

### **Il nuovo riparto di giurisdizione sull'azione di recupero dei compensi percepiti per incarichi non autorizzati**

**Sommario:** 1. *La fattispecie decisa dalla Corte di cassazione con l'ord. n. 7737 del 7 aprile 2020.* – 2. *Le attività extra istituzionali nel pubblico impiego.* – 3. *L'obbligo di versamento dei compensi derivanti da incarichi non autorizzati.* – 4. *Omesso versamento e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile.* – 5. *Concorso delle azioni di recupero civili ed erariali nel rispetto del divieto di bis in idem.* – 6. *Sulla natura giuridica della responsabilità prevista dall'art. 53, c. 7-bis, Tupi.* – 7. *Considerazioni conclusive.*

1. *La fattispecie decisa dalla Corte di cassazione con l'ord. n. 7737 del 7 aprile 2020*

Con l'ordinanza in epigrafe, le Sezioni unite della Corte di cassazione si sono pronunciate sulla responsabilità da omesso versamento di compensi percepiti a titolo di corrispettivo per l'espletamento di attività extra istituzionali non autorizzate, argomento appartenente alla galassia del pubblico impiego e di particolare rilevanza per la dottrina giuscontabile che, in più di un'occasione, si è mostrata critica, seppure con spirito propositivo con la sentenza in rassegna, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno confermato la giurisdizione (1) nei riguardi della disciplina posta dal legislatore. La vicenda vede il giudice contabile condannare, a titolo di responsabilità amministrativa e in entrambi i gradi di giudizio, un infermiere della Marina militare per non aver versato al Ministero della difesa gli importi provenienti da attività professionale esterna, non autorizzata, a favore di due strutture sanitarie private, svoltesi tra il 2003 e il 2006. Tuttavia, innanzi al giudice di prime cure viene sollevata un'eccezione sulla giurisdizione, reiterata in appello

(1) Si vedano le ipotesi di riformulazione dell'art. 53, c. 7-bis, Tuel, proposte, rispettivamente, in ottica sanzionatoria e risarcitoria, da G. Albo, *Il danno da omesso versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore*, in A. Canale et al., *La Corte dei conti: responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2019, 381, e A. Vetro, *Incarichi retribuiti, privi di autorizzazione, a favore di pubblici dipendenti: individuazione della giurisdizione in materia di responsabilità per violazione del regime di incompatibilità*, in <www.contabilita-pubblica.it>, 28 giugno 2019.

dinanzi alla sezione centrale e motivo di ricorso per cassazione, che milita per la conoscibilità del giudizio da parte del giudice ordinario. In particolare, è opinione del ricorrente che, non trovando applicazione l'art. 53, c. 7-bis, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, alle condotte interamente consumatesi prima dell'entrata in vigore della l. 6 novembre 2012, n. 190, la giurisdizione contabile dovrebbe trovare giustificazione in un'ulteriore voce di danno rispetto alla mancata restituzione dei compensi, altrimenti spettando la competenza a pronunciarsi nella materia *de quo* solo all'autorità giudiziaria ordinaria.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, considerata la complessità dell'argomento, operano, con riferimento alle azioni di recupero di somme indebitamente percepite prima della novella del 2012, un nuovo riparto di giurisdizione, fondato sul *petitum* sostanziale dell'atto introduttivo del giudizio. Di talché è prevista la spettanza all'a.g.o. della giurisdizione sull'azione proposta nei riguardi sia del soggetto erogante sia dello stesso dipendente, qualora sorretta da una *causa petendi* quale il recupero di un credito dalla natura sanzionatoria *ex lege*, funzionale al rafforzamento degli obblighi di fedeltà ed esclusività del pubblico impiegato. Contrariamente, il giudice contabile conosce della fattispecie di recupero in via monitoria di compensi non autorizzati allorché la domanda venga proposta, nei confronti del dipendente, non dall'ente di appartenenza ma direttamente dalla procura regionale della Corte dei conti, in detto caso trovando giustificazione la domanda nel danno erariale conseguente alla violazione del dovere strumentale di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi extra lavorativi. Infine, l'incompatibilità con il divieto di *bis in idem* di un doppio regime di responsabilità rivolto al conseguimento della medesima utilità, seppure a diverso titolo, viene superata dal collegio sul piano della indefettibile alternativa proponibilità: esercitata l'azione giuscontabile, l'ente non è in condizione di esercitare l'azione di recupero davanti al giudice ordinario. Pertanto, con riferimento alla vicenda in esame e a conferma di quanto statuito dalla Corte dei conti, le Sezioni unite affermano la giurisdizione erariale, indipendentemente dal fatto che il *quantum* dedotto in giudizio dalla procura contabile coincidesse con l'ammontare dei compensi percepiti, poiché, dall'esame dell'atto introduttivo del giudizio, è evidente la riconducibilità univoca della *causa petendi* e del *petitum* sostanziale all'ipotesi dell'illecito erariale e, in particolare, al danno c.d. da sviamento delle energie lavorative.

