innalzamento ulteriore delle soglie reddituali²⁴⁷, soglie che si confermano quale criterio unico utile a definire i confini della fattispecie²⁴⁸.

L'ampliamento a dismisura, rispetto alla iniziale impostazione, del perimetro del legittimo utilizzo dell'istituto e l'idea che i meccanismi procedurali di comunicazione e tracciamento non garantissero adeguatamente i lavoratori da impieghi elusivi del lavoro accessorio da parte delle imprese hanno condotto, di lì a poco, alla abrogazione, mediante referendum, della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81/2015.

È così che, con l'art. 54 bis del d.l. n. 50/2017 conv. con mod. dalla l. n. 96/2017, il legislatore, colmando la lacuna generatasi all'esito del referendum, introduce il nuovo lavoro occasionale, recuperando, in gran parte, alcuni degli elementi discretivi sostanziali e temporali, presenti nella versione originaria del 2003 e abbandonando la strada del criterio unico economico.

Le prestazioni occasionali disciplinate dall'art. 54 bis, d.l. n. 50/2017 sono

247 L'art. 48 portava il limite a 7.000 euro nel corso di un anno civile con riferimento alla totalità dei committenti, ma con un tetto massimo di 2.000 euro per prestazioni rese a favore di un singolo committente imprenditore o professionista.

248 Il d.lgs. n. 81/2015, inoltre, ometteva ogni riferimento testuale alla natura occasionale delle prestazioni di lavoro accessorio.

tutte le prestazioni di lavoro, non qualificate né come autonome né come subordinate, connotate da limiti massimi di compenso annuale e dalla peculiare modalità di versamento del corrispettivo e di adempimento dei connessi oneri contributivi e assicurativi attraverso l'apposita piattaforma informatica dell'Inps.

Il lavoro occasionale dell'art. 54 bis è un contratto di lavoro tipico articolato in due varianti, rispettivamente denominate «libretto famiglia» (co. 6, lett. a) e «contratto di prestazione occasionale» (co. 6, lett. b), a seconda che l'utilizzatore sia una persona fisica ovvero un diverso utilizzatore.

Pur con alcune perplessità sottolineate da parte della dottrina, si può ritenere che le due ipotesi rappresentino due varianti di un modello contrattuale unitario che si caratterizza per l'oggetto dell'obbligazione del prestatore, consistente nella esecuzione di «prestazioni di lavoro» non ulteriormente aggettivate se non per la loro occasionalità, intesa come prestazione che non dia luogo, nel corso dell'anno solare:

- a. per ciascun prestatore, con riferimento alla totalità degli utilizzatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 5.000 euro;
- b. per ciascun utilizzatore, con riferimento alla totalità dei prestatori, a compensi di importo complessivamente non superiore a 10.000 euro²⁴⁹;
- c. per le prestazioni complessivamente rese da ogni prestatore in favore del medesimo utilizzatore, a compensi di importo non superiore a 2.500 euro

Il ricorso al contratto di prestazione occasionale è limitato ai piccoli datori di lavoro che impiegano un numero di lavoratori subordinati a tempo indeterminato non superiore a 10 (co. 14)²⁵⁰. Se è vero, poi, che non esiste una predeterminazione delle attività eseguibili, essendo ammesse tutte le «prestazioni di lavoro occasionali o saltuarie di ridotta entità» (co. 13), è altrettanto vero che deve essere rispettato il limite complessivo massimo di 280 ore nell'anno civile (co. 20).

Per quanto tale tipologia di rapporto si ponga ai confini dell'interesse di questa ricerca, va ricordato, infine, che anche la pubblica amministrazione, indipendentemente dal numero di dipendenti occupati, può far ricorso alla prestazione di lavoro occasionale sebbene in maniera molto limitata. Infatti, la PA può instaurare tali rapporti soltanto per esigenze temporanee ed eccezionali ed esclusivamente nell'ambito di lavori e progetti speciali con finalità sociale, emergenziale, solidaristica, culturale, sportiva o caritatevole elencati dall'art. 54 bis, co. 7, nel rispetto del limite complessivo massimo di 280 ore nell'anno civile e della normativa sul contenimento delle spese di personale.

249 V. art. 1, comma 342, lett. a), L. 29 dicembre 2022, n. 197.

250 Lettera così modificata dall' art. 2-bis, comma 1, lett. c), D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96, e, successivamente, dall' art. 1, comma 342, lett. d), n. 1), L. 29 dicembre 2022, n.197, a decorrere dal 1° gennaio 2023.

3. Lavoro autonomo professionale e lavoro autonomo occasionale

3.1- Profilo fiscale (abitualità/occasionalità)

La prassi amministrativa

L'Amministrazione finanziaria ha sancito, in un risalente ma ancora valido atto di interpretazione²⁵¹, che *"l'attività svolta in forma abituale deve intendersi un normale e costante indirizzo dell'attività del soggetto che viene attuato in modo continuativo: deve, cioè, trattarsi di un'attività che abbia il particolare carattere della professionalità"*.

Da tale definizione pare corretto desumere che abitualità e professionalità siano da intendere quali "due facce della stessa medaglia" e finiscano, in sostanza, per coincidere.

In un successivo atto di interpretazione²⁵² è stato ribadito che il requisito della professionalità sussiste in presenza di più atti coordinati e finalizzati allo scopo, posti in essere con regolarità, stabilità e sistematicità, anche in assenza dell'obbligo di iscrizione in un albo o elenco.

L'attività professionale non deve, quindi, risultare episodica, saltuaria e comunque non programmata. Si deve, naturalmente, trattare di un'attività caratterizzata dall'autonomia rispetto al committente e che implica la manifestazione all'esterno dello *status* professionale.

La verifica va, comunque, operata caso per caso, fermo restando che deve trattarsi di un'attività svolta con carattere di stabilità e sistematicità tali da evidenziare l'intenzione del soggetto di esercitare l'attività in via abituale²⁵³.

Successivamente²⁵⁴, l'Amministrazione finanziaria ha ribadito che i requisiti dell'abitualità e della professionalità sussistono *"ogniqualevolta un soggetto ponga in essere con regolarità, sistematicità e ripetitività una pluralità di atti economici coordinati e finalizzati al conseguimento di uno scopo. In altri termini, i cennati presupposti non si realizzano solo nei casi in cui vengono posti in essere atti economici in via meramente occasionale"*.

Inoltre nella risposta n. 13 fornita dal Ministero delle Finanze ad un quesito del Sole 24 Ore, pubblicata sul quotidiano il 23 maggio 1987, è stato precisato che l'abitualità si può presumere in caso di soggetti iscritti in albi o elenchi, indipendentemente dalla frequenza delle prestazioni rese.

Anche l'allora Ministro del Lavoro Salvi, in una lettera inviata agli enti previdenziali e pubblicata sul Sole 24 Ore del 26 agosto 1999, ha affermato che l'abitualità si presume in presenza di attività per l'esercizio delle quali è prescritta l'iscrizione all'albo professionale, citando il parere del Consiglio di Stato n. 881/1998: in tale parere è stato, peraltro, precisato che vi possono essere soggetti iscritti nell'albo o elenco professionale che esercitano l'attività professionale in maniera occasionale e non sono, quindi, obbligati

251 () Circ. 30 aprile 1977, n. 7/1496.

252 () Ris. 29 novembre 1988, n. 550326.

253 () Come precisato dalla ris. 14 luglio 1987 n. 460687 relativa alle analoghe nozioni di abitualità e professionalità rilevanti ai fini della soggettività passiva IVA. In dottrina, l'abitualità viene identificata con la continuità nell'esercizio dell'attività; in questo senso, ex multis, M. LEO, F. MONACCHI, M. SCHIAVO, in *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 1999, pp. 732 ss.

254 () Ris. 29 novembre 1988, n. 550326.

ad iscriversi alla Cassa di previdenza.

Più recentemente il Ministero dell'Economia e delle Finanze si è pronunciato²⁵⁵ in merito al quesito del Consiglio Nazionale degli ingegneri riguardante la valutazione della natura occasionale o abituale dell'attività svolta da un soggetto iscritto all'albo che svolge contestualmente un'attività di lavoro dipendente.

Al riguardo è stato chiarito che qualora l'attività svolta da tale soggetto *“rientrasse tra le attività tipiche della professione per il cui esercizio è avvenuta la iscrizione all'albo i relativi compensi sarebbero considerati quali redditi di lavoro autonomo, con conseguente integrale soggezione degli stessi alla relativa disciplina”*.

L'iscrizione all'albo, di norma, esclude, quindi, lo svolgimento dell'attività professionale in via occasionale o sotto forma di collaborazione coordinata e continuativa.

Anche l'Agenzia delle Entrate ha affermato, più di recente²⁵⁶, che l'iscrizione volontaria in apposito albo professionale può costituire indizio di abitualità, richiamando la sentenza della Cass. 27 marzo 1987, n. 2297 in cui è stato affermato che *“l'abitualità dell'esercizio professionale, non identificabile con la sua esclusività ..., è insita nella volontaria iscrizione del professionista nell'albo dei consulenti tecnici, costituente titolo per l'affidamento di compiti in modo ricorrente, secondo criteri di rotazione, non in via meramente occasionale o saltuaria”*.

In un atto ancor più recente²⁵⁷, è stato chiaramente precisato, con riferimento all'attività di sostituto medico in continuità assistenziale (c.d. guardia medica), che *“l'iscrizione all'albo, richiesta per poter esercitare l'attività, risulta indicativa della volontà del professionista di porre in essere una pluralità di atti coordinati e finalizzati all'esercizio della professione. In relazione alla fattispecie in esame, considerato che l'iscrizione all'albo professionale costituisce il titolo necessario per poter svolgere l'attività di sostituto medico in continuità assistenziale, si ritiene che tale attività sia riconducibile all'esercizio di una attività professionale abituale”*.

Resta fermo che possono conseguire redditi di lavoro autonomo anche i soggetti non iscritti in albi o elenchi, come rilevato anche nella circ. Assonime n. 10/1973.

Le caratteristiche della professionalità e dell'abitualità differenziano l'attività produttiva di reddito di lavoro autonomo di cui all'articolo 53 del Tuir da quelle di lavoro autonomo non esercitate abitualmente, produttive di redditi diversi di cui all'art. 67, comma 1, lett. I), del TUIR, nelle quali non si riscontra il coordinamento con l'attività del committente né la continuità delle prestazioni rese.

È un lavoratore autonomo occasionale chi si obbliga a compiere un'opera o un servizio senza i requisiti della professionalità e dell'abitualità, con lavoro prevalentemente proprio, senza vincolo di subordinazione e senza alcun coordinamento con il committente²⁵⁸.

Merita pure di essere segnalato il contenuto del d.m. 8 aprile 2020 di

255 (I) Nota 25 febbraio 2015, n. 4594.

256 (I) Ris. 19 ottobre 2015, n. 88/E.

257 (I) Ris. 15 luglio 2020, n. 41/E.

258 (I) Circ. Inps 6 luglio 2004, n. 103, par. 4.

approvazione delle istruzioni del modello Unico PF 2020 secondo cui *“l’art. 49, comma 1, del Tuir, definisce redditi di lavoro autonomo quelli derivanti dall’esercizio di arti o professioni, cioè dall’esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, di attività di lavoro autonomo non rientranti tra quelle imprenditoriali, anche se esercitate in forma associata.*

Il requisito della professionalità sussiste quando il soggetto pone in essere una molteplicità di atti coordinati e finalizzati verso un identico scopo con regolarità, stabilità e sistematicità.

L’abitudine si diversifica dall’occasionalità in quanto quest’ultima implica attività episodiche, saltuarie e comunque non programmate.

