

CORTE DEI CONTI, SEZ. GIUR. REGIONE LOMBARDIA – sentenza 7 maggio 2019 n.94 – Pres. Caruso, Est. Tenore - Procura regionale c. F. (Avv. G.Tarabini) – P.M. S.Pilato.

1. Giurisdizione e competenza – Riparto di giurisdizione tra g.o. e C.d.C. – Dipendente pubblico – Attività extralavorative retribuite non autorizzate – Obbligo di riversare le somme al datore – Art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165 del 2001 – Giurisdizione ordinaria e contabile – Riparto – Fattispecie anteriori e successive alla legge n.190 del 2012.

2. Giurisdizione e competenza – Riparto di giurisdizione tra g.o. e C.d.C. – Danni erariali – Concorso di azione civile del danneggiato ed azione erariale della Procura contabile – Possibilità – Differenze tra i due giudizi (civile e contabile) - Irragionevolezza del c.d. doppio binario – Motivi.

3. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente pubblico – Dovere di esclusiva - Attività extralavorative – Tipologie – Attività vietate, attività autorizzabili e attività consentite - Art.53, d.lgs. n.165 del 2001.

4. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente pubblico – Dovere di esclusiva - Attività extralavorative retribuite non autorizzate – Obbligo di riversare le somme al datore – Art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165 del 2001 – Giurisdizione contabile – Tipologia di giudizio – Ordinario e non sanzionatorio ex artt. 133 segg. d.lgs n.174 del 2016.
(d. lgs. 26 agosto 2016 n. 174, artt.133 segg.; d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, art.53).

5. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente pubblico – Dovere di esclusiva - Attività extralavorative retribuite non autorizzate – Obbligo di riversare le somme al datore – Obbligo aggiuntivo a condanna disciplinare e/o penale – *Ne bis in idem* CEDU e nazionale – Violazione – Esclusione – Ragioni.

6. Giudizio contabile e amministrativo – Dipendente pubblico – Dovere di esclusiva - Attività extralavorative retribuite non autorizzate – Obbligo di riversare le somme al datore – Art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165 del 2001 – Computo al netto e non al lordo – Ragioni – Vi è stato già prelievo fiscale.

1. In caso di espletamento di attività extralavorative remunerate e non autorizzate dal datore da parte di un pubblico dipendente, qualora costui rifiuti di riversare alla propria amministrazione, in base all'art.53, co.7, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, gli importi percepiti, la giurisdizione spetta all'a.g.o. per gli introiti anteriori alla introduzione del comma *7-bis* nell'art.53 cit. ad opera della legge n.190 del 2012, mentre spetta alla Corte dei Conti per gli introiti successivi a tale data.

2. A fronte di un danno cagionato alla p.a. da un pubblico dipendente, è proponibile sia l'azione civile nei suoi confronti da parte della P.A. danneggiata, sia la doverosa e officiosa azione della Procura contabile, ma i regimi sostanziali e processuali sono diversi, ma tale diversità non pare ragionevole e andrebbe rivisitata.

3. Nel regime del pubblico impiego vige la regola della esclusività, ma la stessa presenta delle deroghe: a fronte di attività assolutamente vietate, si aggiungono attività autorizzabili dal datore di lavoro e attività liberalizzate, ovvero liberamente espletabili, secondo il regime dell'art.53, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165.

4. In caso di espletamento di attività extralavorative remunerate e non autorizzate dal datore da parte di un pubblico dipendente, sull'obbligo di riversare alla propria amministrazione gli importi percepiti in base al novello art.53, co.7 bis, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, ha giurisdizione la Corte dei Conti secondo il regime dell'ordinario giudizio di cognizione e non di quello sanzionatorio di cui agli artt.133 segg., d. lgs. 26 agosto 2016 n. 174.

5. In caso di espletamento di attività extralavorative remunerate e non autorizzate dal datore da parte di un pubblico dipendente, l'obbligo di riversare alla propria amministrazione gli importi percepiti in base all'art.53, co.7 e 7 bis, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, si aggiunge alla responsabilità disciplinare ed eventualmente penale del lavoratore, senza che ciò violi il *ne bis in idem* di cui alla giurisprudenza CEDU e nazionale, essendo misure di diversa natura giuridica e come tali concorrenti.

