



**REPUBBLICA ITALIANA N°30/2017**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**LA CORTE DEI CONTI**

**SEZIONE GIURISDIZIONALE REGIONALE PER IL VENETO**

composta dai seguenti magistrati:

Dott. Guido Carlino                      Presidente

Dott. Gennaro Di Cecilia              Giudice

Dott.ssa Giuseppina Mignemi        Giudice relatore

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nel giudizio a istanza di parte, iscritto al n. **30138** del registro di segreteria,

**promosso da**

**PAIS BECHER AUGUSTO**, c.f.: PSB GST 66H09 A501A, nato il 9.6.1966

ad Auronzo di Cadore (BL) ed ivi residente, in Via Monti n. 8, rappresentato e

difeso dall'Avvocato Elisa Facchin, dall'Avvocato Enrica Maria Zanin e

dall'Avvocato Francesco M. Curato e presso lo studio di quest'ultimo

elettivamente domiciliato in Venezia, Piazzale Roma, 468/b;

**nei confronti di**

**COMUNE DI CORTINA D'AMPEZZO**, in persona del Sindaco *pro-*

*tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Attilia Da Rin Polenton, con

domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Lisa Panzarin, in San Donà di

Piave, Piazzetta Trevisan n. 2, scala 1B;

**avverso**

l'ordinanza di ingiunzione, ex R.D. n. 639 del 1910, prot. n. 5781 del

31.3.2016, per il recupero di somme ai sensi dell'art. 53, comma 7, D.Lgs. n. 165 del 2001, notificata in data 31.3.2016 dal Comune di Cortina d'Ampezzo a Pais Becher Augusto;

**VISTO** l'atto introduttivo del giudizio;

**ESAMINATI** gli atti e i documenti di causa;

**UDITI**, all'udienza dell'8.2.2017, il Giudice relatore, dott.ssa Giuseppina Mignemi, l'Avvocato Elisa Facchin per il sig. Pais Becher, l'Avvocato Attilia Da Rin Polenton per il Comune di Cortina d'Ampezzo e il P.M. dott.ssa Chiara Imposimato;

### **FATTO**

In data 31.3.2016, il Comune di Cortina d'Ampezzo notificava ad Augusto Pais Becher una ordinanza ingiunzione, ai sensi del R.D. n. 639 del 1910, prot. n. 5781 del 31.3.2016, per il recupero di somme, ai sensi dell'articolo 53, comma 7, del decreto legislativo 165 del 2001.

Con atto depositato in data 11 maggio 2016, l'ingiunto proponeva ricorso innanzi a questa Corte contestando il diritto fatto valere dall'Amministrazione comunale, in quanto infondato in fatto e diritto, e chiedendo la revoca dell'ingiunzione notificata.

La difesa del ricorrente rappresentava che si tratterebbe di domanda riconducibile al *genus* dell'*actio negatoria* della responsabilità amministrativo-contabile, collocata dall'ordinamento nell'ambito degli "*altri giudizi ad istanza di parte*", di cui all'articolo 58 del R.D. n. 1038 del 1933.

L'accertamento negativo della responsabilità amministrativa su istanza di parte sarebbe ammissibile nell'ipotesi in cui, a carico dell'istante, sia stato elevato, in sede amministrativa, un addebito per danni o siano state mosse

intimazioni di pagamento da parte dell'Amministrazione.

Ciò in quanto i menzionati atti renderebbero concreto, attuale e immediato l'interesse del ricorrente ad una anticipazione del giudizio, onde pervenire ad una declaratoria di insussistenza degli elementi costitutivi dell'azione.

Essendo l'attuale ricorrente destinatario di un atto di ingiunzione del Comune di Cortina d'Ampezzo, lo stesso avrebbe interesse concreto a neutralizzare tale intimazione alla restituzione, nonché le successive iniziative preannunciate dal Comune per il recupero delle somme, qualificate come indebitamente erogate.

Nel merito, la difesa contestava la prospettazione dei fatti, siccome proposta dal Comune di Cortina.

In particolare, secondo il Comune, il ricorrente - all'epoca dei fatti dipendente dalla Comunità Montana "Centro Cadore" (attualmente denominata "Unione Montana Centro Cadore") - avrebbe svolto, nel periodo dal 2005 al 2010, molteplici incarichi di revisore dei conti e altre prestazioni occasionali non meglio specificate, esterni all'amministrazione da cui era dipendente, senza avere ottenuto da quest'ultima l'autorizzazione, di cui all'articolo 53, comma 7 del D.Lgs. n. 165 del 2001, percependo, di conseguenza, compensi per complessivi € 12.105,00, senza poi riversarli alla stessa amministrazione.