Tale differenza è fondamentale per distinguere i redditi di lavoro autonomo abituale, che vanno dichiarati nel quadro RE, sezione I, dai redditi di lavoro autonomo occasionali, che, essendo qualificati redditi diversi, vanno dichiarati nel quadro RL”.

La giurisprudenza

La Corte di Cassazione ha affermato, nella sentenza n. 1052 del 20 giugno 1998 (resa ai fini penali), che con il termine *“abitudine”* si identifica l’attività caratterizzata da ripetitività, regolarità, stabilità e sistematicità di comportamenti, al contrario dell’occasionalità, contrassegnata dai caratteri della contingenza, eventualità e secondarietà.

In un più recente arresto²⁵⁹ ha poi rilevato che il carattere della professionalità connota uno status comportamentale che può essere riscontrato anche in presenza di attività di modesta entità.

Con tale pronuncia, i nomofilattici sono stati chiamati a pronunciarsi con riferimento ad un contribuente che svolgeva attività di falegname senza aver dichiarato alcun tipo di reddito.

In questo caso il ricorrente aveva opposto esclusivamente motivi legati alla natura del reddito, nel senso che non contestava l’ammontare del reddito riscontrato dagli organi accertatori (pari a euro 3.407 e comunque non dichiarati), bensì la natura del reddito da annoverarsi tra quelli diversi e non tra quelli d’impresa (con riferimento al modello UNICO il quadro relativo all’indicazione dei redditi diversi è denominato **“quadro RL”**, mentre il reddito d’impresa è ospitato nel **“quadro RG”**).

La Suprema Corte, ponendo l’attenzione esclusivamente sulle modalità di svolgimento dell’attività, dà torto al contribuente in quanto rivela che i seguenti elementi:

- preventivi con indicazione degli elementi da utilizzare,
- disegni in scala dei mobili da realizzare e
- costi dei trasporti e della mano d’opera da utilizzare

evidenziano una certa professionalità nella conduzione degli affari con argomentazioni riconducibili a quelle riportate nella già citata circolare del 1977⁽²⁶⁰⁾.

Dall’arresto in questione è anche possibile dedurre che una determinata fattispecie reddituale non può assumere una certa natura anziché quella propria in ragione dell’esiguità del reddito: in altri termini un certo reddito non è di natura residuale solo perché ammonta a poco più di 3.000 euro;

259 I) Cass. civ., 2 luglio 2014, n. 15031.

260 I) Sub nota 67.

contano invece esclusivamente le modalità operative, dato che una certa attività può essere organizzata in forma di impresa o lavoro autonomo e risultare in perdita.

Un aspetto da considerare, nel caso esaminato dalla Suprema Corte, è la circostanza che il contribuente non aveva provveduto a dichiarare alcun reddito, omettendo la presentazione della dichiarazione. Nel caso specifico, se il contribuente avesse presentato la dichiarazione dei redditi con l'indicazione di quel reddito anche tra quelli diversi, la questione sarebbe stata limitata alla natura del reddito e il compito dell'organo verificatore sarebbe stato, con ogni probabilità, meno agevole, in quanto avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza degli elementi afferenti alla natura abituale dell'attività svolta.

Più di recente²⁶¹, la Cassazione, in linea con le interpretazioni rese sia dalla prassi che dalla precedente giurisprudenza di legittimità, ha precisato che *“L'espressione “esercizio per professione abituale” dell'attività va intesa, più semplicemente, come esercizio dell'attività in via abituale, cioè non meramente occasionale. Occorre, cioè, che l'attività sia svolta con caratteri di stabilità e regolarità e che si protragga per un apprezzabile periodo di tempo, pur se non necessariamente con rigorosa continuità”*²⁶².

L'interpretazione degli ermellini è ribadita anche dalla più recente giurisprudenza di merito.

Così, esemplificativamente, nella pronuncia del Ctr Friuli n. 160 del 9 agosto 2022, si rileva che *“Il concetto di professionalità implica che l'attività di lavoro autonomo sia esercitata in modo abituale e non occasionale.*

Sul punto deve osservarsi che esiste e deve essere riconosciuta una certa coincidenza tra il concetto di abitualità e quello di continuatività, nel senso che un'attività svolta in modo continuativo è considerata abituale, cioè professionale mentre non è necessario che tale attività sia svolta in maniera esclusiva, potendo perfettamente coesistere con altre attività, per esempio di lavoro dipendente (salvi i limiti del singolo rapporto di lavoro).

Inoltre merita di essere segnalato come se da un lato la locuzione professionale può sembrare inutile, dall'altro il termine abituale assume un significato ben preciso”.

L'esercizio di arti e professioni si differenzia, altresì, dai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 50, comma 1, lett. c-bis), del TUIR, soprattutto perché in quest'ultimo caso l'attività è svolta²⁶³ senza l'impiego di mezzi organizzati, cioè *“senza l'utilizzazione combinata di una pluralità di mezzi (calcolatrici, fotocopiatrici, computers, schedari, ecc.) e, quindi, senza carattere di professionalità o, per lo meno, senza un congruente apparato organizzativo”.*

Inoltre, nei detti rapporti di collaborazione l'attività è svolta in modo continuativo (il vincolo permane nel tempo, con la reiterazione della medesima tipologia di prestazione a favore dello stesso soggetto) ma coordinato nell'ambito della struttura del committente, con retribuzione

²⁶¹ () Cass., V, 16 dicembre 2022, n. 36992 che nel contenuto richiama Cass., V, 6 ottobre 2011, n. 20433.

²⁶² () Nello stesso senso Cass., V, 8 aprile 2016, n. 6853.

²⁶³ () Come affermato in Cass., 24 luglio 1996, n. 6671 e 13 marzo 2009, n. 6136, relative alle attività degli amministratori di condomini.

periodica prestabilita.

La S.C. ha pure affermato²⁶⁴ che anche con riguardo a tali rapporti il *nomen iuris*, che indica un rapporto di lavoro quale autonomo, rileva in quanto non sia vinto, all'atto della costituzione o durante lo svolgimento fattuale del rapporto, da concomitanti, ricorrenti e incontrovertibili manifestazioni di subordinazione.

Si segnala, vieppiù che, in talune occasioni, anche l'esistenza di una autonoma organizzazione è valsa a corroborare l'esistenza di lavoro autonomo.

Così, nella sentenza n. 5056 del 21 aprile 1999, Cass., Sez. III, ha puntualizzato che *"È considerato esercente una professione rilevante agli effetti dell'IVA un amministratore di condominio che gestisce abitualmente con retribuzione periodica prestabilita e/o con impiego di mezzi attrezzati (per esempio, una stanza apposita e ben attrezzata con fax, computer, una linea telefonica ecc.)"*.

3.2- Profilo previdenziale

La tutela previdenziale del lavoro autonomo occasionale

La norma che assicura la tutela previdenziale del lavoro autonomo occasionale ne dà per presupposta la nozione e statuisce, come noto, che *"A decorrere dal 1° gennaio 2004 i soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale e gli incaricati alle vendite a domicilio di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, sono iscritti alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, solo qualora il reddito annuo derivante da dette attività sia superiore ad euro 5.000"* (così l'art. 44, comma 2, del DL 30 settembre 2003²⁶⁵).

Il lavoratore autonomo occasionale è tenuto, quindi, ad iscriversi alla Gestione separata INPS (c.d. *"quarta gestione"*) di cui all'art. 2, comma 26, della L. 8 agosto 1995, n. 335 (*Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare*) solo ove percepisca un reddito annuo superiore alla soglia indicata dalla norma sopra trascritta (euro 5.000 lordi).

Trattasi, peraltro, come precisato dall'INPS²⁶⁶, di una soglia *"economica"* di esenzione (c.d. franchigia) nel senso che il superamento del reddito annuo di 5.000 Euro lordi derivante da attività di lavoro autonomo occasionale, a fronte di un unico o di una pluralità di rapporti, determina l'obbligo di iscrizione alla Gestione separata ma i contributi sono dovuti solo sulla parte di reddito eccedente la soglia medesima, restando non soggetto a prelievo il reddito fino a 5.000 Euro lordi.

Quanto alle modalità e ai termini di versamento dei contributi si

264 [I] Cass. 11 maggio 2005, n. 9892.

265 [I] Art. 44, comma 2, del DL 30 settembre 2003 n. 269 così come convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 novembre 2003, n. 326.

266 [I] Cfr. circolare INPS n. 103 del 6 luglio 2004 (*"Legge 24 novembre 2003, n. 326. Art. 44. Esercenti attività di lavoro autonomo occasionale e incaricati alle vendite a domicilio. Chiarimenti"*). Cfr. anche Circolare INPS numero 9 del 22 gennaio 2004 (*"D.L.vo 10 settembre 2003, n. 276. Artt. 61 e seguenti. Lavoro a progetto. Legge 24 novembre 2003, n. 326. Art. 44. Esercenti attività di lavoro autonomo occasionale e incaricati delle vendite a domicilio"*).

applicano, per espressa disposizione del sopra citato art. 44, comma 2, del DL 30 settembre 2003, *“...le modalità ed i termini previsti per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla predetta gestione separata”*.

Superata, quindi, dal singolo lavoratore autonomo occasionale, in riferimento a ciascun anno solare, la fascia di esenzione di Euro 5.000, il committente o i committenti interessati devono versare i contributi sugli ulteriori emolumenti dagli stessi corrisposti nel predetto anno, con le modalità ed i termini previsti per i collaboratori coordinati e continuativi, entro il giorno 16 del mese successivo al relativo pagamento²⁶⁷.

Discende, inoltre, da quanto precede, l'obbligo, in capo al lavoratore, di comunicare ai committenti interessati, all'inizio dei singoli rapporti e, tempestivamente, durante il loro svolgimento, il superamento o meno del limite in esame, nonché il diritto, in capo ai committenti, di conoscere tale situazione.

Nell'ambito dell'ordinamento tributario, poi, le attività in questione, come già rilevato nel precedente paragrafo 3.1, sono produttive dei redditi “diversi” di cui all'art. 67, comma 1, lettera l del TUIR., costituiti, ai sensi del successivo art. 71, dalla differenza tra l'ammontare percepito nel periodo d'imposta e le spese specificamente inerenti alla loro produzione.

Quanto al profilo definitorio, invece, la norma del 2003, introduttiva dell'obbligo previdenziale, dà, come già sopra accennato, per presupposta la nozione della fattispecie *“lavoro autonomo occasionale”*.

Con riguardo a tale nozione, l'INPS ha avuto modo, tuttavia, di sottolineare come *“...lavoratore autonomo occasionale può essere definito, alla luce dell'art 2222 del Codice civile, chi si obbliga a compiere un'opera od un servizio, con lavoro prevalentemente proprio, senza vincolo di subordinazione e senza alcun coordinamento con il committente; l'esercizio dell'attività, peraltro, deve essere del tutto occasionale, senza i requisiti della professionalità e della prevalenza”*²⁶⁸.

Per ciò che concerne, invece, la giurisprudenza, giova richiamare una recentissima sentenza²⁶⁹ in cui la Consulta, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, del D.L. 28 gennaio 2019, n. 4 (*“Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni”*²⁷⁰), ha evidenziato come il *“lavoro autonomo occasionale”* di cui all'art. 44, comma 2, del DL 30 settembre 2003 costituisca ***“...un'area residuale del lavoro autonomo, riconducibile alla definizione contenuta nell'art. 2222 del codice civile”*** con la precisazione per cui ***“...l'occasionalità caratterizza una prestazione non abituale, sottratta a qualunque vincolo***

267 () Cfr. la già citata circolare INPS n. 103 del 6 luglio 2004.

