

## Ufficio Studi CODAU

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

### **I COMMI 7 E 7BIS DELL'ART. 53 D. LGS. 30 MARZO 2001 N. 165: UNA FATTISPECIE A FORMAZIONE PROGRESSIVA**

#### **1. Il caso**

Il presente contributo trae spunto dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. Seconda, n. 4091 del 27.5.2021 che respinge il ricorso in appello di un sottoufficiale assistente sanitario-infermiere in servizio presso il centro di selezione della Marina militare avverso la sentenza del Tar che ha ritenuto legittimo l'avvio del recupero degli importi da lui ricevuti per attività lavorativa esterna non autorizzata da parte dell'amministrazione di appartenenza<sup>1</sup>.

Secondo i giudici amministrativi, il caso analizzato ricade nella disciplina dell'art. 53, comma 7 del D.Lgs. 165/2001 e dell'art. 896, comma 4, del D. Lgs. 66/2010 "Codice dell'ordinamento militare".

Tra i difetti eccepiti in appello dinanzi al Consiglio di Stato, l'appellante fa riferimento all'inesatto inquadramento normativo in quanto il citato comma 7 dell'art. 53 non sarebbe applicabile al personale militare così come da prescrizione contenuta all'interno del Codice dell'ordinamento militare.

In particolare, però, la censura della sentenza di primo grado scaturisce dal fatto che il Tar non avrebbe attribuito natura risarcitoria all'illecito commesso dal ricorrente con ciò escludendo il vaglio esclusivo della Corte dei conti. Viene eccepito pertanto il difetto di giurisdizione nonostante fosse stato proprio il ricorrente ad adire il giudice amministrativo per chiedere l'annullamento della nota con cui veniva data comunicazione dell'avvio del procedimento di recupero degli importi percepiti per l'attività lavorativa esterna non autorizzata.

Il Consiglio di Stato nell'affrontare la questione, tratta in maniera approfondita il tema dell'incompatibilità ed il cumulo degli incarichi del dipendente pubblico, ribadendo come non possano essere svolti incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati

---

<sup>1</sup> Hanno collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi e Alessandra Ciccarelli Università di Camerino

dall'amministrazione di appartenenza. L'autorizzazione viene rilasciata dopo che la verifica dell'insussistenza di conflitti di interesse anche potenziali. A tal proposito il Consiglio di Stato rileva come la situazione di incompatibilità deve essere "valutata in astratto" poiché la norma mira a salvaguardare le energie lavorative del dipendente al fine del miglior rendimento e ciò anche se, in definitiva, questi abbia sempre svolto regolarmente la propria attività impiegatizia. Per tale ragione la legge attribuisce alla Pubblica Amministrazione il diritto ad un controllo preventivo degli incarichi che potrebbero pregiudicare il corretto adempimento delle pubbliche funzioni cui i dipendenti sono preposti.

La finalità delle norme, in particolare nell'individuare una responsabilità disciplinare ed il conseguente riversamento all'amministrazione delle somme percepite in difetto di autorizzazione, è infatti quella di dissuadere il dipendente pubblico dall'assunzione di incarichi extra istituzionali retribuiti nel pieno rispetto del principio di esclusività del rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione.

## **2. La diversa natura giuridica delle previsioni contenute nel comma 7 e 7bis dell'art. 53 D. Lgs. 165/2001.**

Il Consiglio di Stato, per meglio giustificare il rigetto del ricorso, si sofferma ad analizzare la natura giuridica delle previsioni contenute nelle disposizioni di cui ai commi 7 e 7bis dell'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001.

Il comma 7 in particolare impone al dipendente pubblico di riversare, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte 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. Ebbene il Consiglio di Stato individua in tale norma "*una misura reale di natura compensativa della condotta irregolare del dipendente*". Essa infatti prevede l'obbligo restitutorio del *tantundem* indebitamente percepito e scaturente dalla violazione della normativa regolante l'autorizzazione degli incarichi extraistituzionali.

Differente è invece la previsione del successivo comma 7 bis secondo cui "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". Tale norma disciplina un'ipotesi di illecito erariale che consegue alla violazione dell'obbligo di cui al comma

precedente e determina un depauperamento delle casse pubbliche rispetto a somme che il legislatore assegna loro con totale automatismo<sup>2</sup>.

Il Consiglio di Stato, pertanto, scinde la vicenda in due momenti differenti rappresentati, l'uno dalla nascita dell'obbligo restitutorio di cui al comma 7 e l'altro nella condotta successiva di omissione del versamento del compenso. È proprio questa omissione a determinare ontologicamente un danno erariale poiché priva l'amministrazione di somme che le spettano in quanto correlate alla prestazione lavorativa del proprio dipendente<sup>3</sup>.