6. In caso di espletamento di attività extralavorative remunerate e non autorizzate dal datore da parte di un pubblico dipendente, l'obbligo di riversare alla propria amministrazione gli importi percepiti in base all'art.53, co.7 e 7 bis, d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, impone un calcolo al netto e non al lordo delle somme da versare, essendoci già stato un prelievo fiscale a favore della P.A. al momento della erogazione e della dichiarazione dei redditi.

viste le leggi 14 gennaio 1994, n. 19 e 20 dicembre 1996, n. 639; visto il d.lgs. 26.8.2016 n.174.

FATTO

1. Con atto di citazione depositato il 22.3.2018, la Procura regionale citava in giudizio Fondrini Claudio, operaio specializzato dipendente a tempo indeterminato del Comune di Tartano (SO), esponendo quanto segue:

a) che, con segnalazione del Comune di Tartano 19.1.2017, la Procura era stata notiziata di un possibile danno erariale arrecato dal dipendente in epigrafe, per aver svolto dal 15.1.2004 al 19.9.2016, in violazione dell'obbligo di esclusiva e comunque senza l'autorizzazione prescritta dall'art.53, co.7, d.lgs. n.165 del 2001, attività di amministratore unico della società Panoramica Lugano srl di Varese, percependo, con bonifico bancario, nel 2015 la somma di euro 32.998,00 quale compenso (somma inserita in dichiarazione dei redditi 730/2016), importo utilizzato per l'acquisto di immobile per i nipoti dipendenti della società;

b) che per tale condotta il convenuto aveva subito un procedimento disciplinare dal datore Comune, conclusosi con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per gg.2;

c) che nel corso del procedimento disciplinare, il Fondrini aveva chiarito di aver assunto solo formalmente e senza scopo di profitto la carica di amministratore unico, per mera collaborazione familiare nei confronti del fratello, titolare dell'impresa, che aveva temporaneamente perso le condizioni per svolgere l'attività di amministratore;

d) che tale peculiare evenienza non escludeva la violazione del chiaro regime di cui all'art.53, co.7 e 7-bis, d.lgs. n.165 e che le deduzioni presentate in

riscontro all'invito della Procura non erano state idonee ad escludere la responsabilità del convenuto.

Tutto ciò premesso, la attrice Procura chiedeva la condanna della parte convenuta al pagamento della somma di Euro 32.998,00 al Comune di Tartano per violazione delle disposizioni di cui all'art. 53, co.7 d.lgs. 165/2001, oltre rivalutazione monetaria, interessi legali e spese del giudizio.

2. Si costituiva il convenuto difeso dall'avv.Tarabini, eccependo quanto segue:

a) il difetto di giurisdizione di questa Corte in base ad indirizzi univoci della Cassazione a sezioni unite (Cass. civ., Sez. Unite, 3 agosto 2018, n. 20533; Cass. civ., Sez. Unite, 19 gennaio 2018, n. 1415; Cass. civ., Sez. Unite, 28 maggio 2018, n. 13239; Cass. civ., Sez. Unite, 9 marzo 2018, n. 5789);

b) che il convenuto aveva accettato di essere solo fittiziamente nominato amministratore della Società ristoratrice del fratello, fallito (ed impossibilitato a gestirla), Panoramica Lugano S.r.l. con sede in Varese, dal 15 gennaio 2004 al 19 settembre 2016, ma di non aver mai svolto attività imprenditoriale lavorando a Tartano (So), ed essendo il ristorante a Lavena Ponte Tresa (Va) ovvero a 9 ore di viaggio; che, inoltre, non possedeva conoscenze tali da renderlo idoneo a svolgere attività di ristorazione;

c) di aver ricevuto compensi dalla società solo su impulso del commercialista;

d) che difettava l'elemento psicologico dell'illecito.

La difesa, ribadito il difetto di giurisdizione, chiedeva il rigetto della domanda.

3. All'udienza del 17.4.2019, udita la relazione del magistrato designato,

prof. Vito Tenore, la Procura insisteva nella proprie richieste. Quindi la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La fattispecie al vaglio del Collegio, già oggetto di più sentenze di questa Sezione (*ex multis*, cfr. 25 novembre 2014 n. 216, 30 dicembre 2014 n. 233, 16 aprile 2015 n.54, 12 ottobre 2018 n.199; 31 ottobre 2018 n. 216), attiene alla pretesa recuperatoria avanzata dalla Procura Regionale nei confronti di un dipendente pubblico comunale che, nel 2015, ha percepito, quale pluriennale amministratore unico della società Panoramica Lugano srl di Varese, la somma di euro 32.998,00 in violazione dell'art.53, d.lgs. n.165 del 2001.