268 () Così ancora circolare INPS n. 103 del 6 luglio 2004.

269 () Corte costituzionale, Sent., [data ud. 04/10/2022] 24/11/2022, n. 234 con la quale la Corte ha dichiarato infondata, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, del D.L. n. 4/2019, come convertito, nella parte in cui prevede che la pensione anticipata - c.d. *“quota 100”* - non è cumulabile con i redditi da lavoro dipendente o autonomo, ad eccezione di quelli derivanti da lavoro autonomo occasionale, nel limite di 5.000 euro lordi annui, poiché la comparazione fra redditi da lavoro autonomo occasionale entro la soglia di 5.000 euro lordi annui - non connotato dal requisito dell'eterodirezione - e redditi da lavoro intermittente riguarda situazioni eterogenee che non possono essere poste a raffronto.

270 () DL convertito, con modificazioni, nella L. 28 marzo 2019, n. 26.

di subordinazione”.

La tutela previdenziale del lavoro autonomo professionale

Nel caso di lavoro autonomo professionale, è prevista una tutela previdenziale obbligatoria che, per i liberi professionisti relativamente ai quali è stata istituita la Cassa di categoria²⁷¹, viene gestita dalla rispettiva Cassa, mentre, per i liberi professionisti privi specifica Cassa di previdenza, viene (in via residuale) affidata alla Gestione separata INPS di cui all'art. 2, comma 26, della L. 8 agosto 1995, n. 335.

L'art. 2, comma 26, della L. n. 335 del 1995, ha previsto, infatti, con decorrenza dal 1 gennaio 1996, l'obbligo di iscrizione alla Gestione separata costituita presso l'INPS, *“finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti”*, dei **“soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'articolo 49, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917”**.

L'art. 18, comma 12, del D.L. n. 98 del 2011²⁷², norma dichiaratamente di interpretazione autentica del citato art. 2, comma 26, della L. n. 335 del 1995, ha successivamente disposto che quest'ultimo si interpreta nel senso che i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, tenuti all'iscrizione presso l'apposita Gestione separata INPS *“...sono esclusivamente i soggetti che svolgono attività il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali, ovvero attività non soggette al versamento contributivo agli enti di cui al comma 11, in base ai rispettivi statuti ed ordinamenti”*.

Gli *“enti di cui al comma 11”*²⁷³, a cui la parte finale della norma interpretativa fa riferimento, sono le Casse, gli Enti e gli Istituti previdenziali già istituiti per le diverse categorie professionali, trasformati in persone giuridiche private dal D.Lgs. 30 giugno 1994, n. 509²⁷⁴ nonché quelli successivamente costituiti ai sensi del D.Lgs. 10 febbraio 1996, n. 103²⁷⁵.

271 (I) Il riferimento è agli Enti di diritto privato di cui al Decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509 tra i quali figurano la Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense (Cassa Forense), la Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri ed architetti liberi professionisti (INARCASSA), l'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i Consulenti del lavoro (ENPACL), la Cassa nazionale di previdenza ed assistenza dei dottori commercialisti (CNPADC). A questi, vanno aggiunti gli Enti di cui al Decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103 come l'Ente nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei biologi (ENPAB), l'Ente nazionale di previdenza e assistenza della professione infermieristica (ENPAPI), l'Ente nazionale di previdenza ed assistenza per gli psicologi (ENPAP), l'Ente di previdenza dei periti industriali e dei periti industriali laureati (EPPPI) e l'Ente di previdenza e assistenza pluricategoriale (EPAP). Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali svolge attività di vigilanza sulla previdenza obbligatoria gestita dai predetti Enti di diritto privato (associazioni e fondazioni), di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero della Giustizia, limitatamente alla Cassa di Previdenza Forense e alla Cassa del Notariato.

272 (I) DL convertito con modificazioni dalla L. 15 luglio 2011, n. 111.

273 (I) Sui quali si veda la precedente nota n. 87.

274 (I) In attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, della L. 24 dicembre 1993, n. 537, in materia di trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza.

275 (I) In attuazione della delega conferita dall'art. 2, comma 25, della L. 8 agosto 1995, n. 335, in materia di tutela previdenziale obbligatoria dei soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione.

Peraltro, secondo un orientamento ormai consolidato della Corte di Cassazione²⁷⁶, in base alle due norme (originaria e interpretativa) sopra esaminate **è tenuta all'iscrizione alla Gestione separata INPS, e al conseguente versamento contributivo, un'altra categoria di professionisti rappresentata da coloro che, pur svolgendo attività il cui esercizio è subordinato all'iscrizione all'albo e per la quale è istituita una Cassa di previdenza professionale, non sono tuttavia**, per ragioni reddituali che escludono l'obbligo o in forza di un divieto derivante dalla partecipazione ad altre forme previdenziali obbligatorie, **iscritti a tale Cassa** alla quale versano unicamente il contributo cosiddetto integrativo (comportante l'erogazione di prestazioni assistenziali di carattere mutualistico) e non anche il contributo cosiddetto soggettivo, a cui consegue l'accensione di una vera e propria posizione previdenziale id est il diritto a prestazioni previdenziali propriamente dette.

In questa categoria di professionisti rientrano, ad esempio, **gli ingegneri e gli architetti**²⁷⁷, i quali, pur essendo iscritti ai relativi albi professionali, svolgono, tuttavia, **anche un'altra attività lavorativa e siano pertanto iscritti alla forma di previdenza obbligatoria corrispondente all'altra attività esercitata** e non già alla Cassa categoriale.

Invero, la L. 4 marzo 1958, n. 179 (*"Istituzione e ordinamento della Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri ed architetti"*), nell'istituire la Cassa categoriale (INARCASSA) con personalità giuridica,

276 [] Si veda, solo tra le più recenti, Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ordinanza, 23/06/2022, n. 20288 secondo la quale *"Gli ingegneri e gli architetti iscritti ad altre forme di previdenza obbligatorie, per i quali è preclusa l'iscrizione all'INARCASSA, alla quale versano esclusivamente un contributo integrativo di carattere solidaristico in quanto iscritti agli albi, cui non segue la costituzione di alcuna posizione previdenziale a loro beneficio, sono tenuti comunque ad iscriversi alla gestione separata presso l'INPS, in virtù del principio di universalizzazione della copertura assicurativa, cui è funzionale la disposizione di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 1995, secondo la quale l'unico versamento contributivo rilevante ai fini dell'esclusione di detto obbligo di iscrizione è quello suscettibile di costituire in capo al lavoratore autonomo una correlata prestazione previdenziale, dovendosi porre il rapporto tra il sistema previdenziale categoriale e quello della Gestione separata in termini non già di alternatività, bensì di complementarità"*. In senso conforme, tra le numerose altre, nella giurisprudenza di merito, Corte d'Appello Roma, Sez. lavoro, 28/03/2022, n. 1189;

277 [] Nella ben nota operazione INPS, denominata "Poseidone", che ha portato all'iscrizione d'ufficio alla Gestione separata di migliaia di professionisti italiani, sono stati coinvolti anche gli avvocati e i dottori commercialisti in relazione ai quali la Corte di Cassazione ha assunto il medesimo (oggi consolidato) orientamento, favorevole alle tesi dell'INPS, di cui si è detto con riguardo agli ingegneri e architetti. Per quanto concerne gli avvocati, peraltro, la questione ha perso attualità relativamente agli anni successivi all'entrata in vigore della nuova legge professionale (L. n. 247 del 2012) il cui art. 21, comma 8, dispone che l'iscrizione all'albo *"... comporta la contestuale iscrizione alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense"*. La disciplina previgente prevedeva, invece, che l'iscrizione alla Cassa per gli avvocati iscritti all'albo fosse obbligatoria soltanto in caso di raggiungimento di determinati parametri di reddito Irpef o Iva stabiliti ogni anno dal comitato dei delegati della Cassa medesima. Per quanto concerne la giurisprudenza di merito, si veda, ex pluribus, Corte d'Appello Brescia, Sez. lavoro, Sentenza, 24/08/2020, n. 98: *"L'obbligo di iscrizione alla Gestione separata si estende a diverse categorie di professionisti [avvocati, praticanti avvocati, commercialisti, ingegneri, architetti] che svolgono attività per cui è necessaria l'iscrizione ad un albo professionale e per i quali esiste una cassa che gestisce l'assicurazione obbligatoria di categoria alla quale chi esercita l'attività professionale, pur senza esservi iscritto per varie ragioni, versa obbligatoriamente un contributo integrativo, ossia un contributo solidaristico cui non segue la costituzione di alcuna posizione previdenziale"*.

in origine, di diritto pubblico (art. 1), successivamente privatizzata in base al D.Lgs. n. 509 del 1994, aveva previsto che fossero iscritti alla Cassa tutti gli ingegneri e gli architetti che potessero esercitare, per legge, la libera professione (art. 3).

Tale previsione, tuttavia, è stata modificata dall'art. 2 della L. 11 novembre 1971, n. 1046²⁷⁸, il quale, con decorrenza dal 1° gennaio 1972, ha stabilito **il divieto di iscrizione alla cassa per "gli ingegneri e architetti iscritti a forme di previdenza obbligatorie in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato o comunque di altra attività esercitata"**.

Il divieto è stato, poi, ribadito dall'art. 21, comma 5, della L. 3 gennaio 1981, n. 6²⁷⁹, la quale però ha anche previsto, all'art. 10, comma 1, con decorrenza dal 1° gennaio del secondo anno successivo alla sua entrata in vigore, che *"tutti gli iscritti agli albi di ingegnere e di architetto devono applicare una maggiorazione percentuale su tutti i corrispettivi rientranti nel volume annuale d'affari ai fini dell'IVA e versarne alla cassa l'ammontare indipendentemente dall'effettivo pagamento che ne abbia eseguito il debitore"*.

Per un verso, dunque, i professionisti in questione, pur svolgendo l'attività professionale abitualmente, non possono iscriversi alla Cassa in ragione della diversa attività lavorativa svolta e della relativa posizione previdenziale assunta; per altro verso, in quanto iscritti all'albo di ingegnere od architetto, sono comunque tenuti a versare alla cassa medesima un contributo integrativo.

Non versando, quindi, alla propria Cassa di categoria il contributo soggettivo, **tali professionisti sono tenuti**, secondo la giurisprudenza ormai granitica della Corte di Cassazione, **a versare, in relazione al reddito percepito per lo svolgimento abituale dell'attività professionale, i contributi alla Gestione separata INPS**.

Nella recentissima sentenza 28/11/2022, n. 238²⁸⁰, la Consulta ha, peraltro, ritenuto le norme qui in esame, nell'esegesi prevalsa nella giurisprudenza di legittimità di cui si è dato conto, esenti da profili di irragionevolezza, illogicità e incoerenza nel sistema normativo, di cui, al contrario, esse assumono, secondo la Corte, una funzione di chiusura, rinvenendo il proprio fondamento costituzionale nell'obbligo dello Stato di dare concretezza al principio della universalità delle tutele assicurative obbligatorie per tutti i lavoratori.

Abitualità/occasionalità nella recente giurisprudenza "previdenziale" della Corte di Cassazione

278 (I) Legge recante "Modifiche ed integrazioni alla L. 4 marzo 1958, n. 179, concernente l'istituzione e l'ordinamento della cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri ed architetti ed abrogazione della L. 6 ottobre 1964, n. 983, recante modificazioni alla predetta legge n. 179".