Si tratta dunque di una fattispecie a formazione progressiva ove la prima condotta rileva obiettivamente, a meno che il percipiente non decida di contestarne i presupposti disconoscendo il diritto dell'Amministrazione alle reversali economiche imposte. La seconda condotta attiene, invece alle ragioni dell'omesso versamento, che implicano necessariamente la valutazione della liceità della condotta, sotto il profilo oggettivo (supposta non necessità dell'autorizzazione) o soggettivo (mancanza dell'elemento psicologico richiesto).

### **3. La questione relativa alla giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice contabile.**

Secondo il Consiglio di Stato la natura giuridica delle previsioni poc'anzi analizzate influenza evidentemente la questione relativa alla giurisdizione.

---

<sup>2</sup> Interessante a tal proposito è la pronuncia della Corte dei conti, Sezioni Riunite in sede giurisdizionale del 31.7.2019 n. 26 nella quale le Sezioni riunite hanno approfondito il paradigma della responsabilità amministrativa de qua, indagando la ratio sottesa ai commi 7 e 7 bis dell'art. 53 del TUPI. A tal riguardo, il giudice contabile ha ribadito la posizione, già assunta dalla giurisprudenza di legittimità, in forza della quale si scinde tra la condotta attiva, di cui al comma 7, riferita all'agere del dipendente e consistente nella violazione del divieto di svolgimento degli incarichi retribuiti in difetto della necessaria e preventiva autorizzazione, la quale in sé considerata non provoca alcun danno al patrimonio della P.A.; e la condotta omissiva successiva, prevista dal comma 7 bis, in cui si rinviene il concetto di risarcimento, in quanto si ritiene che <<il valore, suscettibile di valutazione patrimoniale o patrimoniale ab origine, colpito dal comportamento del soggetto attivo, sia già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato. In tal modo, il Consesso decidente ha chiarito l'esatta interpretazione da attribuire alla stretta correlazione dei due momenti disciplinati la medesima fattispecie di responsabilità erariale, quali, da un lato, l'obbligo di riversamento del compenso percepito per l'incarico effettuato in assenza di autorizzazione, dall'altro, il mancato versamento dell'importo in conto entrata dell'amministrazione di appartenenza. In altri termini, si è giunti alla conclusione secondo cui <<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>>, per cui <<è alla condotta descritta dal comma 7 che si riferisce evidentemente la tesi della "responsabilità sanzionatoria">>.

Invece, nell'ipotesi del comma 7 bis non si ravvisano né una sanzione per la violazione di "specifiche disposizioni normative", né la predeterminazione di sanzioni in un minimo o massimo edittale, entro il quale il giudice può stabilire la pena da irrogare, tant'è che in tale ambito si ravvisa una responsabilità di natura risarcitoria, in quanto <<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 un'entrata vincolata e da imputarsi al fondo perequativo per i dipendenti>>.

<sup>3</sup> Cass. civ. Sez. Unite Ord., 23/02/2021, n. 4852 L'azione promossa dal Procuratore della Corte dei conti nei confronti di dipendente della PA, ex art. 53, comma 7, D. Lgs. n. 165/2001, che abbia omesso di versare alla propria Amministrazione i corrispettivi percepiti nello svolgimento di un incarico non autorizzato, rimane attratta alla giurisdizione del giudice contabile, anche se la percezione dei compensi si è avuta in epoca precedente all'introduzione del comma 7-bis del medesimo art. 53, norma che non ha portata innovativa; si verte, infatti, in 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 pubblico.

Laddove infatti si verta in merito all'accertamento dei presupposti dell'obbligo di versamento dei compensi percepiti in maniera indebita non è possibile sottrarne la giurisdizione al giudice amministrativo visto che la giurisdizione contabile subentra solo in un momento diverso ovvero quando – accertato il credito dell'amministrazione – il debitore non abbia provveduto a soddisfarlo.

In definitiva, è necessario scindere i due momenti: il primo relativo alla contestazione del diritto di credito reclamato dall'amministrazione appartenente alla giurisdizione del giudice amministrativo, l'altro attinente all'inadempimento dello stesso diritto di credito una volta accertata la titolarità in capo all'amministrazione che, al contrario, ricade nella giurisdizione del giudice contabile così come previsto dall'art. 53, comma 7bis del D.Lgs. n. 165/2001. La stessa Corte di Cassazione ha affermato che solo la violazione dell'obbligo restitutorio in quanto strumentale al corretto esercizio delle mansioni del dipendente "può essere addotta come fonte di responsabilità amministrativa" come tale capace di radicare la giurisdizione della Corte di conti<sup>4</sup>.