Gli incarichi extra-istituzionali contestati all'odierno ricorrente, così come indicati nell'ordinanza di ingiunzione, riguarderebbero i seguenti oggetti:

1. lavoro autonomo occasionale presso il Comune di Longarone, nell'anno 2010;
2. revisore dei conti presso la residenza per anziani "Beata Gaetana Sterni", negli anni 2005, 2006, 2007;
3. lavoro autonomo occasionale presso la Comunità Montana del Grappa,

nell'anno 2006;

4. lavoro autonomo occasionale presso il Comune di Pove del Grappa,

nell'anno 2006;

5. lavoro autonomo occasionale presso la Comunità Montana delle

Prealpi Trevigiane, negli anni 2005, 2006, 2007.

La difesa, in primo luogo, eccepiva il difetto di titolarità, in capo al Comune di Cortina d'Ampezzo, del potere di ingiungere all'odierno ricorrente la restituzione delle somme, di cui all'articolo 53, comma 7, del predetto decreto legislativo.

La citata disposizione introduce l'obbligo di versamento dei compensi maturati dal dipendente per prestazioni esterne alla propria amministrazione, in difetto di autorizzazione da parte della medesima.

La disposizione servirebbe a compensare il danno creato all'Amministrazione di appartenenza per lo svolgimento di attività esterne, che distoglierebbero il dipendente dalle proprie funzioni, mediante la restituzione di quanto percepito.

Ebbene, nel caso di specie, il Comune di Cortina d'Ampezzo, che ha ingiunto al ricorrente la restituzione delle somme percepite, non sarebbe l'Amministrazione danneggiata dalla predetta condotta, atteso che, al tempo dei fatti, egli era dipendente da altra Amministrazione.

L'unica Amministrazione, pertanto, astrattamente legittimata a chiedere la restituzione di eventuali somme sarebbe la Comunità montana "Centro Cadore".

Secondo la difesa, poi, non sussisterebbero gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa imputata al ricorrente.

In particolare, esaminando distintamente gli incarichi contestati:

a) sull'attività di revisore dei conti presso la residenza anziani "Beata Gaetana Sterni", negli anni 2005, 2006 e 2007, la richiesta di restituzione dei compensi percepiti sarebbe illegittima, poiché l'attività prestata sarebbe stata ritualmente autorizzata dall'ente di appartenenza e sarebbero stati regolarmente comunicati i compensi, in ottemperanza al disposto di legge.

Dalla relazione della Guardia di Finanza risulterebbe, infatti, che il committente avrebbe chiesto l'autorizzazione all'Amministrazione di appartenenza del dipendente e, seppure a tale richiesta non era stato dato seguito, l'incarico doveva ritenersi comunque autorizzato in ragione dell'intervenuto silenzio assenso.

b) sulla contestata attività di lavoro autonomo occasionale, di cui ai numeri 1), 3), 4) e 5), il ricorrente avrebbe prestato un tipo di attività non soggetta all'obbligo di preventiva autorizzazione, ai sensi dell'articolo 53, comma 6, lett. b), del D.Lgs. n. 165, relativa all'utilizzazione economica, da parte dell'autore o inventore di opere d'ingegno e di invenzioni industriali.

L'attività espletata dal ricorrente presso gli enti innanzi indicati sarebbe consistita, infatti, in una mera collaborazione nelle materie informatica e contabile, basata sulla divulgazione ed assistenza nell'utilizzazione di un software di calcolo, ideato e creato dallo stesso ricorrente.

Mancherebbe, poi, l'elemento soggettivo della colpa grave, attesa l'inesistenza di qualunque elemento atto a dimostrare l'intenzionalità di cagionare danno al proprio ente di appartenenza sottraendo tempo e dedizione ai propri doveri contrattuali e, dall'altro, una qualsiasi grave negligenza o superficialità nel suo operato.

Il ricorrente, infatti, né avrebbe mai nascosto il proprio *status* di dipendente della Comunità Montana Centro Cadore alle varie amministrazioni pubbliche che richiedevano la sua collaborazione; né avrebbe celato alla propria amministrazione lo svolgimento delle predette attività presso le altre amministrazioni.

Inoltre, evidenziava la difesa come le attività di consulenza e di assistenza informatica, oggetto della quasi totalità degli incarichi, sarebbero state svolte con il benestare del presidente *pro-tempore* della Comunità montana di appartenenza che, all'epoca dei fatti oggetto di contestazione, ricopriva anche la carica di Vicepresidente dell'UNCCEM Veneto, ovvero di quell'ente che non solo si era reso promotore verso le Comunità montane dell'attività del ricorrente, ma era anche consapevole degli incarichi che, di volta in volta, venivano conferiti allo stesso.

In via gradata, la difesa eccepiva l'intervenuta prescrizione del diritto del Comune di Cortina alla restituzione delle somme percepite dal ricorrente.

