REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE II GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO

composta dai seguenti magistrati:

Daniela	ACANFORA	Presidente
Ida	CONTINO	Consigliere
Roberto	RIZZI	Consigliere
Nicola	RUGGIERO	Consigliere
Ilaria Annamaria	CHESTA	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio iscritto al n. 60869 promosso da:

WALTER LUPI, nato a Roma l'11 agosto 1956 (LPUWTR56M11H501Q) rappresentato e difeso, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avv.ti Luigi Cocchi (CCCLGU46T19D969E, luigi.cocchi@ordineavvgenova.it), Maria Carmela Carbonaro (CRBMCR70L58D969Wmariacarmela.carbonaro@ordineavvgenova.it) e Francesco Alessandro Magni (C.F. MGNFNC69B15H501Z francescoalessandromagni@ordineavvocatiroma.org), presso lo studio del quale è elettivamente domiciliato in Roma, via Caio Mario, n. 27,

contro

PROCURA GENERALE presso la Corte dei conti, in persona del Procuratore Generale p.t.

PROCURA REGIONALE della Corte dei conti presso la Sezione

giurisdizionale per la regione Lazio in persona del Procuratore regionale p.t.

e nei confronti di

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITA' SOSTENIBILI (già Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti), in persona del Ministero p.t.

per la riforma

della sentenza della Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti per la regione Lazio, n. 154 del 13 marzo 2023 (corretta con l'ordinanza n. 99/2023, annotata sulla stessa).

Uditi, nella pubblica udienza del giorno 9 aprile 2024, con l'assistenza del Segretario di udienza, dott. Giovanni Luca Triolo, l'avv. Luigi Cocchi e l'avv. Maria Carmela Carbonaro per l'appellante Walter Lupi nonché la rappresentante della Procura Generale V.P.G. Adelisa Corsetti.

Visti l'atto di appello, le conclusioni della Procura Generale, la memoria difensiva, gli altri atti e documenti del fascicolo di causa.

Ritenuto in

FATTO

1.Con la gravata sentenza la Sezione giurisdizionale per la regione Lazio, in parziale accoglimento della domanda attorea, ha condannato l'ing. Walter Lupi, già Dirigente di prima fascia del MIT, al risarcimento, in favore di quest'ultimo, del danno nell'importo di euro 420.388,89 (in seguito rettificato in euro 344.886,42 con ordinanza n. 99/2023 per correzione di errore materiale).

Con atto di citazione e contestuale istanza di sequestro conservativo, depositati il 10 novembre 2021, la Procura regionale aveva convenuto in giudizio l'odierno appellante per chiederne la condanna al pagamento, in favore del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, della somma complessiva di euro 539.827,35 per omesso riversamento all'Amministrazione di appartenenza dei compensi percepiti per lo svolgimento di dieci incarichi extraistituzionali, in assenza di autorizzazione, in pretesa violazione dell'art. 53, commi 7, 8, 9 e 10 del d.lgs. n. 165/2001.

A sostegno della sua pretesa, il requirente richiamava la nota prot. n. 522193 del 9 novembre 2019 della Guardia di Finanza, Nucleo di Polizia economico finanziaria di Rieti, integrata dalla successiva nota prot. 0014104 del 29 ottobre 2021, con la quale venivano esposti gli esiti della complessa attività di indagine svolta su delega della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica - e della stessa Procura regionale nei confronti del medesimo Lupi, concernente l'attività extra-istituzionale svolta dal 2010 al 2014, in assenza di autorizzazione ministeriale e omettendo di riversare i relativi compensi nelle casse dell'Amministrazione di appartenenza.

Per dette reiterate condotte illecite, ritenute incompatibili con lo *status* di dipendente pubblico, il Lupi era stato sottoposto a procedimento disciplinare, esitato con provvedimento n. 373/UD dell'8 luglio 2020, recante la sanzione del licenziamento senza preavviso (art. 9, comma 10, del CCNL 2006-2009 area Dirigenti, ora art. 36, comma 10 del CCNL 2016-2019); provvedimento successivamente annullato in sede

giurisdizionale dalla Sezione lavoro del Tribunale di Roma.

Unitamente all'atto di citazione veniva presentata istanza di concessione del sequestro conservativo ex art. 75 c.g.c. fino alla concorrenza della somma di euro 539.827,35, concesso con decreto dell'11 novembre 2021,

Secondo la prospettazione accusatoria non poteva revocarsi in dubbio la sussistenza degli obblighi di cui all'art. 53 a carico dell'ing. Lupi, nella qualità di dirigente pubblico, individuato quale Commissario straordinario per la realizzazione dell'opera "Terzo Valico dei Giovi", giusta DPCM del 5 agosto 2009 (incarico prorogato, con DPCM del 27 settembre 2012 e 8 novembre 2013, sino al 5 agosto 2014).

Deduceva l'ufficio requirente che il signor Lupi avrebbe svolto attività libero professionale, in regime di partita IVA, con percezione, oltre al reddito da lavoro dipendente, di ulteriori emolumenti dichiarati come "*redditi da lavoro autonomo, provvigioni e redditi diversi*", riferiti ai suddetti incarichi per attività extraistituzionali, affidatigli da altri soggetti, pubblici e privati, di cui ometteva di riversare i relativi compensi nelle casse dell'Amministrazione di appartenenza, come previsto dall'art. 53 comma 7 d. lgs. n. 165/2001.

Nello specifico, il requirente contestava i seguenti incarichi professionali (n.10) conferiti da soggetti pubblici e privati, nel periodo 2009- 2014:

1) **Incarico di CTU nell'arbitrato tra Impresa Itinera S.p.A. / ANAS S.p.A.**: Contratto d'appalto del 13/07/1999 rep. n. 657. Ordinanza n.5 del 18 marzo 2008. CTU in arbitrato, corrisposto

da Itinera s.p.a., di euro lordi 36.000,00, netti euro 28.800,00, pagato il 27 luglio 2010; CTU in arbitrato del 18 marzo 2018, importo corrisposto da ANAS di euro lordi 54.000,00, netti euro 43.200,00.

2) Incarico di CTU nell' arbitrato tra CO.GE.A. - Costruzione Generali Acquedotti S.r.l./ANAS 6 S.p.A.: (Contratto d'appalto n.19580 del 21/12/1988 e lavori di completamento (28.02.1994 rep. n. 21704). Ordinanza del 29.1.2007. CTU in arbitrato del 29.1.2007, importo corrisposto da ANAS di euro lordi 40.000,00, euro netti 32.000,00, pagato il 07/09/2011; CTU in arbitrato del 29.1.2007, importo corrisposto da COGEA, di euro lordi 20.000,00, euro netti 16.200,00.

3) Incarico di CTU nell'arbitrato tra Fallimento GEPCO Salc SpA e Provincia Regionale di Catania. Ordinanza del 08.10.2010. CTU in arbitrato dell'8.10.2010- importo corrisposto da Fallim.to GEPCO SALC 60% dell'importo lordo di euro lordi 45.302,00, euro netti 38.102,40, pagato nel 2012. -CTU in arbitrato dell'8.10.2010 - importo corrisposto da provincia di Catania 40%, di euro lordi 32.882,09, euro netti 25.698,91, pagato il 08/07/2015.

4)-7) Incarichi prestazioni professionali conferiti dall'INAIL. - Accertamento regolare esecuzione di diversi immobili.

Accertamento regolare esecuzione dell'immobile acquistato dalla società S.A.C. sito in Prato, da adibire a Caserma dei Carabinieri, Lettera incarico 7 n. 5322/03 del 13/11/2003, compenso lordo di euro 8.200,00, netto di euro 6.560,00,

pagato il 16/12/2011. Accertamento regolare esecuzione dell'immobile acquistato dalla Soc. Cos. Edil OMISSIS sito in Bologna con destinazione di cui alla l. 270/97. Lettera di incarico del 02/02/2001, compenso di euro lordi di 8.779,00, di euro netti 7.023,20, pagato il 19/10/2012. Accertamento regolare esecuzione dell'immobile acquistato dalla Soc. Touristrade, sito in Gizzeria (CZ) con destinazione di cui alla l.n. 270/97. Lettera di incarico del 02/02/2001, compenso lordo di euro 7.500,00, netto di euro 6.000,00, pagato il 20.02.2012. Accertamento regolare esecuzione dell'immobile acquistato dalla Soc. OMISSIS Immobiliare S.p.A., sito in Bologna Borgo Panigale, con destinazione di cui alla l.n. 270/97. Lettera di incarico n. 4453/03 del 6/8/2003, compenso lordo di euro 13.900,00, netto di euro 11.120,00, pagato il 17.11.2014. Il compenso complessivo lordo è pari ad euro 38.379,00.

8) Incarico professionale di componente della Commissione di collaudo, nominato da MM S.p.a.. Incarico di rappresentante della MM S.p.A. Comm.ne collaudo opere di realizzazione strada collegamento via Eritrea - via Bovisasca Milano e coll.re statico strutture ex l. 5.11.1971 n.1086. Lett. n.PG/3599/DAC/119 del 25.1.2008 MM S.p.A. durata dal 25.01.2008-18.09.2014, compenso lordo complessivo di euro 194.964,93 e netto di euro 95.790,77, pagato il 31.07.2013, 19.09.2013, 22.10.2013, 31.01.2014, 21.02.2014, 12.05.2014, 09.09.2014.

9) Incarico professionale di componente della Commissione di

accordo per la risoluzione della controversia ANAS S.p.A./ Contraente Generale Empedocle s.c.p.a.. Componente commissione di accordo bonario ex art. 240 d.lgs. n. 163/2006, del 13.09.2011, compenso lordo di euro 15.493,70, netto di euro 12.394,96, pagato il 18.11.2013.

10) Incarico professionale di Presidente della Commissione di collaudo tecnico-amministrativo nominato dalla Provincia di Varese - Settore viabilità e trasporti, n. 5857 del 18.12.2007. Incarico collaudo lavori collegamento stradale tra SS 342 "Briantea" e SS 233 "Varesina" con interconnessione a S.S. 344 Porto Ceresio. 2° lotto. Lett. comunicazione. n. 84931 del 1.8.2008, periodo di svolgimento 27/05/2008 - 15/05/2012, compenso lordo di euro 62.805,63, netto di euro 50.244,48, pagato il 25.02.2014.

Con riguardo all'attività extraistituzionale sopra descritta, la Procura regionale contestava il danno conseguente all'omesso riversamento dei compensi, in favore dell'amministrazione di appartenenza, percepiti dall'attività indebitamente svolta, pari al suddetto importo di euro 539.827,35.

Nel corso del giudizio di primo grado, costituitosi *ad adiuvandum* il Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili, è stato confermato parzialmente il provvedimento cautelare, rideterminando l'importo sequestrabile in euro 344.886,42 (ordinanza n. 123/2022, corretta con ordinanza n. 189/2022).

2. La Sezione giurisdizionale per la Sezione Lazio ha accolto parzialmente la domanda attorea (per accoglimento dell'eccezione di

prescrizione sull'incarico conferito dalla M.M. S.p.A.), condannando la parte al risarcimento della somma di euro 344.886,42, tenendo conto della rideterminazione del *quantum* operata in sede cautelare (v. ordinanza n. 99/2023, per correzione di errore materiale), in relazione allo svolgimento di attività relativamente incompatibili, ossia esercitate in modo non saltuario né occasionale senza la prescritta autorizzazione. Gli incarichi sono stati elencati in sentenza, alle pagg.51-53, con le lettere A -CTU - 1,2, 3); B -INAIL – (n.4,5,6,7); C- Componente commissione accordo bonario (n.9); D- Presidente della Commissione di collaudo tecnico-amministrativo (n.10)

Nel respingere l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata dal convenuto asserendo di avere svolto attività lavorativa presso RFI spa negli anni di riferimento (2024-2020), il giudice di prime cure ha preso le mosse dalla circostanza che l'ing. Lupi è stato designato "*Commissario straordinario dell'opera - Terzo Valico dei Giovi-*", ai sensi dell'art. 20 del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008, convertito dalla l. n. 2/2009, e collocato in posizione di fuori ruolo istituzionale, ai sensi del comma 5 dello stesso art. 20.

Secondo la Sezione territoriale ciò ha quindi comportato -*ex lege*- la risoluzione consensuale del contratto individuale di lavoro con il quale è stato definito il trattamento economico correlato alla funzione dirigenziale (Dirigente di prima fascia MIT), mantenendo tuttavia il rapporto organico con l'Amministrazione di appartenenza, nei cui ruoli è rientrato alla scadenza dell'incarico il 5.8.2014 e sino alla data del licenziamento disciplinare, avvenuto il 10.7.2020.

Ha ritenuto destituita di qualsiasi fondamento la prospettazione di parte convenuta secondo cui il Lupi sarebbe stato posto in "*aspettativa senza assegni*", ex art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001, per cui tale posizione gli avrebbe consentito lo svolgimento di attività extraistituzionale, alla stregua dei dipendenti con impegno a tempo parziale non superiore al 50%, con esclusione dell'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, in luogo di quelle indicate all'art. 60 d.p.r. n. 3/1957.

Secondo la ricostruzione normativa fornita dal primo giudice con il d.P.C.M. 5 agosto 2009, di nomina dei Commissari straordinari per gli interventi di cui alla l. 21.12.2001 n.443 (Legge obiettivo), è stato disposto il collocamento fuori ruolo dei Commissari, i quali erano tenuti ad operare sotto il coordinamento e la vigilanza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che esplicava le relative attività delegate avvalendosi della competente Struttura tecnica di missione (STM) e al quale i Commissari erano tenuti ad inviare relazioni semestrali sull'andamento del processo di realizzazione delle opere assegnate (art.7). Secondo il primo giudice la stessa norma di cui all'art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001, richiamata dal convenuto, fa salva la disciplina vigente in materia di collocamento fuori ruolo, avvalorando la sostanziale diversità giuridica tra i due istituti (Cass. SS.UU. 1012/2021). L'eccezione è stata pertanto respinta e confermata la giurisdizione contabile, in ordine alla fattispecie di danno erariale ipotizzata nella domanda.