La norma suddetta, nel testo vigente anteriormente all'entrata in vigore dell'art.1, comma 42, della legge 190 del 2012 (c.d. legge anticorruzione) avvenuta il 28 novembre 2012, disponeva: *“I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. 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”*.

Con l'entrata in vigore della legge anticorruzione, il primo inciso è stato completato dalla previsione: *“Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”*.

Soggiunge l'art.53, co.7-*bis*, parimenti introdotto dalla l. n.190 del 2012, 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”*.

2. A fronte della eccezione difensiva sul punto, va preliminarmente affermata la giurisdizione di questa Corte, per i motivi infraprecisati.

Il suddetto novello comma 7-*bis* del d.lgs. n.165 introdotto dalla l. n.190 del 2012, attribuisce oggi testualmente la giurisdizione in materia alla Corte dei conti, sebbene, come si chiarirà, in via non esclusiva ma concorrente con quella dell'a.g.o., mentre in passato tale soluzione era controversa.

2.1. Tale sopravvenienza normativa (art.7-*bis* cit.), ha infatti originato rilevante questione di riparto di giurisdizione in ordine a fattispecie di introiti pecuniari da parte di dipendenti in *data anteriore* alla novella stessa.

La sentenza 22 dicembre 2015, n. 25769 delle Sezioni unite della Cassazione, decidendo un caso nel quale i fatti si erano svolti in epoca antecedente la suindicata modifica del 2012, ha ritenuto che la sussistenza della giurisdizione contabile fosse da riconoscere ugualmente, perchè l'intervento del legislatore non aveva fatto altro che recepire un orientamento giurisprudenziale che era già nel medesimo senso (è stata richiamata, al riguardo, a titolo di precedente, l'ordinanza 2 novembre 2011, n. 22688).

Successivamente, però, l'ordinanza 28 settembre 2016, n. 19072 delle sezioni unite, ritornando sulla questione ed in relazione ad un caso pure avvenuto prima che la modifica del 2012 entrasse in vigore, ha ritenuto di dover compiere alcune precisazioni. In particolare, questo pronunciamento ha negato che *"prima dell'introduzione dell'art. 7-bis potesse dirsi indiscutibile la giurisdizione contabile le volte in cui non emergesse o non fosse stato formalmente dedotto un profilo di danno (che non fosse quello all'immagine o comunque che si concretizzasse in pregiudizi ulteriori rispetto al mancato introito dei compensi corrisposti da terzi ai propri dipendenti)".* A tale conclusione l'ordinanza è pervenuta in base al rilievo per cui il semplice fatto della mancata ottemperanza dell'obbligo di denuncia della percezione dei compensi non determina, di per sè, un danno erariale; nella fattispecie allora all'esame della Corte di Cassazione, infatti, l'attività del dipendente *"era stata svolta al di fuori dell'orario di ufficio, e quindi difficilmente avrebbe potuto determinare una sottrazione di energie dello stesso ai suoi compiti istituzionali"*. Pertanto, in considerazione della natura "latamente sanzionatoria" della disposizione dell'art. 53, comma 7, cit., l'ordinanza n. 19072 del 2016 ha affermato che, prima della novella del 2012, la richiesta di restituzione, da parte dell'amministrazione di appartenenza (di regola con ordinanza ingiunzione poi opposta dal lavoratore), dei compensi ottenuti dal dipendente per attività non autorizzata non poteva di per sè *"trasformare la richiesta di pagamento in una domanda risarcitoria, con presunzione oltretutto assoluta di danno e conseguente devoluzione alla giurisdizione contabile"*. La conclusione del ragionamento, pertanto, è stata nel senso che la sussistenza della giurisdizione contabile, presupponendo un

danno erariale, sussiste solo se all'inadempimento dell'obbligo di denuncia si accompagnino altri profili di danno (danno da sottrazione di energie lavorative o all'immagine, in realtà quest'ultimo di difficile ipotizzabilità *ex* art. 17 comma 30-*ter* del d.l. n. 78/2009).