279 (I) Legge recante "Norme in materia di previdenza per gli ingegneri e gli architetti". In ossequio alla legislazione vigente, l'art. 7.5 del vigente Statuto di INARCASSA prevede che *"Sono esclusi dall'iscrizione ad INARCASSA gli ingegneri e gli architetti iscritti a forme di previdenza obbligatorie in dipendenza di un rapporto di lavoro subordinato o comunque di altra attività esercitata"*.

280 (I) Con la sentenza 22/04/2022, n. 104, la Corte Costituzionale aveva già dichiarato la legittimità delle norme *de quibus* con riguardo all'incidenza delle stesse sulla posizione previdenziale degli esercenti la professione di avvocato (nel regime previgente alla L. n. 247 del 2012).

Nell'ambito del sopra riportato orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione in materia di obbligo di iscrizione e versamento contributivo alla Gestione separata INPS da parte dei liberi professionisti non iscritti, per le ragioni di cui si è detto, alle relative Casse di categoria, i Giudici di legittimità hanno avuto modo di pronunciarsi anche **in merito ai criteri distintivi tra esercizio abituale e occasionale dell'attività di lavoro autonomo**.

La necessità, da parte degli Ermellini, di soffermarsi sulla questione della abitualità/professionalità dell'esercizio dell'attività di lavoro autonomo è derivata dalla circostanza per cui alcuni dei liberi professionisti che avevano percepito, nell'anno oggetto di accertamento da parte dell'INPS, un reddito inferiore ai 5.000 Euro hanno eccepito in giudizio la non assoggettabilità a contribuzione di tale reddito qualificando lo stesso come **reddito da lavoro autonomo occasionale** e, quindi, in quanto **inferiore alla soglia/franchigia prevista dall'art. 44, comma 2, del DL 30 settembre 2003** di cui supra si è dato ampio conto, **esente da prelievo contributivo**.

Ebbene, la Corte di Cassazione²⁸¹ ha, al riguardo, statuito quanto segue:

- l'obbligatorietà dell'iscrizione presso la Gestione separata da parte di un professionista iscritto ad albo o elenco è collegata all'esercizio abituale, ancorché non esclusivo, di una professione che dia luogo ad un reddito non assoggettato a contribuzione da parte della cassa di riferimento.

- la produzione di un reddito superiore alla soglia di Euro 5.000,00

281 (I) I passaggi riportati in corsivo nel testo principale si rinvencono nelle motivazioni di Cass. civ., Sez. VI - Lavoro, Ordinanza, 22/03/2022, n. 9344 ma numerosi sono gli arresti conformi. In Cass. civ., Sez. lavoro, 10/05/2021, n. 12358, ad esempio, gli Ermellini, dopo aver rammentato che "L'obbligo di iscrizione alla Gestione separata è genericamente rivolto a chiunque percepisca un reddito derivante dall'esercizio abituale (ancorché non esclusivo) ed anche occasionale (oltre la soglia monetaria indicata nell'art. 44, comma 2 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 D.L. 30/09/2003, n. 269, convertito in L. 24 novembre 2003, n. 326) di un'attività professionale per la quale è prevista l'iscrizione ad un albo o ad un elenco, tale obbligo venendo meno solo se il reddito prodotto dall'attività professionale predetta e già integralmente oggetto di obbligo assicurativo gestito dalla cassa di riferimento", hanno precisato quanto segue: "Una volta chiarito che il requisito dell'abitualità dev'essere accertato in punto di fatto, valorizzando all'uopo le presunzioni ricavabili ad es. dall'iscrizione all'albo, dalle dichiarazioni rese ai fini fiscali, dall'accensione della partita IVA o dall'organizzazione materiale predisposta dal professionista a supporto della sua attività, ben può la percezione da parte del libero professionista di un reddito annuo di importo inferiore a Euro 5.000,00 rilevare quale indizio per escludere che, in concreto, l'attività sia stata svolta con carattere di abitualità, così come in concreto ritenuto dalla Corte territoriale: fermo restando che l'abitualità di cui si discute dev'essere apprezzata nella sua dimensione di scelta ex ante del libero professionista, coerentemente con la disciplina che propria delle gestioni dei lavoratori autonomi, e non invece come conseguenza ex post desumibile dall'ammontare di reddito prodotto, dal momento che ciò equivarrebbe a tornare ad ancorare il requisito dell'iscrizione alla Gestione separata alla produzione di un reddito superiore alla soglia di cui al D.L. n. 269 del 2003, art. 44 cit., che invece, come detto, rileva ai fini dell'assoggettamento a contribuzione di attività libero-professionali svolte in forma occasionale, non si tratta che di un ragionamento presuntivo mediante il quale si utilizzano circostanze note per risalire ad un fatto ignoto. Ed è appena il caso di aggiungere che, sebbene l'Istituto ricorrente abbia lamentato che, nel caso di specie, non sarebbero state adeguatamente valorizzate ulteriori circostanze fattuali acquisite al processo (l'accensione di partita IVA e il mancato inserimento del reddito da lavoro autonomo tra i redditi diversi), nulla della loro sussistenza è dato leggere nella sentenza impugnata, nè l'Istituto ha specificamente illustrato in quale luogo e in quale grado del processo di merito esse sarebbero state veicolate nel giudizio e discusse tra le parti, con la conseguenza che, per questa parte, la censura deve reputarsi radicalmente inammissibile".

costituisce invece il presupposto affinché anche un'attività di lavoro autonomo occasionale possa mettere capo all'iscrizione presso la medesima Gestione, restando invece normativamente irrilevante qualora ci si trovi in presenza di un'attività lavorativa svolta con i caratteri dell'abitudine.

- ne consegue che **è dirimente il modo in cui è svolta l'attività libero-professionale, se in forma abituale o meno, con accertamento in punto di fatto, all'uopo avvalendosi delle presunzioni semplici ricavabili, ad esempio, dall'iscrizione all'albo, dall'accensione della partita IVA o dall'organizzazione materiale predisposta dal professionista a supporto della sua attività, mentre la percezione da parte del libero professionista di un reddito annuo di importo inferiore a Euro 5.000,00 può semmai rilevare quale indizio** - da ponderare adeguatamente con gli altri che siano stati acquisiti al processo - per escludere che, in concreto, l'attività sia stata svolta con carattere di abitudine; fermo restando ... che il requisito dell'abitudine dev'essere apprezzato nella sua dimensione di scelta ex ante del libero professionista, coerentemente con la disciplina che è propria delle gestioni dei lavoratori autonomi, e non invece come conseguenza ex post desumibile dall'ammontare di reddito prodotto, dal momento che ciò equivarrebbe a tornare ad ancorare il requisito dell'iscrizione alla Gestione separata alla produzione di un reddito superiore alla soglia di cui al D.L. n. 269 del 2003, art. 44, cit., presupposto che invece, come detto, rileva ai fini dell'assoggettamento a contribuzione di attività libero-professionali svolte in forma occasionale.
- nella specie, **la Corte territoriale ha desunto l'assenza dell'obbligo di iscrizione alla Gestione separata solo in relazione all'ammontare del reddito prodotto, senza accertare, in via fattuale e a monte, anche ricorrendo ad elementi di valenza presuntiva semplice, se l'attività professionale fosse abituale o occasionale**²⁸².

282 () "Pertanto", conclude la Corte di Cassazione, "non essendosi la Corte di merito uniformata all'anzidetto principio di diritto, la sentenza impugnata va cassata e la causa rinviata alla Corte d'appello di Genova, in diversa composizione, che provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione". Di estremo interesse anche il caso affrontato da Corte d'Appello Roma, Sez. lavoro, Sentenza, 28/06/2022, n. 2620 relativo ad un avvocato al quale l'INPS aveva richiesto il versamento dei contributi, pari a Euro 1.186,41, dovuti per l'anno 2011 alla Gestione Separata e derivanti da un reddito inferiore ai 5.000 Euro annui. Richiamando l'orientamento di legittimità di cui nel testo si è dato conto, la Corte di Appello di Roma ha evidenziato come "...l'obbligo contributivo non può essere escluso solo perché in un anno il reddito imponibile si è posto sotto la soglia di Euro 5000,00. Nella specie, per come emerge dalle stesse allegazioni dell'avv. Mazza, ella esercita ed esercitava stabilmente ed esclusivamente l'attività di libera professionista (punto 2 ricorso introduttivo), sicché l'esercizio della professione legale, al di là del reddito dell'anno in commento, deve essere ritenuto abituale, così da integrare il requisito normativo...Risulta, pertanto, legittima l'iscrizione dell'appellata alla Gestione Separata effettuata d'ufficio dall'INPS con la nota del 4.8.2017".

4. L'obbligo di fedeltà nel lavoro pubblico.

L'articolo 2105 del Codice Civile, rubricato *"Obbligo di fedeltà"*, dispone, come noto, che *"Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio"*.

La norma è scindibile in due distinte previsioni, una attinente al divieto di concorrenza e l'altra al divieto di divulgare notizie relative all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o di fare uso di tali notizie in modo da poter recare pregiudizio al datore di lavoro²⁸³.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, peraltro, l'obbligo di fedeltà, la cui violazione può dar luogo, come altrettanto noto, all'irrogazione di sanzioni disciplinari secondo quanto previsto dal successivo art. 2106 del Codice Civile²⁸⁴, si sostanzia nell'obbligo di un leale comportamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e va collegato con le regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Il lavoratore, pertanto, deve astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma anche da tutti quelli che, per la loro natura e le loro conseguenze, appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento dello stesso nella struttura e nella organizzazione dell'impresa o creino situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa o sono idonei, comunque, a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto stesso²⁸⁵.

Nella giurisprudenza di legittimità si è, inoltre, evidenziato come il dovere di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c. si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività, rientrando, pertanto, nella sfera di tale dovere il divieto di trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore nel medesimo settore produttivo o

283 (I) Per una approfondita disamina della norma codicistica si vedano M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2000, pp. 3 e ss.; V. DI CERBO, *Art. 2105 [Obbligo di fedeltà]*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO e A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali* (Vol. 1), pp. 223 e ss.; A. BOSCATI, *Obbligo di fedeltà ed il patto di non concorrenza*, in M. PERSIANI e F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 2011, pp. 959 e ss.; O. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, comm., II, Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. CESTER, Torino, 2007, pp. 725 e ss.

284 (I) L'art. 2106 del Codice Civile, infatti, fa riferimento ai precedenti articoli 2104 [*Diligenza del prestatore di lavoro*] e, appunto, 2105 [*Obbligo di fedeltà*] disponendo che: *"L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione"*.

285 (I) Cfr., tra le numerose altre, Cass. n. 25759/17; Cass. n. 2550/15; Cass. n. 144/15; Cass. n. 14176/09. Cass. n. 11181/19 evidenzia, inoltre, che *"L'art. 2105 cod. civ., nel prescrivere un dovere di fedeltà a cui è assoggettato il lavoratore, enuncia solo alcune manifestazioni di obblighi negativi come mere ipotesi esemplificative di più vasta gamma di comportamenti, anche positivi, ma pur sempre riconducibili, in senso ampio ed in collegamento ai doveri di correttezza e di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. all'obbligo di fedeltà"*.

commerciale, senza che rilevi la idoneità, o meno, di tale comportamento ai fini della sussistenza della concorrenza sleale a termini degli artt. 2592, 2593 e 2598 c.c.²⁸⁶

I Giudici di legittimità hanno, altresì, avuto modo di sottolineare che gli artt. 2104 e 2105 cod. civ., richiamati dalla disposizione dell'art. 2106 relativa alle sanzioni disciplinari, non vanno interpretati restrittivamente e non escludono che il dovere di diligenza del lavoratore subordinato si riferisca anche ai vari doveri strumentali e complementari, che concorrono a qualificare il rapporto obbligatorio di durata avente ad oggetto un facere, e che l'obbligo di fedeltà vada inteso in senso ampio e si estenda a comportamenti che per la loro natura e le loro conseguenze appaiano in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creino situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa²⁸⁷.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione dell'art. 2105 del Codice Civile nel pubblico impiego, occorre distinguere tra la parte della disposizione che contiene il divieto per il lavoratore di *"trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore"* e l'obbligo di fedeltà come più latamente inteso dalla consolidata giurisprudenza di legittimità di cui sopra si è detto.