Ancora in via preliminare, è stata rigettata l'eccezione di nullità della

notifica dell'invito a dedurre. Il primo giudice ha rilevato che la notifica è stata effettuata presso l'abitazione effettiva del convenuto, che coincide con il luogo di residenza anagrafica dello stesso, come è risultato dalle ricerche effettuate sul luogo dall'Ufficiale giudiziario. Ha evidenziato che l'immobile è situato all'intersezione tra via OMISSIS e via OMISSIS, del Comune di Fara Sabina e ha le caratteristiche di un'unica villa, con ampio giardino, al quale si può accedere dai cancelli installati su entrambe le vie, di cui quello di via OMISSIS munito di citofono sul quale l'Ufficiale giudiziario ha affisso l'avviso dopo aver constatato che la villa aveva un doppio ingresso. In ogni caso, ha aggiunto la Sezione territoriale, il procedimento notificatorio è da ritenersi perfezionato per raggiungimento dello scopo per ricezione della raccomandata con la quale viene dato avviso del deposito presso la casa comunale (cd CAD), ovvero, in caso di mancato ritiro, decorsi dieci giorni dalla spedizione di questa (c.d. compiuta giacenza). Le ulteriori doglianze in ordine ai prospettati disguidi che avrebbero impedito il ritiro della raccomandata informativa per la chiusura dell'Ufficio postale di Fara Sabina per ferie sono state ritenute del tutto pretestuose posto che sarebbe indubbio che l'avviso di giacenza della raccomandata informativa sia stata ricevuta in data 22.6.2022, senza che la stessa sia stata ritirata entro i successivi dieci giorni (2 luglio), essendosi quindi perfezionata la notifica nei suoi confronti da tale data.

Sempre in via preliminare, è stata rigettata l'eccezione di prescrizione, ritenendosi infondate le diverse prospettazioni articolate dalla difesa.

Il giudice di primo grado ha ribadito che il convenuto, diversamente da quanto asserito nelle sue difese, era tenuto a richiedere le preventive autorizzazioni (anche da parte del soggetto conferente) pur trovandosi collocato, nel periodo di riferimento, in fuori ruolo (e non già in "*aspettativa senza assegni*"), al fine di consentire all'amministrazione la verifica circa l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi (art. 53, 7 c.).

Secondo il primo giudice, alla luce della documentazione agli atti, sarebbe inequivocabilmente emerso che il Lupi non solo ha tenuto una condotta dolosa nei confronti del datore di lavoro, violando intenzionalmente l'art. 53 del d. lgs. n. 165/2001 ma, per taluni incarichi, ha anche falsamente dichiarato di non trovarsi in nessuna delle situazioni di incompatibilità individuate dall'art. 53 citato, per presunta cessazione del rapporto di lavoro con il Ministero, da cui non percepiva alcuna retribuzione, ovvero si impegnava a richiedere l'autorizzazione alla propria amministrazione, senza produrla, dimostrando di essere ben consapevole dell'onere a suo carico e dell'iter da seguire.

Secondo il primo giudice, l'assunto del convenuto secondo cui l'Amministrazione sarebbe stata *aliunde* a conoscenza degli incarichi contestati sin dall' 8.2.2017, a seguito della comunicazione ANAC, è smentito dal fatto che detta comunicazione, seguita dal primo procedimento disciplinare a carico dell'ing. Lupi, ha riguardato incarichi diversi da quelli oggi contestati.

Per il primo giudice risulta accertato che, a seguito delle indagini della

Guardia di Finanza di Rieti, su richiesta dell'Ispettorato per la Funzione pubblica, sono emersi, attraverso l'esame dei redditi dichiarati dal dipendente, ulteriori e numerosi incarichi professionali, non autorizzati, per cui è stato attivato il secondo procedimento disciplinare concluso con la sanzione del licenziamento per violazione dell'art. 53 c. 7, d. lgs 165/2001 (nota prot. n. 400/UD del 15 luglio 2020; provvedimento n.373/UD dell'8.7.2020).

Solo avuto riguardo al compenso percepito per l'incarico svolto, quale componente della Commissione collaudo, per la società Metropolitana Milanese s.p.a., nel periodo 2008-2014, nell'ordinanza n. 123/2022 il Collegio ha evidenziato che nel provvedimento di licenziamento (prot. n. 373/UD MIT dell'8.7.2020) si è fatto riferimento alla presentazione in data 8.1.2010 di una richiesta di autorizzazione allo svolgimento di detto incarico, escludendo per esso la configurabilità di un doloso occultamento, con il conseguente decorso della prescrizione dalla data della presentazione di tale istanza.

Per il resto l'atto di citazione è stato ritenuto tempestivo in quanto la *notitia criminis* è stata trasmessa alla Procura regionale solo in data 14.11. 2019, a conclusione di una articolata e complessa attività di indagine della Guardia di Finanza, Nucleo di Polizia economico-finanziaria di Rieti.

Quanto al merito, la Sezione di primo grado ha rilevato che la disciplina principale del collocamento fuori ruolo è ancora delineata agli artt. 58 e 59 d.P.R. n. 3/1957, richiamati negli accordi collettivi di comparto, a fronte della transizione al regime privatistico imposto

dagli artt. 2, 69 e 71 del d.lgs. n. 165/2001. Il tratto saliente dell'istituto è stato ravvisato nella preordinazione al disimpegno di funzioni dello Stato e di altri enti pubblici attinenti agli interessi dell'amministrazione che lo dispone e che non rientrino nei compiti istituzionali dell'amministrazione stessa (art. 58 c.1, d.P.R. n. 3/1957).

Con l'istituto *de quo* il dipendente è posto al di fuori della struttura cui continua ad appartenere, conservandone invariati *status* e qualifica. Il dipendente collocato fuori ruolo perde l'ufficio di titolarità e mantiene il diritto al rientro nella medesima amministrazione una volta che sia venuta meno l'esigenza che ha determinato la mobilità. La prestazione di lavoro deve omologarsi alla nuova organizzazione, pur assicurando al dipendente fuori ruolo la conservazione di prerogative e compiti.

Secondo la ricostruzione del primo giudice distinto dalla posizione di fuori ruolo speciale, testé descritta, è l'istituto invocato dalla difesa del dipendente, previsto dall'art. 23-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, ovvero di "*aspettativa senza assegni*", introdotto dal d. lgs. n.145/2002, di riforma della dirigenza, il cui scopo primario è quello di favorire ed agevolare i percorsi di mobilità dei dirigenti, arricchendone quindi il loro bagaglio di professionalità spendibile nello svolgimento del proprio incarico attraverso due distinte forme di mobilità, di cui la prima è quella del collocamento in aspettativa e l'altra è l'assegnazione temporanea.

Alla luce del quadro normativo il giudice di prime cure ha ritenuto

inconferente e pretestuoso l'invocato istituto previsto dal succitato art. 23-*bis* attraverso la valorizzazione del trattamento economico corrisposto da R.F.I. s.p.a., quale ente di natura privata, per sostenere la tesi della inapplicabilità al dirigente della disciplina del regime delle incompatibilità connesse al rapporto di lavoro con la P.A.

Secondo il primo giudice le problematiche relative agli aspetti economici del rapporto con RFI riguardano la ripartizione del carico della spesa connessa all'incarico di Commissario straordinario dell'opera pubblica *de qua*, di cui la società era gestore, ma non incidono sul rapporto organico con l'Amministrazione di appartenenza del dipendente, compreso il mantenimento dei doveri connessi allo *status* di dipendente pubblico e, nella fattispecie, il regime delle incompatibilità di cui all'art. 53 d. lgs. n.165/2001.

La Sezione territoriale ha ritenuto che, nel caso in esame, non si verta né nella prima ipotesi (attività assolutamente vietate ex art. 53 c. 1 d.lgs. n.165/2001), né nella seconda ipotesi (attività liberalizzate ex art. 53, c. 6), non rientrando le attività svolte dal convenuto nel *numerus clausus* di quelle che non richiedono l'autorizzazione. Pertanto, nella specie, la condotta dell'ing. Lupi rientra pacificamente nella terza tipologia, ossia tra quelle attività espletabili (ergo non vietate in modo assoluto) da svolgersi in modo saltuario e occasionale autorizzabili e non autorizzate. Tuttavia, a fronte di incarichi astrattamente autorizzabili, -come evidenziato dall'attore-, secondo la Sezione territoriale l'attività extraistituzionale svolta, dal 2009 al 2014, è stata continuativa (stante l'elevato numero di incarichi

autorizzati e non, conferiti da soggetti pubblici e privati), non meramente saltuaria ed occasionale, con ricavi economici particolarmente elevati, di natura professionale, con titolarità di partita IVA, e regime fiscale ordinario per dichiarare i relativi compensi, con iscrizione nel relativo albo degli ingegneri, per il quale sussiste il generale divieto posto *ex lege*.

Esclusa la rilevanza dell'incarico per cui l'illecito è risultato prescritto, il giudice di prime cure ha accolto parzialmente la domanda nei limiti dell'importo sopra indicato.

3. Con gravame depositato in data 9 giugno 2023 l'ing. Lupi ha impugnato la sentenza in epigrafe deducendo i seguenti motivi di censura.

Difetto di giurisdizione, erroneità dell'impugnata sentenza.

L'appellante censura la sentenza di primo grado con riguardo alla statuizione in punto giurisdizione valorizzando, in primo luogo, la circostanza di fatto secondo la quale non era dipendente del MIT, bensì del soggetto privato R.F.I. s.p.a., non potendo quindi ritenersi concretizzato alcun danno erariale a fronte dell'assenza del presupposto necessario per la sua sussistenza, costituito dal rapporto di pubblico impiego o da un rapporto di servizio, dovendosi così escludere la giurisdizione della Corte adita, difettandone i presupposti.

La circostanza che non si trovasse alle dipendenze del MIT risulterebbe evidente anche dal fatto che quest'ultimo non gli erogava né retribuzione, né il trattamento previdenziale; sarebbe lo stesso Ministero ad affermare ciò, come si evincerebbe dall'allegato sub 2 alla

memoria del 19 dicembre 2021 prodotta in primo grado.

Di qui, l'eccepito difetto di giurisdizione avrebbe dovuto essere accolto, non avendo la Corte adita giurisdizione in materia ove, come nel caso di specie, difetti, nel periodo in cui sono stati svolti i contestati incarichi, sia il rapporto di pubblico impiego sia quello di servizio.

Secondo l'appellante, diversamente da quanto affermato, non potrebbe nella fattispecie ravvisarsi, dunque, l'istituto del fuori ruolo, bensì quello dell'aspettativa senza assegni ex art.23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001, anche in relazione alla natura giuridica di RFI spa, soggetto privato; solo ed esclusivamente, infatti, in forza di detta norma è possibile derogare all'incompatibilità assoluta che deriverebbe dalla coesistenza di un rapporto di lavoro con una società privata (RFI spa) e lo *status* di dipendente pubblico, senza considerare poi che l'istituto del fuori ruolo potrebbe avere applicazione esclusivamente tra Amministrazioni pubbliche, non anche tra Amministrazioni e società private, quale sarebbe senza dubbio RFI s.p.a., o comunque estranee al perimetro delineato dall'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 165/2001.

Del resto, sarebbe la stessa sentenza a dare conto della risoluzione consensuale del contratto individuale di lavoro con il quale è stato definito il trattamento economico correlato alla funzione dirigenziale (dirigente di prima fascia MIT), risultando oltremodo contraddittoria con le successive e conseguenti statuizioni di condanna.

Rileverebbe la distinzione, nel rapporto di pubblico impiego, tra il rapporto organico ed il rapporto di servizio che inerisce al rapporto di lavoro. Solo dal rapporto di servizio deriverebbero reciproci diritti ed

obblighi, che sarebbero venuti meno con la risoluzione di cui trattasi, per come statuito dalla stessa sentenza impugnata; quindi, se per l'ing. Lupi è venuto meno il diritto alla retribuzione (che caratterizza il rapporto di servizio), dovrebbero ritenersi venuti meno anche gli obblighi di legge ad esso connessi, tra cui anche quello ex art. 53 d.lgs. n. 165/2001

Nessuna giurisdizione potrebbe vantare, dunque, il giudice contabile nella presente fattispecie laddove si contesta una norma inapplicabile nei confronti di un soggetto che all'epoca dei fatti, aveva risolto il rapporto di lavoro con la PA e che, in attuazione, della mobilità dal pubblico al privato ex art. 23 bis d.lgs. n. 165/2001, era dipendente di RFI spa, soggetto di natura privata.

Difetto di notifica dell'invito a dedurre, nullità della citazione, errata pronuncia.

La pronuncia dovrebbe ritenersi errata anche nella parte in cui ha ritenuto l'*iter* notificatorio correttamente eseguito; secondo i primi giudici sarebbe corretta l'affissione dell'avviso al cancello di via OMISSIS, indirizzo che l'appellante avrebbe utilizzato in passato per la corrispondenza personale (Scia, domanda di pensione, fatture), senza considerare che, anche ove così fosse, l'affissione dell'avviso al cancello di via OMISSIS, che è ingresso ulteriore e diverso da quello di via OMISSIS (residenza dell'appellante), e da cui si accede a diverse unità immobiliari, corrisponderebbe proprio all'affissione al portone dello stabile condominiale che la Suprema Corte, ai fini del procedimento ex art. 140 c.p.c., ritiene inefficace / invalido.

L'appellante richiama l'orientamento del giudice di legittimità secondo il quale l'affissione al portone dell'edificio soddisfa il precetto della norma soltanto quando l'edificio si identifichi con l'abitazione del destinatario (o ufficio), ma non quando si tratti del portone di un edificio in condominio nel quale è sita l'abitazione del medesimo, tanto più che l'ufficiale giudiziario sarebbe, per sua stessa ammissione, penetrato all'interno del cortile del fabbricato e ben avrebbe potuto farsi indicare il portone di ingresso all'abitazione del Lupi. L'errata esecuzione anche solo di uno degli adempimenti previsti dal citato art. 140 c.p.c., come nel caso di specie, comporterebbe la nullità della notifica dell'invito a dedurre.

Vieppiù, con l'avviso relativo alla raccomandata giudiziaria n. 66840270588 (all.42 memoria difensiva udienza 10.3.2022), veniva data comunicazione che dal 24.6.2021 sarebbe stato possibile ritirare l'invio presso l'Ufficio postale denominato UP Coltodino sito in via Farense n. 346 e che lo stesso sarebbe stato in giacenza per 30 giorni, dunque, sino al 23.7.2021, conseguendone che la compiuta giacenza sarebbe dovuta avvenire il 24.7. 2021. Si precisava, inoltre, "*In caso di mancato ritiro nei termini di giacenza (23.07.2021 n.d.r.) l'oggetto sarà rinviato al mittente*". L'Ing. Lupi, in data 23.7.2021, dunque, nei 30 giorni indicati dall'agente postale, si sarebbe recato presso l'ufficio postale indicato nell'avviso per ritirare la raccomandata, trovandolo inspiegabilmente chiuso e, per tale motivo, avrebbe presentato in pari data reclamo a mezzo pec.

Solo a seguito di accesso agli atti presso il Comune di Fara in Sabina,

l'appellante avrebbe acquisito copia della comunicazione di Poste italiane s.p.a., pervenuta alla civica amministrazione il 28.07.2021, nella quale (all.46 memoria difensiva udienza 10.03.2022) si informava per quello che qui interessa, che l'ufficio postale sarebbe rimasto chiuso (dal 22 al 27.07 2021), sostanzialmente per ferie.

