

SEZIONE	ESITO	NUMERO	ANNO	MATERIA	PUBBLICAZIONE
VENETO	SENTENZA	102	2017	RESPONSABILITA'	13/09/2017



REPUBBLICA ITALIANA N°102/2017

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE VENETO

composta dai Magistrati:

Guido	CARLINO	Presidente
Maurizio	MASSA	Consigliere estensore
Innocenza	ZAFFINA	Primo Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità, iscritto al n° 30282 del registro di Segreteria, instaurato a istanza della Procura Regionale della Corte dei Conti per la Regione Veneto nei confronti del sig.: FONTANA Diego, nato a Vicenza (VI), il 4/02/1954 (C.F. FNTDGI54B04L840X), rappresentato e difeso dall'Avv. Fulvio Lorigiola e Giampietro Geremia del Foro di Padova ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv.to Alfredo Biagini, in Venezia, Santa Croce 466/G.

VISTI gli atti di giudizio;

UDITI nell'udienza del 15 marzo 2017 il relatore Cons. Maurizio Massa, il rappresentante del pubblico ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale Chiara Imposimato e l'avv.to Fulvio Lorigiola, che hanno concluso come da verbale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto depositato in data 29 settembre 2016, la Procura Regionale ha citato in giudizio il sig. FONTANA Diego per sentirlo condannare al pagamento in favore del

Comune di Vicenza, della somma di Euro 74.763,57, per danno derivante da una attività di collaborazione esterna non autorizzata in quanto dipendente comunale.

L'atto di citazione così espone la vicenda.

Con una segnalazione, pervenuta alla Procura in data 18/09/2014, il Comune di Vicenza ha reso noto di aver accertato una attività di collaborazione non autorizzata di un proprio dipendente, sig. Diego FONTANA, presso l'IPAB Opera Pia Cordellina, e di aver costituito in mora il citato dipendente.

Nei confronti del dipendente FONTANA, in data 20/01/2012, l'Ufficio di Disciplina del Comune aveva adottato un provvedimento disciplinare per la violazione dell'art. 1, comma 61, della Legge 23 dicembre 1996, n. 662, con la riserva di recuperare, ai sensi dell'art. 53 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, le remunerazioni indebitamente percepite dal sig. FONTANA, per aver svolto le funzioni di Segretario dell'IPAB Opera Pia Cordellina in assenza di autorizzazione della legge, dal 1 dicembre 2006 al 30/11/2011 (doc. n. 5 Allegato n. 4 prodotto dalla Procura).

Il Comune di Vicenza ha fatto pervenire una ulteriore nota, in data 19/12/2014, (doc. 2 – allegato 1 prodotto dalla Procura), con la quale lo stesso Comune ha trasmesso l'istanza dell'IPAB per Minori di Vicenza (ex Opera Pia Cordellina), con la quale il Presidente dell'IPAB ha fatto presente di aver corrisposto al sig. FONTANA tutte le retribuzioni relative al periodo in parola e che, dunque, i fondi dovuti non erano più nella disponibilità dell'Opera Pia Cordellina ed una altra nota, in data 15/04/2015, (doc. 2 – allegato 2 prodotto dalla Procura), recante ulteriore corrispondenza tra il Comune di Vicenza e la citata IPAB.

Il Comune di Vicenza ha trasmesso, in data 31/07/2015, (doc. 3 – allegato A prodotto dalla Procura), la nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica – Ispettorato per la funzione pubblica del 6/11/2012 e la relazione della Guardia di Finanza – Compagnia di Vicenza in cui si riferisce che il sig. FONTANA ha prestato servizio presso il Comune di Vicenza dal 1980, con un contratto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, in qualità di Istruttore Direttivo Amministrativo – Ufficio Decentramento Amministrativo ed ha svolto incarichi al di fuori della propria attività lavorativa principale presso l'Opera Pia Cordellina, con sede di Vicenza, quale Segretario.

La Guardia di Finanza ha ipotizzato, dunque, un danno erariale pari ad euro 116.198,03, quali compensi netti percepiti per l'attività di Segretario presso l'IPAB

dall'1/1/2002 al 30/11/2011, in assenza di autorizzazione dell'Ente di appartenenza, salvo che per il periodo 1/12/2005 al 30/11/2006, periodo in cui lo stesso FONTANA avrebbe beneficiato di una autorizzazione resa dall'Ente di appartenenza mediante silenzio assenso. E' stato trasmesso, altresì, il verbale di conciliazione in sede giudiziale tra il Comune di Vicenza ed il sig. FONTANA, del 15/05/2015 (doc. 3 – allegato A prodotto dalla Procura), con il quale il sig. FONTANA ha rinunciato all'azione e alla domanda formulata innanzi al Giudice del Lavoro con la quale aveva impugnato la sanzione disciplinare della sospensione del servizio e della retribuzione per otto giorni.

Il Comune di Vicenza ha fatto pervenire, altresì, in data 21/10/2015 (doc. 3 – allegato B prodotto dalla Procura), gli atti di costituzione in mora, completi di ricevute di ritorno, del 27/11/2012 e del 17/09/2014; atti ricevuti dal sig. FONTANA rispettivamente in data 28/11/2012 ed in data 19/09/2014.

Un'ulteriore costituzione in mora è stata effettuata dal Comune di Vicenza, con nota del 2/5/2016 (doc. 4 – allegato 6 prodotto dalla Procura), ricevuta dal sig. FONTANA in data 2/5/2016. Con quest'ultima costituzione in mora il Comune di Vicenza ha contestato il periodo relativo dall'1/12/2006 fino al 30/11/2011, per un importo pari ad euro 74.763,57 oltre agli interessi maturati.

A seguito dell'invito a fornire deduzioni, notificato il 16 luglio 2016 (doc. 8 prodotto dalla Procura), il sig. FONTANA non ha depositato le proprie deduzioni, e non ha chiesto di essere sentito personalmente.

