

Attività lavorativa extra del dipendente in assenza di autorizzazione: il recupero è al netto delle ritenute fiscali

Scritto da Interdata Cuzzola | 03/12/2020

Come è noto, il rapporto di lavoro con il datore pubblico è storicamente caratterizzato, a differenza di quello privato, dal c.d. regime delle incompatibilità, in base al quale al dipendente pubblico, fatte salve alcuni ipotesi peculiari, è preclusa la possibilità di svolgere attività extralavorative.

La *ratio* di tale divieto, che permane anche in un sistema “depubblicizzato” a rimarcare la peculiarità dell’impiego presso la P.A., va rinvenuta nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore pubblico (“*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*”, art. 98 Cost.), per preservare le energie del lavoratore e per tutelare il buon andamento della P.A., che risulterebbe turbato dall’espletamento da parte di propri dipendenti di attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso tra lavoro, rischio e profitto. Centri di interesse alternativi all’ufficio pubblico rivestito, implicanti un’attività caratterizzata, anche in via non continuativa, da intensità e professionalità, potrebbero turbare la regolarità del servizio o attenuare l’indipendenza del lavoratore pubblico e il prestigio della P.A.

Un simile obbligo di esclusività non è rinvenibile nell’impiego privato, nel quale il codice civile si limita a vietare esclusivamente attività extralavorative del dipendente che si pongano in concorrenza con l’attività del datore (art. 2105 c.c.).

Tuttavia, nell’impiego pubblico il divieto di espletare incarichi extraistituzionali, come accennato, non è sistematicamente assoluto.

Difatti, il regime vigente, codificato dall’art. 53 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001 n.165, pur individuando, al primo comma, situazioni di incompatibilità assoluta (sancite dagli artt. 60 e seguenti del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, per lo svolgimento di attività imprenditoriali, agricole, commerciali, libero-professionali, ed altri lavori pubblici o privati), il cui espletamento porta alla decadenza dall’impiego previa diffida, prevede anche, al comma 7 del cennato art. 53, attività occasionali espletabili dal dipendente pubblico previa autorizzazione datoriale ed anche attività “liberalizzate”, ovvero liberamente esercitabili senza previa autorizzazione, in quanto espressive di basilari libertà costituzionali (art. 53, comma 6, del Decreto Legislativo n. 165/2001).

In particolare, per quanto attiene alle attività espletabili a seguito di autorizzazione datoriale, l’art. 53, comma 5, del Decreto Legislativo n. 165/2001, ritiene necessario detto assenso preventivo al fine di verificare in concreto:

- se l’espletamento dell’incarico possa ingenerare, anche in via solo ipotetica o potenziale, situazione di conflittualità con gli interessi facenti capo all’amministrazione e, quindi, con le funzioni (ad essi strumentali) assegnate sia al singolo dipendente che alla struttura di

- appartenenza;
- la compatibilità del nuovo impegno con i carichi di lavoro del dipendente e della struttura di appartenenza (che dovrà comunque non solo essere svolto fuori dall'orario di lavoro, ma pure compatibilmente con le esigenze di servizio), nonché con le mansioni e posizioni di responsabilità attribuite al dipendente, interpellando eventualmente a tal fine il responsabile dell'ufficio di appartenenza, che dovrà esprimere il proprio parere o assenso circa la concessione dell'autorizzazione richiesta;
 - la occasionalità o saltuarietà, ovvero non prevalenza della prestazione sull'impegno derivante dall'orario di lavoro ovvero l'impegno complessivo previsto dallo specifico rapporto di lavoro, con riferimento ad un periodo determinato;
 - la materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto di impiego, tenuto conto del fatto che taluni incarichi retribuiti sono caratterizzati da una particolare intensità di impegno;
 - le specificità attinenti alla posizione del dipendente stesso (incarichi già autorizzati in precedenza, assenza di procedimenti disciplinari recenti o note di demerito in relazione all'insufficiente rendimento, livello culturale e professionale del dipendente);
 - la corrispondenza fra il livello di professionalità posseduto dal dipendente e la natura dell'incarico esterno a lui affidato.

Questo generale regime autorizzatorio, a cui sottostanno anche le categorie di pubblici dipendenti non privatizzati (magistrati, militari, polizia, diplomatici, prefetti etc.), ha una evidente e condivisibile *ratio* sia civilistica-lavoristica che pubblicistica: consentire al datore di valutare la compatibilità di tale attività extralavorativa con il corretto e puntuale espletamento, in modo terzo ed imparziale, della prestazione contrattualmente dovuta dal lavoratore alla P.A., in ossequio anche al principio costituzionale di tendenziale esclusività (art. 98 Cost.) e di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

L'inosservanza di tale basilare precetto sulla previa doverosa autorizzazione comporta per tutti i dipendenti, compresi quelli in *part-time*, sanzioni disciplinari e pecuniarie. Recita, infatti, l'art. 53, comma 7, del Decreto Legislativo n. 165/2001 che *"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"*.

Come evidenziato recentemente dalla Corte dei conti, sez. giurisd. Lombardia, nella sent. n. 198/2020 depositata lo scorso 23 novembre, la somma da restituire deve essere considerata al netto delle ritenute fiscali: in tal senso, infatti, rilevano sia un consolidato orientamento della giurisprudenza (*ex multis*, Cass., sez. lav., sent. 2 febbraio 2012, n. 1464 e sent. 25 luglio 2018, n. 19735; Consiglio di Stato, sez. III, sent. 4 luglio 2011, n. 3984; TAR Toscana, sez. I, sent. 22 giugno 2017, n. 858; Corte dei conti, sez. Lombardia, sez. I App., sent. nn. 150/2019 e 271/2019 e sent. n. 11/2020) sia, di recente, l'art. 150 del DL n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77 (c.d. Decreto Rilancio): il comma 1 di detta disposizione ha inserito all'art. 10 del TUIR (DPR n. 917/1986) il comma 2-bis, il cui testo dispone che *"Le somme di cui alla lettera d -bis) del comma 1, se assoggettate a ritenuta, sono restituite al netto della ritenuta subita e non costituiscono oneri deducibili"*.

Pertanto, la somma da recuperare è pari all'importo effettivamente entrato nella sfera patrimoniale

del dipendente.