Sulla stessa linea dell'ordinanza ora richiamata è anche la più recente giurisprudenza delle sezioni unite (Cass., sez.un., 19 gennaio 2018, n. 1415; id., sez.un., 9 marzo 2018 n.5789; id., sez.un., 4 aprile 2017 n.8688; id., sez.un., 28 maggio 2018, n. 13239) che, sempre su fattispecie anteriori alla novella del 2012 che ha introdotto l'art.53, co.7-bis, d.lgs. n.165, ha affermato che la controversia avente ad oggetto la domanda della P.A. nei confronti del proprio dipendente, diretta ad ottenere il versamento dei corrispettivi percepiti nello svolgimento di un incarico non autorizzato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, atteso che l'amministrazione creditrice ha titolo per richiedere l'adempimento dell'obbligazione senza doversi rivolgere alla Procura della Corte dei conti, la quale sarà notiziata soltanto ove possa prospettarsi l'esistenza di danni; pertanto si è chiarito (Cass., sez. un., 19 gennaio 2018, n. 1415) che quando viene in gioco il pagamento, richiesto dalla P.A., dei corrispettivi percepiti a seguito di incarico non autorizzato nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, la controversia ricade nella giurisdizione del giudice ordinario, stante la natura sanzionatoria - conseguente alla violazione del dovere di fedeltà - dell'obbligo di pagamento previsto dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 53, comma 7, che prescinde dalla sussistenza di specifici ed ulteriori profili di danno richiesti per la giurisdizione del giudice contabile.

2.2. Quando tuttavia l'attività extralavorativa è svolta dal dipendente

dopo l'entrata in vigore della novella del 2012 e i relativi introiti sono avvenuti sotto la vigenza del comma 7-bis citato, come nella specie (il Fondrini ha incassato nel 2015 i contestati 32.998,00 euro), ad avviso di questa Sezione è pacifica la giurisdizione della Corte dei conti - dopo il mancato versamento spontaneo da parte del lavoratore alla propria amministrazione -, per il recupero del danno da mancato riversamento della somma. E la giurisdizione di questa Corte è oggi fissata dal legislatore in via generale e non solo, come aveva affermato la Cassazione nel previgente regime, per profili di danno da immagine o da sottrazione di energie lavorative.

In altre parole, dopo l'entrata in vigore dell'art.53, co.7-bis, d.lgs. n.165 del 2001 (avvenuta nel 2012), la Corte dei conti ha giurisdizione piena su qualsiasi danno arrecato dal dipendente che abbia svolto incarichi esterni vietati o non autorizzati e tra queste voci di danno, *in primis*, quella afferente il riversamento della somma al proprio datore in ossequio all'art.53, co.7, d.lgs. n.165, di cui la Cassazione dubitava nel pregresso regime.

Semmai è da porsi il problema, a fronte della attuale pacifica giurisdizione di questa Corte su detto omesso riversamento di somme al datore scolpita dall'art.53, co.7-bis cit., se possa residuare, come in passato, una concorrente azione civile del datore, con ordinanza-ingiunzione, opponibile dal lavoratore innanzi all'a.g.o.

Osserva incidentalmente sul punto questa Sezione che la possibilità di un "doppio binario" civile e giuscontabile è in generale ammesso sia dalla Corte costituzionale (C.cost. 7 luglio 1988 n.773) che dalla Cassazione (*ex pluribus* Cass., sez. un., 4 gennaio 2012, n. 11, id., sez. un., 24 marzo 2006,

n. 6581, id., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092; id., 12 maggio 2009, n. 10856), secondo cui l'utilizzo di tali concorrenti procedimenti giurisdizionali, così come qualsiasi iniziativa diretta, transattiva, recuperatoria o risarcitoria promossa dall'ente danneggiato, non comporta effetti preclusivi (ma, al limite, decurtanti) dell'azione obbligatoria per danno erariale davanti al giudice contabile, salvo che intervenga sentenza definitiva comportante, in sede civile, l'integrale recupero del danno cagionato. La Cassazione ha più volte dunque affermato che *“La giurisdizione civile e quella penale, da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra i relativi giudizi 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 giurisdizione”* trattandosi di interferenza tra giudizi e non tra giurisdizioni.

