

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

DIVIETO DI AUTORIZZAZIONE "ORA PER ALLORA" PER GLI INCARICHI RETRIBUITI DEL DOCENTE A TEMPO PIENO¹

1. Il fatto

Con un'ordinanza ingiunzione Agenzia delle Entrate ingiungeva ad un Consorzio Universitario per la formazione, il pagamento di una sanzione pecuniaria conseguita alla violazione di cui all'art. 53, commi 9,11,15 del D. Lgs. n. 165 del 2001 per aver conferito ad un avvocato professore universitario un incarico retribuito senza la preventiva autorizzazione dell'ente di appartenenza.

L'ingiunta proponeva opposizione contestando il fatto che l'autorizzazione era stata fornita successivamente e che comunque la stessa non era a conoscenza dello status di professore universitario dell'avvocato poiché questi non aveva mai comunicato tale qualità.

Sia il giudice di pace in primo grado che il Tribunale in grado di appello accoglievano l'opposizione sul presupposto che l'autorizzazione, benché rilasciata "ora per allora" e dunque con effetti *ex tunc*, fosse assolutamente legittima in quanto equivalente a quella preventiva.

2. Le finalità della disposizione di cui all'art. 53 del D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Sebbene in particolari ambiti la giurisprudenza amministrativa consenta lo spostamento in avanti dell'esercizio del potere amministrativo nei casi in cui sia ancora possibile effettuare le valutazioni che ne sono alla base², lo stesso non può dirsi con riferimento agli incarichi

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Alessandra Ciccarelli Università di Camerino

² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2004, n. 1695 in merito alle autorizzazioni postume in relazione ad attività edilizie ovvero paesaggistiche.

retribuiti conferiti ai dipendenti pubblici che, al contrario, devono essere “previamente autorizzati” dall’amministrazione di appartenenza.

A tal proposito, l’art. 53 del D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 disciplina in maniera analitica lo svolgimento di incarichi esterni - retribuiti e non- da parte dei dipendenti pubblici e prevede una disamina di doveri ed obblighi in capo non soltanto ai dipendenti ma anche alle amministrazioni di appartenenza. Nello specifico, il comma 7 del medesimo articolo prevede che “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. (...)”³.

Tale normativa in tema di incompatibilità persegue lo scopo di garantire l’imparzialità, l’efficienza ed il buon andamento della pubblica amministrazione secondo quanto disposto dall’art. 1 della l. n. 241/1990⁴ e risponde al principio generale dell’esclusività delle prestazioni nel lavoro pubblico secondo la disposizione di cui all’art. 98 cost. Nel prevedere che “i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”, si è voluto rafforzare il principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost. Lo scopo è quello di evitare che “che il pubblico dipendente possa svolgere incarichi ulteriori rispetto a quelli che discendono dai propri doveri istituzionali, distogliendolo da essi ovvero creando forme autorizzate di concorrenza soggettiva in capo al medesimo soggetto interessato, e procurandogli un vantaggio economico che non ne giustificherebbe, se stabile e duraturo e quindi dotato dei caratteri della prevalenza e continuità, la permanenza all’interno della pubblica amministrazione, con i conseguenti rilevanti oneri ad essa attribuiti”⁵.

Con specifico riferimento ai docenti universitari a tempo pieno la disciplina relativa alle attività extraistituzionali e alle incompatibilità è regolata dalle disposizioni di cui all’art.11, co.5, D.P.R. 11 1 luglio 1980 n.382 e soprattutto attualmente dall’art.6, co.9 e 10, Legge 30 dicembre 2010 n.240 da coordinare con i precetti generali dell’art.53, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165 . Pertanto ai sensi dell’art. 6, comma 10 “i professori e i ricercatori a tempo pieno possono svolgere, previa autorizzazione del rettore, funzioni didattiche e di ricerca, nonché

³ Sempre all’art. 53, commi 8 e 9 si precisa che le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi.

⁴ Cfr. Tar Lombardia 7 marzo 2013, n. 614.

⁵ Cass., 18 giugno 2020 n. 11811.

compiti istituzionali e gestionali senza vincolo di subordinazione presso enti pubblici e privati senza scopo di lucro, purché non si determinino situazioni di conflitto di interesse con l'università di appartenenza, a condizione comunque che l'attività non rappresenti detrimento delle attività didattiche, scientifiche e gestionali loro affidate dall'università di appartenenza".