All'esito della valutazione giuridica dei fatti sopra esposti (sotto i vari profili: a) della giurisdizione della Corte dei conti ed il rapporto di impiego o di servizio; b) del nesso di causalità; c) dell'elemento psicologico; d) del danno patrimoniale diretto), la Procura erariale ha ritenuto sussistenti tutti gli elementi per l'affermazione della responsabilità amministrativa del sig. FONTANA, sia sotto il profilo oggettivo del danno, sia sotto il profilo soggettivo di un comportamento connotato da colpa grave, perché ha posto in essere un comportamento illecito in violazione di norme di legge e di servizio e di specifiche disposizioni normative e contrattuali che regolano il rapporto tra il dipendente pubblico e l'amministrazione di appartenenza, cagionando un danno alla stessa amministrazione pari ad euro 74.763,57.

Pertanto la Procura attrice ha promosso l'azione di danno erariale introduttiva di questo giudizio.

Con memoria depositata in data 23 febbraio 2017 si è costituito il difensore del convenuto.

Innanzitutto ha eccepito il difetto di giurisdizione, facendo riferimento al fatto che il comma 7 bis dell'art. 53, del D. Lgs. n. 165/2001, è stato introdotto solo con legge 6 novembre 2012, n. 190 e quindi con una norma entrata in vigore successivamente rispetto ai fatti contestati dalla Procura della Corte dei Conti, i quali sono intervenuti tra l'1.12.2006 e il 30.12.2011.

Per cui la difesa ha richiamato l'ordinanza 28 settembre 2016, n. 19072 della Cassazione Civile a Sezioni Unite, che, in un caso analogo, ha statuito che "la controversia avente ad oggetto la domanda della P.A. rivolta ad ottenere dal proprio dipendente 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 per i fatti occorsi prima della entrata in vigore della novella legislativa, che ha introdotto il comma 7 bis all'art. 53 del D. Lgs. n. 165/2001, il giudice contabile non avrebbe giurisdizione relativamente al mancato versamento dei compensi percepiti dal pubblico dipendente, salvo che la condotta di quest'ultimo non abbia prodotto all'Amministrazione altri e diversi profili di danno, quali ad esempio danni all'immagine o danni da sottrazione di energie lavorative svolte in costanza di rapporto di lavoro.

Nel caso di specie, ciò che viene contestato al signor Fontana è solo e soltanto la mancata restituzione delle somme dallo stesso percepite per aver svolto l'attività, non autorizzata, di segretario dell'IPAB Minori di Vicenza dall'1.12.2006 al 30.11.2011.

Nulla viene invece addebitato all'odierno convenuto a titolo di danno diverso ed ulteriore rispetto al mancato versamento di tali somme con conseguente difetto di giurisdizione dell'adita Corte dei Conti, per cui la difesa ritiene che la giurisdizione spetti all'Autorità giudiziaria ordinaria secondo la competenza per territorio e per materia.

La difesa ha poi eccepito la prescrizione del credito del Comune di Vicenza.

Le retribuzioni erogate dall'Ente assistenziale e percepite dal sig. Fontana nell'arco temporale contestato dalla Procura, ammontano a complessivi Euro 74.763,57 netti, così suddivisi:

Euro 1.045,33 per dicembre 2006;

Euro 11.669,64 da gennaio a dicembre del 2007;
Euro 17.062,64 da gennaio a dicembre del 2008;
Euro 16.498,96 da gennaio a dicembre del 2009;
Euro 13.486,00 da gennaio a dicembre del 2010;
Euro 15.001,00 da gennaio a dicembre del 2011.

Considerando applicabile alla fattispecie in esame il termine quinquennale di prescrizione del diritto di credito del Comune di Vicenza sorto ex art. 53 D. Lgs. n. 165/2001, e individuando quale dies a quo della prescrizione il momento in cui ciascuna mensilità retributiva veniva pagata, la prescrizione sarebbe già maturata per tutte le somme percepite dal signor Fontana fino al 02.05.2011, avendo il Comune di Vicenza provveduto, solo in data 02 maggio 2016, ad assumere il primo atto interruttivo di messa in mora.

La difesa nega rilevanza giuridica alle precedenti comunicazioni del Comune di Vicenza del 27.11.2012 e del 17.09.2014.

L'unico atto idoneo ad interrompere i termini di prescrizione sarebbe la comunicazione comunale del 2 maggio 2016, con la conseguenza che sarebbero esigibili solo i compensi percepiti dal 2 maggio 2011 al 30 novembre 2011.

Nel merito la difesa nega la sussistenza della colpa grave nella condotta del signor Fontana e del nesso di causalità, in quanto il convenuto ha svolto la propria attività a favore dell'Opera Pia Cordellina avendo ottenuto in forma espressa o tacita la relativa autorizzazione.

Infine la difesa sostiene l'assenza di danno, perché i compensi percepiti dal signor Fontana a titolo di retribuzione per la propria attività lavorativa prestata a favore dell'IPAB non sono stati versati dal Comune di Vicenza, ma dall'Opera Pia, e, pertanto, la loro mancata restituzione non si correla ad alcun esborso del Comune di Vicenza con conseguente insussistenza di alcun danno emergente.

Neppure potrebbe essere addebitata al signor Fontana la causazione di un danno nella forma del lucro cessante per aver fatto venir meno la propria energia lavorativa al Comune di Vicenza, avendo posto in essere una collaborazione con l'IPAB Opera Pia Cordellina.

Le autorizzazioni sempre richieste al Comune di Vicenza dall'Opera Pia Cordellina, hanno espressamente enunciato e specificato che "le prestazioni svolte dal Geom. Diego Fontana, dovranno essere rese al di fuori del normale orario di servizio in vigore presso il

Comune di Vicenza, come del resto effettuato sinora" (istanza di autorizzazione del 10.01.1997) e che "resta inteso che lo svolgimento dell'incarico di Segretario dell'IPAB sarà reso, dal geom. Diego Fontana, al di fuori del normale orario di servizio in vigore presso il Comune di Vicenza, come del resto effettuato sinora" (istanza del 20.10.1999).