#### **4. Restituzione delle somme. Entità.**

Il Consiglio di Stato si sofferma, infine, su un aspetto prettamente tecnico (ma utile per l'operatore del diritto) relativo all'entità della somma da restituire. Ci si chiede infatti se l'importo dovuto dal dipendente debba essere reso al netto ovvero al lordo dei conseguenti oneri fiscali.

Nell'odierna pronuncia il Consiglio di Stato, ribadendo la sua precedente posizione afferma che dirimente, al riguardo, risulta la considerazione del fatto che né la legge, né i principi in materia portano a ritenere che esse debbano essere rese al netto e non al lordo dei conseguenti oneri fiscali<sup>5</sup>. Aggiunge infatti che altro è il rapporto di debito che intercorre fra l'Amministrazione tenuta al recupero nei riguardi del percipiente della retribuzione goduta per l'incarico svolto ed altro è il rapporto tributario che quest'ultimo può avere avuto col fisco a tempo debito, in

---

<sup>4</sup> In tal senso Cass. civ. Sez. Unite, 22.12.2015, n. 25769.

<sup>5</sup> Testualmente, Cons. Stato Sez. VI, 02-11-2016, n. 4590 secondo cui "Se, infatti, si tiene in debita considerazione la ontologica differenza dei rapporti di cui s'è detto sopra, è agevole riscontrare che, sul fronte del rapporto tributario, ossia vis a vis il Fisco, il soggetto che patisce il recupero del credito al lordo di imposta ben può, attivandosi adeguatamente, recuperare a propria volta le imposte assolute, facendo valere il fatto che esse - ove non restituite - risulterebbero versate su ricavi non conseguiti (o, meglio, su ricavi conseguiti ma, poi, integralmente riversati all'Amministrazione che ha attivato il procedimento per il loro recupero). In tal modo, dunque, la persona soggetta a recupero riesce a neutralizzare - anche se con un certo lag temporale - il danno patrimoniale che, altrimenti, la stessa patirebbe per l'intervenuto adempimento tributario su somme-ricavi non definitivamente trattenute. Gli oneri cui, per questo, la persona in questione deve oggettivamente sottostare costituiscono indubbiamente degli incomodi, ma essi sicuramente non sono addebitabili all'Amministrazione che effettua il recupero, costituendo piuttosto degli effetti riflessi e secondari della condotta originaria da cui tutto l'insieme di eventi scaturisce e, rispetto alla quale, non può che valere il principio dell'imputet sibi". Si veda anche Corte dei Conti Sez. riunite sentenza n.4/2021.

relazione ai momenti di effettiva percezione del ricavo corrispettivo dell'attività effettuata. Resta dunque la circostanza basilica per cui "queste differenze di importo da recuperare né possono essere addossate all'Amministrazione tenuta al recupero né possono ricadere a vantaggio o svantaggio (a seconda dei casi) di coloro che sono soggetti alla procedura di recupero. Il soggetto che patisce il recupero del credito al lordo di imposta, pertanto, ben può, attivandosi adeguatamente, recuperare a propria volta le imposte assolte, facendo valere il fatto che esse – ove non restituite – risulterebbero versate su ricavi non conseguiti (o, meglio, su ricavi conseguiti ma, poi, integralmente riversati all'Amministrazione che ha attivato il procedimento per il loro recupero)"<sup>6</sup>.

Va dato conto, però, anche di una differente recente pronuncia della Corte dei conti secondo cui "La violazione dell'art. 53, commi 6-7 bis, D.Lgs. n. 165/2001, a seguito dell'espletamento di attività extralavorative non autorizzate o non autorizzabili da parte di pubblici dipendenti, comporta la restituzione delle somme indebitamente percepite all'amministrazione d'appartenenza al netto della ritenuta fiscale"<sup>7</sup>.

## 5. Conclusione

Posto tutto quanto sopra il Consiglio di Stato rigetta il ricorso in appello visto che l'oggetto dell'impugnativa nel caso di specie era esclusivamente la nota con la quale l'Amministrazione aveva ricordato al dipendente le conseguenze della propria condotta illecita, indicando l'importo delle somme da riversare e mettendo contestualmente in mora il dipendente, anche ai fini dell'interruzione della prescrizione.

A detta del Consiglio di Stato, pertanto, a fronte della doverosa richiesta da parte dell'amministrazione di appartenenza, era stato proprio il dipendente ad adire il T.A.R. contestando "non il *quomodo* del recupero, che al più sarebbe stato meritevole di censura, bensì l'*an* e il *quantum*, con ciò circoscrivendo a tale aspetto il perimetro della controversia". Il ricorso, infatti, era volto ad impugnare il provvedimento di accertamento dei presupposti dell'obbligo di versamento dei compensi percepiti con evidente attribuzione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

---

<sup>7</sup> Corte dei Conti Lombardia Sez. giurisdiz., 23/11/2020, n. 198