Tuttavia, ad avviso di questo Collegio, tale tradizionale “doppio binario” andrebbe rimeditato dalla Consulta e dalla Cassazione, in quanto la (ingiustificata per il dipendente convenuto) diversità dei regimi sostanziali e processuali tra illecito civile e contabile e i principi costituzionali sulla esclusività della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di danni alle casse pubbliche, dovrebbe portare al superamento del regime della pluralità di azioni (civile e contabile) fondato sul concorso di norme, rivendicando «l'esclusività» della responsabilità amministrativa, quale sistema chiuso, rispetto a quella civile. In via alternativa, anche a voler lasciar fermo il suddetto “doppio binario”, il regime sostanziale applicabile al dipendente

pubblico dovrebbe ragionevolmente essere il medesimo, sia innanzi all'a.g.o. che innanzi alla Corte dei conti, applicando il più favorevole trattamento della legge 14 gennaio 1994 n.20 rispetto al più rigoroso regime civilistico, essendo intollerabile ed irragionevole che il regime sostanziale muti, a fronte dei medesimi fatti storici posti in essere dal dipendente, a seconda del giudice che lo giudichi.

Difatti, le principali differenze tra l'azione civile e quella contabile attengono: *a)* al meccanismo di attivazione delle due magistrature (a domanda e, quindi, a discrezione della p.a. l'azione civile; d'ufficio e obbligatoriamente l'azione contabile); *b)* al regime della intrasmissibilità agli eredi della responsabilità risarcitoria (operante solo in sede contabile); *c)* alla sussistenza o meno di concorrenti azioni a tutela del credito (le azioni revocatorie, surrogatorie e di simulazione, sino all'adozione dell'art. 1, comma 174, l. 23 dicembre 2005 n. 266 (oggi art. 73, d.lgs. n. 174 del 2016), non erano esperibili in sede contabile dall'attore P.M., ma solo in sede civile dal creditore-p.a.); *d)* al regime probatorio (in sede civile vi è, di fatto, un vasto utilizzo della prova testimoniale, di fatto inutilizzata in sede giuscontabile); *e)* al regime prescrizione (decennale per l'illecito contrattuale innanzi all'a.g.o., quinquennale innanzi alla Corte dei conti); *f)* all'utilizzo della riduzione dell'addebito da parte del giudice (meccanismo inesistente innanzi all'a.g.o.); *g)* all'applicabilità dell'art. 1225 c.c. («*Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*»), non operante in sede contabile; *h)* al diverso regime della responsabilità degli organi collegiali (innanzi al g.o. opera

l'irresponsabilità dei soli componenti «*che abbiano fatto constatare nel verbale il proprio dissenso*», art. 24, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3; innanzi alla Corte dei conti rispondono solo coloro che «*hanno espresso voto favorevole*», art. 1, comma 1-*ter*, l. n. 20 del 1994); i) al triplice grado di giudizio che caratterizza il giudizio civile, a fronte del duplice grado in sede contabile.

Tale discrasia tra regimi sostanziali a seconda del giudice che si attivi nei confronti del dipendente che abbia cagionato (qualsiasi) danno alla P.A., appare dunque palesemente irragionevole e la giurisprudenza costituzionale e di legittimità dovrebbero auspicabilmente prenderne atto e determinarsi conseguentemente allorquando la questione verrà loro adeguatamente posta.

In ogni caso, con riferimento al caso di specie, connotato da un introito pecuniario del convenuto avvenuto in data 2015, ovvero successivamente alla entrata in vigore dell'art.53, co.7-*bis*, d.lgs. n.165, la fattispecie *sub iudice* è ben giudicabile da questa Corte.

3. Venendo quindi al merito, giova premettere, sul piano sistematico, che, come già rimarcato nelle menzionate sentenze-guida n. 216 e n. 233 del 2014 della Sezione (e come ribadito nella più recente pronuncia 31 ottobre 2018 n. 216), 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, nei limiti infraprecisati, 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 non è sistematicamente assoluto.

Difatti, il regime vigente, codificato dall’art.53 del d.lgs. 30 marzo 2001 n.165, pur individuando, al primo comma, situazioni di incompatibilità assoluta (sancite dai richiamati artt.60 e seguenti del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 per lo svolgimento di attività imprenditoriali, commerciali, libero-professionali, ed altri lavori pubblici o privati e per cariche sociali in società: su tale ipotesi da ultimo C. conti, sez. Siciliana, 24.7.2014 n.927), 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, co.6, d.lgs. n.165 cit.), tra le quali è annoverata l'attività didattica (lett. *c* ed *f-bis* del comma 6 suddetto).