Il signor Fontana, al mattino prestava servizio in Comune (dal lunedì al venerdì dalle 8.30 alle 14.00 con rientro al martedì e giovedì pomeriggio dalle 14.45 alle 19.00) ed al pomeriggio svolgeva, là ove non aveva il pomeriggio di rientro, le proprie mansioni presso l'Opera Pia e ciò sulla scorta del fatto che, come da contratti sottoscritti con la medesima IPAB, non vi era alcun vincolo di orario, né obbligo di presenza presso la sede (Allegati n. 8, 9 e 10 depositati dalla difesa).

Ed infatti, nel corso del rapporto di lavoro tra il Comune di Vicenza e il signor Fontana, mai gli è stato contestato alcunché con riferimento allo svolgimento delle sue mansioni o alla produttività del suo operato. Non solo, ma dal 2004 è stato nominato quale Capo Ufficio del Servizio Decentramento e dal 2014 Capo Ufficio del Settore Sport, nomine che rappresentano, ad avviso della difesa, atti di fiducia, di stima e di apprezzamento da parte dell'Amministrazione comunale.

L'attività svolta dal signor Fontana in favore dell'Opera Pia Cordellina era pienamente legittima, in quanto non soltanto non pregiudicava le prestazioni rese dallo stesso in favore dell'Amministrazione di appartenenza, ma anzi si collocava in un contesto di totale collaborazione e connessione sia strutturale sia funzionale tra l'IPAB che ne ha beneficiato e l'ente locale di appartenenza.

Il convenuto, a mezzo dei difensori ha concluso in via pregiudiziale: per dichiarare il difetto di giurisdizione a favore dell'Autorità Giudiziaria ordinaria competente per territorio e materia;

nel merito, in via principale: per respingere le domande tutte avanzate dalla medesima Procura Regionale a carico del geom. Diego Fontana; in via subordinata, ridurre l'addebito elevato dalla Procura Regionale e la pretesa dalla stessa formulata al solo importo dello stipendio percepito nei mesi che vanno dal 2 maggio 2011 al 30 novembre 2011, tenendo conto della eccezione di prescrizione o comunque nella minor somma che la Corte riterrà di quantificare, tenendo conto delle somme che non risultano prescritte.

Nell'udienza di discussione le parti hanno ribadito le argomentazioni fin qui esposte e confermato le conclusioni già rassegnate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La Sezione, esamina per prima l'eccezione di difetto di giurisdizione, formulata dalla difesa del convenuto.

Sul punto si richiama l'orientamento di questa Sezione già espresso nelle decisioni n. 53 del 2015, n. 94 del 2016, n. 118 del 2016 e n. 30 del 2017.

Nelle prime tre decisioni citate si faceva espresso riferimento all'orientamento della Corte di Cassazione, SS.UU. ord. n. 22688/2011 affermativo della giurisdizione della Corte dei conti, in fattispecie analoghe al caso in esame.

Nell'ultima si ribadiva tale orientamento:

" A norma dell'art. 53, comma 7, del D.Lgs. n. 165 del 2001, "I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. (...) 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."

Per quanto previsto dal successivo comma 7 bis, introdotto dall'articolo 1, comma 42, lettera d), della legge 6 novembre 2012, n. 190, "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."

E' ininfluenza che la fattispecie di cui è causa attenga a fatti precedenti all'entrata in vigore della citata disposizione, poiché, com'è stato chiarito dalla giurisprudenza contabile (si veda, da ultimo, Corte dei Conti, Sez. II d'App., sent. n. 1098 del 26.10.2016), trattasi di una disposizione "non innovativa ma meramente ricognitiva di un pregresso prevalente indirizzo (...) tendente a radicare in capo alla Corte dei Conti la giurisdizione in materia, nel termine prescrizionale quinquennale, escludendo quella del giudice ordinario propugnata da un minoritario indirizzo giurisprudenziale ... sulla base di una qualificazione della pretesa in chiave civilistica-lavoristica" (Corte dei Conti, Sez. I d'App., sent. n. 406/2014).

..., è già lo svolgimento della attività extraistituzionale presso soggetti diversi dalla propria amministrazione, senza la necessaria autorizzazione a produrre il danno erariale,

che, poi, la norma presume quantificabile nella misura del compenso percepito dal dipendente per la predetta attività.

Ciò perché, come chiaramente rilevato dalla Corte di Cassazione "la violazione delle disposizioni di cui all'art. 53, comma 7, del d.lgs. 165/2001, trattandosi di prescrizioni preordinate a garantire il proficuo svolgimento delle mansioni dei pubblici dipendenti attraverso il previo controllo dell'Amministrazione sulla possibilità, per il dipendente, d'impegnarsi in un'ulteriore attività senza pregiudizio dei compiti d'istituto, può essere addotta come fonte di responsabilità amministrativa idonea a radicare la giurisdizione di questa Corte dei Conti" (SS.UU. n. 22688/2011).

Questa impostazione risulta confermata dalla ordinanza n. 41/2015, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 53, comma 7, del D.Lgs. n. 165/2001, "atteso che, quanto al principio di buon andamento della pubblica amministrazione, la norma denunciata mirerebbe a rafforzare la garanzia che il lavoro dei pubblici dipendenti a favore di terzi non si riverberi negativamente sul servizio d'istituto (...)."

Questo orientamento è stato recentemente confermato dalla prima Sezione centrale d'appello con la decisione n. 65 del 2.3.2017, per cui va affermata la giurisdizione della Corte dei conti in ipotesi di violazione dell'art. 53, comma 7, del D.Lgs. n. 165 del 2001.

La Sezione conosce il diverso orientamento manifestato dalla Corte di cassazione con l'ordinanza n. 19072/2016, tuttavia non lo condivide per le ragioni sopra esposte e perché in contrasto con l'orientamento adottato nella decisione SS.UU. n. 22688/2011 e ribadito, sempre dalle Sez. Unite della Cassazione, con la sentenza 22 dicembre 2015, n. 25769:

"17. La nuova norma si limita quindi a confermare un orientamento della giurisprudenza, sicuramente consolidato in quanto affermato dalle sezioni unite.