Per apprezzare l'importanza di una simile pronuncia, si rende necessario approfondire il contesto normativo in cui si inserisce, composto da numerose prescrizioni dirette a individuare le attività extra istituzionali, a disciplinarne l'esercizio e, infine, a punire ogni loro svolgimento abusivo.

2. *Le attività extra istituzionali nel pubblico impiego*

Costituisce attività extra istituzionale l'attività professionale svolta dall'impiegato in favore di un soggetto giuridico distinto dal proprio datore di lavoro pubblico. Trattasi di un'attività soggetta a stringenti limitazioni, che colpiscono entrambi i regimi cui soggiace il pubblico impiego e che non hanno equivalenti nell'impiego privato (2), ove l'unico limite al c.d. doppio lavoro è individuato dal legislatore nell'art. 2105 c.c. e consiste nel divieto di svolgere attività che si pongano in concorrenza con quelle datoriali. Il fondamento giuridico di questa peculiare disciplina, che contribuisce, insieme a poche altre, a ricordare all'interprete come il pubblico impiego sia ancora qualificabile alla maniera di un "regime speciale", è ravvisabile nel principio di esclusività della prestazione lavorativa a favore della pubblica amministrazione di riferimento, che viene implicitamente enunciato nel disposto dell'art. 98, c. 1, Cost. Un principio diretto a concentrare tutte le energie del lavoratore sulle mansioni attribuitegli dal datore di lavoro pubblico, onde tutelare il buon andamento dei pubblici uffici da eventuali condizionamenti di centri d'interesse alternativi, in grado di influire negativamente sulla qualità del servizio esercitato, sull'indipendenza dell'agente pubblico e, in definitiva, sul prestigio dell'intera pubblica amministrazione (3).

La disciplina delle attività extra istituzionali è contenuta per intero in alcune fonti primarie, in particolare nell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (c.d. Testo unico sul pubblico impiego), ove sono indicate le incompatibilità, le attività autorizzabili e gli incarichi liberalizzati. Quanto alle attività incompatibili con il rapporto di pubblico impiego, la disposizione opera, al primo comma, un rinvio alla regolamentazione contenuta negli artt. 60-65 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (c.d. Testo unico degli impiegati civili dello Stato). Il legislatore, facendo salve alcune eccezioni alla regola, ravvede ipotesi di incompatibilità nell'esercizio del commercio, dell'industria o della libera professione, così come nell'impiego subordinato alle dipendenze di altro datore di lavoro o nel ricoprimento di cariche sociali. L'attività incompatibile, come ha specificato la giurisprudenza (4), deve essere svolta alla luce dei canoni di subordinazione (esclusa l'attività libero professionale), continuità, professionalità e redditività. L'inosservanza del divieto comporta l'adozione di una diffida, da parte del ministro o del direttore generale competente, a cessare dalla situazione di incompatibilità, che, se inascoltata per un periodo superiore a

quindici giorni, provoca la decadenza automatica dell'impiegato, dichiarata con decreto del ministro competente, sentito il consiglio di amministrazione. Questa tipologia di provvedimento non ha natura sanzionatoria o disciplinare, "ma costituisce una diretta conseguenza della perdita di quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che, se fossero mancati *ab origine*, avrebbero precluso la stessa costituzione del rapporto di lavoro" (5). D'altronde, l'ottemperanza al contenuto della diffida, se esclude in radice ogni forma di automatismo espulsivo, non esime il pubblico impiegato dalla responsabilità disciplinare per aver violato l'obbligo di esclusività né, secondo parte della dottrina (6) e della giurisprudenza (7), dalla responsabilità amministrativa per danno erariale da remunerazione indebita.

Agli antipodi delle attività vietate si trovano le c.d. attività liberalizzate, la cui disciplina è contenuta nel sesto comma dell'art. 53 TUpi e il cui espletamento è radicalmente libero. Trattasi di attività di modesta rilevanza o espressione di diritti fondamentali del cittadino (8), che il pubblico dipendente, compatibilmente con il proprio orario di lavoro e senza inficiare sulla personale produttività, può svolgere in assenza di un titolo autorizzatorio, purché non verta in conflitto di interesse.

Tra i due opposti poli, si colloca la disciplina delle attività extra istituzionali autorizzabili, contenuta nei cc. 2 ss. dell'art. 53 TUpi, che consente al dipendente pubblico di svolgere attività extralavorative previo ri-

(5) Cfr. Cass., Sez. lav., 6 agosto 2018, n. 20555, in *Mass. giust. civ.*, 2018, e Cons. Stato, Sez. III, 24 dicembre 2013, n. 6225, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 3373.