La parte della norma che prescrive, nel settore privato, il divieto di *"trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore"*, infatti, pare completamente assorbita, nel pubblico impiego, permeato dal principio di esclusività della prestazione lavorativa, dalla disciplina speciale, di cui si è dato ampiamente conto in altra parte del presente lavoro, in materia di incompatibilità e divieto di cumulo di impieghi, ivi incluse le disposizioni che impongono, anche al personale in part-time non superiore al 50%, il divieto di svolgimento di attività in conflitto di interessi.

L'obbligo di fedeltà nella sua più ampia accezione, così come delineata dalla giurisprudenza sopra citata, che impone al lavoratore di astenersi dal porre in essere atti e/o comportamenti che, per la loro natura e le loro conseguenze, appaiano in contrasto con i doveri connessi all'inserimento dello stesso nella struttura e nella organizzazione del datore o creino situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi del datore stesso, può ritenersi, invece, *mutatis mutandis*, applicabile anche al dipendente pubblico.

Con la necessaria precisazione per cui, nel settore pubblico, i generali doveri di fedeltà, lealtà e correttezza risultano declinati, nei codici di comportamento, tanto con riguardo al "Codice di comportamento dei dipendenti pubblici" di cui d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 quanto con riguardo ai codici di comportamento obbligatoriamente adottati delle singole amministrazioni, in più specifici e articolati obblighi di comportamento.

In giurisprudenza, del resto, si rinviene una nutrita serie di pronunce che fondano la responsabilità disciplinare del lavoratore pubblico sulla violazione

286 [] Così, tra le più recenti, Cass. n. 2239/17.

287 [] Cfr. Cass. n. 24976/2019.

dell'obbligo di fedeltà nel senso di cui qui si discorre²⁸⁸.

288 () Cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, 24/04/2019, n. 11237: *"Viola i doveri di fedeltà, trasparenza e imparzialità il funzionario dell'Agenzia delle Entrate che svolga attività di consulenza in favore di un privato nell'ambito di una vertenza fiscale"*. Cass. civ., Sez. lavoro, 12/11/2018, n. 28923: *"In tema di lavoro subordinato (settore pubblico), l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. e quelli, ad esso collegati, di correttezza e buona fede, cui è tenuto il dipendente nell'esecuzione del contratto di lavoro, devono essere riferiti esclusivamente ad attività "lecite", da tutti i punti di vista, penale, civile, amministrativo, tanto più nel lavoro pubblico, del datore di lavoro, non potendosi richiedere al lavoratore la osservanza di detti obblighi, nell'ambito del dovere di collaborazione con il datore di lavoro, anche quando quest'ultimo intenda perseguire interessi che non siano leciti nel senso suddetto"*.

"Nel rapporto di impiego pubblico contrattualizzato, qualora un dipendente ponga in essere sul luogo di lavoro, una condotta lesiva nei confronti di un altro dipendente, il datore di lavoro, rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo e chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2087 c.c. nei confronti del lavoratore leso, ha diritto a rivalersi a titolo contrattuale nei confronti del dipendente, per la percentuale attribuibile alla responsabilità del medesimo. Ciò in quanto il dipendente, nel porre in essere la suddetta condotta lesiva, è venuto meno ai doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, quali sono gli obblighi di diligenza e di fedeltà prescritti dagli artt. 2104 e 2105 c.c. e ai principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. che devono conformare non solo lo svolgimento dell'attività lavorativa ma anche i rapporti tra i dipendenti pubblici sul luogo di lavoro".

PARTE III – Il Codice dei contratti pubblici

L'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria nel ginepraio delle norme sui contratti pubblici.

di Gianfrancesco Fidone e Maria Elena Faia

Sommario:

1. La disciplina dei contratti pubblici all'alba del terzo Codice;
2. L'oggetto dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e in particolare sulla progettazione, nella disciplina del Codice di cui al d.lgs. 50/2016 (cenni); 2.1 Il ricorso alle risorse interne alla stazione appaltante e l'affidamento esterno; 2.2. Le modalità dell'affidamento ai soggetti esterni all'amministrazione;
3. La progettazione nel regime delle disposizioni speciali;
4. Le novità del nuovo Codice: tra innovazione e conservazione;
5. Conclusioni.

1. La disciplina dei contratti pubblici all'alba del terzo Codice.

La disciplina italiana dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture è in una fase di profondo cambiamento. Gli impegni presi dall'Italia per ottenere i finanziamenti del PNRR hanno, infatti, previsto la riforma organica della disciplina dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016.

La prima parte delle prescrizioni contenute nel PNRR è stata recepita con il d.l. 31 maggio 2021 n. 77 (*"Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"*, c.d. *Semplificazioni 2021*), convertito in l. 29.7.2021 n. 108. Tale provvedimento ha dedicato ai contratti pubblici gli artt. 47 e ss. che hanno costituito un primo pacchetto di disposizioni urgenti volte a concretizzare le prescrizioni della milestone M1C1-69. Vi sono disposizioni generali, alcune delle quali hanno prorogato le proroghe e deroghe al Codice già contenute nei precedenti interventi

del Legislatore²⁸⁹, e disposizioni speciali per le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione²⁹⁰.

Tale pacchetto di misure ha aperto la strada alla completa riforma della disciplina di settore. La milestone M1C1-70 ha, infatti, previsto una nuova legge delega in materia di contratti pubblici, per *“stabilire principi e criteri precisi per una riforma sistemica del codice dei contratti pubblici”*, entro la data del 30.6.2022. Secondo tale milestone, la legge delega doveva, in particolare, dettare i principi e criteri direttivi volti a ridurre la frammentazione delle stazioni appaltanti; a semplificare e digitalizzare le procedure delle centrali di committenza; a definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività; a ridurre progressivamente le restrizioni al subappalto. Il decreto delegato, contenente il nuovo Codice, avrebbe dovuto essere ultimato entro il 31.3.2023 (M1C1 -73). Entro il 30.6.2023 avrebbero dovuto essere completati i provvedimenti attuativi (M1C1-74).

Ci sono poi altre importanti milestone che riguardano la materia dei contratti pubblici. La milestone M1C1 -75 è dedicata alla digitalizzazione delle procedure; la milestone M1C1-86 e M1C1-98 sono dedicate alla formazione del personale; le milestone M1C1-87 e M1C1-99 sono dedicate all'utilizzo dei sistemi dinamici di acquisizione.

Particolarmente rilevanti, in ultimo, le due milestone che prefissano

289 Tra le disposizioni del d.l. 77/2021 che impattano sulla disciplina generale dei contratti pubblici, alcune riguardano la fase dell'aggiudicazione dei contratti. Ad esempio, per gli appalti sotto soglia [art. 51 comma 1 lett. a e b); la proroga al 30.6.2023 della semplificazione delle verifiche antimafia [art. 51 comma 1 lett. c); la proroga al 30.6.2023 della disposizione che limita gli oneri per la partecipazioni alla gara e abbreviamento termini [art. 51 comma 1 lett. f); la proroga al 30.6.2023 della disposizione che limita la responsabilità erariale, fatti salvi i casi di omissioni o inerzia [art. 51 comma 1 lett. h); la proroga al 30.6.2023 della facoltà dell'inversione tra esame dell'offerta e controlli amministrativi [art. 52 comma 1 lett. a). Altre disposizioni riguardano la fase dell'esecuzione dei contratti. Ad esempio, la proroga al 31.12.2021 per le nomine dei Commissari straordinari per interventi infrastrutturali complessi [art. 52 comma 1 lett. a bis); la proroga al 30.6.2023 della previsione di sanzioni per mancata stipula del contratto e tardivo avvio esecuzione [art. 51 comma 1 lett. b); la proroga al 31.6.2023 della disposizione che prevede verifiche antimafia più rapide [art. 51 comma 1 lett. c); la proroga al 31.6.2023 della limitazione alla possibilità di sospendere l'esecuzione dei lavori [art. 51 comma 1 lett. d); la proroga al 31.6.2023 della disposizione che introduce il Collegio Consultivo Tecnico [art. 51 comma 1 lett. e); la proroga al 31.6.2023 della disposizione che autorizza la consegna anticipata e l'esecuzione del contratto in via d'urgenza [art. 51 comma 1 lett. f); la proroga al 31.6.2023 dell'estensione dell'applicazione dell'accordo bonario [art. 52 comma 1 lett. a); per le infrastrutture strategiche, la proroga al 31.6.2023 delle semplificazioni procedurali [art. 52 comma 1 lett. a); la proroga al 31.12.2023 della disposizione che precede la nomina dei Commissari straordinari [art. 52 comma 1 lett. a bis).

290 Il d.l. 77/2020 contiene disposizioni speciali per le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati con le risorse previste dal PNRR e dal PNC e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea. Alcune di tali disposizioni riguardano la fase dell'aggiudicazione del contratto. Ad esempio, la previsione del ricorso a procedura negoziata per ragioni di urgenza che possono compromettere obiettivi e tempi di PNRR e PNC [Art. 48 comma 3); l'ammissibilità dell'affidamento sulla base del progetto di fattibilità [art. 48 comma 5). Altre disposizioni riguardano la fase di esecuzione dei contratti: presupposti più stringenti per la sospensione, da parte del Giudice, dell'efficacia dell'aggiudicazione [art. 48 comma 4); l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 2 comma 9 bis della 241/1990, in caso di inerzia dell'Amministrazione [art. 50 comma 2); l'ammissibilità dell'efficacia immediata del contratto stipulato [art. 50 comma 3); il premio di accelerazione per la rapida esecuzione e sanzioni per il ritardato adempimento [art. 50 comma 4).

obiettivi quantitativi precisi. In particolare, la M1C1-84, con scadenza 31.12.2023, prevede che *“Sulla base dei dati della Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (banca dati TED) il lasso medio di tempo che intercorre tra la pubblicazione del bando e l'aggiudicazione dell'appalto deve essere ridotto a meno di 100 giorni per i contratti superiori alle soglie di cui alle direttive dell'Unione europea sugli appalti pubblici”*. La M1C1 – 85, sempre con scadenza 31.12.2023, prevede che *“Il tempo medio tra l'aggiudicazione dell'appalto e la realizzazione dell'infrastruttura (‘fase esecutiva’) deve essere ridotto almeno del 15 per cento”*. In ultimo, per la M1C1-97, con scadenza 31.12.2024, *“il tempo medio tra l'aggiudicazione dell'appalto e la realizzazione dell'infrastruttura (‘fase esecutiva’) deve essere ridotto almeno del 15 per cento”*. Tale ultima *milestone* prevede anche il mantenimento del valore della precedente M1C1 – 85 fino al 31.12.2024.

In ottemperanza alle prescrizioni derivanti dal PNRR, il Parlamento, con l. 21 giugno 2022 n. 78, ha delegato il Governo ad adottare *“uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici”*, al fine dell'adeguamento al diritto europeo e ai principi espressi dalla Giurisprudenza interna ed europea, con lo scopo di *“razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente”*²⁹¹. Ricorrono le parole *“razionalizzazione”, “revisione”, “semplificazione”, “individuazione delle ipotesi”, “riduzione e certezza dei tempi”*²⁹². L'ampiezza dei criteri della delega, scelta la strada dell'elaborazione di un nuovo unico Codice, ha consentito alla preposta Commissione, istituita presso il Consiglio di Stato e nominata dal Governo, di scrivere la nuova riforma con importanti elementi di innovazione. Il nuovo Codice è stato approvato con il d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023.