18. E' 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".

Pertanto l'eccezione di difetto di giurisdizione è respinta.

2. A seguire deve essere esaminata la eccezione di prescrizione del credito azionato.

A riguardo occorre valutare la idoneità delle diffide del 2012 e del 2014 ad interrompere la prescrizione.

Su questo punto la Corte di Cassazione si è pronunciata di recente con la sentenza del 28 novembre 2016 n. 24116:

"E' principio consolidato di questa Corte che, in tema di interruzione della prescrizione, un atto, per avere efficacia interruttiva, deve contenere, oltre alla chiara indicazione del soggetto obbligato (elemento soggettivo), l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora (elemento oggettivo). Quest'ultimo requisito non è soggetto a rigore di forme, all'infuori della scrittura, e, quindi, non richiede l'uso di formule solenni né l'osservanza di particolari adempimenti, essendo sufficiente che il creditore manifesti chiaramente, con un qualsiasi scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, la volontà di ottenere dal medesimo il soddisfacimento del proprio diritto (Cass. 3371/10; Cass. n. 24656/10; Cass. 17123/15)".

La difesa nega rilevanza giuridica alle comunicazioni del Comune di Vicenza del 27.11.2012 e del 17.09.2014, mentre riconosce come unico atto idoneo ad interrompere i termini di prescrizione la comunicazione comunale del 2 maggio 2016, con la conseguenza che sarebbero esigibili solo i compensi percepiti dal 2 maggio 2011 al 30 novembre 2011.

Il difensore del convenuto in udienza ha formulato una domanda subordinata in quanto, ove venisse ritenuto regolare l'atto di costituzione in mora del 2014, tutti i periodi antecedenti al 2009 dovrebbero ritenersi prescritti.

Il Collegio ritiene che le diffide del Comune di Vicenza del 27.11.2012 e del 17.09.2014, siano atti validi per interrompere la prescrizione in quanto hanno tutti i requisiti oggettivi e soggettivi necessari ai sensi dell'art. 1219 del codice civile: il soggetto debitore è individuato esattamente, la causa giuridica del debito è corretta e coerente con quella azionata nel presente giudizio, l'entità del debito è facilmente determinabile in relazione al periodo indicato nelle diffide, che nella prima è più ampio di quello dedotto in giudizio e quindi in esso ricompreso.

Nel caso in esame è applicabile la regola della decorrenza della prescrizione da quando il fatto dannoso diviene conoscibile secondo gli ordinari criteri di diligenza (c.d. conoscibilità obiettiva). In altre parole, pur non vertendosi in materia di doloso occultamento del danno da parte della parte convenuta, non riscontrandosi condotte tese

a nascondere i proventi percepiti, ai sensi dell'art. 2935 c.c., la "conoscibilità obiettiva" del danno erariale arrecato dalla parte convenuta da parte del vertice datoriale dell'amministrazione danneggiata va individuata nella data del provvedimento dell'Ufficio di disciplina del Comune di Vicenza del 20.1.2012 (doc. n. 5 Allegato n. 4 prodotto dalla Procura).

In questo atto vengono accertate ed esplicitate in sede disciplinare le circostanze dell'illecito contestato, e costituisce la prova del momento di effettiva conoscenza del fatto dannoso da parte dell'amministrazione danneggiata.

Dunque, le prestazioni extralavorative del convenuto svolte nell'arco temporale dal dicembre 2006 al novembre 2011, sono state obiettivamente conosciute e formalmente documentate solo nel gennaio 2012, all'esito della istruttoria del relativo procedimento disciplinare che ha ritenuto validamente autorizzato solo il periodo dal 1.12.2005 al 30.11.2006.

Pertanto in considerazione degli atti interruttivi del 2012, 2014 e 2016, l'azione della Procura è tempestiva.

3. Ora si può passare all'esame del merito.

Il danno erariale azionato dalla Procura deriva dalla violazione dell'art. 53, comma 7 del d.lgs. n. 165/2001.

Per l'inquadramento sistematico di questo tema si fa riferimento alle numerose pronunce delle varie sezioni territoriali e centrali della Corte dei conti: Sez. Veneto 12.10.2016 n. 118, 15.12.2016 n. 217 e 1.3.2017 n. 30; Sez. Lazio, 24-7-2017 n. 180; Sez. Lombardia, 17-1-2017 n. 3, 14-12-2016 n. 214, 20-12-2016 n. 223, 11-3-2015 n. 54 e 25-11-2014 n. 216; Sez. Piemonte 27-7-2017 n. 65; Sez. Emilia Romagna 26-7-2017 n. 170 e 29-6-2017 n. 150; Sez. Marche, 31.3.2015 n. 60; Sez. Trentino Alto Adige 24.2.2017 n. 6; Sez. Toscana, 8.9.2014 n. 159; Sez. Calabria 10.5.2013 n. 161; Sez. Friuli Venezia Giulia n. 34/2016; Sez. I appello 13-3-2014 n. 406, Sez. I appello 6-2-2015 n. 121, Sez. I appello 2-3-2017 n. 65; Sez. II appello 21-4-2017 n. 241; Sez. III appello 2-2-2017 n. 55; Sez. III appello 6-2-2017 n. 64; nonché interventi della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU n. 22688/2011 e SS.UU n. 25769/2015).

Anche le Sezioni riunite della Corte dei conti (sent. n. 2/2017/QM), si sono pronunciate affermando che non si tratta di responsabilità formale o sanzionatoria, bensì propriamente di responsabilità per danno erariale, attuale, concreto ed effettivo.

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, deve essere osservato che la responsabilità erariale in oggetto, 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, ma 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) (Sez. Lombardia n. 233 del 16/12/2016).