3. Divieto di autorizzazione “ora per allora” degli incarichi del docente a tempo pieno

Il dato testuale dell'art. 53 del D. Lgs. n. 165/2001 in cui viene specificato che gli incarichi retribuiti devono essere "*previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza*" nonché quello dell'art. 6, comma 10, della L. n. 240/2010 che subordina lo svolgimento di particolari attività alla "*previa autorizzazione del rettore*", depone per la necessaria acquisizione preventiva dell'autorizzazione⁶.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte rilevato che il disposto dell'art. 53, co. 9 cit., risulta diretto a sanzionare una violazione di carattere "formale", integrata cioè dal fatto di un privato che abbia conferito un incarico a un dipendente pubblico senza avere ottenuto preventivamente l'autorizzazione dell'Amministrazione presso cui il medesimo presta servizio. Detto illecito non può, dunque, essere sanato da un'autorizzazione intervenuta successivamente (con effetti anche "ora per allora") al conferimento dell'incarico⁷. La valutazione dell'incarico deve avvenire necessariamente a monte della vicenda, perché solo in questa fase l'amministrazione può accertare la compatibilità tra l'incarico esterno e le funzioni istituzionali e scongiurare situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Anche il Consiglio di Stato ha affermato in maniera perentoria che gli unici incarichi extraistituzionali consentiti al dipendente risultano essere solo quelli conferiti direttamente dall'Amministrazione ovvero previamente autorizzati. Il dovere di rispettare tale regola "costituisce interpolativamente (giacché introdotto per legge) null'altro che uno

⁶ Molto chiaramente Tar Lombardia, Milano, 7 marzo 2013, n. 614, cit. I Giudici amministrativi sono concordi nel ritenere che le autorizzazioni postume “ora per allora” non hanno fondamento legislativo. A titolo esemplificativo, per tutte, cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, sent. n. 263/2017.

⁷ Cfr, per tutte, Cass., 2 settembre 2020 n. 18206.

dei diversi doveri del dipendente che rientrano nel fascio dei suoi obblighi dovuti per effetto del rapporto lavorativo dipendente”⁸.

Interessante allora la conclusione raggiunta nell’odierna sentenza dalla Corte di Cassazione che, ribadendo quanto già ampiamente delineato dalla costante giurisprudenza, contesta in maniera perentoria le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado e da quello in sede di appello secondo i quali bisogna distinguere tra “autorizzazione postuma”, sostanzialmente vietata, e “autorizzazione ora per allora”, con ciò intendendosi quell’autorizzazione rilasciata con effetti *ex tunc* e dunque con efficacia sanante, in tutto e per tutto equivalente a quella preventiva.

In realtà, come già evidenziato in precedenti pronunce, l’autorizzazione per incarichi esterni, rilasciati ai dipendenti pubblici, con la formula “ora per allora” non produce alcun effetto ma fa nascere l’obbligo da parte del dipendente infedele di restituire le somme ricevute per tutti gli incarichi svolti in assenza della preventiva autorizzazione⁹. Secondo la Corte di Cassazione tale tipo di autorizzazione, quand’anche legittima, potrebbe spiegare i propri effetti nell’ambito del rapporto tra l’Ateneo e docente ma non potrebbe comunque produrre effetti nei confronti di terzi¹⁰.

Pertanto, nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione enuncia lo specifico principio di diritto in base al quale “lo svolgimento di incarichi extraistituzionali retribuiti da parte di dipendenti della P.A. è condizionato alla previa autorizzazione da parte dell’amministrazione di appartenenza, secondo quanto previsto dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 53, comma 9, con la conseguenza che la violazione di siffatta prescrizione non può essere sanata da un’autorizzazione successiva (ora per allora), stante la specificità del rapporto di pubblico impiego, la necessità di verificare “ex ante” la compatibilità tra l’incarico esterno e le funzioni istituzionali, e tenuto conto altresì della circostanza che il potere sanzionatorio è attribuito all’Agenzia delle Entrate e non all’amministrazione di provenienza del dipendente”.

⁸ Cons. Stato, sez. VI, 2 novembre 2016, n. 4590.

⁹ Cass., n. 18206/2020, cit.

¹⁰ Cass. n. 29382/2021