(6) Cfr. G. Albo, *op. cit.*, 382 s. L'Autore lamenta l'esistenza di un contenzioso unitario, nel quale non sarebbe individuabile una chiara distinzione tra attività incompatibili e attività non autorizzate, a entrambe le quali verrebbe applicato il recupero previsto al c. 7 dell'art. 53 TUpi. Di seguito, sostiene che l'esercizio di un'attività incompatibile con il pubblico impiego investe radicalmente il rapporto di servizio con la pubblica amministrazione e sia *in re ipsa* dotato di lesività erariale, consistente nella remunerazione indebita percepita dal dipendente pubblico. La sua responsabilità può concorrere con i dirigenti consapevoli o, per grave negligenza, ignari dell'attività incompatibile svolta dal proprio personale. M. Ferrante, *Il perimetro della giurisdizione contabile per gli incarichi*, in <www.dirittoconti.it>, 16 marzo 2020, fa notare che, nonostante il differente inquadramento, sotto il profilo del titolo dell'illecito e delle conseguenze lesive risarcibili, delle due fattispecie e l'esigenza di applicare alle ipotesi di esercizio di attività incompatibile una disciplina sanzionatoria differente da quella prevista per le attività non autorizzate, nella quasi totalità delle pronunce è applicato a entrambe le fattispecie l'art. 53, c. 7, TUpi.

(7) Cfr. Corte conti, Sez. III centr. app., 25 novembre 2019, n. 230, e Sez. app. reg. Siciliana, 5 marzo 2020, n. 21, che, intervenendo su due vicende di incompatibilità, hanno fatto coincidere il danno con l'importo delle retribuzioni percepite dall'ente pubblico di appartenenza o con quella parte di queste destinata a "compensare" il rapporto di esclusività.

(8) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 20 febbraio 2020, n. 24, e Sez. III centr. app., 23 settembre 2019, n. 174.

(2) Cfr. M. Ferretti, *Violazione del principio di esclusività del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e danno erariale: orientamenti giurisprudenziali difformi e risposta del legislatore*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 864.

(3) Cfr. V. Tenore, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, Roma, Epc, 2008, 8.

(4) Cfr. Tar Campania, Sez. II, 22 gennaio 2002, n. 389, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 202, e Cons. giust. amm. Sicilia, 27 novembre 1995, n. 350, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1612.

lascio di un'autorizzazione, richiedibile sia dai soggetti pubblici o privati incaricanti sia dallo stesso impiegato incaricato. Il rilascio del titolo è subordinato all'esito positivo di una verifica di compatibilità, che l'amministrazione svolge alla stregua di parametri, sovente raccolti in regolamenti o circolari interne, dalla natura oggettiva (9), quali l'assenza di conflitti d'interesse con l'amministrazione datrice di lavoro, l'occasionalità o la saltuarietà della prestazione lavorativa *extra officio* e la sua compatibilità con il rapporto di pubblico impiego. Parte della dottrina (10) ritiene che detti parametri debbano essere valutati con riferimento a concorrenti profili soggettivi, quali la dignità e la terzietà delle mansioni svolte presso l'amministrazione, il numero di incarichi già autorizzati in precedenza, la laboriosità e la professionalità posseduta. Il legislatore prescrive l'obbligo di richiedere l'autorizzazione con riferimento non solo agli incarichi retribuiti, ma anche a quelli a titolo gratuito, anche essi oggetto di comunicazione, che l'amministrazione deve effettuare al Dipartimento per la funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri. L'inosservanza dell'obbligo autorizzativo è rigorosamente punita dall'ordinamento attraverso un meccanismo restitutorio, la cui struttura peculiare e la cui natura incerta meritano di essere approfondite, seppure per sommi capi e senza alcuna pretesa di esaustività.

### 3. L'obbligo di versamento dei compensi derivanti da incarichi non autorizzati

Ogni attività astrattamente compatibile con il pubblico impiego, se svolta in assenza della relativa autorizzazione all'esercizio, comporta obblighi di restituzione in capo all'incaricante e all'incaricato. Se l'incarico retribuito è conferito da una pubblica amministrazione (ovviamente diversa da quella dell'interessato), il provvedimento di conferimento costituisce infrazione disciplinare per il responsabile del procedimento ed è nullo di diritto, mentre l'importo previsto come corrispettivo dell'incarico viene trasferito all'amministrazione di appartenenza del dipendente ad incremento del fondo di produttività

(9) Cfr. Cass., Sez. lav., 7 maggio 2019, n. 11949, in <www.iusexplorer.it>. Contiene una *check list* di regole che le pubbliche amministrazioni dovrebbero osservare nel decidere se autorizzare i propri dipendenti anche Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 25 novembre 2014, n. 216, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, 336, con nota di M. Di Rollo, *Conseguenze sanzionatorie delle attività retribuite svolte dai dipendenti pubblici presso terzi*. Cfr. anche G. Bertagna, *Così la check list per gli incarichi da autorizzare ai propri dipendenti*, in <www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com>, 14 maggio 2015, secondo cui trattasi di "un vero e proprio percorso operativo" da osservare nell'ambito della procedura autorizzatoria: "un dettagliato elenco di verifiche da compiere che esulano dagli aspetti economici, per concentrarsi su un'analisi di opportunità o di impegno lavorativo".