La prevista "misura" del riversamento del compenso "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" (art. 53, comma 7, cit.) risponde all'esigenza di assicurare l'interesse dell'erario ad una piena esclusiva prestazione del proprio dipendente (art. 98 Cost.; Corte conti, Sez. I appello n. 121/2015; Sez. EmiliaRomagna n. 818/2007) a garanzia del principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.); sicché l'importo del compenso indebitamente ottenuto dal dipendente quantifica, ragionevolmente, la minore efficienza ed efficacia sottratta all'Amministrazione di appartenenza da parte del dipendente non autorizzato allo svolgimento della prestazione; tant'è che secondo il vigente regime detto importo viene reimmesso tra le disponibilità finanziarie da destinare al recupero della produttività della pubblica amministrazione allo scopo, così, di neutralizzare il vulnus arrecato dalla dispersione verso l'esterno di prestazioni professionali esclusivamente riservate all'Amministrazione di appartenenza (Sez. Emilia Romagna n. 170-2017).

La ratio della disciplina è "... 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 (98 cost.) e di buon andamento

ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 cost.)" (Sez. Lombardia n. 216 del 25/11/2014).

Secondo la tesi attorea dalle norme sopra richiamate deriva l'incompatibilità tra il rapporto di lavoro subordinato intercorrente con il Comune da parte del sig. FONTANA e l'esercizio di altre attività esterne, per il divieto di svolgere incarichi retribuiti che non siano conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza nei casi consentiti dalla legge.

Nel caso di specie il sig. FONTANA, dipendente del Comune di Vicenza, nel periodo dal dicembre 2006 al novembre 2011, avrebbe esercitato attività esterna in assenza di autorizzazione, in palese contrasto con quanto stabilito dalle norme in vigore all'epoca e con quelle che hanno integrato successivamente la materia, senza richiedere alcuna autorizzazione alla propria amministrazione di appartenenza, né una diversa articolazione dell'orario di lavoro (part-time), istituto ottenibile per un dipendente del livello del sig. FONTANA.

Da ciò la Procura deduce un comportamento illecito gravemente colposo, posto in essere dal sig. FONTANA, con riferimento all'esercizio dell'attività esterna svolta in concomitanza con il rapporto di servizio principale, per aver violato le norme di settore ed in assenza di alcuna autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza, oltre che in violazione dei fondamentali doveri di lealtà e fedeltà verso la Pubblica Amministrazione cui sono tenuti i pubblici dipendenti.

Il Collegio rileva che i fatti oggetto di giudizio riguardano lo svolgimento da parte del signor Fontana, in assenza di provvedimenti autorizzativi, dell'incarico di Segretario presso l'IPAB per i Minori di Vicenza, già Opera Pia Cordellina.

Lo svolgimento effettivo della prestazione a favore dell'IPAB non è contestato, mentre è in discussione sia l'elemento soggettivo sia la sussistenza del danno determinato dal convenuto in conseguenza del mancato riversamento del compenso percepito per le prestazioni extraprofessionali svolte senza autorizzazione nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza.

La difesa sostiene che sussiste nella materia la possibilità di ottenere l'autorizzazione allo svolgimento di incarichi in forza dell'istituto del silenzio assenso della Pubblica amministrazione, normativamente previsto dall'art. 1, comma 60, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e dall'art. 53, comma 10, del D. Lgs. n. 165/2001.

Al riguardo, la difesa evidenzia che il signor Fontana ha ricoperto l'incarico di Segretario dell'IPAB, con continuità, già da molti anni prima del dicembre 2005, ottenendo dal Comune di Vicenza autorizzazioni anche pluriennali a mezzo di silenzio assenso.

Infatti, con nota del 10 gennaio 1997, inviata al Comune di Vicenza il successivo 14 gennaio, il Presidente dell'Opera Pia Cordellina ha chiesto "di autorizzare, per lo svolgimento delle funzioni di Segreteria dell'Ente ... il Geom. Diego Fontana, funzionario di codesta Amministrazione Comunale" (doc. 11 allegato alla memoria difensiva), nota riscontrata dal Comune solo dopo quasi dieci mesi con lettera 2 ottobre 1997, con cui è stato comunicato al signor Fontana che "con decisione di giunta comunale del 25 settembre scorso, n. 247 è stato autorizzato a proseguire nell'incarico di segretario amministrativo dell'Opera Pia in oggetto fino alla nomina del nuovo Consiglio di Amministrazione del suddetto ente" (doc. 12 allegato alla memoria difensiva).

La suddetta autorizzazione è stata rilasciata dall'Amministrazione comunale "fino alla nomina del nuovo Consiglio di amministrazione" dell'Opera Pia Cordellina, nomina intervenuta due anni dopo, con la conseguenza che, in data 20 ottobre 1999, è stata presentata una nuova richiesta da parte della citata Opera Pia (doc. 13 allegato alla memoria difensiva), in relazione alla quale si sarebbe formato questa volta il silenzio assenso.

In tale istanza, il Presidente dell'Opera Pia Cordellina ha chiesto al Comune di Vicenza di autorizzare "il geometra Diego Fontana allo svolgimento delle funzioni di Segretario dell'Ente, ai sensi delle vigenti disposizioni come avvenuto per il passato", specificando ancora una volta che l'incarico del signor Fontana era stato conferito "per la durata del mandato amministrativo".

Essendo cessato il Consiglio di Amministrazione, il signor Fontana ha provveduto a richiedere in data 4 novembre 2005 una nuova autorizzazione per svolgere la propria attività di Segretario dell'Opera Pia Cordellina (doc. 17 allegato alla memoria difensiva) ed analoga domanda è stata presentata in pari data anche dall'IPAB (doc. 18 allegato alla memoria difensiva).

In tale istanza dell'Opera Pia, è chiaramente precisato che il compito di Segretario generale della medesima Opera, a cui era stato chiamato il signor Fontana, avrebbe avuto "durata per il prossimo esercizio 2006 eventualmente rinnovabile, salvo diverse decisioni da parte della scrivente Amministrazione".