Ai fini dell'applicazione delle nuove norme, occorre tenere in considerazione che ai sensi dell'art. 229 del Codice 36/2023, l'efficacia delle nuove disposizioni è differita al 1 luglio 2023. A decorrere da quella data il d.lgs. 50/2016 n. 50 è abrogato ma le disposizioni di cui al codice abrogato continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso, come definiti dalla stessa disposizione²⁹³. Gli atti attuativi del Codice del 20006 (linee guida ANAC e regolamenti) sono pure abrogati dal 1 luglio 2023 e sostituiti dagli Allegati al nuovo Codice²⁹⁴.

Con specifico riguardo alla progettazione, l'art. 225 comma 9 del d.lgs. 36/2023 prevede che alla data del 1 luglio 2023 (data di efficacia del nuovo

291 Art. 1, l. 21.6.2022 n. 78.

292 Art. 2, l. 21.6.2022 n. 78.

293 Art. 226 del d.lgs. 36/2023. Per tale disposizione, i procedimenti in corso sono: *“a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data”*.

294 Art. 225 comma 16 del d.lgs. 36/2023

Codice) le disposizioni di cui al vecchio Codice (art. 23 che disciplina i livelli di progettazione) continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso, per tali intendendosi *“le procedure per le quali è stato formalizzato l’incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia”*.

2. L’oggetto dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria e in particolare sulla progettazione, nella disciplina del Codice di cui al d.lgs. 50/2016 (cenni).

Nel contesto appena ricordato, che sicuramente non favorisce la certezza del diritto, si può tentare di ricostruire la disciplina dell’affidamento degli incarichi di progettazione, partendo dalla disciplina generale del Codice 50/2016 che, come detto, continuerà ad essere applicata fino al 1 luglio 2023²⁹⁵. Occorre preliminarmente qualche cenno sull’oggetto dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria.

Il Codice reca una pluralità di disposizioni tali da costituire, nel loro insieme, il complesso della disciplina di riferimento per l’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, nonché agli altri servizi tecnici.

In via preliminare, occorre avere riguardo all’art. 3, lett. vv), il quale fornisce una definizione con riguardo ai predetti servizi, i quali sono individuati nei *“servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell’articolo 3 della direttiva 2005/36/CE”*. Si tratta, peraltro, di una definizione poco accurata poiché ha un oggetto che va ben oltre i servizi di ingegneria e architettura²⁹⁶.

La disciplina della progettazione delle opere pubbliche è dettata da una serie di disposizioni tra le quali: l’art. 23, rubricato *“Livelli di progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi”*; l’art. 24, rubricato *“Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici”*; l’art. 31, comma 8, rubricato *“Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni”*; l’art. 46, rubricato *“Operatori economici per l’affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici”*; l’art. 83, rubricato *“Criteri di selezione e soccorso istruttorio”*; l’art. 93, comma 10, rubricato *“Garanzia per la partecipazione alla procedura”*; l’art. 95, comma 3, lett. b), rubricato *“Criteri di aggiudicazione dell’appalto”*; l’art. 157, rubricato *“Altri*

²⁹⁵ In dottrina: M. D’Orsogna, *Pianificazione e programmazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006; M. Pini, *L’affidamento degli incarichi di progettazione e degli altri servizi tecnici dopo il codice dei contratti*, Rimini, 2008; T. Paparo, *La progettazione*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; M. R. Spasiano, M. Calabrò, *Dall’individuazione delle esigenze del committente alla progettazione degli interventi*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010; A. Coletta, *Progettazione, contenuto tecnico amministrativo, piani di sicurezza e verifica tecnica dei progetti*, in A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014.

²⁹⁶ Ai sensi dell’art. 3 della Direttiva 2005/36/CE, una professione regolamentata è *“attività, o insieme di attività professionali, l’accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali; in particolare costituisce una modalità di esercizio l’impiego di un titolo professionale riservato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative a chi possiede una specifica qualifica professionale”*.

incarichi di progettazione”.

Come chiarito dall'ANAC, in questo modo, *“ne risulta un nuovo quadro normativo, molto più snello ed essenziale, rispetto al quale l'intervento dell'Autorità, con proprie linee guida, adottate ex art. 213, comma 2, del nuovo codice, ha lo scopo di garantire la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, della omogeneità dei procedimenti amministrativi, favorendo altresì, lo sviluppo delle migliori pratiche, anche al fine di garantire la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture”*²⁹⁷.

In breve, il contenuto della predetta disciplina.

Secondo l'art. 23, la progettazione in materia di lavori pubblici si articola in tre livelli, da rinvenirsi nel progetto di fattibilità tecnica ed economica, nel progetto definitivo, ed infine nel progetto esecutivo²⁹⁸. L'art. 24 comma 4 consente, tuttavia, l'omissione di uno o entrambi i primi due livelli di progettazione, a condizione che il livello successivo sia tale da contenere la totalità degli elementi previsti per il livello omesso, salvaguardando in questo modo la qualità della progettazione²⁹⁹.

I predetti livelli di progettazione devono considerarsi quali preordinati, nella loro totalità, ad assicurare gli obiettivi indicati con precisione dalla legge: *“il soddisfacimento dei bisogni della collettività; la qualità architettonica e tecnico funzionale e di relazione nel contesto dell'opera; la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza; un limitato consumo del suolo; il rispetto dei vincoli idrogeologici, sismici e forestali, nonché gli altri vincoli esterni; il risparmio, nonché la valutazione del ciclo di vita e della manutenibilità delle opere; la compatibilità con le preesistenze archeologiche; la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici(...); la compatibilità geologica, geomorfologica, idrogeologica dell'opera; accessibilità e adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche”*³⁰⁰.

Quanto ai contenuti dei predetti livelli di progettazione, occorre rilevare come il documento preliminare, redatto dal responsabile del procedimento, debba indicare gli obiettivi generali da perseguire; le regole,

297 ANAC, “Linee Guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”, recanti “Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016; il riferimento è al comma 4 dell'art. 23, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

298 Come già detto, l'art. 225 comma 9 del d.lgs. 36/2023 prevede che dopo la data del 1 luglio 2023 (data di efficacia del nuovo Codice) le disposizioni di cui all'art. 23 del d.lgs. 50/2016 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso, per tali intendendosi *“le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia”*.

299 Si confronti, ANAC, Comunicato per il Presidente, “Indicazioni in merito al calcolo dell'importo a base di gara per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria, nel caso di omissione dei livelli di progettazione ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del codice dei contratti pubblici”, 11 maggio 2022.

300 art. 23, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

le norme tecniche e i vincoli da rispettare; il livello fino al quale sviluppare la progettazione; il limite di spesa da non superare; il sistema di gara da adottare per l'affidamento dei lavori.

Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. In tale progetto, il progettista sviluppa tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli obiettivi del progetto nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa³⁰¹.

Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di fattibilità. Tale livello di progettazione contiene anche tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma³⁰².

Da ultimo, il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita³⁰³.

2.1. Il ricorso alle risorse interne alla stazione appaltante e l'affidamento esterno.

Il d.lgs. 50/2016 contiene disposizioni che riguardano i soggetti che possono redigere la progettazione.

Ai sensi dell'art. 23 comma 2, *“per la progettazione di lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico, le stazioni appaltanti ricorrono alle professionalità interne, purché in possesso di idonea competenza nelle materie oggetto del progetto o utilizzano la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee di cui agli articoli 152, 153, 154, 155 e 156”*. Dunque, in tali casi, l'alternativa per l'amministrazione è tra il ricorrere alle professionalità interne (purché competenti) ovvero affidare esternamente attraverso un concorso di progettazione o di idee.

Le stazioni appaltanti sono chiamate a verificare se i servizi, eventualmente rilevanti nel caso di specie, presentino o meno le caratteristiche indicate dall'art. 23, comma 2 del codice, e dunque intervengano a configurarsi o

301 Art. 23 comma 7. d.lgs. 50/2016.

302 Art. 23 comma 7. d.lgs. 50/2016.

303 Art. 23 comma 8. d.lgs. 50/2016.

meno quali lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomico e forestale, storico-artistico, conservativo, nonché tecnologico. Secondo l'ANAC, *"in caso di esito positivo della verifica operata dal RUP, l'amministrazione procedente può ricorrere a professionalità interne, se viene accertata la presenza di personale in possesso di idonea competenza in materia, avendo cura di assicurare che in base alle caratteristiche dell'oggetto della progettazione venga garantita la medesima qualità che potrebbe essere raggiunta con la selezione di progettisti esterni. In caso di assenza di idonee professionalità dovrà essere utilizzata la procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee, per la partecipazione al quale i requisiti di qualificazione devono consentire l'accesso ai piccoli e medi operatori economici dell'area tecnica e ai giovani professionisti (art. 154, comma 3, codice)³⁰⁴".*

Ai sensi dello stesso art. 23, comma 2, *"per le altre tipologie di lavori, si applica quanto previsto dall'art. 24"*. Tale disposizione, rubricata *"Progettazione interna e esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici"*, reca il regime ordinario dell'affidamento dei servizi di progettazione, provvedendo a fornire un puntuale elenco dei potenziali soggetti affidatari dei predetti servizi.

Secondo la richiamata disposizione, *"Le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di lavori, al collaudo, al coordinamento della sicurezza della progettazione nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici sono espletate: a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti; b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire; c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge; d) dai soggetti di cui all'articolo 46"*.

Ai sensi di tale ultima disposizione, tra l'altro, sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria una serie di soggetti, tra i quali i prestatori di servizi di ingegneria e architettura (professionisti singoli, associati, le società tra professionisti, le società di ingegneria, i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti, ecc.); le società di professionisti; le società di ingegneria.

Dunque, la disciplina consente, in primo luogo, di ricorrere ai tecnici delle stazioni appaltanti ovvero agli uffici consortili di progettazione e di direzione lavori, eventualmente costituiti. In questi casi, dunque, l'affidamento è interno all'amministrazione o a soggetti a cui essa comunque partecipa. In secondo luogo, può essere fatto ricorso ad organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge. In questo caso, la progettazione rimane nell'ambito della pubblica amministrazione ma vengono utilizzati organismi di altre amministrazioni, esterne alla stazione appaltante. In terzo luogo, si può ricorrere ad

304 ANAC, *"Linee Guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50"*, recanti *"Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016.

affidamento esterno a soggetti privati, ai sensi dell'art. 46.

Ai sensi dell'art. 24 comma 2 del Codice, il Regolamento del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti 2 dicembre 2016, n. 263, reca i requisiti che devono possedere i professionisti singoli e associati di cui all'art. 46 comma 1, destinatari di servizi di architettura ed ingegneria³⁰⁵.

La disciplina del Codice non contiene infatti alcun riferimento ad eventuali condizioni la cui ricorrenza si renda necessaria ai fini del conferimento di incarichi interni, ovvero, esterni di progettazione.

Simili condizioni risultavano altresì puntualmente disciplinate in seno al previgente Codice di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, all'art. 90. Tale norma subordinava la possibilità di ricorrere all'affidamento esterno dei predetti servizi di progettazione alla necessaria ricorrenza di una delle seguenti condizioni: carenza in organico di personale tecnico dell'ente appaltante; difficoltà di rispettare i tempi di programmazione o di svolgere i compiti di istituto; lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale; progetti integrali che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze.