Risulterebbe, infatti, applicabile il termine quinquennale di prescrizione di cui alla legge n. 20 del 1994 e, con riferimento al *dies a quo*, andrebbe operato un distinguo.

Riguardo all'attività di revisore dei conti svolta presso la residenza per anziani "Beata Gaetana Sterni", sarebbe documentatamente provato che i compensi percepiti sono stati comunicati alla Comunità montana con note dell'aprile 2006, 2007 e 2008.

Pertanto, da tali date dovrebbe necessariamente decorrere il termine di prescrizione quinquennale, trattandosi del momento in cui l'amministrazione di appartenenza sarebbe venuta conoscenza dei compensi.

Con riguardo, invece, alle altre attività di lavoro autonomo occasionale contestate, l'esordio della prescrizione dovrebbe ricondursi al verificarsi del fatto dannoso, che, nella specie, sarebbe ravvisabile nel momento in cui il ricorrente ha eseguito l'incarico, senza prima aver chiesto l'autorizzazione, o, a limite, nel momento in cui egli ha percepito i compensi e, quindi:

- in data 6/9/2010, per il compenso di euro 1.000,00, percepito dal Comune di Longarone;

- in data 13/9/2005, per il compenso di euro 1.000,00, percepito dalla Comunità Montana del Grappa;

- in data 20/11/2006, per il compenso di euro 520,00, percepito dal Comune di Pove del Grappa;

- nel 2005, 2006 e 2007 per i compensi di euro 1.000,00 per ciascun anno, percepiti dalla Comunità Montana delle Prealpi Trevigiane.

Secondo la difesa, il recupero intentato dal Comune di Cortina d'Ampezzo sarebbe, altresì, illegittimo, poiché si pretenderebbe la restituzione dei compensi percepiti al lordo, mentre, per giurisprudenza contabile consolidata, a norma dell'articolo 53, comma 7, del D.Lgs. n. 5 del 2001, detta restituzione andrebbe limitata al netto delle imposte già corrisposte.

La difesa, formulava, poi, istanza di sospensione cautelare dell'efficacia esecutiva dell'ingiunzione, rilevando che la stessa sarebbe, per sua natura, esecutiva e terrebbe luogo, oltre che del titolo, anche del precetto, cosicché l'amministrazione resistente, nelle more, potrebbe procedere esecutivamente, benché il fondamento della pretesa si trovi *sub iudice*.

La difesa rassegnava, quindi, le seguenti conclusioni:

*"IN VIA PRELIMINARE: sospendere, ex artt. 32 e 5, D.lgs 150 del 2011,*

*anche inaudita altera parte, l'efficacia esecutiva dell'ingiunzione prot. n. 5781 del 31.03.2016 in ragione della fondatezza delle censure esposte ed a causa del notevole pregiudizio economico che rischia di subire il ricorrente in conseguenza dell'esecuzione forzata;*

*NEL MERITO:*

*IN VIA PRINCIPALE: sia accertato e dichiarato che l'attività svolta dal Sig. Pais Becher Augusto presso le amministrazioni di Comune di Longarone, Comunità montana del Grappa, Comune di Pove del Grappa, Comunità Montana delle Prealpi trevigiane, è ascrivibile alle attività liberamente esercitabili art. 53, comma 6, lett. b), d.lgs. n. 165/2001, in quanto consistente nello sfruttamento economico dell'opera del proprio ingegno e che l'attività di revisore dei conti, svolta presso la residenza anziani "Beata Gaetana Sterni" (ovvero casa di riposo del Comune di Auronzo di Cadore) è stata debitamente autorizzata ed i relativi compensi comunicati alla Comunità Montana Centro Cadore e per l'effetto sia:*

*- accertato e dichiarato che la condotta tenuta dal Sig. Pais Becher e consistita nell'assumere presso le predette amministrazioni gli incarichi di revisore dei conti e di sfruttamento dell'opera dell'ingegno è conforme a quanto previsto stabilito dall'art. 53, D. lgs. 165/2001;*

*- accertato e dichiarato che non vi è nella descritta condotta alcuna violazione degli obblighi ch'egli ha assunto quale dipendente del Comune di Cortina d'Ampezzo, né - per quanto occorrer possa - quale dipendente di Comunità Montana Centro Cadore;*

*- accertato e dichiarato che la condotta descritta non è comunque connotata né dal dolo né dalla colpa grave;*



*- che nulla egli deve al Comune di Cortina d'Ampezzo a titolo di risarcimento né a titolo di restituzione e che in particolare non è dovuta la somma richiesta con l'ingiunzione prot. n. 7581 e, per l'effetto, sia revocata, annullata e comunque considerata inefficace per i motivi dedotti in narrativa, l'ingiunzione prot. n. 5781 del 31.03.2016;*

*IN VIA SUBORDINATA: e solo ove che immediatamente dovesse ritenersi sussistente un qualsiasi profilo di responsabilità a carico del ricorrente, sia comunque*