Nella specie, il ruolo del convenuto, dipendente pubblico a tempo indeterminato, rende assolutamente vietata l'attività di amministratore unico di una società di capitali, che è carica sociale palesemente e testualmente vietata e non autorizzabile ex art.60, d.P.R. n.3 del 1957, richiamato dall'art.53, co.1, d.lgs. n.165 del 2001, svolta, tra l'altro, non in modo occasionale ma sistematico, dal 15.1.2004 al 19.9.2016.

L'inosservanza di tale basilare precetto sul divieto di assumere cariche sociali in società di capitali (*ergo* assolutamente vietate e non autorizzabili) comporta dunque sia le intervenute sanzioni disciplinari (sin troppo blande, a fronte di condotte pluriennali concernenti attività assolutamente vietate e non autorizzabili), che la condanna pecuniaria oggetto del contendere in questa sede a fronte del mancato versamento spontaneo al Comune datore in base all'art.53, co.7 e *7-bis*, d.lgs. n.165.

Va dunque affermata la giurisdizione in rito ordinario tipico di questa Corte, come già chiarito dalla Sezione con sentenza n. 31 del 2012, in sede di appello (cfr. Corte dei conti, Sezione I, sent. n. 406 del 2014), e in sede di decisione del conseguente ricorso per cassazione (cfr. Corte di cassazione, SS.UU. civili, sent. n. 25769 del 2015, oltre che nel precedente nomofilattico di cui alla sent. Cass. SS.UU. civili n. 22688 del 2011), in quanto collegata alla prospettazione di un "danno" conseguente alla violazione dell'obbligo di riversamento di cui all'art. 53, comma 7, del d. lgs. n. 65 del 2001 e va escluso, dunque, che, nella fattispecie, si versi in una fattispecie di sanzioni

pecuniarie irrogate dalla Corte dei conti, quale disciplinata *ex artt.* 133 e seguenti del d. lgs. 26 agosto 2016 n. 174.

Dunque, la responsabilità erariale perseguita dalla novella di cui al comma 7-*bis* dell'art. 53 cit. costituisce una ipotesi di responsabilità tipica, in cui la somma da rifondere al datore (integrale riversamento di quanto percepito *contra legem*) è predeterminata per legge.

Tuttavia, la valutazione dell'ineseguito obbligo restitutorio e della connessa responsabilità soggiace, comunque, all'accertamento della sussistenza degli altri presupposti del giudizio di responsabilità erariale (*in primis* elemento soggettivo e nesso di causalità) nonché alla limitazione derivante dalla prescrizione quinquennale, e contempla la possibilità di modulare e di proporzionare l'entità della eventuale condanna esercitando il potere di porre a carico dei responsabili anche solo una parte del danno accertato o del valore perduto, previa valutazione delle singole responsabilità (c.d. potere riduttivo di cui all'art. 83 del r.d. 2440 del 1923, all'art. 52 del r.d. n. 1214 del 1934 e all'art. 19 del d.P.R. n. 3 del 1957). Tale ultima affermazione è da ritenersi, comunque, in linea con precedenti di questa Corte (Sez. Marche, 31.3.2015 n. 60; Sez. Toscana, 8.9.2014 n.159; Sez. Calabria 10.5.2013 n.161; Sez. I, 13.3.2014 n.406).

4. Tali conclusioni, come già statuito dalla Sezione con sentenze n.216 e n.233 del 2014, portano ad escludere sia l'incostituzionalità (anche sotto il profilo dell'eccepito *vulnus* dei principi di proporzionalità e di graduazione delle sanzioni) dell'art.53, co.7 e 7-*bis*, d.lgs. n.165 del 2001, sia, come sopra meglio chiarito, il difetto di giurisdizione di questa Corte.

5. Solo in via incidentale, come già statuito con sentenza 25.11.2014 n.216

della Sezione (e come ribadito nella più recente pronuncia 31 ottobre 2018 n. 216), osserva il Collegio come l'art.53, co.7 cit. non introduce un precetto ontologicamente penale (una sorta, forse, di “confisca” o “sanzione espropriativa”), operando lo stesso non già a fronte di un fatto di reato, ma di una violazione di normativa meramente lavoristica. La norma dunque non urta con gli indirizzi CEDU sul c.d. *ne bis in idem*.