(10) Cfr. V. Tenore (a cura di), *Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, Epc, 2020, 603 s.

o di fondi equivalenti (art. 53, c. 8, Tupi). Se, invece, l'incarico è conferito da enti pubblici economici o soggetti privati è prevista una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma a dipendenti pubblici (art. 53, c. 9, Tupi, mediante il rinvio all'art. 6, c. 1, d.l. 28 marzo 1997, n. 79, convertito con modificazioni dalla l. 28 maggio 1997, n. 140). Se il compenso dovuto per le prestazioni svolte è già stato erogato (11), sorge, in capo al dipendente pubblico, un obbligo di restituzione dello stesso (12), da versare nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente, per essere destinato a incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti (art. 53, c. 7, Tupi). Quindi, una volta accertata l'assenza dell'autorizzazione, l'espletamento dell'incarico e la percezione del compenso, sorge la necessità di una risposta dell'ordinamento dal tenore più mite rispetto alla decadenza dell'incarico, quale è l'obbligo di restituzione, seguito da una eventuale responsabilità disciplinare.

L'inadempimento dell'obbligo restitutorio, indicato all'art. 53, c. 7, del d.lgs. n. 165/2001, consente l'instaurazione di un'azione di recupero, sulla conoscibilità della quale si è a lungo dibattuto nelle giurisdizioni superiori, sino all'intervento chiarificatore del legislatore. Difatti, con la l. 6 novembre 2012, n. 190, è stato introdotto, nell'art. 53 Tupi, un comma *7-bis*, ove si dispone che l'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisca ipotesi di responsabilità erariale, soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti. Tuttavia, permane un'incertezza su quale giudice possa esercitare la propria giurisdizione in relazione alle fattispecie di omesso versamento consumatesi prima del 28 novembre 2012 ed è proprio con riferimento a quest'ultimo argomento che si sono pronunciate le Sezioni unite attraverso l'ordinanza in commento.

(11) Cfr. Corte conti, Sez. III centr. app., 16 marzo 2018, n. 93, in cui si legge che l'art. 53, c. 7, deve essere interpretato "nel senso che il compenso debba essere preventivamente richiesto all'ente erogatore solo se non ancora erogato, mentre dovrà pretendersi dal percettore se già incamerato dallo stesso, non potendosi, invece, sostenere che l'amministrazione debba preventivamente richiedere la somma, originariamente corrisposta, ai committenti".

(12) Secondo l'orientamento maggioritario (cfr., *ex multis*, Corte conti, Sez. I centr. app., 9 luglio 2019, n. 150), l'importo deve essere restituito al netto dell'imposizione fiscale, in quanto "se dal dipendente si dovesse pretendere il compenso al lordo, l'amministrazione destinataria del riversamento riceverebbe una quota aggiuntiva con carattere di effettiva locupletazione non avendo rivestito la funzione di sostituto di imposta rispetto a quel compenso". L'oscillazione giurisprudenziale in materia di quantificazione del danno erariale, se al lordo o al netto delle ritenute, è riportata in Corte conti, Sez. I centr. app., 20 novembre 2019, n. 257. Sul tema, v. anche A. Bianco, *Incarichi non autorizzati, incassi da restituire esclusa la ritenuta d'acconto*, in <www.quotidianoentilocali.ilsole24ore.com>, 30 aprile 2015.

#### 4. Omesso versamento e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile

Il contesto normativo carente e la giurisprudenza contrastante hanno consentito, in quest'ultimo decennio, lo sviluppo di un dibattito sull'applicabilità dell'art. 53, c. 7-bis, alle fattispecie di omesso versamento consumatesi prima dell'entrata in vigore della novella e, in sostanza, sulla natura, ordinaria o erariale, del giudice innanzi al quale l'azione di recupero degli importi percepiti come corrispettivo dell'attività extra istituzionale non autorizzata debba essere incardinata (13). Un dibattito che tocca le giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile e che, nonostante le critiche pervenute dalle Sezioni riunite della Corte dei conti (14), è ancora legato all'individuazione della natura giuridica dell'obbligo di versamento.

Delimitando il perimetro dell'analisi alla posizione della giurisprudenza di legittimità, si dà atto dell'esistenza di due tesi, speculari tra loro. Una prima tesi (15) ha ritenuto applicabile il c. 7-bis anche alle fattispecie consumatesi prima del 28 novembre 2012 e ha attribuito la giurisdizione sull'azione di recupero alla Corte dei conti, ravvedendo una "continuità regolativa" con un orientamento di legittimità già esistente e militante in tal senso (16). Secondo questo orienta-

(13) Il contrasto giurisprudenziale è ordinatamente esposto in A. Vetro, *op. cit.*

(14) Cfr. Corte conti, Sez. riun. giur., 31 luglio 2019, n. 26, in questa *Rivista*, 2019, fasc. 5, 179, con nota di A.M. Quaglini, *Svolgimento di incarichi non autorizzati e responsabilità erariale*. Non a caso, le Sezioni riunite hanno criticato l'assimilazione dell'obbligo di versamento (art. 53, c. 7, Tupi), dalla natura sanzionatoria, dalla successiva responsabilità per inadempimento al medesimo obbligo (art. 53, c. 7-bis, Tupi), dalla natura risarcitoria.