*- accertato e dichiarato che il credito azionato dal Comune di Cortina con ingiunzione fiscale n. 5781 del 31.03.2016 è prescritto con lo spirare del termine del 06.09.2015;*

*- accertato e dichiarato che nulla egli deve per i titoli di cui è causa, ed in ogni caso per l'effetto comunque sia revocata, annullata e comunque considerata inefficace l'ingiunzione fiscale Prot. n. 5781 del 31.03.2016 in accoglimento dell'eccezione così formulata;*

*IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA: e solo ove immediatamente dovesse ritenersi sussistente un qualsiasi profilo di responsabilità a carico della ricorrente, di trarsi la ritenuta d'acconto del 20% operata dall'ente erogatore dall'importo che dovesse essere accertato a titolo di restituzione.*

*IN OGNI CASO: con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio, oltre ad IVA e C.A. nella misura di legge.".*

Con memoria depositata in data 27 maggio 2016, si costituiva il Comune di Cortina d'Ampezzo.

Preliminarmente, la difesa del Comune eccepiva il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti, rappresentando che l'ordinanza di ingiunzione,

disciplinata dal R.D. n. 639 del 1910, all'articolo tre, espressamente stabilisce che, avverso il predetto provvedimento, si possa proporre opposizione davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria.

Secondo la difesa, poi, non sussisterebbero i requisiti di cui all'articolo 5 per la richiesta di sospensione dell'efficacia dell'ordinanza ingiunzione.

Con riguardo all'asserito difetto di titolarità in capo al Comune di Cortina d'Ampezzo del potere di ingiungere all'odierno ricorrente la restituzione delle somme di cui all'articolo 53 predetto, rilevava la difesa che il ricorrente risulta transitato nei ruoli del Comune creditore a seguito di un bando di mobilità esterna, per la copertura, a tempo indeterminato, di un posto di categoria D1 - istruttore direttivo amministrativo, a decorrere dall'1/10/2012.

L'istituto della mobilità, disciplinato dall'articolo 30 del D.Lgs. n. 165 del 2001, non comporterebbe l'insorgere di un nuovo rapporto di lavoro, ma una semplice cessione del contratto di lavoro, *ex* articolo 1406 c.c..

Il ricorrente, quindi, transitando alle dipendenze del Comune di Cortina d'Ampezzo, avrebbe mantenuto il contratto di lavoro precedente: la cessione determinerebbe, infatti, il trasferimento soggettivo del complesso unitario dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, lasciando immutati gli elementi oggettivi essenziali.

Di talché, il Comune di Cortina sarebbe l'unico soggetto legittimato ad agire per il recupero delle somme percepite violazione della legge e mai versate.

Riguardo all'eccezione di prescrizione, la difesa reputava applicabile il termine ordinario decennale, da computarsi solo dal momento in cui il Comune sarebbe venuto a conoscenza degli incarichi svolti dal proprio dipendente e del mancato versamento degli importi percepiti, concretizzatosi

con la consegna, nell'autunno del 2015, della relazione del Nucleo anticorruzione della Guardia di Finanza.

In ogni caso, la difesa evidenziava come, considerato il predetto *dies a quo* della decorrenza, la prescrizione non sarebbe maturata, quand'anche si volesse ritenere applicabile il termine quinquennale.

Nel merito, con riguardo alla violazione dell'articolo 53, comma 7, del D.Lgs. n. 165 del 2001 per l'attività di revisore dei conti presso la residenza per anziani "Beata Gaetana Sterni", la difesa del Comune, avanzati dubbi riguardo alla natura pubblica del predetto ente, indispensabile a legittimare il richiamo alla normativa sul silenzio assenso, evidenziava che le autorizzazioni richieste dal ricorrente risultano prive di numero di protocollo e, pertanto, non poteva, in ogni caso, ritenersi formato alcun silenzio assenso.

Con riguardo, poi, alle attività di lavoratore autonomo occasionale, la difesa precisava come non fosse stata mai rivolta al ricorrente nessuna contestazione con riferimento ai compensi percepiti per lo sfruttamento della propria opera d'ingegno, né per quanto concerne l'attività ad essa collegata, come relatore a convegni o altro. Attività di relatore che, nelle medesime annualità, avrebbe consentito al ricorrente di percepire un importo pari ad euro 21.005,00, che mai sarebbe stato chiesto in restituzione, poiché conforme al dettato normativo.

Parimenti, il Comune avrebbe ritenuto di non azionare il credito accertato dal Nucleo anticorruzione, di euro 800,00, percepito per l'incarico svolto presso la Comunità Montana Val Belluna, proprio sulla scorta del disposto di cui all'articolo 53, comma 6, lettera b), del predetto decreto legislativo, come accertato in sede disciplinare.