Rimarca sul punto la Sezione, anche sulla base dei noti indirizzi CEDU (che traggono base dai c.d. “*Engel criteria*” secondo cui le sanzioni irrogate dagli Stati, anche se definite amministrative, sono da considerarsi, agli effetti della Convenzione, “accusa in materia penale” in virtù di tre criteri alternativi, e non cumulativi: *a.* la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale; *b.* la natura stessa della misura; *c.* la natura e il grado di severità della “sanzione”) sul complesso distinguo e cumulo tra illecito penale ed illecito amministrativo e sull'approccio ontologico a tale tema, quanto segue.

Il tema del *ne bis in idem* (divieto di cumulo di sanzioni afflittive di natura sostanzialmente penale) è stato oggetto di pronunciamenti e rimessioni alla Corte Costituzionale (per la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna, sovente tributaria, in contrasto con la norma convenzionale della CEDU, e dei relativi protocolli, quale norma interposta ex art. 117, primo comma della Costituzione) e, in modo più pertinente, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale questione interpretativa pregiudiziale ex art. 267 TFUE - (si ricorda Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - *Grande Stevens* e altri c. Italia). Tuttavia, nel caso in esame, l'art.53, co.7 regola un illecito

chiaramente amministrativo, non solo formalmente, ma anche ontologicamente. Difatti, il diritto punitivo amministrativo, a cui è riconducibile l'art.53, co.7, in generale si differenzia dal diritto penale innanzitutto sul piano del diritto positivo: non sanziona un fatto-reato, non consegue all'accertamento giudiziale di un reato, non produce "effetti penali" non creando uno *status* di condannato fortemente afflittivo della personalità. Inoltre, mentre l'illecito penale (e le relative sanzioni, anche pecuniarie) abbraccia fatti di elevata offensività, l'illecito amministrativo riguarda offese minori di beni (anche costituzionali): orbene è palese ed evidente a chiunque che l'espletamento di una occasionale attività extralavorativa non ha certo elevata offensività, per cui ben si presta ad una mera sanzione amministrativa (tra l'altro pecuniaria e non particolarmente afflittiva) e non penale, come invece suggestivamente propugnato dalla attenta difesa del convenuto.

Nel rispetto del principio *ne bis in idem*, uno Stato ben può dunque imporre una doppia sanzione (fiscale e penale, amministrativa e penale, o amministrativa e disciplinare) per gli stessi fatti purché le misure punitive abbiano diversa natura e diversi fini. Nello stesso pubblico impiego sono assai frequenti, ed anzi crescenti (v. d.lgs. n.165 del 2001; d.lgs. n.150 del 2009; l. n.190 del 2012) le previsioni normative che valorizzano la pluralità di illiceità di talune condotte di pubblici dipendenti, che ben possono tradursi, per il medesimo fatto, in illecito penale, disciplinare, civile, amministrativo contabile e, persino, in responsabilità dirigenziale ex art.21, d.lgs. n.165. Tali reazioni ordinamentali sono ben cumulabili tra loro e non sono certo alternative.

Né vengono lesi con tale norma (art.53, co.7 cit.) altri principi

stabiliti dalla Convenzione Europea: non vi è alcuna “*ingiustificata ingerenza dell’autorità pubblica nel godimento del diritto alla vita privata e familiare*” (art. 8 CEDU), ma una mera regolamentazione dell’esercizio di alcuni profili della prestazione lavoristica con la PA per preservarne l’integrità ed indipendenza nello svolgere attività in possibile contrasto; non vi è lesione alcuna del “*rispetto del principio di legalità*” (art. 7 CEDU), essendo la sanzione amministrativa *de qua* rispettosa del principio nella sua formulazione *ex lege*; non vi è infine alcuna “*arbitrarietà dell’ingerenza dello Stato e giusto equilibrio tra gli interessi generali e la salvaguardia dei diritti dell’individuo*” (artt. 6 – 8 e 14 CEDU), essendo ben ragionevole l’intervento legislativo statale nel bilanciare l’interesse pubblico al buon funzionamento e all’imparzialità della PA con le pretese del lavoratore ad agire in contesti extralavorativi.