La mancanza di tale disposizione nel Codice 50/2016 è stata sottolineata con preoccupazione dal Consiglio di Stato, già in seno all'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016, n. 855, in ordine allo schema di decreto legislativo, ove evidenziava l'importanza della valorizzazione dei progettisti interni alla pubblica amministrazione quale scelta prioritaria.

In seguito, non essendo stata recepita la predetta raccomandazione nel Codice, il Consiglio di Stato è tornato sul tema nel parere dell'adunanza della Commissione speciale del 3 novembre 2016, n. 2282. In tale sede, i giudici amministrativi invitavano l'esecutivo a valutare *"l'opportunità di correzione in ordine all'art. 24, comma 1, codice, nella parte in cui, a differenza della previgente disciplina, non pone un ordine di priorità tra progettazione interna ed esterna, e direzione dei lavori interna ed esterna, a favore della prima"*³⁰⁶. La medesima preoccupazione si rinviene altresì nel più recente parere reso dall'adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 22 marzo 2017, relativo al decreto correttivo del Codice.

Può comunque osservarsi che anche in tema di incarichi di progettazione devono ritenersi valere i presupposti generali per la legittimità degli affidamenti esterni della pubblica amministrazione, come individuati anche dalla Corte dei Conti, sulla base del disposto dell'art. 7 commi 6 e ss. del d.lgs. n. 165 del 2001³⁰⁷. E' stato infatti affermato che le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali in presenza dei seguenti presupposti di legittimità: a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento

³⁰⁵ Regolamento del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti 2 dicembre 2016 n. 263, *"Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"*.

Cons. Stato, parere dell'adunanza della Commissione speciale 3 novembre 2016, n. 2282.

³⁰⁶ Cons. Stato, parere dell'adunanza della Commissione speciale 3 novembre 2016, n. 2282.

³⁰⁷ Sezione Regionale di Controllo della Corte dei Conti per la Liguria del 21.12.2015, deliberazione n. 79/2015. Si confronti Sezione Regionale di Controllo della Corte dei Conti per l'Emilia Romagna, del 16.11.2021, deliberazione n. 241/2021.

all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente; b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno; c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione. Secondo la stessa Corte, *"L'accertamento di tali presupposti costituisce specifico onere che deve presidiare ogni decisione di esternalizzazione da parte di una pubblica amministrazione, sia nel caso in cui la prestazione richiesta ad un soggetto esterno sia qualificabile come lavoro autonomo (o, in termini amministrativo-contabili, consulenza), sia nel caso in cui sia qualificabile come appalto di servizi"*.

2.2. Le modalità dell'affidamento ai soggetti esterni all'amministrazione.

Con riferimento all'affidamento a soggetti esterni all'amministrazione, l'art. 24 comma 2 rinvia al Regolamento attuativo di cui all'art. 216, comma 27-octies, introdotto dall'art. 1, comma 20, lettera gg), della legge n. 55 del 2019 (c.d. sblocca cantieri). Si tratta del Regolamento unico attuativo del Codice, che avrebbe dovuto sostituire il sistema delle Linee Guida, mai adottato. Tale regolamento avrebbe dovuto precisare la definizione dei requisiti che devono possedere i soggetti di cui all'articolo 46, comma 1. La stessa disposizione prevede che fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista. Tale disposizione prevede che fino all'emanazione di tale regolamento continuano ad avere efficacia le linee guida ANAC tra le quali, appunto quelle relative all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici (art. 27 octies lett. h).

In mancanza del Regolamento attuativo, dunque, si devono continuare ad applicare le linee guida ANAC n. 1, recanti *"Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"*.

Inoltre, per l'affidamento degli incarichi di progettazione (sempre quelli diversi da quelli di cui all'art. 23, comma 2, primo periodo, dunque quelli *ordinari*) occorre fare riferimento all'art. 157 del Codice che detta le modalità dell'affidamento esterno.

Secondo le Linee Guida ANAC n. 1, occorre fare riferimento a tre distinte operazioni: la determinazione del corrispettivo da porre a base di gara; la definizione dei requisiti di carattere speciale che devono presentare i concorrenti ai fini partecipativi; infine, la specificazione, per le gare di importo pari o superiore a 40.000, del contenuto dell'offerta da presentare, ai fini della dimostrazione della professionalità e dell'adeguatezza dell'offerta medesima³⁰⁸.

Per quel che concerne la prima delle operazioni appena menzionate, al fine di determinare l'importo del corrispettivo da porre a base di gara, occorre avere riguardo ai criteri fissati dal decreto del Ministero della giustizia 17

308 ANAC, *"Linee Guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50"*, recanti *"Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria"*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016.

giugno 2016 (Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione, adottato ai sensi dell'art. 24, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Quanto alla seconda delle predette operazioni, *“si debbono identificare le opere cui appartengono gli interventi oggetto dell’incarico, secondo quanto riportato nella tabella Z-1 del citato d.m. 17 giugno 2016 e le corrispondenti classi e categorie di cui alle precedenti disposizioni tariffarie. In tal modo, infatti, è possibile: richiedere il possesso del requisito professionale costituito dall’aver svolto servizi tecnici per interventi in quelle specifiche classi e categorie; determinare l’entità del predetto requisito applicando all’importo dell’intervento cui si riferisce il servizio, un coefficiente moltiplicatore, da stabilire nei documenti di gara, secondo le indicazioni fornite con le presenti linee guida”*³⁰⁹.

La medesima necessità di identificazione ricorre anche con riguardo alla terza ed ultima delle predette operazioni. Il candidato/concorrente deve conoscere in base a quale articolazione degli interventi, identificabili mediante le classi e le categorie, sarà espletata la valutazione della stazione appaltante, dal momento che un elemento di valutazione positiva sarà costituito dalla maggiore omogeneità fra l’intervento cui si riferisce il servizio e quelli già svolti.

Per quel che concerne le tipologie di procedure di affidamento dei servizi di progettazione, occorre avere riguardo al dettato normativo di cui all'art. 157 del Codice.

Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di direzione dell'esecuzione, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, mediante la celebrazione di apposita procedura negoziata senza bando prevista dall'art. 36, comma 2, lett. b) del codice; l'invito è rivolto ad almeno cinque operatori, ove sussistano in tale numero aspiranti idonei nel rispetto di rotazione degli inviti (il riferimento è all'art. 157, comma 2, del codice).

Nel caso di incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro, i relativi affidamenti seguono le modalità di cui alla Parte II, Titoli III e IV del Codice, attinenti al comune svolgimento delle procedure di affidamento per i settori ordinari;³¹⁰.

Per quel che concerne poi agli incarichi di importo inferiore a 40.000

309 ANAC, “Linee Guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50”, recanti “Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria”, approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016.

310 art. 157, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Secondo tale norma, “Gli incarichi di progettazione relativi ai lavori che non rientrano tra quelli di cui al comma 2, primo periodo, dell’articolo 23, nonché di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di direzione dell’esecuzione, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore alle soglie di cui all’articolo 35, sono affidati secondo le modalità di cui alla Parte II, Titolo I, II, III e IV del presente codice. Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione sia pari o superiore complessivamente la soglia di cui all’articolo 35, l’affidamento diretto della direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista è consentito soltanto per particolari e motivate ragioni e ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.

euro, questi possono essere affidati in via diretta, secondo quanto previsto dall'art. 31, comma 8, del codice. In questo caso il ribasso sull'importo della prestazione viene negoziato fra il responsabile del procedimento e l'operatore economico cui si intende affidare la commessa, sulla base della specificità del caso³¹¹.

3. La progettazione nel regime delle disposizioni speciali.

La disciplina positiva appena analizzata è stata oggetto di modifiche, rese necessarie dal recente periodo emergenziale del post pandemia e dalle prescrizioni del PNRR.

Il primo riferimento è al d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito in l. n. 120/2020), la cui ratio deve essere rinvenuta nell'esigenza di accelerazione degli investimenti, onde contrastare potenziali ricadute economiche negative conseguenti l'emergenza sanitaria globale del Covid-19. Il secondo riferimento è al d.l. 31 maggio 2021 n. 77, a cui si è già fatto riferimento, che detta specifiche disposizioni per le opere ricomprese nel PNRR.

Con particolare riguardo alla materia degli appalti pubblici, il primo decreto ha introdotto un regime speciale valido sino al 31 dicembre 2021 (poi prorogato fino al 30 giugno 2023, ad opera del d.l. 77/2021), intervenendo secondo una direttiva di fondo rappresentata da un nuovo rapporto tra i principi generali e le esigenze di massima semplificazione.

L'impianto positivo recato dal predetto decreto "emergenziale" ha inteso affrontare in via prioritaria la materia degli appalti sotto soglia comunitaria.

A tal proposito viene in rilievo l'art. 1, nella misura in cui il medesimo dispone come, in deroga all'art. 36 del d.lgs. 50/2016, comma 2, nonché all'art. 157 del d.lgs. 50/2016, comma 2, debbano trovare applicazione le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, ove la determina a contrarre o altro atto equivalente di avvio del procedimento sia stato adottato entro il 30 giugno 2023 (termine prorogato dal d.l. 77/2021).

In tali casi, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentato a quattro mesi nei casi di procedura negoziata senza bando; sono fatte salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

La medesima disposizione al successivo comma, alla luce delle modifiche apportate dall'art. 51 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, definisce le procedure per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, con le seguenti modalità:

- a. *affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e, per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. (...).*
- b. *procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto*

311 ANAC, "Linee Guida n. 1, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50", recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 973 del 14 settembre 2016; sul punto, S. D'Ancona, "La progettazione nei lavori pubblici: quadro attuale e prospettive di riforma", in *federalismi.it*, 3/2022, pp. 77-91; F. Pubusa, "La progettazione dell'opera pubblica fra disciplina vigente, disciplina futura e disciplina speciale", in *GiustAmm.it*, 2/2023.

legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, (...) per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del d.lgs. n. 50/2016, e di lavori di importo pari o superiore a 1500.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del d.lgs. n. 50/2016. (...)»³¹².

Quanto poi alle procedure sopra soglia, occorre avere riguardo all'art. 2, comma 3, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, il quale, nella sua attuale formulazione (all'aluce delle modifiche apportate dall'art. 51, d.l. 77/2021) dispone come: *“Per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di opere di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, la procedura negoziata di cui all'art. 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, per i settori ordinari, e di cui all'articolo 125, per i settori speciale, può essere utilizzata, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata da COVID-19 e dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati. (...)”*. Dunque, ai sensi di tale disposizione, per l'affidamento dei servizi di progettazione e degli altri servizi di architettura ed ingegneria per valori superiori alle soglie europee, è ammessa la procedura negoziata senza bando, ricorrendo le condizioni richiamate dalla medesima disposizione.

Merita, infine, un richiamo all'art. 48 comma 5 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, rubricato *“Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC”*, finalizzato ad un'esigenza ultima di semplificare e velocizzare le procedure di affidamento concernenti la realizzazione di opere contemplate dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Tale disposizione ha, infatti, ha introdotto la possibilità di procedere all'affidamento dei servizi di progettazione nonché esecuzione dei relativi lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica (c.d. appalto integrato). In tale caso, *l'affidamento avviene mediante acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta ovvero, in alternativa, mediante offerte aventi ad oggetto la realizzazione del progetto definitivo, del progetto esecutivo e il prezzo*³¹³. Tale disposizione deroga al principio generale di cui al d.lgs. 50/2016 che, di regola, vieta la possibilità di ricorrere all'appalto integrato³¹⁴.