(15) Cfr. le seguenti pronunce: Cass., S.U., 22 dicembre 2015, n. 25769, *ivi*, 2016, fasc. 1-2, 375, in cui si legge che la nuova norma rappresenta "uno di quei casi in cui il legislatore sceglie di fare proprio un orientamento giurisprudenziale e, pertanto, tra giurisprudenza e legislazione si delinea un rapporto di continuità regolativa. La scelta del Parlamento non innova, ma trasforma in disposizione legislativa quella che era un'elaborazione ermeneutica. La conseguenza nel caso concreto è che la regola valeva anche al tempo in cui furono posti in essere i fatti di cui si discute"; Sez. lav., 31 ottobre 2017, n. 25975, in *Giust. civ. mass.*, 2018; S.U., ord. 14 gennaio 2020, n. 415, in questa *Rivista*, 2020, fasc. 1, 266, annotata da M. Ferrante, *op. cit.*, in <www.dirittoconti.it>, 16 marzo 2020. Ivi si legge che "la disposizione di cui al d.lgs. n. 165/2001, art. 53, c. 7-bis (introdotta dalla l. n. 190/2012) non riveste caratteri innovativi ma si pone in rapporto di continuità con l'orientamento giurisprudenziale in precedenza venuto a delinarsi, essendosi dal legislatore attribuita natura di fonte legale alla precedente regola di diritto effettivo di fonte giurisprudenziale".

(16) Cfr. Cass., S.U., ord. 2 novembre 2011, n. 22688, in questa *Rivista*, 2011, fasc. 5-6, 359. In questa pronuncia si legge che, il "dovere di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi extralavorativi" e il "conseguente (rafforzativo) obbligo di riversare all'amministrazione i compensi per essi ricevuti" sono "prescrizioni chiaramente strumentali al corretto esercizio delle mansioni, in quanto preordinate a garantirne il proficuo svolgimento attraverso il previo controllo

mento, l'obbligo di versamento costituirebbe, per il pubblico dipendente, un dovere strumentale alle funzioni esercitate, dall'indole rafforzativa del dovere di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi extra istituzionali e connesso al pregiudizio del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, dalla cui violazione scaturirebbe un danno erariale da mancata entrata. Una simile impostazione, caldeggiata dalla giurisprudenza contabile (17) e, persino, dalla Corte costituzionale (18), consente di attrarre alla giurisdizione erariale e allo statuto che gli appartiene (19) un'azione che, altrimenti, sarebbe esercitata a discrezione dell'amministrazione danneggiata. Una seconda tesi (20), invece, esclude l'applicazione della novella ai fatti consumatesi prima del 28 novembre 2012, qualificando l'obbligo di versamento come una particolare sanzione *ex lege*, diretta a rafforzare la fedeltà del prestatore di lavoro nella pubblica amministrazione. Si tratterebbe di una sanzione dal carattere dissuasivo e di deterrenza, diretta nei riguardi del pubblico dipendente, affinché questi sappia, anticipatamente, di non poter trarre alcun vantaggio dalle prestazioni non precedute dalla necessaria autorizzazione: non a caso, l'importo da corrispondere coincide *ex lege* con quello percepito a titolo di corrispettivo per aver svolto gli incarichi non autorizzati. Di tal guisa, individuando la fonte dell'obbligo di restituzione nella legge e non nel

dell'amministrazione sulla possibilità, per il dipendente, d'impegnarsi in un'ulteriore attività senza pregiudizio dei compiti d'istituto".

(17) Cfr. Corte conti, Sez. III centr. app., 6 febbraio 2017, n. 64, e Sez. II centr. app., 31 maggio 2018, n. 351.

(18) Cfr. Corte cost., ord. 26 maggio 2015, n. 90, in questa *Rivista*, 2015, fasc. 3-4, 422, annotata da F.G. Scoca, *Dubbi sulla giurisdizione del giudice remittente e inammissibilità della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2015, 773. La Consulta, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, afferma come i giudici rimettenti abbiano "completamente omesso di esaminare e di risolvere motivatamente il problema relativo alla sussistenza della rispettiva giurisdizione in ordine alla specifica domanda a ciascuno devoluta", ricordando come ogni "danno con azioni od omissioni connesse alla violazione non soltanto dei doveri tipici delle funzioni concretamente svolte, ma anche di quelli ad esse strumentali" rientrasse, già prima dell'introduzione dell'art. 7-bis, nella giurisdizione della Corte dei conti.

(19) Particolare rilievo ricopre la limitazione della responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave. Per ogni approfondimento sullo statuto della responsabilità amministrativa, v. A. Police, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, Cedam, 1997, 73 ss.