Dall'ulteriore esame della produzione della Procura emergerebbe, poi, che la compiuta giacenza è stata dichiarata non già dopo 30 giorni a decorrere dal giorno indicato sull'avviso di giacenza e, dunque, il 24.07.2021, ma addirittura cinque giorni dopo tale data, ossia il 29.07.2021, portando il periodo di giacenza del piego da 30 a 35 giorni.

Così descritto l'*iter* notificatorio sarebbe da ritenersi inficiato per omesso svolgimento di tutti gli adempimenti di legge, in *primis* dall'omessa affissione dell'avviso del tentativo di notifica, apposto ad un indirizzo errato e non riferibile al convenuto, *in secundis*, dall'operato di Poste Italiane per la chiusura dell'ufficio, senza assicurazione del servizio pubblico presso altri uffici, come previsto per legge.

Errata qualificazione giuridica di RFI s.p.a..

L'impugnata sentenza sarebbe errata laddove ha qualificato RFI s.p.a. soggetto pubblico risultandone la natura evidentemente privata, dalla quale deriverebbe l'inapplicabilità dell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, così come dell'istituto del fuori ruolo, ex artt. 58 e 59 del d.P.R. n. 3/57, che dovrebbe ritenersi incompatibile con la mobilità del dipendente pubblico dalla P.A. al privato, ovvero RFI s.p.a (ritenuto soggetto giuridico di diritto privato) che sarebbe stata possibile,

infatti, solo in virtù della norma di cui all'art. 23 *bis* del d.lgs. n.165/2001 che prevede l'istituto dell'aspettativa senza assegni di cui qui sussisterebbero tutti gli elementi e che introdurrebbe la deroga al regime delle incompatibilità di cui all'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, qui inapplicabile. RFI s.p.a. avrebbe provveduto a retribuirlo integralmente con modalità del tutto svincolate rispetto alla struttura e agli importi già in godimento prima di risolvere il contratto di lavoro con il MIT e comunque spettanti in base al C.C.N.L. quale dirigente di ruolo di prima fascia di una pubblica amministrazione.

L'appellante rileva, altresì, che R.F.I. s.p.a. non gli ha corrisposto il compenso ai sensi dell'art. 57 d.P.R. 3/1957, bensì conformemente all'art. 23 *bis* d.lgs. n.165/2001, facendosi carico direttamente della contribuzione, senza riversare alcunché al MIT, il quale, simmetricamente, non avendo ricevuto nulla da RFI S.p.a., nulla ha versato, né come contribuzione, né come ritenute sul trattamento economico previsti dalla legge.

Ha altresì evidenziato, quanto alla natura di RFI s.p.a., che la stessa risulta gestore dell'infrastruttura ferroviaria nazionale FS. s.p.a., composta da un socio unico (Ministero dell'economia e delle finanze), ed è la *holding* proprietaria al 100% del pacchetto azionario, detenendo l'intero pacchetto azionario di Trenitalia S.p.A. (società di trasporto ferroviario) e di RFI s.p.a. (società di gestione dell'infrastruttura ferroviaria).

Nel senso della natura privatistica si sarebbero espresse anche le Sezioni unite della Corte di cassazione; a ciò si aggiungerebbe che RFI

s.p.a., all'epoca dei fatti in contestazione (2009-2014), neppure rientrava nell'elenco ISTAT delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196.

Errata qualificazione della posizione lavorativa dell'ing. Lupi.

La difesa dell'appellante ha inoltre ribadito che allorquando egli ha svolto l'incarico di Commissario Straordinario per il terzo Valico, lo stesso non poteva essere collocato in posizione di "*fuori ruolo*" ex artt. 58 d.P.R.n. 3/1957, dovendo necessariamente ritenersi collocato in "*aspettativa senza assegni*" ex art. 23 *bis* del d.lgs. n. 165/2001; diversamente, secondo la prospettazione dell'appellante, non avrebbe potuto prestare attività lavorativa presso RFI s.p.a., soggetto di diritto privato, da cui è stato retribuito integralmente anche a titolo previdenziale. La sentenza appellata ometterebbe di scrutinare il tema relativo alla coesistenza di un rapporto di lavoro con una società privata con lo *status* di dipendente pubblico, che integrerebbe una condizione di incompatibilità assoluta, superabile unicamente con la deroga di cui all'art. 23 *bis* del d.lgs. n.165/2001. Sarebbe, infatti, venuto meno tutto l'impianto accusatorio della Procura ed il conseguente accoglimento delle relative domande da parte dell'impugnata sentenza.

Il trattamento economico di cui già si è detto, non sarebbe, infatti, l'unico dato enfatizzato dall'appellante ai fini dell'applicazione dell'istituto dell'aspettativa senza assegni di cui, invece, ne sussistono tutti i presupposti e gli elementi costitutivi.

Sarebbe pacifico, infatti, che tale istituto sia stato introdotto dal

legislatore per consentire la mobilità del pubblico dipendente dal pubblico al privato come qui avvenuto; diversamente non sarebbe stato possibile, non potendo invocarsi a tal fine gli strumenti del "*comando*" e del "*fuori ruolo*".

L'ing. Lupi avrebbe potuto, dunque, prestare attività lavorativa per RFI s.p.a. soggetto privato, indipendentemente dalla denominazione formale dell'istituto, perché collocato in posizione di aspettativa senza assegni anziché di fuori ruolo per due ordini di ragioni evidenti e qui sussistenti: 1) RFI spa è soggetto di diritto privato; 2) RFI spa si è onerata, come detto, di tutti gli oneri retributivi e contributivi in via diretta.

Nel caso di specie sarebbe intervenuta l'interruzione del rapporto di servizio, non la sua modificazione funzionale, connotante certamente il collocamento fuori ruolo, con cui il dipendente pubblico è destinato ad altro soggetto pubblico e non certo ad un soggetto privato.

L'art. 23 *bis* individua due distinte forme di mobilità – il collocamento in aspettativa per lo svolgimento di attività presso soggetti privati o pubblici (commi 1-6) e l'assegnazione temporanea di personale presso altre pubbliche amministrazioni o imprese private (commi 7- 8) - le quali si distinguono in ragione dell'interesse che le stesse paiono soddisfare, rientrando la situazione dell'ing. Lupi in quest'ultima fattispecie. In tale situazione, assumono rilievo preminente le ragioni dell'amministrazione cui la norma consente di disporre del personale in relazione a singoli progetti di interesse specifico della stessa. La prospettiva dell'interesse permette di ricondurre tale forma di

assegnazione alla figura più ampia del collocamento fuori ruolo, ovvero al distacco privatistico. In tal caso, però, la mobilità del lavoratore si proietta anche al di fuori della P.A., verso imprese private e, se a ciò si unisce che destinatari di tale istituto sono tutti i pubblici dipendenti, pare corretto affermare che l'art. 23 *bis*, commi 7 ss., vada ad istituire e regolare la fattispecie generale della mobilità temporanea del dipendente da parte delle amministrazioni pubbliche verso il settore privato, come del resto qui avvenuto. Non sarebbe sussistito, dunque, l'obbligo/dovere dell'ing. Lupi di rispettare il regime delle compatibilità derivante dal rapporto di lavoro pubblico che sarebbe stato risolto.

I primi giudici avrebbero totalmente travisato la ricostruzione del rapporto sinallagmatico esistente fra l'Amministrazione di appartenenza e l'ing. Lupi. Invero, lo stesso MIT si sarebbe spogliato delle proprie obbligazioni, prima fra tutte, quella retributiva -garantita invece in posizione di fuori ruolo dall'art. 57 del d. P.R. n.3/1957- affermando che spettasse al nuovo datore di lavoro (RFI) l'erogazione di diversa e minore retribuzione, confermando ciò che non potesse essere collocato in fuori ruolo; diversamente, all'ing. Lupi sarebbe spettata la retribuzione ex art. 57 del d.P.R 3/1957 che il MIT non gli ha mai corrisposto avvantaggiandosi così – ingiustamente - della spesa relativa alla retribuzione comunque spettante al dipendente in fuori ruolo.

Anche ove per assurdo si ritenesse, nonostante l'evidenza dei fatti e quanto finora argomentato, che fosse effettivamente in posizione di

fuori ruolo, dovrebbe trovare qui, comunque, applicazione la norma di cui all'art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001 a fronte del fatto pacifico che, a prescindere dalla sua contestata posizione (fuori ruolo /o aspettativa senza assegni), fosse retribuito da soggetto distinto dal Ministero e cioè il soggetto privato RFI s.p.a..

Ove così non fosse, si verificherebbe una grave disparità di trattamento, in relazione al regime delle incompatibilità ex art. 53 d.lgs. n. 165/2001, tra il dipendente pubblico collocato fuori ruolo, ma retribuito da un soggetto terzo rispetto all'Amministrazione, e il dipendente pubblico collocato in aspettativa senza assegni, sempre retribuito da un soggetto terzo rispetto all'Amministrazione; solo a quest'ultimo sarebbe, infatti, applicabile la norma di cui all'art. 23 *bis* del d.lgs. n.165/2001, che prevede la deroga al regime delle incompatibilità.

Certamente non manifestamente infondata sarebbe la questione di Costituzionalità, già sollevata in primo grado, della norma di cui all'art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001, in relazione all'art. 53, commi 7 e segg. per evidente violazione degli artt. 97 e 3 della Cost., nella parte in cui non se ne preveda l'applicazione anche al dipendente pubblico, collocato fuori ruolo, che presti attività presso un soggetto terzo, perdipiù privato e da questo integralmente retribuito.

Da ultimo, secondo l'appellante, ancora a voler considerare che si trovasse nel periodo 2009/2014 collocato in fuori ruolo e che RFI S.p.a. avesse corrisposto solo il compenso ex art. 20 d.l. n. 185/2008 (tanto ai commissari dipendenti pubblici quanto ai liberi

professionisti), anche in questo caso non sarebbe applicabile il regime delle incompatibilità di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, norma operativa solo nell'ambito di un rapporto di servizio (qui risolto) ed ove le competenze stipendiali fossero erogate dal MIT, cosa non avvenuta. Inoltre, nell'inconcessa ipotesi che R.F.I. S.p.a. fosse stata una pubblica amministrazione, stante l'incontestabile rapporto di lavoro subordinato esistente nel periodo in questione con detta società, si sarebbe incorsi nel divieto di cumulo degli impieghi pubblici di cui all'art. 65 del d.P.R. 3/1957.

Insussistenza del danno, errata statuizione della sentenza impugnata.

Nella non creduta ipotesi che fosse ritenuto collocato in posizione di fuori ruolo, l'appellante rileva come nessun danno possa essere derivato al Ministero, operando qui il principio della *compensatio lucri cum damno*; laddove nulla il Ministero ha versato a titolo di retribuzione come, invece, avrebbe dovuto ai sensi degli artt. 57 e 59 del d.P.R. n. 3/57, dovrà operare appunto la compensazione di tali somme non versate con l'eventuale danno.

L'appellante rammenta che nella sentenza impugnata (a pag. 46) viene rilevato come all'Amministrazione competa il pagamento della componente del trattamento economico fondamentale della retribuzione. Sarebbe dunque errata la statuizione ove si liquida un danno a favore del Ministero che nulla ha versato all'appellante, nonostante fosse in tal senso obbligato, nel periodo in cui questo prestava attività lavorativa per RFI s.p.a., omettendo di compensare le

reciproche poste di debito, tantopiù che nella quantificazione dell'eventuale presunto danno il Collegio adito dovrebbe anche tenere conto delle censure mosse all'impugnata sentenza, in relazione ai compensi relativi ai singoli incarichi in relazione ai quali le autorizzazioni non sarebbero certamente state dovute.

Prescrizione dell'azione contabile, insussistenza dell'occultamento doloso.

Sarebbe meritevole di censura l'affermazione di cui all'impugnata sentenza, secondo la quale "*Dalla documentazione agli atti emergerebbe non solo la condotta dolosa del Lupi ma anche la falsa dichiarazione di non trovarsi nelle situazioni di incompatibilità individuate dall'art. 53, per presunta cessazione del rapporto di lavoro con il Ministero*".

In primo luogo l'appellante rileva come non vi sarebbe stata alcuna presunta cessazione del rapporto di lavoro con il Ministero bensì una effettiva cessazione, come rilevato anche nella sentenza (pag. 25).

Alcuna falsa attestazione sarebbe attribuibile posto che il medesimo si sarebbe limitato ad affermare circostanze incontestabili quali la detta risoluzione contrattuale, le modalità retributive e la titolarità della partita IVA.

Rilevando come l'Amministrazione sarebbe stata perfettamente a conoscenza degli incarichi svolti (designazione del Ministro *pro tempore* o incarichi svolti in rappresentanza del Ministero- prov. Varese), l'appellante richiama la sentenza del Tribunale di Roma ove è stato accolto il ricorso avverso il licenziamento senza preavviso da

parte del Ministero e si è accertato che il Ministero fosse a conoscenza da molto tempo del fatto che egli svolgesse incarichi istituzionali. Avrebbero errato i primi giudici nell'aver ignorato le dirimenti conseguenze di detta pronuncia; la sentenza del Tribunale di Roma avrebbe accertato un fatto storico che non poteva essere disatteso dai primi giudici, come invece avvenuto.

L'impugnata sentenza erroneamente avrebbe ignorato documenti rilevanti, dai quali sarebbe stata desumibile la sussistenza degli incarichi, tra i quali la comunicazione dell'Anac dell'8.2.2017, la sentenza del Giudice del Lavoro del Tribunale di Roma con cui, in accoglimento del ricorso dello stesso avverso il licenziamento disciplinare, veniva reintegrato in servizio, la trasmissione dei *curricula*.

In relazione agli incarichi Inail esisterebbe tanto la designazione dell'ing. Lupi da parte del Ministro *pro – tempore*, quanto le comunicazioni di INAIL al MIT degli importi corrisposti (all. da 52 a 55 alla memoria difensiva udienza del 10.03.2022 e pag 24 stessa memoria), mentre, in relazione all'incarico della Provincia di Varese, avrebbe svolto l'incarico in rappresentanza del Ministero (all. 16 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021).

La comunicazione dell'Anac (all. 19 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021) a cui la sentenza non attribuisce alcun effetto conoscitivo perché riguarderebbe solo gli incarichi conferiti da Anas ad alcuni dipendenti tra cui il Lupi e non anche quelli contestati, non avrebbe limitato la conoscibilità dell'amministrazione ai soli incarichi Anas.

Quindi, anche se riferito ad incarichi diversi, da tale comunicazione dell'Anac, sarebbe derivato un procedimento disciplinare nel quale sarebbe emersa, senza dubbio, non solo la piena conoscenza e conoscibilità del Ministero di incarichi ulteriori rispetto a quelli riferibili ad Anas, bensì anche la chiara posizione dello stesso Ministero che, fin dall'anno 2000 - servizio ispettivo - fosse a conoscenza della titolarità da parte dell'appellante di partita Iva (all.4 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021).