Anche in relazione a tali istanze si sarebbe quindi formato il silenzio assenso, non avendo l'amministrazione Comunale opposto un provvedimento di diniego nel termine previsto di 30 giorni, e pertanto la stessa è stata resa edotta fin dal 2005 della volontà delle parti di instaurare uno stabile e duraturo rapporto di collaborazione, così come era stato fatto in passato.

Anzi, in ordine alla richiesta di autorizzazione del 2005 presentata dal signor Fontana, il responsabile del Dipartimento aveva dato persino parere favorevole (doc. 17 allegato alla memoria difensiva), ma – nonostante ciò – il Comune non aveva mai formalmente concluso il procedimento autorizzatorio con un provvedimento espresso di diniego (cosa già successa in passato) con la diretta conseguenza che il signor Fontana ha continuato a svolgere, anche negli anni successivi al 2005 e 2006, l'attività di Segretario dell'Opera Pia Cordellina, riponendo affidamento sulla sussistenza di una tacita autorizzazione ultra annuale valida fino alla cessazione del C. di A. dell'IPAB, come già in precedenza era successo.

Ed invero, alla scadenza anche di questo C. di A., il signor Fontana, come per il passato, ha quindi presentato in data 1 dicembre 2011 al proprio Comune di appartenenza una nuova richiesta per lo svolgimento dell'attività di Segretario dell'Opera Pia Cordellina senza ottenere riscontri negativi al riguardo (doc. 19 allegato alla memoria difensiva).

Da questi fatti la difesa deduce l'assenza totale di colpa del signor Fontana nella presente fattispecie, il quale in buona fede – avrebbe ritenuto sussistente una valida autorizzazione seppur rilasciata in forma tacita non essendo mai intervenuto alcun provvedimento di diniego – corredata da una positiva valutazione di compatibilità da parte del Comune, con tanto di formale e positivo parere scritto espresso in calce alla richiesta del 2005.

Non solo, ma l'assenza di colpa in capo al signor Fontana si desumerebbe dal fatto che la titolarità del ruolo di Segretario dell'Opera Pia e lo svolgimento di tutte le attività conseguenti avvenivano nella piena consapevolezza dell'Amministrazione Comunale, la quale mai ha obiettato alcunché all'odierno convenuto.

La Sezione rileva che la norma cui fare riferimento per valutare la fondatezza di questa tesi difensiva è l'art. 53, comma 10, del D. Lgs. n. 165/2001:

"10. L'autorizzazione, di cui ai commi precedenti, deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico; può, altresì, essere richiesta dal dipendente interessato.

L'amministrazione di appartenenza deve pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta stessa. Per il personale che presta comunque servizio presso amministrazioni pubbliche diverse da quelle di appartenenza, l'autorizzazione è subordinata all'intesa tra le due amministrazioni. In tal caso il termine per provvedere è per l'amministrazione di appartenenza di 45 giorni e si prescinde dall'intesa se l'amministrazione presso la quale il dipendente presta servizio non si pronunzia entro 10 giorni dalla ricezione della richiesta di intesa da parte dell'amministrazione di appartenenza. Decorso il termine per provvedere, l'autorizzazione, se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche, si intende accordata; in ogni altro caso, si intende definitivamente negata'.

In sintesi il silenzio-assenso è invocabile solo per "per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche", quando invece l'incarico proviene da un soggetto giuridico che non è amministrazione pubblica, decorso il termine di 30 giorni, si forma il silenzio-rigetto.

Con l'art. 10 della legge n. 328/2000, il legislatore ha delegato il governo, con l'intento di integrare le Ipab nella rete dei servizi sul territorio, ad emanare una rinnovata disciplina delle Ipab, mantenendone la natura giuridica pubblica (con il riconoscimento, a fini di efficienza, di autonomia statutaria, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica e con l'assoggettamento a peculiari vincoli normativi, tra cui quello della disciplina civilistica del personale), ovvero, ma in via residuale, la trasformazione, a richiesta degli enti, in associazioni o in fondazioni di diritto privato, fermo restando il rispetto dei vincoli posti dalle tavole di fondazione e dagli statuti.

Il decreto legislativo n. 207/2001, ha innanzitutto previsto (art. 5) l'obbligo di trasformazione delle IPAB in aziende pubbliche di servizi alla persona (aventi personalità giuridica di diritto pubblico), con l'esclusione (per questi enti la trasformazione rimane una facoltà) degli enti aventi i requisiti di cui al DPCM del 16 febbraio 1990), nonché degli enti di cui al comma 2 (per i quali vige un divieto, con conseguente tendenziale obbligo di estinzione), o di piccolissime dimensioni, con patrimonio insufficiente, inattivi da oltre due anni ovvero con finalità statutarie già conseguite.

Ai sensi degli art. 5, comma 7 e dell'art. 16, comma 5, del d.lgs, i procedimenti per la trasformazione delle Ipab in aziende pubbliche di servizi alla persona e di accertamento delle caratteristiche per la trasformazione in enti privatistici sono disciplinati dalle Regioni.

A sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 207/2001:

"Disposizione transitoria - 1. A norma dell'articolo 30 della legge, alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo e' abrogata la disciplina relativa alle IPAB prevista dalla legge 17 luglio 1890, n. 6972, e dai relativi provvedimenti di attuazione. Nel periodo transitorio previsto per il riordino delle istituzioni, ad esse seguitano ad applicarsi le disposizioni previgenti, in quanto non contrastanti con i principi della liberta' dell'assistenza, con i principi della legge e con le disposizioni del presente decreto legislativo".

La legge regionale Veneto n. 30 del 30 dicembre 2016 - Collegato alla legge di stabilità regionale 2017, nell'art. 56 - Norme di razionalizzazione e aggiornamento sulle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB) e modifica di leggi regionali, prevede:

"1. Le IPAB sono classificate ai sensi dell'articolo 9 della legge regionale 12 settembre 1997, n. 37 "Provvedimento generale di rifinanziamento e di modifica di leggi regionali in corrispondenza dell'assestamento del bilancio di previsione per l'anno finanziario 1997" e dei paragrafi 1 e 5 della deliberazione del Consiglio regionale n. 42 del 7 maggio 1998 "Classificazione tipologica delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza nel Veneto. Articolo 72, legge regionale 30 gennaio 1997, n. 6 e dell'articolo 9 legge regionale 12 settembre 1997, n. 37" (BUR n. 50/1998).