(20) Cfr. le seguenti pronunce: Cass., S.U., ord. 28 settembre 2016, n. 19072, in questa *Rivista*, 2016, fasc. 5-6, 584, ove si legge che "l'obbligo di versamento di che trattasi rappresenta una particolare sanzione *ex lege* al fine di rafforzare la fedeltà del dipendente pubblico e quindi prescinde dai presupposti della responsabilità per danno (evento; nesso di causalità; elemento psicologico)"; ord. 9 marzo 2018, n. 5789, *ivi*, 2018, fasc. 1-2, 511, con nota di richiami; ord. 28 maggio 2018, n. 13239, *ibidem*, fasc. 3-4, 372, con nota di richiami.

rapporto di lavoro, l'omesso versamento dei compensi indebitamente percepiti non potrebbe essere causa diretta e immediata di danno erariale, ma andrebbe qualificato come un'ordinaria violazione di un'obbligazione restitutiva di fonte legale. Ne conseguirebbe la riconduzione dell'azione di recupero alla giurisdizione del giudice ordinario, risultando limitata l'esperibilità dell'azione di responsabilità, da parte della procura contabile, alle sole fattispecie in cui siano presenti ulteriori profili di danno (come, ad esempio, il danno all'immagine (21) o il danno da sottrazione di energie lavorative (22)). I sostenitori di questo secondo orientamento ne ravvedono il fondamento nella scelta del legislatore, operata nello stesso c. 7, di fare salve le "più gravi sanzioni" per lo svolgimento di incarichi non autorizzati, aggiuntive rispetto all'obbligo di restituzione e soggette alla giurisdizione ordinaria, nonché nella fissazione del *quantum* specifico della restituzione, del tutto scollegato dall'accertamento dell'entità di un eventuale danno. Si tratterebbe di indicatori di una volontà diretta nel senso sopresposto, cui si aggiungerebbe la possibilità che l'obbligo di versamento dell'indebito compenso gravi sul terzo erogante, nei riguardi del quale non potrebbe essere esercitata l'azione di responsabilità amministrativa, vista l'assenza di un rapporto di servizio. Di conseguenza, l'amministrazione dovrebbe tutelarsi direttamente dall'inadempimento del dipendente attraverso lo strumento dell'ingiunzione *ex art. 3 r.d. 14 aprile 1910, n. 639*, o con azione civile, esperita dinanzi al giudice del lavoro.

Questo il contesto in cui interviene l'ordinanza in commento. Un contesto frammentario, caratterizzato da una diversità di vedute dei giudici di legittimità, cui si sommano alcune pronunce della magistratura erariale (23) che ricostruiscono la problematica in modo

(21) Cfr. V. Varone, *Il danno all'immagine*, in A. Canale, F. Freni, A. Smirolto (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (d.lgs. n. 174/2016)*, Milano, Giuffrè, 2017, 1187.

(22) Si ha danno erariale da sottrazione di energie lavorative quando un pubblico dipendente sottrae energie lavorative o intellettuali al proprio ente per distrarle ad altri fini. Riconduce questa fattispecie al danno c.d. da disservizio M. Nunziata, *Azione amministrativa e danno da disservizio: un'analisi della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, 129.

(23) V., ad esempio, Corte conti, Sez. I centr. app., 25 giugno 2018, n. 255, in questa *Rivista*, 2018, fasc. 3-4, 186, con nota di richiami. In essa si afferma che «l'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 non costituisce affatto una particolare sanzione riconducibile nell'alveo delle sanzioni connesse alle violazioni di obblighi di servizio contrattualmente rilevanti in ambito "privatistico", bensì un'ipotesi di condotta tipizzata produttiva di danno erariale, la cui consistenza è presuntivamente quantificata. [...] L'eventuale omesso riversamento, quindi, viene in rilievo non come autonoma condotta, ma quale momento in cui il danno, già realizzatosi con lo svolgimento di funzioni extra-istituzionali non autorizzate, si manifesta come concreto ed attuale, integrando l'interesse ad agire del pubblico ministero contabile».

del tutto singolare. Un contesto che ha reso necessaria una soluzione originale, sulla cui efficacia si rinvia al giudizio dei posteri.

##### 5. Concorso delle azioni di recupero civili ed erariali nel rispetto del divieto di bis in idem

La soluzione che le Sezioni unite adottano nell'ordinanza in commento, confermativa di un recentissimo orientamento di legittimità (24), consiste nell'ammettere un possibile concorso tra l'azione civile, esercitata dall'amministrazione innanzi al giudice del lavoro, e l'azione erariale, esercitata dalla procura regionale contabile dinanzi alle sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti. In particolare, se la domanda di rimborso nei riguardi del dipendente è proposta dalla pubblica amministrazione in recupero di un credito che ha natura sanzionatoria *ex lege*, in funzione del rafforzamento degli obblighi di fedeltà ed esclusività al quale lo stesso è tenuto, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se la domanda ha ad oggetto il recupero di compensi non autorizzati che sono stati percepiti in epoca antecedente all'introduzione, nell'art. 53 Tupi, del c. 7-bis. Di converso, se l'azione viene esercitata dal procuratore contabile e presenta, quale *causa petendi*, il risarcimento del danno erariale conseguente alla violazione del dovere strumentale di chiedere l'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi extra lavorativi e del conseguente obbligo di riversare alla pubblica amministrazione i compensi ricevuti, la giurisdizione spetta al giudice erariale. In questo modo, la Cassazione ammette l'esistenza di un vero e proprio concorso tra