Per taluni incarichi, esistono inoltre evidenze in atti per cui risulta pacifico come il Ministero ne fosse a diretta conoscenza; in particolare, per la prima CTU svolta, il Ministero sarebbe stato parte della vertenza e avrebbe addirittura pagato l'onorario, mentre, in relazione agli incarichi Inail, addirittura vi sarebbe la designazione da parte del Ministro. Nessun occultamento doloso potrebbe, dunque, sussistere; la scoperta dei fatti, noti ben prima della trasmissione alla Procura contabile dell'informativa della Guardia di Finanza non potrebbe coincidere con quest'ultima ma semmai decorrere dallo svolgimento, ovvero dal pagamento degli incarichi, effettuato, per i più recenti, nell'anno 2014, come accertato dalla Guardia di Finanza.

Sui singoli incarichi, errata statuizione della sentenza.

Avuto riguardo ai singoli incarichi in contestazione dovrebbe escludersi l'applicazione dell'art. 53 del d.lgs. 165/2001 e ravvisarsi la prescrizione dell'azione erariale a fronte della conoscenza pacifica degli incarichi da parte del Ministero.

I singoli incarichi potrebbero essere così distinti:

N. 3 CTU nell'ambito del giudizio arbitrale; -

N. 1 collaudo di Opere pubbliche; -

N. 4 verifiche di regolare esecuzione (collaudi) per INAIL;

N. 1 presidenza di commissione di accordo bonario;

Le CTU non richiederebbero autorizzazione, come dimostrato dal fatto che la prima svolta dall'appellante sarebbe stata resa in un giudizio arbitrale ove il Ministero era parte ed avrebbe addirittura liquidato l'onorario senza obiezioni. Per il collaudo, l'ing. Lupi sarebbe stato nominato in rappresentanza della propria amministrazione. Per gli incarichi INAIL esisterebbe la designazione del Ministro e la comunicazione della corresponsione dei compensi dall'INAIL al Ministero, non comprendendosi come si possa sostenere sia che il Ministero non fosse informato, sia che il Lupi abbia dolosamente occultato gli incarichi.

Con riguardo ai singoli incarichi, nell'atto di gravame vengono sintetizzate le ragioni per le quali non sussisterebbe alcuna violazione delle norme contestate.

INCARICHI NN.1, 2, 3 (nomina come CTU)

I primi giudici avrebbero inopinatamente ritenuto non equiparabili le Ctu rese in sede di arbitrato amministrato a quelle rese in sede di procedimento innanzi all'Autorità giudiziaria ritenendole necessitanti di autorizzazione.

I primi giudici avrebbero omesso di considerare che tali CTU sarebbero state espletate nell'ambito di un procedimento arbitrale amministrato presso la camera arbitrale dei Lavori pubblici, come previsto dal codice

di contratti (d.lgs. n. 163/2006, art. 241 e ss.), le cui caratteristiche, di natura pubblicistica e le formalità dei soggetti partecipanti, renderebbero il relativo procedimento totalmente assimilabile al procedimento giurisdizionale.

L'evidente assimilazione dell'attività giurisdizionale all'attività arbitrale, laddove si versi nell'ipotesi di arbitrato amministrato presso la camera arbitrale dell'ANAC, escluderebbe l'applicazione dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001.

In caso di arbitrato previsto dai contratti pubblici, il CTU deve appartenere all'elenco dei periti esistente nella Camera arbitrale dei lavori pubblici e il compenso dovuto, come quello di ogni altro ausiliario nominato dal collegio arbitrale, è quello liquidato dallo stesso Collegio, ai sensi degli artt. da 49 a 58 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. n. 115/2002.

Tale assimilazione del CTU presso la Camera arbitrale dei lavori pubblici, considerato ausiliario al pari del CTU nominato dall'AGO, renderebbe sovrapponibili le due figure, entrambe improntate a funzioni pubblicistiche.

Sotto altro profilo l'appellante rileva che la cognizione prettamente giuridica dell'eventuale differenza tra il procedimento avanti l'Ago e quello Arbitrale Amministrato difettava incolpevolmente in capo all'ing. Lupi nella convinzione che lo svolgimento dell'incarico di CTU in sede arbitrale, in disparte dalle già svolte considerazioni, non dovesse comunque essere autorizzato.

INCARICHI INAIL NN. 4, 5, 6, 7

Gli incarichi in questione riguardano tutti il complesso procedimento amministrativo di acquisto di immobili da parte dell'INAIL che avrebbe dovuto seguire su designazione del Ministro pro tempore (all.25): designazione sempre indicata nel *curriculum*. Gli incarichi consistevano nel verificare la regolare esecuzione degli adempimenti contrattuali sottoposti alla Commissione di Congruità di cui egli già faceva parte in rappresentanza dell'allora Ministero dei lavori pubblici, con esclusivo riferimento agli acquisti di immobili sui quali si era già espresso, con prescrizioni che incidevano sul contratto, in sede di esame della offerta di compravendita.

L'INAIL, a conferma della avvenuta autorizzazione allo svolgimento di detti incarichi, ha comunicato negli anni, ai sensi dell'art. 53 comma 11, d.lgs. n. 165/2001, al Ministero i compensi corrisposti ed oggi contestati, e sul punto il Ministero, con dichiarazione confessoria, affermerebbe di non essere in grado di risalire a quali incarichi tali comunicazioni facciano riferimento (all. 11 alla memoria difensiva udienza del 21.11.2021).

L'assunto di cui all'impugnata sentenza (pag. 52), secondo cui gli incarichi qui contestati (relativi alla verifica della regolare esecuzione) sarebbero stati "*attribuiti personalmente al convenuto in via esclusiva*", risulta smentito dagli incarichi relativi alla regolare esecuzione del contratto di acquisto della nuova sede INAIL e dell'Università Bicocca, perché conferiti, in questo caso, ai tre membri della commissione di congruità, confermando ciò la continuità tra gli incarichi non

contestati e relativi alla verifica di congruità e quelli qui contestati relativi alla verifica della regolare esecuzione.

INCARICO N. 9

Trattasi dell'incarico di Presidente della Commissione di accordo bonario, tipizzato quanto ai requisiti richiesti, dall'art. 240 comma 9/bis del D.lgs. n. 163 del 2006, conferito nell'anno 2011, (all.31 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021) e concluso nell'anno 2013 (all.32 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021), dunque, nel periodo in cui in cui non sarebbe esistito alcun rapporto di servizio fra l'ing. Lupi ed il Ministero. L'ANAC (nonostante il noto rigore nella valutazione degli incarichi extraistituzionali dei dipendenti pubblici più volte manifestato), dopo aver avviato sullo specifico incarico l'attività ispettiva di cui alla delibera n. 2 del 10.9. 2014 (all.33 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021), non avrebbe ravvisato alcuna violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, pur valutando negativamente l'operato della Commissione.

INCARICO n. 10.

Trattasi di incarico di collaudo conferito dalla Provincia di Varese in veste di rappresentante del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, come si evincerebbe dalla determina dirigenziale n.5857 del 18.12.2007 (all.17 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021), nella quale la Provincia di Varese individuava "*in attesa della formalizzazione dei nulla osta di rito di ciascun Ente… un rappresentante del Ministero delle Infrastrutture (Direttore generale Strade e Autostrade Walter Lupi)…*". L'incarico si sarebbe concluso con

la sottoscrizione del collaudo, avvenuta in data 15.05. 2012 (all.18 alla memoria difensiva udienza del 21.12.2021), dunque, nel periodo in cui l'ing. Lupi non sarebbe stato legato da rapporto di servizio con il MIT. Anche l'incarico in questione sarebbe stato indicato nel proprio *curriculum*, più volte valutato dal Ministero, il quale non avrebbe potuto non esserne a conoscenza dal momento che, *per tabulas*, risultera che l'ing. Lupi lo abbia svolto in rappresentanza del Ministero stesso.

Riassuntivamente, dunque, il Ministero sarebbe stato a conoscenza di tutti gli incarichi conferiti all'ing. Lupi, in relazione ai quali, in alcuni casi, venivano richieste le autorizzazioni, seppur ne avesse solo la facoltà e non l'obbligo.

2. Con ulteriore memoria in data 23.3.2024 l'ing. Lupi ha ulteriormente illustrato i motivi di gravame, invocandone l'accoglimento.

3. Con atto conclusionale in data 22.3. 2024 la Procura generale ha invocato "*il rigetto dell'appello proposto e la conferma della sentenza di primo grado, come emendata dall'ordinanza n. 99/2023, previa affermazione della giurisdizione contabile e declaratoria di manifesta infondatezza della q.l.c. dell'art. 23 bis d.lgs. n. 165/2001*".

Ha rilevato come l'appello proposto debba ritenersi "*totalmente infondato, oltre che meramente riproduttivo delle argomentazioni svolte in primo grado ed adeguatamente smentite dal Collegio giudicante*".

In relazione alla reiterata eccezione di difetto di giurisdizione la Procura generale ha evidenziato che la contestazione concerne lo

svolgimento, in modo continuativo e non occasionale, di incarichi espletati in difetto della necessaria autorizzazione; incarichi la più parte dei quali è stata accertata, nel periodo in cui l'appellante era in posizione di fuori ruolo istituzionale, in qualità di Commissario straordinario dell'opera "Terzo Valico dei Giovi", ai sensi dell'art. 20, comma 5, del d.l. n. 185/2008. Secondo la prospettazione della Procura detta posizione è stata mantenuta sino alla scadenza dell'incarico (5.8.2014), quando è rientrato nei ruoli dell'Amministrazione. Ha evidenziato come la posizione di fuori ruolo sia espressamente prevista dal richiamato art. 20 mentre le modalità di corresponsione dei compensi spettanti ai Commissari straordinari delegati sono regolate da appositi d.P.C.M., tenuto conto della tipologia degli interventi.

Con ampie argomentazioni la Procura generale replica ai motivi di gravame ritenendo non congruente la ricostruzione della vicenda in base alle norme sulla mobilità tra pubblico e privato (art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001).

Richiamando l'orientamento interpretativo fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa, la Procura generale considera manifestamente infondata la richiesta dell'appellante a che si pervenga alla remissione di questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 bis d.lgs. n 165/2001, nella parte in cui consente al dipendente pubblico un più favorevole regime in tema di incompatibilità rispetto a quello garantito dal collocamento fuori ruolo. Secondo la parte pubblica, trattandosi di una norma speciale,

non vi sarebbero elementi per chiederne l'estensione al diverso istituto del collocamento in fuori ruolo. Secondo la Procura, inoltre, la predetta richiesta denoterebbe la cedevolezza dell'argomentazione centrale dell'appellante, a suo dire mai collocato fuori ruolo, accedendo, sia pure implicitamente, all'impostazione sistematica accolta in sentenza.

Parimenti infondata è stata ritenuta l'eccezione di nullità della notificazione dell'invito a dedurre in quanto, nel ritenere pienamente esaustive le osservazioni svolte dal Collegio giudicante, le reiterate doglianze non avrebbero pregio, risultando la notificazione priva di vizi. Del tutto inconferente sarebbe il riferimento al principio della *compensatio lucri cum damno*, posto che la norma dell'art. 53, comma 7, d.lgs. n. 165/2001 prevederebbe un divieto di assumere incarichi senza la prescritta autorizzazione e, correlativamente, un obbligo di restituzione di quanto percepito.

Anche in ordine alla prescrizione dell'azione contabile la sentenza di primo grado sarebbe ineccepibile in quanto, secondo la consolidata giurisprudenza contabile, l'omessa comunicazione di un incarico liberamente esercitabile darebbe luogo ad occultamento doloso e ciò senza necessità di un *quid pluris*, in quanto dovrebbe attribuirsi rilevanza anche al comportamento omissivo, quale modalità dell'occultamento.

Quanto ai singoli incarichi, la Procura generale ha rilevato, relativamente a quelli di cui ai nn. 1-3 attribuiti dal Collegio arbitrale, che il consulente rimane ausiliario privato del collegio arbitrale e non acquista, come nel processo ordinario, la qualifica di ausiliario del

giudice. In merito agli incarichi a supporto degli acquisti di immobili da parte di INAIL (nn. 4-7) non sarebbe sufficiente che tale designazione sia stata inserita nei *curricula* dell'appellante né potrebbe presumersi la conoscenza degli stessi da parte dell'amministrazione di appartenenza. Le statuizioni della sentenza impugnata andrebbero confermate anche con riferimento alle altre ipotesi contestate.

All'udienza pubblica l'avv. Cocchi ha ribadito che l'ing. Lupi non risultava collocato "fuori ruolo", per lo svolgimento dell'attività di commissario straordinario ma in aspettativa senza assegni, non percependo alcun emolumento. Ha eccepito il difetto di giurisdizione poiché il rapporto intercorrente con RFI non sarebbe subordinato ma parasubordinato, non soggetto all'art. 53 TUPI. Ha eccepito ancora la nullità della citazione per nullità della notifica dell'invito a dedurre, avendo il giudice di prime cure solo in astratto verificato il raggiungimento dello scopo. Sulla decorrenza del termine prescrizionale la difesa ha insistito sulla conoscenza che il Ministero aveva delle attività svolte dal Lupi e ha inoltre dedotto in merito ai singoli incarichi, confutando gli argomenti sviluppati dal primo giudice. Si è quindi riportato all'appello, chiedendone l'accoglimento.

Il P.M. ha ribadito la correttezza della sentenza di primo grado in merito alla qualificazione del rapporto di fuori ruolo che non comporta la cessazione del rapporto di pubblico impiego, con assoggettamento agli obblighi di cui all'art. 53 d.lgs. n. 53 TUPI. Ha replicato agli ulteriori motivi di gravame, escludendo ogni vizio della notificazione dell'invito a dedurre. Quanto ai singoli incarichi il Pubblico Ministero

ha affermato che gli scritti difensivi della parte appellante hanno stimolato una riflessione sui tre incarichi oggetto di arbitrato rituale e, sul punto, ha citato la sentenza n. 156/2021 della Sezione Giurisdizionale per la regione Emilia Romagna. Ha concluso per la conferma della sentenza di primo grado, rimettendosi al Collegio per i tre incarichi svolti nell'ambito delle procedure di arbitrato rituale.

Al termine della discussione, la causa è stata posta in decisione.

Rilevato in

DIRITTO

I.Con il primo motivo di gravame il Lupi ripropone l'eccezione di difetto di giurisdizione, già sollevata e respinta in primo grado, in conseguenza della ritenuta carenza del presupposto essenziale al momento dell'assunzione degli incarichi contestati ossia l'esistenza di un rapporto di impiego pubblico, avendo il medesimo, secondo tale impostazione, con la nomina a Commissario Straordinario per il terzo valico, assunto la qualità di dipendente di un soggetto privato quale RFI s.p.a., posto in realtà non in posizione di fuori ruolo istituzionale – come affermato dal primo giudice- bensì di aspettativa senza assegni di cui all'art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001.