In quella stessa sede, veniva, altresì, accertato che solo la Comunità Montana predetta avrebbe incaricato il ricorrente, in quanto ideatore del software oggetto di pubblicazione. Mentre, in tutti gli altri casi oggetto di contestazione, il ricorrente sarebbe stato incaricato quale lavoratore autonomo occasionale e non certo per attività configurabili come utilizzazione economica di opera d'ingegno.

Ciò emergerebbe chiaramente dall'esame delle delibere di incarico, secondo le quali il ricorrente era deputato alla redazione di conti economici, prospetti di conciliazione e conto del patrimonio, attività tutte configurabili solo come lavoro autonomo occasionale.

Peraltro, il ricorrente risulterebbe iscritto al numero 42.440 del registro dei revisori legali, attività professionale compatibile quale dipendente pubblico a tempo pieno, come risulta dall'accertamento della Guardia di Finanza.

Sarebbe, poi, configurabile la colpa grave, atteso che, conoscendo pacificamente il ricorrente la normativa e certamente anche il funzionamento dell'organizzazione amministrativa, non sarebbe spiegabile la ragione per la quale, in alcuni casi, lo stesso abbia chiesto ed ottenuto le delibere di Giunta di autorizzazione, e, di contro, altre volte, non si sarebbe neppure preoccupato della semplice protocollazione delle sue comunicazioni.

Secondo la difesa del Comune, peraltro, la sussistenza della colpa grave o del dolo non rilevarebbero in sede di restituzione di somme percepite in assenza di autorizzazione, anche in relazione alla *ratio* della norma violata.

Infine, con riguardo alla questione della quantificazione della somma da recuperare, al netto o al lordo della ritenuta d'acconto, la difesa del Comune evidenziava come la giurisprudenza contabile non sia concorde sul punto.

D'altro canto, la responsabile del procedimento, in sede di ingiunzione, avrebbe ben chiarito che il recupero della somma andrebbe effettuato al lordo della imposizione fiscale, in quanto detta somma, qualora restituita, sarebbe deducibile dal reddito complessivo e comporterebbe, di conseguenza, la riduzione dell'imposta sul reddito da versare.

La difesa del Comune di Cortina d'Ampezzo rassegnava, quindi, le seguenti conclusioni: *"in via pregiudiziale di rito: - dichiarare il difetto di giurisdizione e conseguentemente dichiarare inammissibile il ricorso proposto in opposizione all'ordinanza di ingiunzione del comune di Cortina d'Ampezzo, prot. n. 5781 del 31/3/2016; nel merito: - per le causali di cui in premessa respingere il ricorso in opposizione all'ordinanza di ingiunzione del Comune di Cortina d'Ampezzo, prot. n. 5781 del 31/3/2016 da confermarsi integralmente e quindi condannare il sig. Pais Becher Augusto alla corresponsione complessiva di euro 12.105,00, oltre ad interessi legali dalla data dell'ingiunzione all'effettivo pagamento; - in subordine, nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento parziale del ricorso proposto, condannare il sig. Pais Becher Augusto alla corresponsione di quanto sia accertato nel corso del giudizio; in ogni caso con vittoria di spese documentate e compenso all'avvocato patrocinante determinato ai sensi del D.M. n. 55/2014, oltre rimborso spese forfettarie nella misura del 15%, c.p.a. 4%, i.v.a. 22% e successive spese occorrente."*

In esito alla Camera di consiglio del 14.6.2016, con ordinanza n. 29 depositata il 17.6.2016, il Collegio, affermata la propria giurisdizione, respingeva l'istanza cautelare.

Con memoria depositata in data 18.1.2017, la difesa del Pais Becher ribadiva

l'insussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa

precisando:

- con riguardo all'attività di revisore dei conti presso la residenza anziani "Beata Gaetana Sterni", la natura pubblica dell'Ente, trattandosi di IPAB, l'esistenza della richiesta di autorizzazione allo svolgimento dell'attività e delle comunicazioni relative ai compensi percepiti;

- con riguardo alla contestata attività di lavoro autonomo occasionale, la annoverabilità delle stesse tra le attività liberamente esercitabili senza previa autorizzazione ex art. 53, comma 7, del D.Lgs. n. 165 del 2001, trattandosi sempre di attività in materia informatica e contabile, consistite nella creazione, divulgazione e adattamento ai casi di specie di software di calcolo e per la redazione del prospetto di conciliazione ideati e creati dal Pais Becher.

Ribadiva, la difesa, l'inconfigurabilità dell'elemento soggettivo della responsabilità, considerato che, in buona fede, l'ingiunto aveva ritenuto non necessaria l'autorizzazione; che tutte le amministrazioni con le quali si era rapportato -pur conoscendo la sua qualità di dipendente pubblico- non avevano ritenuto di richiederla e che tutti i procedimenti disciplinari avviati nei confronti dei funzionari che non la avevano richiesta, si erano risolti con una archiviazione.