Ai sensi dell'art. 9 della legge regionale n. 37/1997:

"Classificazione delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza con finalità socio-assistenziali.

1. La Regione, al fine di consentire il corretto funzionamento ed inquadramento del personale delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza di cui alla legge 17 luglio 1890, n. 6972 e successive modificazioni ed integrazioni, provvede entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente legge alla determinazione dei criteri di classificazione tipologica, per i conseguenti provvedimenti da adottarsi ai sensi dell'articolo 12 della legge regionale 15 dicembre 1982, n. 55 e successive modificazioni ed integrazioni.

2. A seguito della classificazione di cui al comma 1, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza provvedono, laddove necessario, ad adeguare i propri ordinamenti secondo le prescrizioni del relativo provvedimento regionale.

3. Qualora il provvedimento regionale di classificazione di cui al comma 1 non comporti modificazione alcuna dell'assetto del personale dell'istituzione pubblica di

assistenza e beneficenza, l'assetto medesimo si ritiene legittimamente disposto sin dal momento della sua formale adozione."

La legge regionale 15 dicembre 1982, n. 55, art. 12 – (Compiti della Regione), prevede:

"1. Spettano alla Regione la programmazione, l'indirizzo, la vigilanza ed il coordinamento dei servizi sociali e socio-sanitari in conformità alle leggi di settore.

2. Spettano al Dirigente del dipartimento competente:

a) il riconoscimento giuridico, la classificazione, il controllo e la vigilanza sugli organi, le modifiche statutarie, le fusioni, le trasformazioni nonché le estinzioni e la conseguente devoluzione del patrimonio delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza di cui alla legge 17 luglio 1890, n. 6972 e successive modificazioni ed integrazioni e che operino nell'ambito della Regione;

b) il riconoscimento giuridico delle fondazioni di cui all'articolo 12 del codice civile, le cui finalità si esauriscono nell'ambito della Regione ed operano nella materia di cui all'articolo 22 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, ed il controllo e la vigilanza sugli organi, le modifiche statutarie, il coordinamento, la fusione, la trasformazione, l'estinzione e la conseguente devoluzione del patrimonio ai sensi dell'articolo 31 del codice civile, nonché l'adozione dei provvedimenti amministrativi concernenti l'acquisto di immobili e l'accettazione di donazioni, eredità e legati;

c) il riconoscimento giuridico delle associazioni di cui all'articolo 12 del codice civile, le cui finalità si esauriscono nell'ambito della Regione ed operano nella materia di cui all'articolo 22 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, le modifiche statutarie, il coordinamento, la fusione, la trasformazione, l'estinzione e la conseguente devoluzione del patrimonio ai sensi dell'articolo 31 del codice civile, nonché l'adozione dei provvedimenti amministrativi concernenti l'acquisto di immobili e l'accettazione di donazioni, eredità e legati;

d) l'adozione dei provvedimenti amministrativi concernenti l'acquisto di immobili e l'accettazione di donazioni, eredità e legati delle organizzazioni di volontariato iscritte al registro regionale del volontariato".

Sulla natura giuridica pubblica o privata delle Ipab e degli enti assimilati o derivati per trasformazione, si è già soffermata questa Sezione con le sentenze n. 56 del 2016 e n. 213 del 2016 giungendo alla conclusione che deve essere valutata volta per volta la natura giuridica dell'ente in esame.

In entrambi i casi è stata ritenuta la natura di ente pubblico, sub specie di IPAB - Istituzione pubblica di assistenza e beneficenza, per il testuale richiamo statutario alla legge n. 6972/1890 e per l'espressa autoqualificazione statutaria.

Nelle citate decisioni la Sezione ha ritenuto che continua ad applicarsi la normativa previgente e dunque principalmente la legge n. 6972/1890, in quanto, per le Ipab venete, non si era ancora realizzato quel processo di ridefinizione della natura giuridica prefigurato dal legislatore nazionale, né nel senso della trasformazione in Aziende pubblica di servizi alla persona né nel senso della trasformazione in associazione o fondazione di diritto privato, permanendo, sul terreno giudico - amministrativo formale, la natura giuridica di Ipab ai sensi della legge n. 6972/1890 e dello statuto dell'Ente.

Nel caso in esame, con decreto regionale n. 527 del 24 dicembre 2013, è stata disposta la fusione, ex articoli 58 e 62 della Legge 17 Luglio 1890, n. 6972 e articolo 12, comma 2 lettera a) Legge regionale 15 dicembre 1982, n.55 nell'IPAB denominata "Ipab per i Minori di Vicenza" con sede in Vicenza, di vari enti tra cui l'Opera Pia Cordellina già eretta quale Istituzione Pubblica di Assistenza e Beneficenza (IPAB) con R. D. del 14 settembre 1914, modificato con R. D. del 2 maggio 1932.

Tuttavia occorre valutare la natura giuridica dell'ente in argomento nel periodo dall'1/12/2006 fino al 30/11/2011, anche tenendo conto del nuovo statuto approvato dal Consiglio di Amministrazione e dalla Regione Veneto con decreto del dirigente dei servizi sociali n° 155 del 03/07/2008.

La Corte dei Conti, sezione giurisdizionale dell'Emilia Romagna con la sentenza n. 43 depositata il 7 febbraio 2017, ha affermato che le ex Ipab sono enti pubblici economici e non applicano il t.u. sul pubblico impiego.

La natura giuridica delle ASP (Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona) non è perfettamente delineata, pertanto, non possono essere considerate nel novero delle p.a. genericamente indicate nell'art. 1, comma 2, d.lgs. 165/2001.

Il giudice contabile ha rilevato che la natura giuridica delle ASP è assolutamente incerta, non potendo essere qualificate come enti pubblici non economici.