Al di là della qualificazione formale dell'atto di nomina, la reale posizione dell'ing. Lupi sarebbe quella del collocamento in aspettativa senza assegni, e ciò sia in ragione della natura giuridica privata del soggetto datore di lavoro (RFI), sia del trattamento economico erogato (posto per intero a carico di RFI). Non potrebbe quindi applicarsi a tale condizione il divieto posto dall'art. 53 d.lgs. n. 165/2001.

In stretta connessione al primo motivo di gravame si pongono altresì il terzo motivo, recante "*Errata qualificazione giuridica di R.F.I. s.p.a.*" e il quarto motivo, avente ad oggetto "*Errata qualificazione della posizione lavorativa dell'Ing. Lupi*", che possono essere esaminati congiuntamente, andando a ribadire, con ulteriori argomentazioni, la ritenuta collocazione del Lupi, asseritamente in "*aspettativa senza assegni*" ex art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001, piuttosto che in posizione di "*fuori ruolo*", nel corso dello svolgimento dell'incarico di Commissario Straordinario del terzo valico. Il terzo motivo di gravame si incentra sull'asserita natura giuridica privata della società RFI s.p.a., presso la quale il Lupi avrebbe prestato "*attività lavorativa*", che escluderebbe l'applicabilità dell'art. 53 d.P.R. n. 165/2001.

La società R.F.I. avrebbe provveduto a retribuire integralmente l'ing. Lupi con modalità svincolate rispetto alla struttura della retribuzione in godimento prima di risolvere il contratto di lavoro, non potendo ritenersi avere corrisposto compensi ai sensi dell'art. 57 d.P.R. n. 3/1957, bensì conformemente all'art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001.

Con il quarto motivo viene censurata la qualificazione assunta dal primo giudice in ordine alla posizione lavorativa dell'ing. Lupi, che sarebbe riconducibile ad un "*rapporto di lavoro privato con una società privata*", incompatibile in via assoluta con lo *status* di dipendente pubblico, superabile unicamente con la deroga di cui all'art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001. Nella fattispecie si sarebbe infatti assistito ad una interruzione del rapporto di servizio con il Ministero di appartenenza e non semplicemente ad una sua modificazione funzionale.

I dedotti motivi, da esaminarsi congiuntamente, si appalesano del tutto destituiti di fondamento giuridico.

Nel caso di specie, come ampiamente chiarito nella pronuncia di prime cure, l'ing. Lupi è stato nominato Commissario Straordinario del Governo per la velocizzazione della procedura relativa al "*Terzo Valico dei Giovi*", per effetto del D.P.C.M. del 5.9.2009 e del successivo D.P.C.M. 4.12.2009, con collocamento in posizione di "*fuori ruolo*", secondo quanto espressamente previsto dall'art. 20 comma 5 del d.l. n. 185/2008 e s.m.i..

Al fine di inquadrare correttamente la posizione assunta dal Lupi nella vicenda non si può prescindere da una breve ricostruzione del quadro normativo che ha istituito e puntualmente disciplinato la figura del Commissario straordinario "*delegato*" e preposto alla realizzazione di opere facenti parte del quadro strategico nazionale, con specifica regolamentazione del procedimento di nomina (e di eventuale revoca), della collocazione "*fuori ruolo*" (e condizioni di rientro dallo stesso, ove appartenenti alla pubblica amministrazione) e della remunerazione dei soggetti nominati, oltre all'individuazione delle complesse e numerose attribuzioni connesse alla vigilanza sulla realizzazione e sulla tempistica delle opere strategiche.

L'art. 20 del richiamato d.l. n. 185/2008 reca "*Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale…*", adottate in "*particolari ragioni di urgenza connesse con la contingente situazione economico finanziaria del Paese ed al fine di sostenere e assistere la spesa per investimenti*",

al fine della realizzazione degli *"interventi programmati nell'ambito del quadro strategico Nazionale programmazione nazionale, ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio nonché per le implicazioni occupazionali…nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale*".

In tale contesto trova specifica disciplina la figura dei "*Commissari straordinari delegati*" (art. 20 c. 2),nominati con il medesimo provvedimento che individua gli "*investimenti pubblici di competenza statale…ritenuti prioritari*" ovvero con "*decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente per materia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze*".

Il ruolo e gli amplissimi poteri affidati ai Commissari straordinari per la tempestiva realizzazione delle opere di carattere strategico, individuate con il richiamato decreto, sono puntualmente elencati nei commi 2, 3 e 4 del citato articolo 20.

Il Commissario "*ha, sin dal momento della nomina, con riferimento ad ogni fase dell'investimento e ad ogni atto necessario per la sua esecuzione, i poteri, anche sostitutivi, degli organi ordinari o straordinari*", agendo "*anche in deroga ad ogni disposizione vigente…*";

le attribuzioni di cui trattasi vanno dall'esercizio di "*ogni potere di impulso, attraverso il più ampio coinvolgimento degli enti e dei soggetti coinvolti, per assicurare il coordinamento degli stessi ed il rispetto dei tempi*", al monitoraggio e vigilanza "*sull'espletamento delle procedure realizzative e su quelle autorizzative, sulla stipula dei contratti e sulla cura delle attività occorrenti..*", con potere di utilizzazione delle "*risorse*

disponibili assegnate a tale fine" e obbligo di comunicare "*senza indugio le circostanze del ritardo al Ministro competente…*" ovvero "*qualora sopravvengano circostanze che impediscano la realizzazione totale o parziale dell'investimento" nonché di* formulazione della proposta al Ministro della *"revoca dell'assegnazione*".

Dalla piana lettura delle disposizioni direttamente applicabili e rilevanti nella fattispecie, si evince come appaia del tutto avulsa dal quadro normativo pertinente la ricostruzione, pur suggestiva, che ripropone l'appellante, secondo cui l'ing. Lupi avrebbe agito, nel suo ruolo commissariale, in qualità di dipendente di RFI, s.p.a. venendo collocato, in una posizione diversa da quella normativamente prevista, ovverossia di "*aspettativa senza assegni*", ai sensi dell'art. 23 *bis* d.lgs. n. 165/2001 per assumere un rapporto di lavoro con un ente societario qualificabile alla stregua di soggetto a tutti gli effetti privato. Nella realtà, in piena adesione all'indicazione normativa, il Lupi è stato nominato Commissario straordinario su proposta del Ministero di appartenenza e con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, con necessaria collocazione "*fuori ruolo*", per svolgere, nell'esclusivo interesse pubblico, le plurime attività affidate dal Capo del Governo, per dare impulso e coordinare soggetti attuatori e amministrazioni interessate, esercitare poteri sostitutivi, sotto la costante vigilanza del Ministero competente, informando regolarmente lo stesso sull'andamento dell'opera e proponendo eventuali revoche delle risorse assegnate, per le ipotesi di inadempimento. A tal fine è stato remunerato, in conformità alla previsione del c. 9 dell'art. 20, con le

risorse pubbliche poste a disposizione per l'intervento, secondo i criteri individuati dal d.P.C.M. di nomina.

Ben lungi da operare in un ruolo di dipendente presso una società privata, "*in aspettativa senza assegni*", come prospetta l'appellante, in verità, Lupi, nella sua qualità di Commissario straordinario, era titolare di ruolo e poteri straordinari per la realizzazione di opere pubbliche dichiarate strategiche, ben potendo intervenire e finanche avvalersi degli uffici delle amministrazioni interessate e dei soggetti attuatori degli interventi, quale era, nella fattispecie RFI s.p.a., attraverso la quale lo stesso poteva agire.

In diversi passaggi della norma dell'art. 20 i Commissari straordinari sono qualificati come "*delegati*" dai Ministeri e la posizione che gli stessi assumono nell'ente in cui vanno temporaneamente ad operare si coglie plasticamente dalla disposizione che consente agli stessi commissari "*per lo svolgimento dei compiti…di avvalersi degli uffici delle amministrazioni interessate e del soggetto competente in via ordinaria per la realizzazione dell'intervento*".

Proprio al fine di consentire lo svolgimento dei suddetti rilevantissimi compiti, nell'interesse dell'Amministrazione che li investe del richiamato ruolo, la norma disciplina nel dettaglio anche le modalità collocamento "*fuori ruolo*" dei commissari "*alle dipendenze dell'amministrazione*" e il procedimento di "*rientro*", disciplinando infine, con specifica disposizione (c. 9) "*la spesa relativa*".

In particolare il comma 9 dell'art. 20 disciplina con disposizione speciale, le fonti e le modalità di remunerazione dei soggetti posti "*fuori*

ruolo", chiarendo che "*alla corrispondente spesa si farà fronte nell'ambito delle risorse assegnate per la realizzazione dell'intervento*" e che i criteri per la corresponsione dei compensi vengono dettati "*con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente per materia in relazione alla tipologia degli interventi, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze*".

La circostanza che i compensi venissero versati dai soggetti aggiudicatari dell'intervento (RFI) non pregiudicano la posizione organica che il dirigente Lupi continuava a ricoprire nell'amministrazione statale, come chiaramente ricavabile dal complesso delle descritte disposizioni, che disciplinavano puntualmente tale specifica tipologia di "*fuori ruolo*".

Il ruolo dei commissari, identificabili quali preposti dai relativi ministeri per la realizzazione delle opere strategiche e, a tal fine, dotati di amplissimi poteri, anche *extra ordinem*, si evince ulteriormente dall'espressa previsione del potere di coordinamento dei Commissari, affidato dal Presidente del Consiglio al Ministro competente (c. 7 art. 20).

In tale contesto, reputa il Collegio che nessuna delle sopra elencate censure mosse dall'appellante alla sentenza di prime cure sia in grado di scalfire l'articolato e puntuale *iter* motivazionale posto dal primo giudice a supporto della statuizione affermativa della giurisdizione contabile che si fonda sulla inequivoca formulazione e piana interpretazione del richiamato art. 20 d.l. n. 185/2008.

Il regime giuridico in cui è stato collocato l'ing. Lupi, quale dirigente

di prima fascia, a tempo indeterminato, del Ministero delle Infrastrutture, emerge inequivocabilmente, altresì, dalla lettura del citato D.P.C.M. del 4.12.2009 ove, dopo la citazione dello stesso d.l. n. 185/2008, si legge il richiamo all'art. 33 CCNL di comparto, vigente all'epoca, in materia di attività in posizione di fuori ruolo, e si fa espresso riferimento all'*iter* autorizzatorio inerente al collocamento dell'odierno appellante nella predetta posizione.

Risulta infatti dalla lettura di tale decreto che "*Vista la nota prot. 35854 in data 11 settembre 2009 con la quale il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ha chiesto al Presidente del Consiglio dei Ministri di voler autorizzare, con apposita delibera del Consiglio dei Ministri, il collocamento fuori ruolo del citato dirigente di prima fascia, al fine poter consentire lo svolgimento da parte dello stesso dell'incarico commissariale; vista la delibera del Consiglio dei Ministri del 18 settembre 2009 che autorizza il collocamento fuori ruolo dell'ing. Walter Lupi; Visto il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 novembre 2009, con il quale sono stati determinati i compensi rapportati alla tipologia dell''intervento spettanti ai Commissari straordinari in questione, a decorrere dall'effettivo inizio dell'attività commissariale; vista la nota con la quale l'ing. Walter Lupi ha espresso il suo assenso al collocamento fuori ruolo al fine di poter svolgere l'incarico di Commissario Straordinario; visto l'atto di risoluzione consensuale del contratto individuale di lavoro tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e l'ing. Walter Lupi*".

Nel caso di specie, dunque, l'ing. Lupi è stato collocato in fuori ruolo

per poter svolgere le funzioni di Commissario straordinario governativo, con corresponsione del trattamento economico che è avvenuto in conformità di quanto previsto dall'art. 20, co. 9, d.l. n. 185/2008; sono quindi le risorse statali destinate all'intervento a garantire la copertura della spesa per oneri retributivi e previdenziali, per il periodo di svolgimento dell'attività fuori ruolo da parte del Lupi. Dunque l'erogazione dei compensi, oltre che il trattamento contributivo, è avvenuto solo per il tramite del soggetto attuatore dell'intervento inerente il Terzo Valico, ovvero RFI s.p.a., che ha ricevuto specifici fondi destinati a tale scopo, senza con ciò determinare in alcun modo un transito – in mobilità ovvero di aspettativa - dell'ing. Lupi, alle dipendenze della predetta società, neppure in via temporanea, non risultando il Lupi in alcun modo formalmente incardinato quale dipendente presso il soggetto attuatore. Neppure coglie nel segno l'argomentazione che pretenderebbe di riqualificare unilateralmente in "*aspettativa*", ai sensi dell'art. 23 *bis* d.lgs. la natura della collocazione normativamente fissata in termini di "*fuori ruolo*", alla luce della natura del soggetto attuatore dell'intervento (RFI) posto che, ai fini della vicenda per cui è causa, viene in rilievo esclusivamente il mantenimento in essere, durante tutta la vigenza dell'incarico commissariale, del rapporto organico con l'Amministrazione di appartenenza.

Come correttamente posto in rilievo dalla Procura generale "*il collocamento fuori ruolo è istituto del pubblico impiego, regolato dal*

d.P.R. n. 3/1957 (artt. 58 e 59), a nulla rilevando l'asserita natura privata del soggetto presso cui l'incarico viene svolto".

Si appalesano del tutto ultronei, per le finalità di cui trattasi in questa sede, i richiami giurisprudenziali proposti dall'appellante e volti ad affermare "*il tipo societario di stampo civilistico*" e "*la natura privata*" delle dette società, non potendo farsi da ciò discendere la pretesa riqualificazione della natura dell'incarico commissariale affidato al Lupi, normativamente definito e sostanzialmente regolato alla stregua di "*fuori ruolo*".

Del resto, diversamente da quanto affermato dall'appellante, che il trattamento economico e contributivo sia stato materialmente versato per il tramite di RFI, non muta in alcun modo la natura giuridica del rapporto organico in essere tra il MIT e l'ing. Lupi, il quale ha ricevuto il conferimento di un peculiare incarico direttamente da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, che ha provveduto altresì a stabilire l'entità del compenso spettante, con ulteriore decreto del 3.11.2009, e che ha determinato la sua esatta composizione e quantificazione anche in occasione del rinnovo del 2013 con cui è stata fissata la parte fissa e la parte variabile del compenso (art. 3 D.P.C.M. del 8.11.2013); con lo stesso provvedimento è stato disposto inoltre, a livello operativo, che la spesa in questione avrebbe trovato copertura integrale per effetto delle risorse pubbliche assegnate dallo Stato al soggetto attuatore (ovvero RFI) per la realizzazione dell'intervento.