Ancora, la difesa insisteva nell'eccezione di prescrizione nei termini già prospettati nel ricorso in opposizione ed in subordine, sul recupero al netto delle somme asseritamente dovute.

Ribadiva, quindi, la difesa, le conclusioni già rassegnate in atti.

Con memoria depositata in data 19.1.2017, la difesa del Comune di Cortina ribadiva che le attività contestate erano solo quelle relative alla

predisposizione dei conti economici e dei bilanci di diversi enti; attività proprie del revisore legale-contabile, laddove il software ideato da Pais Becher era un semplice strumento di redazione.

Mancavano, quindi, le necessarie autorizzazioni all'espletamento delle predette attività.

Insisteva, quindi, il Comune, nelle conclusioni già rassegnate nella memoria di costituzione.

All'udienza dell'8.2.2017, le parti ribadivano le conclusioni già rassegnate in atti e la causa veniva, quindi, posta in decisione.

## **DIRITTO**

### **1. Oggetto del giudizio**

La domanda del ricorrente, Augusto Pais Becher, proposta ai sensi dell'art. 58 del R.D. n. 1038 del 13.8.1933, è finalizzata ad ottenere la revoca/annullamento dell'ordinanza ingiunzione notificatagli dal Comune di Cortina d'Ampezzo, ai sensi del R.D. n. 639 del 1910, prot. n. 5781 del 31.3.2016, per il recupero di somme asseritamente dovute dallo stesso per avere svolto incarichi extra-istituzionali, senza la preventiva autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza, in violazione dell'articolo 53, comma 7, del decreto legislativo 165 del 2001.

### **2. Sull'eccezione di difetto di giurisdizione della Corte dei Conti**

Il Comune di Cortina d'Ampezzo, nella memoria di costituzione depositata il 25.5.2016, preliminarmente, eccepiva il difetto di giurisdizione di questa Corte, sulla scorta della considerazione che, in base all'art. 3 del D.Lgs. n. 639 del 1910, l'opposizione avverso l'ordinanza di ingiunzione andrebbe proposta innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria e tanto sarebbe confermato anche

dall'art. 32 del D.Lgs. n. 150 del 2011.

Secondo la prospettazione del Comune di Cortina, infatti, ai sensi dell'art. 53, comma 7-bis, del D.Lgs. n. 165 del 2001, la giurisdizione della Corte dei Conti si radicherebbe solo allorquando vi sia il mancato versamento degli importi azionati, che solo in quel caso costituirebbe un'ipotesi di danno erariale.

A norma dell'art. 53, comma 7, del D.Lgs. n. 165 del 2001, *“I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. Ai fini dell'autorizzazione, l'amministrazione verifica l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. (...) In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.”*

Per quanto previsto dal successivo comma 7-bis, introdotto dall'articolo 1, comma 42, lettera d), della legge 6 novembre 2012, n. 190, *“L'omissione del versamento del compenso da parte del dipendente pubblico indebito percettore costituisce ipotesi di responsabilità erariale soggetta alla giurisdizione della Corte dei conti.”*

E' ininfluente che la fattispecie di cui è causa attenga a fatti precedenti all'entrata in vigore della citata disposizione, poiché, com'è stato chiarito dalla giurisprudenza contabile (si veda, da ultimo, Corte dei Conti, Sez. II



d'App., sent. n. 1098 del 26.10.2016), trattasi di una disposizione “*non innovativa ma meramente ricognitiva di un pregresso prevalente indirizzo (...) tendente a radicare in capo alla Corte dei Conti la giurisdizione in materia, nel termine prescrizione quinquennale, escludendo quella del giudice ordinario propugnata da un minoritario indirizzo giurisprudenziale ... sulla base di una qualificazione della pretesa in chiave civilistica-lavoristica*” (Corte dei Conti, Sez. I d'App., sent. n. 406/2014).

Diversamente da quanto sostenuto dalla difesa del Comune di Cortina, è già lo svolgimento della attività extra-istituzionale presso soggetti diversi dalla propria amministrazione, senza la necessaria autorizzazione a produrre il danno erariale, che, poi, la norma presume quantificabile nella misura del compenso percepito dal dipendente per la predetta attività.

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

Questa impostazione risulta confermata dalla ordinanza n. 41/2015, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 53, comma 7, del D.Lgs. n. 165/2001, “*atteso che, quanto al principio di buon andamento della pubblica amministrazione, la norma denunciata mirerebbe a rafforzare la garanzia che*

*il lavoro dei pubblici dipendenti a favore di terzi non si riverbera negativamente sul servizio d'istituto (...).”*

Attenendo, quindi, l'ingiunzione, alla restituzione di somme dovute a titolo di risarcimento del danno erariale, l'opposizione alla ingiunzione, di cui al R.D. n. 639 del 14.4.1910, rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti.