A questa conclusione era già pervenuta anche la Corte Costituzionale con la sentenza 161/2012, secondo cui sulla natura delle IPAB, e conseguentemente delle ASP (costituite a seguito di trasformazione delle Ipab), vi è "assoluta incertezza caratterizzata dall'intreccio di un'intensa disciplina pubblicistica con una notevole permanenza di elementi privatistici", ma al contempo è necessario riconoscere a tali aziende "la natura

imprenditoriale improntata a criteri di economicità, anche se non rivolta a fini di lucro”, confermando la natura economica di tali enti.

Ai sensi dell’art. 4, della legge 20 marzo 1975, n. 70 (Istituzione di nuovi enti):

“Salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3, nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge”.

Questa norma esprime un principio di carattere generale del nostro ordinamento il cui valore sistematico deve essere tenuto presente anche nel caso in esame.

Considerato che il convenuto in questo giudizio ha ricevuto l’incarico contestato dall’Opera Pia Cordellina, prima della sua trasformazione in IPAB per i Minori di Vicenza, tutta l’attività svolta dall’1.12.2006 e il 30.12.2011 risulta priva di autorizzazione, sia perché manca in forma espressa, sia perché il silenzio del Comune di Vicenza, ai sensi dell’art. 53, comma 10, del D. Lgs. n. 165/2001, non può essere considerato come silenzio assenso.

Infatti tale istituto si applica solo ai soggetti compresi nel novero delle amministrazioni pubbliche nel cui ambito non può essere ricompresa la istituzione per cui ha lavorato il convenuto, atteso che anche lo statuto dell’Ente in questione (allegato n. 1 alla memoria difensiva) documenta la natura ibrida di tale istituto, senza offrire dati certi e univoci.

Ne consegue la illiceità della prestazione resa alla IPAB e la sua qualificazione in termini di danno erariale stante la diretta violazione dell’art. 53, comma 9, del D. Lgs. n. 165/2001:

"9. Gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi...."

Come già chiarito dalla sentenza C. conti Sez. Lombardia n. 214 del 2016:

"Tale autorizzazione è ragionevolmente prescritta dall’art.53, co.7 al fine di verificare in concreto:

a) se l’espletamento dell’incarico, già prima della legge n. 190 del 2012 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;

b) 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;

c) 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;

d) 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;

e) 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);

f) corrispondenza fra il livello di professionalità posseduto dal dipendente e la natura dell'incarico esterno a lui affidato".

Nel caso di specie tutte queste valutazioni sono mancate, ragion per cui tale prestazione ha prodotto un danno alla amministrazione datoriale.

La chiarezza del precetto violato e la qualifica apicale del convenuto escludono la buona fede della parte convenuta, che ha posto in essere una condotta gravemente colposa nello svolgimento per vari anni dell'attività non autorizzata.

L'importo introitato contra legem dalla parte convenuta, e che andava riversato all'amministrazione ex art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165, va dunque determinato in euro 74.763,57#, indicati dalla Procura a seguito di analitici conteggi prodotti dall'Ufficio del personale del Comune (doc. 4 allegati 1 e 2 prodotti dalla Procura).

Peraltro, tenuto conto del curriculum professionale del convenuto (nel corso del rapporto di lavoro tra il Comune di Vicenza e il signor Fontana, non risultano contestazioni con riferimento allo svolgimento delle sue mansioni o alla produttività del suo operato relativamente al periodo in esame), del suo leale comportamento verso l'amministrazione datoriale (ha presentato nel 2005 e reiterato nel 2011 l'istanza di autorizzazione), della inerzia dell'Amministrazione di appartenenza, e di tutte le circostanze risultanti negli atti di causa, l'importo può essere ridotto, nell'esercizio ragionevole del potere riduttivo dell'addebito, ad euro 30.000,00, ad oggi già rivalutati, oltre interessi legali dal deposito della sentenza al saldo effettivo.

La parte convenuta va dunque condannata al risarcimento del predetto danno arrecato al Comune di Vicenza, nella ridotta misura innanzi quantificata, nonché al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come da dispositivo.

In merito alla posizione dei soggetti terzi eroganti compensi extralavorativi, il Collegio rileva che la lettura testuale e logica dell'art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165, impone che il datore-creditore della somma può reclamarla dall'erogatore esterno soltanto qualora la stessa non sia stata ancora versata al lavoratore autore di prestazione non autorizzata, oppure da quest'ultimo se la somma sia stata già corrisposta, come nel caso di specie.

Pertanto, la Sezione condivide l'orientamento secondo cui assume un rilievo dirimente l'avvenuto pagamento o meno delle prestazioni lavorative espletate dal pubblico dipendente, in assenza della prescritta autorizzazione, consentendo in quest'ultimo caso alla Amministrazione di appartenenza di agire direttamente nei confronti del proprio dipendente, avendo questi disatteso l'obbligo di esclusività del rapporto di pubblico impiego (C. conti, Sez. Lombardia, 30 dicembre 2014 n. 233, 16 aprile 2015 n. 54 e 16 dicembre 2016 n. 214).

La condanna alle spese segue la soccombenza.

PQM

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Veneto, definitivamente pronunciando, condanna il sig. FONTANA Diego, nato a Vicenza (VI), il 4/02/1954, al risarcimento a favore del Comune di Vicenza, della somma di Euro 30.000,00 (trentamila/00).

Tale somma, comprensiva di rivalutazione monetaria, va aumentata degli interessi legali dalla data di pubblicazione della presente decisione fino all'effettivo soddisfacimento dell'erario.

Condanna altresì il convenuto al rimborso delle spese processuali che, fino al momento della pubblicazione della presente decisione, si quantificano in € 626,63 (euro seicentoventisei/63).

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 15 marzo 2017.

IL MAGISTRATO ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to (Maurizio Massa)

F.to (Guido Carlino)

Depositato in Segreteria 13/09/2017

Il Funzionario Preposto

f.to Nadia Tonolo