Gli importi retributivi e previdenziali risultano quindi esclusivamente

corrisposti per il tramite del soggetto attuatore a valere, però, sui fondi statali trasferiti per la realizzazione dell'opera, provenendo, quindi dal Ministero di appartenenza e la loro erogazione non trova titolo in un rapporto di "dipendenza" o collaborazione con RFI – solo allegato dall'appellante - bensì nello svolgimento del ruolo commissariale, sotto il coordinamento e nell'esclusivo interesse dell'amministrazione statale.

Come detto, gli stessi decreti di nomina e rinnovo hanno fissato precisi obblighi dell'ing. Lupi, quale Commissario straordinario, direttamente nei confronti dell'amministrazione statale, dovendo rendere puntualmente conto dell'avanzamento delle opere e del grado di raggiungimento degli obiettivi, al MIT, munito del potere di coordinamento e vigilanza sullo stesso Commissario, anche ai fini di una eventuale revoca dell'incarico.

L'ing. Lupi, lungi dall'agire in veste di dipendente di RFI, operava, in realtà, nell'interesse del Ministero, per la realizzazione dell'opera, con poteri incidenti anche sullo stesso soggetto attuatore.

L'insussistenza di un "*rapporto di lavoro privato*" intercorrente tra l'ing. Lupi e RFI, è ulteriormente confermata dal fatto che, sin dall'originario decreto di nomina (D.P.C.M. del 5.8.2009), era stato attribuito al Commissario un potere di impulso e coordinamento su tutti i soggetti coinvolti nella realizzazione dell'opera (art. 3), compreso quindi RFI, nonché di accesso alla documentazione detenuta, oltre che un potere di avvalersi delle stesse strutture organizzative del soggetto attuatore (art. 6), rendendo dunque palese come in realtà l'ing. Lupi avesse,

rispetto a RFI, una posizione di assoluta indipendenza, agendo quale *longa manus* del governo per la finalizzazione dell'operato della stessa RFI.

Come correttamente posto in evidenza dal primo giudice, l'assegnazione dell'incarico di Commissario straordinario ha comportato una "*temporanea ed eccezionale modificazione funzionale del rapporto di servizio*", la quale comporta "*una diversa modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, in quanto il dipendente, chiamato ad esercitare funzioni non rientranti nell'ambito delle attribuzioni proprie della sua qualifica, si colloca al di fuori della struttura cui istituzionalmente appartiene e, pur conservando il trattamento economico e il diritto al rientro in ruolo, lascia scoperto l'ufficio di titolarità, con la conseguenza che il collocamento in fuori ruolo è attuabile solo in presenza di un'esplicita previsione normativa, del tipo di quella recata per i dipendenti statali dall'art. 58 del T.U. n. 3 del 1957 e dall'art. 7 del d.P.R. n. 571 del 1958*"; a queste si aggiunge la disposizione specifica del citato art. 20, rilevante in fattispecie, che indica inequivocabilmente la volontà legislativa di collocamento "*fuori ruolo*" dei commissari straordinari di cui trattasi.

Del tutto inconferente si rivela, in tale contesto, il riferimento operato dall'appellante alla "*risoluzione contrattuale*" che lo stesso pretenderebbe di configurare come cessazione del rapporto di servizio alle dipendenze della Pubblica amministrazione (pag. 23 appello).

Non è chi non veda che il riferimento all'atto di risoluzione consensuale del contratto individuale intercorso con il Ministero nel

2009 in alcun modo incide sul rapporto organico, di appartenenza al ruolo dirigenziale del Lupi, ma si riferisce unicamente al venire meno all'accordo contrattuale accessorio, al fine di determinare il trattamento economico accessorio e i relativi obiettivi, correlato all'effettivo incarico conferito al dirigente.

Il d.m. 1039 del 2.12.2009 ha disposto la risoluzione consensuale del predetto contratto stipulato dall'allora Ministro *pro-tempore* e l'ing. Lupi in data 11.03.2009 senza in alcun modo incidere sull'appartenenza del medesimo ai ruoli dirigenziali e sul rapporto organico con il Ministero che, come risulta dagli atti, è sorto sin dal 1987.

D'altro canto, dalla lettura del citato d.m. 1039 emerge inequivocabilmente il riferimento alla "risoluzione" del contratto di conferimento d'incarico dirigenziale di cui all'art. 19 del d.lgs. n.165/2001, che per espressa previsione del CCNL dirigenti di comparto allora vigente (art. 20 CCNL 21.4.2006) accede al contratto individuale di ruolo dirigenziale (co. 4 art. 20 del citato CCNL).

I parametri individuati dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 concernono i requisiti e le forme di conferimento degli incarichi dirigenziali a personale appartenente ai ruoli delle amministrazioni pubbliche (quale era ed è rimasto il Lupi) e ha riguardo alla preposizione ad organi od uffici.

L'appartenenza ai ruoli dirigenziali è il presupposto per il conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale di cui trattasi (salvo le eccezioni di cui al comma 5 *bis* dell'art. 19 che individua le ipotesi di

conferimento a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui all'art. 23); gli stessi sono temporanei, non potendo essere inferiori a tre anni e superiori a cinque, e ben possono esservi "*dirigenti ai quali non sia affidata la titolarità di uffici dirigenziali*" i quali "*svolgono, su richiesta degli organi di vertice delle amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento…*" (art. 19, c. 10).

La risoluzione alla quale si riferisce l'appellante concerne esclusivamente la predetta tipologia di incarico, come confermato dalla circostanza che il rientro dell'ing. Lupi nei ruoli del Ministero, avvenuto nel 2014, è stato reso possibile in virtù del fatto che egli non aveva estinto, nel 2009, il proprio rapporto di pubblico impiego (nella sua qualità di dirigente di prima fascia) per effetto della citata risoluzione consensuale, ma unicamente il contratto accessorio per la fissazione del trattamento e degli obiettivi, restando intatto il sottostante rapporto sorto in virtù dell'originario inserimento nei ruoli di dirigente di prima fascia.

Proprio con il rientro in servizio presso il Ministero nel 2014, in conseguenza della cessazione dell'incarico di Commissario straordinario in fuori ruolo, è risultato che l'ing. Lupi fosse in attesa di "*un conferimento di incarico di livello dirigenziale generale*" (attestazione del Direttore generale del MIT del 10.12.2014, prot. n. 71918), ovvero di un ulteriore atto accessorio al rapporto di lavoro connesso al ruolo dirigenziale che si era, peraltro, già pienamente riattivato sin dal 6.8.2014, essendo cessato l'incarico di Commissario

straordinario il 5.8.2014.

Nella richiamata attestazione il Direttore generale del MIT dava conto della circostanza che "*…il dott. Ing. Walter Lupi, dirigente di prima fascia…è rientrato nei ruoli del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a seguito della scadenza naturale dell'incarico di Commissario straordinario per la realizzazione dell'intervento relativo al "Terzo Valico dei Giovi linea AV/AC Milano-Genova" del 5 agosto 2014. Attualmente l'ing. Lupi è in attesa di un conferimento di incarico di livello dirigenziale generale relativo al nuovo assetto organizzativo individuato dal D.P.C.M. 11 febbraio 2014, n. 72…*".

Dunque l'ing. Lupi non si trovava affatto in aspettativa senza assegni né tantomeno prestava opera quale lavoratore subordinato alle dipendenze di RFI s.p.a., ma risultava esattamente collocato in posizione di fuori ruolo istituzionale, in applicazione del più volte citato art. 20 co. 5 d.l. n. 185/2018, con conseguente permanere degli integrali obblighi esistenti in capo al dipendente pubblico, inclusi quelli di cui all'art. 53 d.lgs. n. 165/2001.

In tal senso depone inequivocabilmente anche la nota in data 20.11. 2009, prot. 54 dello stesso Lupi, indirizzata al Direttore generale del personale e degli affari generali del MIT con la quale lo stesso comunicava "*…la disponibilità del sottoscritto al collocamento fuori ruolo ai sensi dell'art. 20, comma 5, del decreto legge n. 185/2008…*".

Per le esposte ragioni non è meritevole di accoglimento la prospettazione dell'appellante, volta a negare che l'incarico di Commissario straordinario fosse esercitato in regime di fuori ruolo,

non essendo revocabile in dubbio, anzitutto, la sussistenza della giurisdizione del giudice contabile in relazione alla domanda risarcitoria proposta dalla Procura contabile.

Per le evidenziate ragioni tutti i motivi sopra descritti, volti a riqualificare la posizione del Lupi da "fuori ruolo" ad "aspettativa" ex art. 23 bis d.lgs. n. 165/2001 vanno respinti; per l'effetto, risulta pienamente vigente la disciplina contenuta nell'art. 53, non ricadendo la posizione di "*fuori ruolo*" in alcuna delle deroghe normativamente previste.

Quanto alla richiesta di remissione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 *bis* d.l.gs. n. 165/2001 "*nella parte in cui consente al dipendente pubblico un più favorevole regime in tema di incompatibilità rispetto a quello garantito dal collocamento fuori ruolo*" la stessa si appalesa manifestamente inammissibile, in primo luogo, per difetto di rilevanza, non venendo in rilievo, nella fattispecie, per le esposte ragioni, l'applicabilità della disposizione.

Neppure può ritenersi ipotizzabile la prospettata "*grave disparità di trattamento, in relazione al regime delle incompatibilità ex art. 53 d.lgs. 165/01 tra il dipendente pubblico collocato fuori ruolo ma retribuito da un soggetto terzo rispetto all'amministrazione e il dipendente pubblico collocato in aspettativa senza assegni, sempre retribuito da un soggetto terzo rispetto all'amministrazione*" posto che i due istituti presentano una disciplina e finalità diverse, restando nell'ambito della discrezionalità del legislatore la scelta di deroga alla disciplina delle incompatibilità, contemplata dall'art. 53, c. 1, del d.lgs. 165/2001,

limitatamente a quella prevista dall'art. 23 *bis* del medesimo decreto.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha rimarcato la "*distinzione fra due istituti - il fuori ruolo e l'aspettativa - che nella sistematica classica del rapporto di pubblico impiego rispondono appunto a finalità tendenzialmente diverse*" chiarendo che "*il Legislatore con l'art. 23 bis - norma speciale in quanto derogante al regime ordinario di incompatibilità e quindi di stretta interpretazione - ha disciplinato una nuova fattispecie …che di per sé non incide sulla disciplina del fuori ruolo, alla quale si aggiunge"* (Cons. St., IV, 21 luglio 2005, n. 3914).

Va quindi dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza la questione di costituzionalità, così come prospettata dall'appellante, "*della norma di cui all'art. 23 bis d.lgs. 165/01, in relazione all'art. 53, comma 7 e segg. per evidente violazione degli artt. 97 e 3 della Cost...*".

II. Con il secondo motivo di impugnazione l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto perfezionato l'*iter* notificatorio dell'invito a dedurre che ha preceduto la citazione.

Con la doglianza parte appellante lamenta la presunta nullità della notifica dell'invito a dedurre, avvenuto ai sensi dell'art. 140 c.p.c., per il fatto che l'ufficiale giudiziario non avrebbe apposto l'avviso presso la porta di abitazione della residenza, ubicata in via OMISSIS, avendola affissa presso l'altro ingresso dello stesso immobile di proprietà del Lupi, ovvero la porta sita in via OMISSIS.

L'eccezione è priva di fondamento giuridico.

Va al riguardo osservato che, quanto all'espletamento delle formalità previste dall'art. 140 c.p.c., qualora non sia possibile consegnare l'atto

direttamente al destinatario, è previsto – tra l'altro – che l'avviso di deposito dell'atto in Comune venga affisso alla porta dell'abitazione del destinatario.

Secondo pacifica giurisprudenza di legittimità, ai fini della validità della notifica eseguita ai sensi dell'art. 140 c.p.c., è necessario e sufficiente il compimento dei tre adempimenti previsti dalla norma citata (deposito della copia nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi, affissione di avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario, e notizia per raccomandata con avviso di ricevimento), con l'allegazione all'atto notificato dell'avviso di ricevimento comprovante l'adempimento della terza formalità.

Compete al giudice, in caso di contestazione ed ai fini della pronuncia sulla validità ed efficacia della notificazione, compiere l'accertamento sulla effettiva sussistenza delle condizioni dettate dall'art. 140 c.p.c., in base all'esame ed alla valutazione delle prove fornite dalle parti e, alla luce delle risultanze in atti, tutti i predetti elementi risultano regolarmente attestati dall'Ufficiale Giudiziario e ampiamente documentati.

Il Collegio rileva che la notificazione ai sensi dell'art. 140 c.p.c. può ritenersi "*non legittimamente eseguita soltanto quando vi siano elementi idonei ad evidenziare il verificarsi di un trasferimento del destinatario dell'atto in altro luogo sconosciuto, ossia dell'abbandono definitivo del luogo di abitazione in cui la notifica deve essere eseguita*"

(Cass., n. 23742/2020); circostanza neppure allegata dal Lupi che mai ha indicato una diversa abitazione o residenza, risultando il medesimo stabilmente risiedere presso l'unico immobile (villa) in cui la notificazione è stata effettuata, correttamente individuato dall'Ufficiale giudiziario.

Nel caso di specie risulta infatti pacificamente che, alla luce delle risultanze degli accertamenti effettuati dalla Guardia di Finanza di Rieti (relazione del 7.3.2022, prot.0107729, con annessa documentazione anche fotografica dei luoghi), la notificazione è stata effettuata presso l'abitazione effettiva dell'odierno appellante, che coincide con il luogo di residenza anagrafica. Infatti, dalle risultanze anche fotografiche agli atti, è emerso che l'immobile luogo di residenza del Lupi è posto all'intersezione tra OMISSIS (al cui n. OMISSIS risulta la residenza anagrafica) e via OMISSIS e che tale immobile è un'unica villa familiare, caratterizzata dalla presenza di un ampio giardino, munita di due distinti ingressi; uno con un cancello sito in via OMISSIS, e un ulteriore ingresso tramite cancello ubicato in via OMISSIS, riconducibile, senza possibilità alcuna di equivoco, al luogo di effettiva abitazione e residenza del destinatario risultando in quest'ultimo ingresso presente un citofono ed il nominativo dell'appellante, in adesione a quanto richiesto dall'art. 140 c.p.c.. Trattasi, del resto, dello stesso ingresso che l'ing. Lupi risultava utilizzare abitualmente per il ricevimento della propria corrispondenza, risultando anche in numerose fatture emesse per il pagamento dei compensi derivanti da incarichi non autorizzati.