312 art. 1, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76.

313 art. 48, comma 5, d.l. 31 maggio 2021 n. 77, convertito in l. 29 luglio 2021, n. 108.

314 Art. 59, comma 1, d.lgs. 50/2016. Prime eccezioni a tale principio erano state introdotte dal d.l. 55/2019 c.d. *sblocca cantieri*, che aveva inserito il comma i bis dell'art. 59, che consente l'appalto integrato, inteso come sulla base del progetto definitivo *“nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori”*. La disposizione del d.l. 77/2021, oltre a prevedere la regola dell'appalto integrato come generale per i progetti PNRR, ne ammette la possibilità sulla base del solo progetto di fattibilità.

4. Le novità del nuovo Codice: tra innovazione e conservazione

Come detto, il testo del terzo Codice dei Contratti Pubblici è stato approvato con d.lgs. 36/2023. Gran parte delle sue disposizioni saranno efficaci a partire dal 1 luglio 2023. Per la progettazione vi è però la particolare norma transitoria di cui all'art. 225 comma 9 di cui pure si è già detto.

In tale testo, sono confluite molte delle novità introdotte mediante i precedenti decreti emergenziali³¹⁵.

Il Legislatore ha riservato alla materia dei servizi di progettazione l'intera Parte IV del Libro I. Il richiamo è agli artt. 41, rubricato *"Livelli e contenuti della progettazione"*; l'art. 42 *"Verifica della progettazione"*; l'art. 43, *"Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni"*; l'art. 44, *"Appalto integrato"*; l'art. 45 *"Incentivi alle funzioni tecniche"*; l'art. 46, *"Concorsi di progettazione"*; l'art. 47 *"Consiglio superiore dei lavori pubblici"*.

L'art. 41 ha attuato una significativa revisione della disciplina attualmente vigente, in un'ottica di semplificazione e accelerazione delle procedure di affidamento³¹⁶. Il primo comma della predetta disposizione prevede che la progettazione in materia di lavori pubblici si articoli in soli *due livelli di successivi approfondimenti tecnici*: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo. Quanto ai contenuti dei predetti livelli di progettazione, oltre che ai contenuti del quadro delle necessità e del documento di indirizzo della progettazione che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono predisporre, la medesima norma rinvia ad apposito allegato, avente natura regolamentare (allegato I.7 al Codice).

L'art. 41, ai successivi commi 6, 7, 8 e 9 provvede a recare una serie di chiarimenti in ordine alla portata, nonché operatività dei due livelli di progettazione sopra menzionati. Quanto al progetto di fattibilità tecnico-economica, viene precisato come il medesimo: *"individua, tra più soluzioni possibili, quella che esprime il rapporto migliore tra costi e benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e alle prestazioni da fornire; contiene i necessari richiami all'eventuale uso di metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni; sviluppa, nel rispetto del quadro delle necessità, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al primo comma; (...) contiene tutti gli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni e approvazioni prescritte (...)"*³¹⁷. Quanto al progetto esecutivo, viene precisato come il medesimo: *"sviluppa un livello di definizione degli elementi tale da individuarne compiutamente la funzione, i requisiti, la qualità e il prezzo di elenco; è corredato dal piano di manutenzione dell'opera per l'intero ciclo di vita e determina in dettaglio: i lavori da realizzare, il loro costo e i loro tempi di realizzazione; (...) di regola è redatto dallo stesso soggetto che ha*

315 Sul punto si veda M. A. Sandulli, *"Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici"*, ne *L'amministrativista*, 13.02.2023; ancora, F. Pubusa, *"La progettazione dell'opera pubblica fra disciplina vigente, disciplina futura e disciplina speciale"*, in *GiustAmm.it*, 2/2023.

316 Cons. Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante *"Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, Relazione agli articoli e agli allegati, Roma, 7 dicembre 2022.

317 Art. 41, commi 6 e 7, d.lgs. 36/2023.

*predisposto il progetto di fattibilità tecnico-economica (...)*³¹⁸.

Nella Parte IV del Libro I del nuovo Codice non è contenuta una disposizione che replichi, seppur in un'ottica di necessaria innovazione, la disciplina positiva recata dall'art. 24 del d.lgs. n. 50/2016 che, come si è visto, reca una puntuale elencazione dei potenziali soggetti affidatari dei servizi di progettazione. Questa lacuna potrebbe creare confusione, in quanto manca l'elenco dei soggetti (interni od esterni alla pubblica amministrazione) che possono svolgere le attività di progettazione.

Tuttavia, quanto ai soggetti esterni alla pubblica amministrazione, l'art. 66 del nuovo testo replica in maniera estremamente fedele la previsione di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 50/2016, che reca l'elenco degli operatori economici abilitati a prestare servizi di architettura e ingegneria. La nuova disposizione, al comma secondo, fa riferimento ai requisiti minimi stabiliti nella parte V dell'allegato II.12 che detta, appunto, *"requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura"* (artt. 34-40). Tale allegato appare comunque in continuità con il d.m. 2 dicembre 2016 n. 263 che dettava i requisiti dei soggetti di cui all'art. 46 del d.lgs. 50/2016. Dunque, anche sotto questo profilo non ci sono, almeno per ora, sostanziali novità.

In continuità con il Codice 50/2016, anche il nuovo Codice non detta il criterio in base al quale le stazioni appaltanti provvedono ad affidare internamente, ovvero, esternamente i servizi di progettazione. Su questo punto, come evidenziato dal Consiglio di Stato in relazione al Codice 50/2016, sarebbe probabilmente utile un definitivo chiarimento del Legislatore.

In ultimo, per quel che concerne le concrete modalità di svolgimento delle procedure di affidamento dei servizi di progettazione, occorre avere riguardo agli artt. 50-55 del nuovo Codice, che hanno provveduto a cristallizzare in maniera definitiva le novità apportate al d.lgs. n. 50/2016 in regime di pandemia, relativamente agli affidamenti sotto soglia. Nello specifico, per quanto in questa sede rileva:

- nel caso di affidamenti di servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, il cui importo non superi le 140.000 euro, sia possibile ricorrere all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici;
- nel caso di affidamenti di servizi e forniture, compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, il cui importo sia superiore a 140.000 euro ma inferiore alla soglia comunitaria, sia possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Con riferimento all'appalto integrato, il nuovo Codice ne liberalizza l'utilizzo in modo generalizzato, così estendendo a regola generale la disposizione già contenuta nell'art. 48 comma 5 del d.l. 77/2021, relativa alle sole opere PNRR. L'art. 44 comma 1, infatti, afferma che *"Negli appalti di lavori, con la decisione di contrarre, la stazione appaltante o l'ente concedente, se qualificati, può stabilire che il contratto abbia per oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità"*

318 Art. 41, commi 6 e 7, d.lgs. 36/2023

tecnico-economica approvato. Tale facoltà non può essere esercitata per gli appalti di opere di manutenzione ordinaria". Le ragioni di tale scelta devono essere motivate *"con riferimento alle esigenze tecniche, tenendo sempre conto del rischio di eventuali scostamenti di costo nella fase esecutiva rispetto a quanto contrattualmente previsto"*³¹⁹. In tale caso, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, oppure avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. L'offerta, da valutarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori. E' anche previsto che, nei casi in cui l'operatore economico si avvalga di uno o più soggetti qualificati alla redazione del progetto, la stazione appaltante possa corrispondere direttamente al progettista gli oneri relativi alla progettazione esecutiva indicati in sede di offerta, al netto del ribasso d'asta³²⁰.

Questa disposizione merita particolare attenzione perché un elevato ricorso, da parte delle stazioni appaltanti, all'appalto integrato potrebbe, di fatto, spostare sulle imprese esecutrici di lavori l'onere della progettazione. L'offerta dei progetti da parte di soggetti esterni alle stazioni appaltanti potrebbe, dunque, dunque subire il *filtro* delle imprese di costruzioni ed allontanarsi dal contatto diretto con la stazione appaltante.

Da segnalare anche che il nuovo Codice detta una particolare disposizione transitoria per l'appalto integrato. E', infatti, previsto che nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima del 1 luglio 2023 (data di efficacia del nuovo Codice), la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'd.lgs. 50/2016³²¹.

5. Conclusioni

Come si è visto, la regolazione dei contratti pubblici era divenuta un vero e proprio *ginepraio*³²². In meno di venti anni, si sono succeduti tre Codici dei Contratti Pubblici. I primi due Codici sono stati ritenuti ostacoli al raggiungimento del risultato, inteso come tempestività ed efficienza dell'attività amministrativa legata all'acquisto di beni e servizi, tanto che si sono rese necessarie deroghe, sospensioni e norme speciali.

Il nuovo Codice, nell'auspicio di tutti, potrebbe mettere fine ad una stagione di tanta incertezza e confusione, che ha causato rallentamenti e inefficienza. La sua bandiera è il principio di risultato, affermato in modo esplicito al comma 1 dell'art. 1. Ma non è scontato che sarà così, gli ostacoli

319 Art. 44 comma 2 del d.lgs. 36/2023.

320 Art. 44 comma 5 del d.lgs. 36/2023.

321 Art. 225 comma 9 del d.lgs. 36/2023.

322 Sia consentito rinviare a Clarich M. – Fidone G., *La contrattualistica pubblica nel ginepraio delle fonti*, in Maltoni A. (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 27 – 55.

sono molti e la riforma è ancora da completare, basti pensare al tema centrale della qualificazione delle stazioni appaltanti o all'attuazione della digitalizzazione.

La razionalizzazione delle norme e degli stessi provvedimenti attuativi del Codice, con il superamento del sistema delle Linee Guida dell'ANAC, sicuramente porteranno certezza e stabilità al sistema, compreso il mercato dei servizi di architettura ed ingegneria.

In tale contesto, il tema della progettazione occupa un posto centrale. È chiaro che buone opere sono possibili solo con buoni progetti. È anche chiaro che i buoni progetti devono avere tempi rapidi e non ostacolare la celere realizzazione delle opere.

In questo senso, si pongono molte delle innovazioni del nuovo codice: su tutte la riduzione dei livelli di progetto da tre a due; la generalizzazione dell'ammissibilità dell'appalto integrato (affidamento dei lavori sulla base del solo progetto di fattibilità, con esecutivo a carico dell'appaltatore); l'elevamento delle soglie per l'affidamento diretto e per le procedure semplificate del sotto soglia. Tali disposizioni, certamente, corrispondono ad un'esigenza di rapidità ed efficacia dell'attività amministrativa.

Per altro verso, per quanto attiene ai soggetti destinatari degli affidamenti delle attività di architettura ed ingegneria, il nuovo Codice si pone in continuità con quello precedente. Non si riscontrano, infatti, sostanziali novità. Dunque, nel nuovo Codice abbiamo elementi di novità e ragioni di continuità.

In ultimo, un paio di perplessità.

La prima legata all'elevamento della soglia per gli affidamenti diretti, certamente ispirato a ragioni di celerità e di risultato, ma forse eccessivo. La soglia dei 150.000 Euro per i progetti appare particolarmente elevata, con probabile pregiudizio della concorrenza nel settore.

La seconda, già segnalata, legata ai possibili effetti sul mercato dei servizi di progettazione, che potrebbero derivare dalla liberalizzazione dell'appalto integrato. Infatti, la progettazione esecutiva (nella nuova accezione ampliata del Codice) verrà in molti casi a passare attraverso il filtro delle imprese di costruzioni.

Ovviamente, gli effetti concreti di tali novità sul mercato della progettazione dovranno essere valutati alla prova dei fatti.