(24) Cfr. Cass., S.U., 26 giugno 2019, n. 17124, in *Giust. civ. mass.*, 2019. In essa si legge: "La giurisprudenza di questa Corte, consolidatasi a seguito della pronuncia resa da Cass., S.U., ord. 28 settembre 2016, n. 19072, è nel senso che la controversia avente ad oggetto la domanda della pubblica amministrazione rivolta ad ottenere dal proprio dipendente il versamento dei corrispettivi percepiti nello svolgimento di un incarico non autorizzato appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario. [...] Tale orientamento giurisprudenziale si è formato in fattispecie nelle quali – come detto – è stata la pubblica amministrazione ad agire per il recupero dei compensi erogati al dipendente pubblico per incarichi espletati in assenza di autorizzazione e per fatti antecedenti alla introduzione dell'art. 53, c. 7-bis ad opera della l. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, c. 42, lett. b. [...] Nel caso di specie, diversamente da quelli innanzi ricordati, l'azione nei confronti del ricorrente è stata promossa dal procuratore contabile, così come nelle analoghe controversie decise da questa Corte – Cass., S.U., ord. 2 novembre 2011, n. 22688 e S.U., 22 dicembre 2015, n. 25769 – nel senso della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti nell'ipotesi disciplinata dal d.lgs. n. 165/2001, art. 53, c. 7. [...] Il collegio intende dare continuità all'orientamento anzidetto, dovendosi ribadire che rimane attratta alla giurisdizione del giudice contabile l'azione d.lgs. n. 165/2001, *ex art. 53, c. 7*, promossa dal procuratore della Corte dei conti nei confronti di dipendente della pubblica amministrazione che abbia omesso di versare alla propria amministrazione i corrispettivi percepiti nello svolgimento di un incarico non autorizzato, anche se la percezione dei compensi si è avuta in epoca precedente all'introduzione del medesimo art. 53, c. 7-bis."

le due azioni, che consente al procuratore contabile di promuovere l'azione di responsabilità amministrativa nei riguardi dell'indebito percettore qualora l'amministrazione non si attivi in via giudiziale per far valere l'inadempimento alla norma contenuta nell'art. 53, c. 7, Tupi.

Tuttavia, una volta instaurato il processo erariale, si determina la preclusione di ogni futura azione civile dell'amministrazione che sia diretta a ottenere il recupero dei medesimi importi, in quanto l'esperibilità di uno dei due rimedi esclude in radice la possibilità di azionare il rimedio concorrente. A fondamento di questa preclusione, la Cassazione pone il principio di *ne bis in idem* (25), che, come noto, vieta di sottoporre due volte a processo un soggetto (*eadem persona*) al fine di contestargli il medesimo fatto giudiziale (*eadem factum*), nella triplice componente di condotta, evento e nesso di causalità (26). Nel caso di specie, entrambe le azioni – seppure recanti la propria specificità – tendono a conseguire, innanzi al giudice munito di giurisdizione per ciascuna di esse, lo stesso identico *petitum*, ossia i compensi percepiti da un dipendente pubblico in danno dell'amministrazione di appartenenza, che possono essere recuperati e destinati al conto dell'entrata del bilancio un'unica volta. Il merito dell'orientamento descritto è, dunque, quello di aver spostato il dibattito inerente al concorso delle due azioni, dirette al recupero degli importi indebitamente percepiti prima dell'entrata in vigore della novella e non riversati, dal piano della giurisdizione al piano della indefettibile alternativa proponibilità.

#### 6. Sulla natura giuridica della responsabilità prevista dall'art. 53, c. 7-bis, Tupi

Un'ulteriore divergenza di orientamenti, tutta interna alla giurisprudenza erariale, è riscontrabile in merito alla natura della norma contenuta nel c. 7-bis. In particolare, alcune pronunce delle sezioni giurisdizionali regionali (27) della magistratura contabile, as-

(25) Per ulteriori approfondimenti sul principio di *ne bis in idem*, v. E. Bindi, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in <www.federalismi.it>, 12 settembre 2018.

(26) Sul tema, sono ancora attuali le considerazioni di Cass. pen., S.U., 28 giugno 2005, n. 34655: «Ai fini della preclusione connessa al principio “*ne bis in idem*”, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona».