Va inoltre rammentato che sotto il profilo della ritualità della notifica la giurisprudenza (Cass. civ., Sez. I, 22/03/1996, n. 2490; Cass. civ., Sez. II, 28/10/2020, n. 23742) ha ritenuto che, ove il destinatario non rinvenga effettivamente l'avviso sulla porta dell'abitazione, pur attestata dall'ufficiale giudiziario, tale circostanza non inficia la validità della notificazione, essendo elemento avulso dall'attività di colui che compie la notifica. I richiami giurisprudenziali contenuti nell'atto di gravame non risultano in alcun modo pertinenti alla fattispecie in esame riguardando ipotesi di notificazioni di atti giudiziari avvenuti presso immobili inseriti in complessi condominiali con pluralità di appartamenti e di ingressi, laddove nella fattispecie, come detto, l'immobile del destinatario risulta essere una villa autonoma, libera su tutti i lati e distante da ogni diverso immobile, risultando ciò *per tabulas*.

Inoltre, neppure è meritevole di accoglimento la censura di invalidità della notifica sotto il profilo dell'impossibilità di ritiro dell'avviso presso l'ufficio postale. L'appellante lamenta semplicemente che l'avviso indicava il termine di 30 giorni per il ritiro presso l'ufficio postale e che il 30° ovvero l'ultimo giorno (il 23.7.2021) si sarebbe recato all'ufficio postale trovandolo chiuso, così come nei giorni seguenti. Al riguardo va osservato che con la notificazione ai sensi dell'art. 140 c.p.c. l'attività notificatoria si completa, anche in caso di mancato ritiro della raccomandata, dopo 10 giorni dall'invio della stessa (nel caso di specie quantomeno sin dal 2.7.2021). Il ritardato tentativo di ritiro del plico presso l'ufficio postale non può in alcun modo inficiare la notificazione

che si era già perfezionata da numerosi giorni allorquando l'appellante si è presentato presso l'ufficio postale. Si aggiunga che risulta, come già statuito dal giudice di primo grado, che l'avviso di raccomandata è stato recapitato il 22.6.2021 (come da annotazione sulla cartolina verde e da produzione della stessa difesa) sicché il tentativo di ritiro da parte dell'appellante, effettuato il giorno 23 luglio come dichiarato dallo stesso ing. Lupi, non è stato effettuato certo con tempestività, essendo avvenuto oltre 30 giorni dal recapito dell'avviso della raccomandata stessa.

Anche l'aspetto inerente al fatto che l'ufficio postale avrebbe attestato la compiuta giacenza arbitrariamente il 29.7.2021 ovvero dopo oltre 35 giorni dall'invio, non inficia in alcun modo la notifica, atteso che le attività prescritte dall'art. 140 c.p.c. sono state compiute regolarmente dall'ufficiale giudiziario e il termine indicato per la dichiarazione di compiuta è dilatorio, non imponendosi certo che l'attestazione avvenga necessariamente nella data in cui lo stesso è spirato. Ne consegue che l'attestazione effettuata a distanza di ulteriori giorni non viola alcun precetto normativo, essendo stato osservato il termine minino normativamente previsto.

In conclusione, la notifica dell'invito a dedurre deve ritenersi essere avvenuta ritualmente, avendo l'ufficiale giudiziario compiuto tutti gli adempimenti prescritti dall'art. 140 c.p.c., compresa l'affissione di avviso presso il luogo di abitazione effettiva dell'odierno appellante e l'invio della raccomandata, comprovata dall'avviso di ricevimento. La notifica dell'invito a dedurre risulta quindi pienamente perfezionatasi,

essendo l'atto indubitabilmente entrato nella sfera di conoscibilità dello stesso Lupi, il quale ha espressamente dichiarato di aver ritualmente ricevuto l'avviso di ricevimento, risultando pacificamente edotto dell'esistenza di un atto giudiziario a sé indirizzato, del quale è stato posto in condizione di acquisire copia, ai fini dell'esercizio del proprio diritto di difesa nella fase preprocessuale.

Il motivo di appello va dunque respinto.

III. Con il quinto motivo di gravame l'appellante censura la sentenza di primo grado sotto il profilo della ritenuta "*insussistenza del danno, errata statuizione della sentenza impugnata*". Secondo l'appellante nessun danno potrebbe ritenersi derivato al Ministero, dovendo operare qui il principio della *compensatio lucri cum damno* in quanto non avrebbe versato al Lupi alcunché a titolo di retribuzione, come avrebbe dovuto ai sensi degli artt. 57 e 59 d.P.R. n. 3/1957.

Il motivo è del tutto privo di fondamento giuridico.

Come pacificamente affermato dalla giurisprudenza contabile, la compensazione e decurtazione dal *quantum debeatur* di qualsiasi vantaggio fruito dall'amministrazione può ammettersi quando lo stesso fatto illecito contestato si presenti come conseguenza immediata e diretta dell'eventuale arricchimento conseguito da quest'ultima. Si tratta di ipotesi del tutto avulsa da quella in esame, esattamente inquadrata nel dettato di cui all'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, che impone, in ipotesi di incarichi non autorizzabili o resi in assenza di autorizzazione, l'incameramento del compenso percepito.

Il legislatore ha previsto, all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, uno specifico obbligo di riversamento nelle casse dell'Amministrazione di appartenenza dei proventi connessi alle attività extraistituzionali espletabili dal dipendente, ove sia stata omessa la prescritta autorizzazione, mentre il comma 7 *bis* (introdotto dalla l. n. 190/2012) dispone che "*L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di danno erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti*".

L'obbligo rappresenta, a tutta evidenza, una "*sanzione conseguente alla violazione del divieto di assumere incarichi extraistituzionali una volta accertata l'assenza di autorizzazione e l'espletamento dell'incarico*" (Corte dei conti, SS.RR. n. 26/QM/2019) e alla percezione del compenso consegue l'obbligo di versamento, poiché l'emolumento previsto o erogato per un incarico vietato è illecito.

È, quindi, evidente che "*l'obbligo di versamento del tantundem indebitamente percepito dal dipendente, ovvero versato dall'ente conferente, ha natura sanzionatoria della violazione della già indicata normativa, posta a protezione dei beni, costituzionalmente tutelati, dell'imparzialità del dipendente pubblico e, con i limiti sopra precisati, dell'esclusività del servizio pubblico. Infatti, indipendentemente da concorrenti ipotesi lesive, commisura il sacrificio economico, in una sorta di contrappasso, proprio all'esatto importo indebitamente percepito dal dipendente e, in tal modo, ha un indubbio carattere di dissuasione dall'intraprendere la condotta vietata*" (Corte dei conti, SS.RR. n. 26/QM/2019).

Alla luce della natura dell'obbligo di versamento espressamente previsto dall'ipotesi tipizzata dell'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001 non può trovare applicazione il principio invocato dall'appellante della *compensatio lucri cum damno*. Ciò *a fortiori* considerando che, come visto nei precedenti punti, alcun vantaggio ha tratto l'amministrazione dalla collocazione in fuori ruolo dell'ing. Lupi, il cui trattamento retributivo e previdenziale ha trovato copertura nelle risorse statali erogate a RFI s.p.a. in qualità di attuatore dell'intervento.

Se, quindi, come rilevato dalle Sezioni riunite di questa Corte, con la richiamata sentenza n. 26/QM/2019, in virtù dell'obbligo stabilito dal comma 7 dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, "*l'introito indebito del dipendente infedele costituisce un'entrata tipica dell'amministrazione di appartenenza ed è vincolata ad una specifica destinazione…il versamento obbligatorio in conto entrata dell'amministrazione di appartenenza costituisce una reintegrazione non per la violazione del divieto di svolgimento dell'incarico non autorizzato da parte dell'amministrazione, ma per una mancata entrata, per una reale diminuzione patrimoniale per l'amministrazione di appartenenza del dipendente, la quale viene privata di un'entrata vincolata e da imputarsi al fondo perequativo per i dipendenti*". Poiché è proprio l'omissione del versamento del compenso a far scaturire il danno dallo svolgimento dell'incarico non autorizzato, essendo questo da computarsi nel bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente, l'accertata coscienza e volontà, riconosciuta in capo all'appellante, di omettere il predetto riversamento, integra pienamente la sussistenza

e volontarietà dell'evento dannoso.

IV. Con il sesto motivo di gravame l'appellante ha censurato sotto vari profili la sentenza di primo grado laddove ha respinto l'eccezione di prescrizione, reputando sussistente l'occultamento doloso del danno.

La sentenza sarebbe censurabile laddove pretende di presumere e dedurre dalla mancata richiesta di autorizzazione, la volontà e l'effetto del doloso occultamento, pur risultando la piena conoscenza dell'amministrazione di dette attività, sulla base degli atti curriculari, come rilevabile anche dalla sentenza del Tribunale di Roma che ha annullato il licenziamento disciplinare del Lupi.

Quanto alle dichiarazioni che il Lupi avrebbe falsamente reso in sede di accettazione degli incarichi, lo stesso rileva che vi sarebbe stata un'effettiva cessazione del rapporto di lavoro con il Ministero e non presunta, limitandosi a dichiarare in modo veritiero che il rapporto con il Ministero si era interrotto.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Reputa il Collegio che il giudice di prime cure abbia fatto buon governo dei principi enunciati dalla giurisprudenza in merito all'ambito di applicabilità dell'art. 1, c. 2 l. n. 20/1994, avuto riguardo all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione, correttamente reputando che l'occultamento doloso del danno può realizzarsi anche mediante un comportamento meramente omissivo del debitore quando lo stesso, come nel caso di specie, è tenuto per legge ad attivarsi.

La circostanza che l'Amministrazione di appartenenza fosse stata

posta a conoscenza dell'espletamento di una serie di diversi incarichi esterni svolti dal Lupi non esimeva il medesimo dall'obbligo di acquisire analoghe autorizzazioni agli incarichi per cui è causa – pacificamente svolti in assenza della prescritta autorizzazione- per i quali il rilevato comportamento omissivo del Lupi integra l'occultamento doloso nei termini indicati dal primo giudice. Come costantemente statuito dalla giurisprudenza di questa Sezione "*l'inadempimento dell'obbligo di richiedere l'autorizzazione allo svolgimento degli incarichi esterni dà consistenza ad un occultamento doloso del danno, atto ad impedire il decorso del termine di prescrizione a norma dell'art. 1, secondo comma, della legge14 gennaio 1994, n. 20*" (*ex plurimis*, Sez. II app. n. 305/2022, n. 129/2020).

Ciò in applicazione del principio per cui in presenza di atti dovuti, ai quali il debitore è tenuto per legge, la condotta dolosa del debitore/dipendente pubblico, tesa ad occultare il fatto pregiudizievole, può estrinsecarsi anche in omissione (Sez. II app., n. 150/2022, n.724/2018; Sez. III app., n. 55/2017).

Si deve al giudice di legittimità l'affermazione per cui, in presenza di obbligo giuridico di informare e, quindi, di attivarsi, l'ulteriore condotta dolosa del debitore/dipendente pubblico, tesa ad occultare il fatto pregiudizievole, può estrinsecarsi anche in una condotta omissiva, "*quando chiaramente riguardi atti dovuti, ai quali, cioè, il debitore è tenuto per legge*" (Cass. civ. n. 392/1967, n. 125/1979, n. 11348/1998) sicché "*il doloso occultamento è requisito diverso e più grave rispetto alla mera omissione di una informazione, omissione che*

assume rilievo solo ove sussista un obbligo della parte di informare" (Cass. civ., n. 2030/2010; Corte conti, Sez. II app. n. 724/2018).

E tale opzione ermeneutica non confligge con l'orientamento interpretativo consolidato che richiede, in assenza di un obbligo giuridico di attivarsi, un "*quid pluris*" commissivo, ai fini dell'integrazione dell'ipotesi dell'occultamento doloso. Invero, si può occultare non solo ponendo in essere una condotta ulteriore, rispetto alla fattispecie integrativa del danno erariale, preordinata a perpetrare e mantenere celati i fatti dannosi, "*ma anche rimanendo semplicemente silenti, nel senso di realizzare non un comportamento meramente passivo ma di serbare "maliziosamente" il silenzio su talune circostanze del rapporto di impiego, ove ricorrente un dovere giuridico di farle conoscere al proprio datore di lavoro*" (Corte conti, Sez. II app., n. 305/2022; Sez. III app., n. 55/2017).

Ne consegue che anche un fatto omissivo è idoneo a concretizzare un doloso occultamento del danno e può essere assunto a base dell'applicazione della causa di slittamento del *dies a quo* della prescrizione al momento della scoperta, a norma della disposizione sopra ricordata (Corte dei conti, Sez. II app. n. 186/2023).

L'ulteriore argomentazione censurata dall'appellante e concernente le dichiarazioni rese dall'ing. Lupi, in sede di accettazione di alcuni incarichi, in ordine all'avvenuta risoluzione del rapporto di lavoro con il Ministero (come chiarito al punto I inesistente, riguardando la risoluzione il mero contratto accessorio e temporaneo concernente le funzioni dirigenziali) costituisce mero elemento *ad colorandum*,

certamente non essenziale ai fini dell'integrazione dell'occultamento doloso, perfezionatosi mediante l'accertata omissione.

Va rilevata, anzi, nella duplicità delle condotte omissive poste in essere dall'appellante, individuabili nella mancata richiesta dell'autorizzazione e nel mancato riversamento di compensi percepiti per gli incarichi non autorizzati, una connotazione soggettiva che è andata aggravandosi, a partire dalla consapevole violazione dell'obbligo autorizzativo, sino a giungere all'intenzionale omissione del riversamento dei compensi, violando scientemente una precisa disposizione di legge che lo obbligava a farlo e che non poteva essere ignorata da chi, come l'ing. Lupi, era da tempo destinatario di una pluralità di incarichi extralavorativi, per alcuni dei quali aveva correttamente dato corso al procedimento autorizzativo, a dimostrazione della piena coscienza della sussistenza del relativo obbligo.

Avuto riguardo alla questione concernente la conoscibilità degli incarichi, asseritamente garantita, attraverso la produzione di *curricula* in cui i medesimi venivano esposti, nell'ambito di diverse procedure di interpello interne all'Amministrazione medesima, in disparte ogni questione concernente la prova di tale circostanza, basti osservare che la stessa non rileva ai fini di escludere la sussistenza dell'occultamento doloso del danno, non potendo esigersi (e neanche ammettersi) da parte dell'Amministrazione, un'attività di verifica generalizzata ovvero, vieppiù, investigativa a carico dei propri dipendenti in ordine alle complessive situazioni giuridiche di ciascuno

di essi, per farne emergere eventuali profili di inosservanza di specifici doveri di servizio.

Non può quindi farsi discendere dalla dedotta trasmissione, da parte del Lupi, dei *curricula*, per finalità interne al rapporto di lavoro, la conoscibilità del conferimento e dell'espletamento degli incarichi extraistituzionali in ordine ai quali è pacifica la mancata acquisizione del provvedimento autorizzativo (Corte dei conti, Sez. III app., n. 1/2023; Sez. I app. n. 387/2022).