In tal senso si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 29 del 5 gennaio 2016, secondo cui, per un verso, in materia di opposizione all'ingiunzione per la riscossione di entrate patrimoniali dello Stato, la disposizione di cui all'art. 3 del R.D. n. 639 del 1910 non deroga alle norme regolatrici della giurisdizione nel vigente ordinamento giuridico e, pertanto, non può essere invocata per ricondurre nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice ordinario controversie che, con riguardo alla natura dei rapporti dedotti e alla disciplina ad essi relativa, debbano ritenersi attribuite alla giurisdizione di altro giudice, amministrativo, contabile o speciale; e, per altro verso, l'art. 32 del D.Lgs. n. 150 del 2011 è una norma sostanzialmente procedurale, che si limita a ricondurre le controversie considerate al rito ordinario di cognizione, lasciando impregiudicata - quanto, in particolare, alle controversie introdotte con l'opposizione avverso il polivalente strumento dell'ingiunzione fiscale - l'attribuzione della giurisdizione a giudici diversi da quello ordinario.

In particolare, la Corte di Cassazione - nel trattare una controversia concernente l'opposizione a una ingiunzione fiscale emessa, ai sensi dell'articolo 2 del citato R.D. n. 639 del 1910, in materia di imposta comunale sugli immobili (I.C.I.), riguardo alla quale l'adito tribunale ordinario aveva, in primo grado, affermato la propria giurisdizione sulla base dell'articolo 32,

comma 1, del D.Lgs. n. 150 del 2011, ha osservato che *“tale Giudice ha dato in realtà per presupposta l’affermata giurisdizione del giudice ordinario, omettendo sostanzialmente [...] di interpretare la disposizione applicata, dettata da un decreto legislativo delegato, alla luce della legge di delegazione [...] e, in particolare, dell’art. 54, comma 1, della [...] legge n. 69 del 2009 che, definendo l’oggetto della delega, così dispone: «1. Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nell’ambito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale»”*.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, ritenuto che il giudice di primo grado avesse *“desunto la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nella controversia in questione dai soli fatti che il legislatore delegato, con il citato art. 32 del d.lgs. n. 150 del 2011, ha legiferato in materia di opposizione alla procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici di cui all’art. 3 del R.d. n. 639 del 1910, riconducendo le relative controversie al rito ordinario di cognizione, e che la controversia medesima è stata promossa ai sensi dell’art. 3 del R.D. n. 639 del 1910”*, senza considerare che l’oggetto della delega *“lascia, invece, impregiudicata - quanto, in particolare, alle controversie introdotte con l’opposizione avverso il polivalente strumento dell’ingiunzione fiscale - l’attribuzione della giurisdizione a giudici diversi da quello ordinario: infatti, come risulta dalla relazione illustrativa del d.lgs. n. 150 del 2011, tale decreto delegato «realizza [...] la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di*

*cognizione che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale, riconducendoli ai tre modelli previsti dal codice di procedura civile, individuati, rispettivamente, nel rito ordinario di cognizione, nel rito che disciplina le controversie in materia di rapporti di lavoro, e nel rito sommario di cognizione (introdotto dalla medesima legge n. 69 del 2009)»*.

*In altri termini, secondo la Cassazione, “le disposizioni del d.lgs. n. 150 del 2011 sono dettate sul presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie ivi previste e (ri)disciplinate - come dimostra chiaramente anche il rilievo che tali disposizioni contengono spesso norme sulla competenza - e non introducono deroghe alle norme attributive della giurisdizione, sicché detta sussistenza deve essere attentamente verificata caso per caso, in ragione appunto della natura del rapporto dedotto in giudizio, della relativa disciplina sostanziale e della tutela concretamente richiesta”*.

*La Corte regolatrice - dopo aver ricordato che le “Sezioni Unite hanno più volte affermato che, in materia di opposizione all’ingiunzione per la riscossione di entrate patrimoniali dello Stato, la disposizione di cui all’art. 3 del R.D. n. 639 del 1910 non deroga alle norme regolatrici della giurisdizione nel vigente ordinamento giuridico e, pertanto, non può essere invocata per ricondurre nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice ordinario controversie che, con riguardo alla natura dei rapporti dedotti ed alla disciplina ad essi relativa, debbano ritenersi attribuite alla giurisdizione di altro giudice, amministrativo, contabile o speciale (sentenza n. 1238 del 2002, ed ivi il richiamo dei precedenti; cfr. altresì, ex plurimis, le sentenze nn.*