(27) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 16 giugno 2017, n. 90, e Sez. giur. reg. Lazio, 17 aprile 2019, n. 172. Nella seconda pronuncia si legge che la *ratio* sottesa ai cc. 7 e 7-bis “convince il collegio della natura sanzionatoria della responsabilità, in quanto la funzione dell'articolato normativo risulta essere quella di consentire al datore di lavoro di valutare la compatibilità dell'attività extra-lavorativa con la prestazione da rendersi nell'ambito del rapporto di lavoro pubblicistico, in modo tale da garantire il rispetto dei principi costituzionali di tendenziale esclusività (art. 98 Cost.) e di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)”.

similando l'obbligo di versamento alla responsabilità per mancato versamento, le hanno attribuito natura sanzionatoria e di deterrenza rispetto ai comportamenti vietati. Questa tesi valorizza due argomenti: la non necessità, ai fini dell'esperienza dell'azione di recupero, dell'elemento strutturale del danno erariale, avendo il legislatore ritenuto sufficiente a tal fine il verificarsi della violazione della fattispecie tipizzata, nonché la preventiva individuazione nel *quantum* degli importi da corrispondere all'amministrazione di appartenenza. Diversamente, la natura risarcitoria della responsabilità derivante dall'omesso versamento è stata confermata, anche a seguito della novella del 2012, da numerose decisioni del giudice erariale, sia in primo grado sia in appello (28). Conseguenza diretta dell'adesione alla tesi sanzionatoria o alla tesi risarcitoria è l'esercizio dell'azione nel contesto, rispettivamente, del giudizio speciale per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, di cui all'art. 133 ss. c.g.c. (29), o in quello dell'ordinario giudizio di responsabilità amministrativa, di cui all'art. 51 ss. c.g.c. La problematica è stata sottoposta al supremo consenso di giustizia contabile, che ha recentemente sciolto ogni riserva sul punto (30), prestando adesione alla tesi risarcitoria. In particolare, le Sezioni riunite hanno ricondotto la fattispecie prevista all'art. 53, c. 7-bis, Tupi tra le ipotesi di responsabilità amministrativa “tipica” o “spuria” (31), ravvedendo nell'intervento normativo del 2012 quell'*interpositio legislatoris* necessaria a fugare ogni dubbio sull'esistenza di un danno erariale da mancato introito e sulla competenza giurisdizionale del giudice contabile. La natura sanzionatoria è stata, invece, esclusa, vista l'assenza nella struttura della fattispecie in discussione di due elementi propri delle sanzioni pecuniarie erariali: la previsione legale di “specifiche disposizioni normative”, la cui violazione permette di ritenere integrata l'ipotesi di responsabilità, e la pre-determinazione della “sanzione pecuniaria” ai responsabili della violazione, da parte della Corte dei conti, stabilita tra un minimo e un massimo (c.d. delta editabile).

(28) Cfr. le già citate Corte conti, Sez. III centr. app., n. 64/2017 e Sez. II centr. app., n. 351/2018, ove si legge che «l'obbligo di versamento – tanto nel regime precedente al 2012 che in quello successivo – che consegue alla mancata richiesta di autorizzazione all'amministrazione, non rappresenterebbe, quindi, una mera sanzione *ex lege*, ma – come ben precisa la norma del 2012 – “costituisce ipotesi di responsabilità erariale”».

(29) Per un'analisi approfondita del giudizio per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie v. A. Canale, F.M. Longavita, *La responsabilità sanzionatoria pecuniaria*, in A. Canale *et al.*, *La Corte dei conti*, cit., 415.

(30) Cfr. la già citata Corte conti, Sez. riun. giur., n. 26/2019.

(31) Per la differenza tra responsabilità amministrativa “spuria” e responsabilità sanzionatoria, v. Corte conti., Sez. riun. giur., 3 agosto 2011, n. 12, in questa *Rivista*, 2011, fasc. 5-6, 166.

### 7. *Considerazioni conclusive*

L'ordinanza in commento si inserisce in un ampio e maggioritario filone giurisprudenziale, di cui rappresenta solo l'ultimo atto. Trattasi di decisioni orientate a mantenere ben salda la giurisdizione sull'azione di recupero degli introiti derivanti dallo svolgimento di incarichi non autorizzati in capo alla Corte dei conti, in modo tale da garantire l'effettiva immissione nel patrimonio dell'ente di voci d'entrata già virtualmente esistenti negli atti di programmazione finanziaria, anche in quei casi in cui l'amministrazione stessa, per dimenticanza o connivenza, non eserciti l'azione di recupero in sede civilistica. D'altro canto, si ha l'impressione che la Cassazione, nell'estendere la giurisdizione del giudice ordinario, abbia sovvertito, a partire dal 2016 e limitatamente ad alcune sue decisioni, un orientamento granitico, favorevole alla riconduzione dell'azione di recupero nell'alveo della giurisdizione erariale, anche qualora si riferisca a fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore dell'art. 53, c. 7-bis, TUpi. In un simile contesto, la possibilità di esperire l'azione di recupero, alternativamente, in sede civile e in sede contabile, seppure ad opera di attori diversi, consente di superare, senza colpo ferire, l'annoso dibattito sulla titolarità della giurisdizione, permettendogli di giungere all'inevitabile estinzione che lo attende in una oggettiva condizione di innocuità.

EMANUELE FRATTO ROSI GRIPPAUDO