Altrettanto infondata si appalesa la doglianza dell'appellante con riguardo al ritenuto mancato esame, da parte del giudice di prime cure, di parte della documentazione rilevante; rinviando al seguito per l'esame di dettaglio dei singoli incarichi, basti rilevare che alcuna designazione risulta effettuata da parte del Ministero con riguardo agli incarichi INAIL qui in contestazione (per la valutazione di regolarità dell'acquisto di singoli immobili in Bologna (2), Gizzeria (CZ) e Prato) ma una nota del 15 maggio 1995 (prot. 4248/19220/P) di designazione per la diversa commissione incaricata di esprimere pareri di congruità.

Sotto un diverso profilo l'appellante censura la statuizione in ordine al rigetto dell'eccezione di prescrizione nella parte in cui avrebbe collocato il *dies a quo* in corrispondenza della data di trasmissione della relazione della Guardia di Finanza nel 2019 e non già antecedentemente, quantomeno dalla comunicazione effettuata da ANAC (che l'appellante indica in data 8.2.2017), relativa ad ulteriori diversi incarichi; secondo l'appellante, rileverebbe in tal senso anche

quanto emerge dalla sentenza del Tribunale del lavoro di Roma n. 3920/2022, di annullamento della sanzione disciplinare.

L'Amministrazione sarebbe stata al corrente degli incarichi per molteplici ragioni la cui valenza sarebbe stata *"sterilizzata"* dal giudice di primo grado.

Anche sotto il descritto profilo il motivo di gravame non ha rilievo.

Anche alla luce del contenuto della sentenza del Tribunale di Roma n. 3920/2022, dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento disciplinare per un profilo formale (tardività dell'avvio del relativo procedimento, per superamento dei trenta giorni), emerge che il Ministero potesse ritenersi a conoscenza degli incarichi non autorizzati, oggetto della contestazione disciplinare, per effetto della citata comunicazione ANAC dell'11.5.2017 o della successiva relazione della Guardia di Finanza del 15.5.2018, dal che la ritenuta tardività della contestazione disciplinare, effettuata solamente a novembre 2019. Tuttavia neppure la ricostruzione effettuata in detta sentenza colloca la data di conoscenza dei fatti in un momento antecedente, sicché la contestazione effettuata dalla Procura deve comunque ritenersi tempestiva per effetto dell'invito a dedurre notificato all'ing. Lupi il 2.7.2021 (ai sensi dell'art. 140 c.p.c.).

L'appellante reputa inoltre che il giudice di prime cure non abbia attribuito adeguato rilievo alla circostanza della conoscenza, da parte dell'Amministrazione, della circostanza che il Lupi detenesse, sin dall'anno 2000, una partita IVA, ai fini dello svolgimento dell'attività libero professionale.

L'argomentazione non coglie nel segno; come costantemente chiarito dalla giurisprudenza anche di questa sezione d'appello, "*la fatturazione della prestazione professionale non assume alcuna rilevanza ai fini della scoperta del danno da parte della P.A. danneggiata, trattandosi di adempimento degli obblighi fiscali-tributari incombenti per legge sul contribuente nel diverso rapporto con il fisco*" (*ex plurimis* Corte dei conti, Sez. II app., n. 240/2023, n.122/2023, n. 349/2022; Sez. III app., n. 514/2016).

In altri termini, a nulla rileva, comunque, che il Lupi non abbia posto in essere comportamenti volti a nascondere l'attività extraistituzionale svolta, "*che abbia esercitato apertamente attività extraistituzionale o che abbia fatturato in regime IVA tutte le prestazioni, che abbia reso regolari denunce fiscali e, quindi, che non l'abbia svolta "in nero", atteso che tutti i descritti comportamenti non integrano adempimento ex art. 1218 c.c. degli obblighi infungibili di informazione posti a suo carico nei confronti dell'Amministrazione ponendosi su un piano diverso ed ininfluente ai fini di causa l'eventuale rispetto di obbligazioni di altra natura, gravanti nei confronti del Fisco o di altri soggetti*" (in tali termini Corte dei conti, Sez. II app., n. 186/2023).

Alla luce di quanto esposto deve concludersi per l'infondatezza della doglianza inerente la prescrizione dell'azione risarcitoria.

V. Il Collegio è chiamato infine ad esaminare il motivo con il quale la parte appellante lamenta l'erroneità ed illegittimità della condanna in relazione ai vari incarichi conferiti, deducendo le distinte e specifiche contestazioni illustrate nella narrativa in fatto.

Il motivo è meritevole di parziale accoglimento, avuto riguardo alle tre consulenze tecniche rese nell'ambito di giudizi arbitrali.

- n. 3 CTU nell'ambito di giudizi arbitrali (incarichi nn. 1, 2, 3 atto di citazione, lett. A sentenza)

Quanto agli incarichi espletati in qualità di consulente tecnico d'ufficio nell'ambito di tre arbitrati, parte appellante lamenta il fatto che il giudice di prime cure ha ritenuto necessaria l'autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza, mentre trattandosi di incarico al servizio della giustizia, risultando l'arbitrato governato da regole di natura pubblicistica, avrebbe dovuto ritenere tale incarico equiparato a quello espletato al servizio degli organi giurisdizionali, pacificamente esclusi dall'obbligo di autorizzazione, ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001.

Il motivo di doglianza, sotto tale aspetto, appare fondato.

Va richiamato, sul punto, il precedente pronunciamento di questa Sezione su questione analoga, dalla quale il Collegio non reputa sussistere ragioni per discostarsi, come, peraltro, rammentato anche dal rappresentante della Procura generale in udienza.

La Sezione ha valorizzato gli elementi che spingono ad assimilare l'incarico di CTU reso nell'ambito dei Collegi arbitrali alle CTU rese in procedimenti giudiziari, con esclusione dall'obbligo di previa autorizzazione, di cui all'art. 53, c. 7, d.lgs. n. 165/2001, affermando che "*anche le CTU disposte negli arbitrati soggiacciano alla stessa disciplina di quelle disposte nei processi giudiziari, attesa la funzione riconosciuta a tali procedimenti dal legislatore. L'efficacia attribuita alla*

decisione resa negli arbitrati (lodo arbitrale), infatti, è la stessa di quella conferita alla decisione giudiziaria. A seguito del controllo formale svolto dal Tribunale, infatti, il lodo arbitrale ha efficacia esecutiva, è titolo per iscrizione di ipoteche e per la trascrizione. È evidente, pertanto, la struttura giudiziaria assegnata dal legislatore a tali procedimenti … Tanto premesso non v'è alcun logico motivo per non equiparare l'espletamento di una CTU svolta in un arbitrato a una CTU svolta in un processo" (Sez. II app. 29.5.2023, n. 150). Su fattispecie analoghe, altra Sezione d'appello si è uniformata a tale orientamento affermando che "*le CTU disposte negli arbitrati soggiacciano alla stessa disciplina di quelle disposte nei processi giudiziari, attesa la funzione riconosciuta a tali procedimenti dal legislatore (in tal senso, Sez. II App., n. 150 del 2023, la quale evidenzia che l'efficacia attribuita alla decisione resa negli arbitrati (lodo arbitrale) è la stessa di quella conferita alla decisione giudiziaria; e che a seguito del controllo formale svolto dal Tribunale il lodo arbitrale ha efficacia esecutiva, è titolo per iscrizione di ipoteche e per la trascrizione"* concludendo nel senso che "*L'equiparazione di una CTU svolta in un arbitrato a una CTU svolta in un processo comporta l'applicazione nei confronti della prima dello stesso regime non autorizzatorio previsto per la seconda*" (Sez. III app. 23.5.2024, n. 153).

In adesione alla riportata opzione ermeneutica, dalla quale questo Collegio non ha motivi per discostarsi, deve ritenersi che i tre incarichi espletati dall'appellante in procedimenti arbitrali in qualità di consulente tecnico d'ufficio non richiedessero l'autorizzazione della

P.A. di appartenenza per la legittimità del loro svolgimento; ne consegue che l'importo dei compensi percepiti a tale titolo non costituisce danno erariale, ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2001, con conseguente riforma della sentenza impugnata sul punto.

- **n. 4 verifiche di regolare esecuzione (collaudi) per INAIL (incarichi nn. 4, 5, 6, 7 atto di citazione, lettera B sentenza)**

L'appellante lamenta altresì che la sentenza avrebbe errato nel disporre la condanna per gli incarichi espletati dall'INAIL sostenendo che sarebbero stati strettamente connessi a quello regolarmente autorizzato quale componente della commissione per valutare la congruità di investimenti immobiliari, essendo quelli di verifica della regolarità dei vari acquisti immobiliari in stretta continuità, valorizzando in particolare il fatto che era stato designato dal proprio Ministero nell'ambito della commissione.

Dall'esame degli atti prodotti risulta che l'ing. Lupi era stato incaricato da INAIL di svolgere nel periodo compreso tra il 1995 ed il 2002 il ruolo di componente della commissione incaricata di esprimere il parere di congruità dei negozi da concludere nel campo degli investimenti immobiliari da parte dell'istituto. Emerge invece che gli incarichi per cui è stata azionata la pretesa risarcitoria della Procura sono relativi ad attività distinte e conferiti successivamente in qualità di incaricato a titolo individuale - e non già in seno ad una commissione - con il compito di svolgere accertamenti in ordine alla regolarità di singoli acquisti immobiliari da parte dell'Istituto (nei comuni di Bologna, Gizzeria (CZ) e Prato). Infatti egli è stato destinatario di quatto

incarichi individuali conferiti con lettere di incarico dell'Ente in due casi del 2.2.2001 (Bologna e Gizzeria), nonché con successive lettere del 6.08.2003 (Bologna – Borgo Panigale) e del 13.11. 2003 (Prato), per un totale di euro 38.379,00.

Ne consegue l'infondatezza della censura dell'appellante, dovendo confermarsi la statuizione di condanna del giudice di primo grado, essendo anche detti incarichi stati svolti in assenza di ogni autorizzazione, in violazione dell'art. 53 d.lgs. n. 165/2011.

Si configurano altresì come irrilevanti le comunicazioni effettuate dall'INAIL al Ministero circa l'erogazione di compensi a favore dell'ing. Lupi, non essendo possibile da tali comunicazioni evincere il fatto che il medesimo sarebbe stato destinatario di ulteriori e distinti incarichi espletati in assenza di autorizzazione, emergendo unicamente un complessivo dato economico. Parimenti non è sostenibile che dall'invio dei *curricula* nel cui ambito sarebbero stati esposti i vari incarichi nel tempo espletati, il Ministero sarebbe stato edotto dello svolgimento degli incarichi in questione, trattandosi di atto recante una descrizione sintetica delle molteplici attività svolte nella vita professionale, con finalità del tutto estranee alle richieste di autorizzazione di cui all'art. 53, atto su cui l'amministrazione non ha alcun obbligo di effettuare un controllo analitico.

- **n. 1 Presidenza di commissione accordo bonario (incarico n. 9 atto di citazione , lettera C sentenza)**

Quanto all'incarico conferito da ANAS con verbale del 13.9.2011 in qualità di componente della Commissione di accordo bonario non è

stata richiesta alcuna autorizzazione, né - per quanto già detto- nel periodo in cui l'appellante svolgeva la funzione di Commissario straordinario era venuto meno il rapporto di impiego con il Ministero ed i relativi obblighi di servizio, sicché anche per tale incarico, remunerato con la somma di euro 15.493,70, sussiste il danno per mancato riversamento.

- **n. 1 Collaudo opere stradali affidato dalla Provincia di Varese (incarico n. 10 atto di citazione, lettera D sentenza)**

In ordine all'incarico conferito dalla Provincia di Varese, con determinazione dirigenziale del 18.12.2007, avente ad oggetto la nomina quale Presidente di Commissione di collaudo di lavori stradali, parimenti risulta l'assenza di ogni autorizzazione, che peraltro avrebbe dovuto essere richiesta prima dell'avvio dell'attività nel 2008, risultando irrilevante la successive nomina a Commissario straordinario che – come già chiarito - in ogni caso non ha determinato il venire men degli obblighi autorizzativi di cui all'art. 53 d.lgs. n. 165/2011. Si aggiunga che la nomina è avvenuta da parte dell'ente locale e non già del Ministero che avrebbe operato – secondo quanto affermato da parte appellante - la designazione.

Sul punto la stessa Provincia di Varese, nel procedere autonomamente alle nomine, dispone che "*Si individuano quali componenti: un rappresentante del Ministero delle Infrastrutture (Direttore Generale Strade Autostrade Walter Lupi), uno di ANAS …*" precisando espressamente di essere "*in attesa della formalizzazione del nulla osta di rito da parte di ciascun Ente*"; atto che, tuttavia, non risulta essere

mai stato acquisito dal Ministero. Anche nel caso della Provincia di Varese si tratta dunque di incarico privo di autorizzazione, con danno pari al compenso illecitamente percepito ammontante all'importo di euro 62.805,63.

In conclusione, il motivo di appello va parzialmente accolto, limitatamente agli incarichi espletati dall'ing. Lupi quale CTU nell'ambito delle tre procedure arbitrali in contestazione.

L'appello avverso la sentenza in epigrafe va accolto *in parte qua*, con conseguente rideterminazione dell'ammontare del danno a quello relativo ai restanti incarichi e condanna dell'ing. Walter Lupi al pagamento della somma complessiva di euro 116.678,33 (euro 38.379,00 + euro 15.493,70 + euro 62.805,63), comprensiva di rivalutazione monetaria, oltre interessi legali dalla data del deposito della sentenza di primo grado fino all'effettivo soddisfo.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'appellante, nella misura individuata in dispositivo.

P.Q.M.

la Corte dei conti, Sezione seconda giurisdizionale centrale d'appello, disattesa ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione, definitivamente pronunciando, in parziale accoglimento dell'appello, ridetermina l'ammontare del danno e condanna l'ing. Walter Lupi al pagamento della somma di euro 116.678,33 (centosedicimilaseicentosettantotto/33), comprensiva di rivalutazione monetaria, oltre interessi legali dalla data del deposito della sentenza di primo grado fino all'effettivo soddisfo.

Le spese di giudizio sono poste a carico dell'appellante nella misura di euro 352,00 (TRECENTOCINQUANTADUE/00).

Manda alla Segreteria per gli adempimenti e le comunicazioni di rito.

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio dei giorni 9 aprile e 17 maggio 2024.

L'Estensore Il Presidente

(Ilaria Annamaria Chesta) (Daniela Acanfora)

F.TA DIGITALMENTE F.TA DIGITALMENTE

Depositata in Segreteria il 13 NOVEMBRE 2024

p. Il Dirigente

(Massimo Biagi)

F.TA DIGITALMENTE

Il Funzionario Preposto

Lucia Bianco