Mal si attagliano dunque al caso di specie i principi della pronuncia 20.5.2016 n.112 della Consulta, essendo i fatti in tale sede vagliati (al pari di altri decisi con pronuncia 12 maggio 2016 n.102 della Consulta o con sentenze Cass., sez.III, 22 giugno 2016 n.25815 e id., sez.III, 2016 n.27814) relativi all’eccepito divieto di cumulo di sanzioni sostanzialmente entrambe *penali* per la loro accentuata offensività, evenienza non prospettabile nel caso in esame, connotato da sanzione *disciplinare* (intervenuto licenziamento nella specie) a cui si aggiunge una sanzione *amministrativa pecuniaria*, entrambe decisamente di afflittività ben minore rispetto a due “sostanziali” e non cumulabili sanzioni penali.

Del resto anche la nota sentenza CEDU Rigolio c.Italia,13 maggio 2014, (ric.n.20148/09) ha ben chiarito, per quanto mutuabile nella specifica

fattispecie qui in trattazione, la distinzione ontologica tra illeciti non della medesima natura penale, giustificando il parallelismo tra azione giuscontabile ed azione penale.

6. Venendo alle componenti strutturali dell'illecito amministrativo in esame, evidenti, comprovati ed incontestati appaiono la pluriennale condotta del Fondrini di amministratore unico di società di capitali (non smentita ed anzi riconosciuta dalla parte convenuta in audizione disciplinare) ed il danno determinato dalla parte convenuta in conseguenza del mancato riversamento del compenso percepito per il compenso 2015 di euro 32.998,00.

Parimenti sussistente è l'evidente colpa grave (non qualificabile come dolo per la non elevata qualifica e cultura giuridica del convenuto) a fronte del chiaro precetto normativo (artt.60 seg. DPR 3/1957 e art.53, d.lgs. n.165 del 2001) che vieta testualmente l'assunzione di cariche sociali in società di capitali. La limpida formulazione, unita al noto principio *ignorantia legis non excusat*, rende inipotizzabile una buona fede della parte convenuta.

Né assume rilevanza giuridica l'espletamento di tale attività gestoria in una società di famiglia (del fratello del Fondrini, dichiarato fallito e impossibilitato a svolgere attività di amministratore), né l'utilizzo di tale somma erogata dalla società per acquisto di immobile dei figli del fratello del convenuto: sono circostanze fattuali (di interposizione fittizia di persona) che non assumono valenza alcuna ai fini del decidere, se non per un minimale esercizio del potere riduttivo dell'addebito, in considerazione della peculiarità soggettiva della fattispecie e della qualifica professionale davvero minimale del convenuto.

Difatti i “motivi” (familiari, umani, filantropici etc.) di una scelta palesemente *contra legem* o, come sostenuto dal patrono del convenuto, il mancato esercizio di reale attività gestoria, sono in questa sede giuridicamente irrilevanti, né si tratta di attività autorizzabile in cui sia mancata rituale autorizzazione per incertezze o avalli informali datoriali, vertendosi in ipotesi, come detto, di attività assolutamente vietata, cioè preclusa ad ogni lavoratore pubblico e, dunque, neppure autorizzabile. In altre parole, ai fini del decidere, la questione giuridicamente rilevante non è se il Fondrini abbia svolto o meno attività di ristoratore (come rimarca la difesa), ma l’aver assunto una carica sociale (che, tra l’altro, non presuppone una vicinanza fisica tra sede lavorativa comunale e sede dell’impresa ristoratrice) vietata per legge e l’aver ottenuto anche un pagamento per tale attività (comunque vietata quand’anche fosse stata svolta gratuitamente).

7. Passando dunque al danno ed alla sua quantificazione, *ex art.53, co.7*, per espletamento di attività vietate esterne, lo stesso viene dalla Procura determinato in euro 32.998,00, pari alle somme introitate dal Fondrini e acclerate con riscontri bancari.

Tale importo è stato però indicato dalla Procura al lordo, e non già al netto, come invece già chiarito da pregressi indirizzi di questa Corte e del giudice amministrativo (v. Cons. Stato, Sez. III, 4 luglio 2011 n. 3984; Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009 n. 1164; TAR Lombardia, Sez. IV, 7 marzo 2013 n. 614; C. conti, Sez. III, 27.3.2014 n. 167, e n. 273 del 6 maggio 2014; Sez. Toscana, 8.9.2014 n. 159; Sez. Lazio n. 897 del 16 dicembre 2013; Sez. Lombardia 25 novembre 2014 n. 216, 30 dicembre 2014 n. 233 e 16 aprile 2015 n.54; Sez.Lombardia, 14 dicembre 2016 n.214).