22904 del 2005, 15611 del 2006, 5430 e 29529 del 2008)” – ha, poi, precisato che le “*medesime considerazioni valgono - ovviamente - ad escludere che la mera sostituzione dell’art. 3 del R.d. n. 639 del 1910 ad opera dell’art. 34, comma 40, del d. Igs. n. 150 del 2011 - il quale dispone che «Avverso l’ingiunzione prevista dal comma 2 si può proporre opposizione davanti all’autorità giudiziaria ordinaria. L’opposizione è disciplinata dall’articolo 32 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150» - sia idonea, di per se sola, ad attribuire alla giurisdizione del Giudice ordinario tutte le controversie introdotte con l’opposizione ad ingiunzione fiscale”.*

Del resto, diversamente ritenendo, si riconoscerebbe alla pubblica amministrazione - attraverso l’uso dell’ingiunzione, nella ragionevole prospettiva della futura lite giudiziaria per l’opposizione a questa - il potere di far convergere, sempre e comunque, verso il giudice ordinario anche le controversie che, ove ordinariamente introdotte, sarebbero devolute alla giurisdizione di altri giudici (Corte dei Conti, Sez. Giur. Sicilia, sent. n. 748 del 27.10.2016).

Va, pertanto, affermata la giurisdizione della Corte dei Conti nel giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione, laddove la fattispecie attenga a somme pretese in ragione della asserita responsabilità erariale - risarcitoria e/o sanzionatoria - dell’ingiunto.

### **3. Il merito**

In linea generale, l’opposizione all’ordinanza ingiunzione prevista dal R.D. n. 639 del 2010 rappresenta una forma di esercizio a cognizione piena di fronte ad un provvedimento della P.A. di carattere autoritativo e, quindi, alla manifestazione di una pretesa, cui viene riconosciuta autotutela fintanto che

non sia opposto e che l'ordinamento prevede possa essere posta in discussione con la forma giurisdizionale speciale di un'opposizione, equivalente ad un atto di esercizio di un'azione di accertamento negativo della fondatezza della pretesa avversaria (Cass. Sez. III, sent. n. 3341 dell'11.2.2009).

Con riguardo alle materie di competenza della Corte dei Conti, l'ordinanza ingiunzione può essere contestata con il rimedio del giudizio ad istanza di parte, di cui all'art. 58 del R.D. n. 1038 del 1933, oggi sostituito dall'analogha previsione di cui all'art. 172 del D.Lgs. n. 174 del 26.8.2016.

Anche al giudizio instaurato ad istanza di parte può attribuirsi valenza di azione di accertamento negativo della sussistenza dei presupposti di applicabilità dello strumento dell'ingiunzione, nonché della fondatezza della pretesa avversaria.

In tale giudizio, analogamente a quanto avviene nella opposizione alla ordinanza ingiunzione di competenza del giudice ordinario, l'opponente assume la qualità di attore che - essendone onerato - esercita la propria tutela giurisdizionale di accertamento negativo in una forma speciale, discendente dal riconoscimento all'ingiunzione - quale atto di manifestazione della pretesa avversaria - di carattere autoritativo, finché non sia opposta.

L'ingiunzione di cui al R.D. n. 639 del 2010 presuppone un credito che sorga da fatti oggettivi e sia liquidato su parametri normativi o amministrativi predeterminati, non suscettibili di applicazione discrezionale e senza spazio alcuno per una loro modificazione a prestazione avvenuta; criteri che consentano, quando la somma pretesa sia esigibile, la immediata riscossione di essa con il detto atto ingiunzionale, costituente contestualmente precetto e titolo esecutivo (Cass. Sez. I, sent. n. 19669 del 13.9.2006).

In termini diversi, presupposto dell'utilizzabilità dello strumento dell'ordinanza ingiunzione è che il credito vantato dall'Amministrazione sia certo, liquido ed esigibile, senza che residui alcun potere di determinazione unilaterale dell'Amministrazione, dovendo la sussistenza del credito, la sua determinazione quantitativa e le sue condizioni di esigibilità derivare da fonti, da fatti e da parametri obiettivi e predeterminati, riconoscendosi all'Amministrazione un mero potere di accertamento dei detti elementi ai fini della formazione del titolo esecutivo (Cass. Sez. I, sent. n. 16855 del 25.8.2004).

Ebbene, nel caso di specie, il Comune di Cortina d'Ampezzo ha utilizzato lo strumento dell'ordinanza ingiunzione per far valere un credito non avente alcun carattere di certezza e non immediatamente esigibile.

Sicuramente, infatti, lo svolgimento di attività lavorativa per una amministrazione diversa da quella di appartenenza, senza la previa acquisizione della necessaria autorizzazione determina l'insorgenza di un danno erariale, quantificato *ex lege* nell'ammontare dei compensi percepiti dal dipendente.

E, tuttavia, sia che la responsabilità erariale per il danno in questione si voglia qualificare come sanzionatoria, sia che la si voglia rientrare nell'ordinaria responsabilità risarcitoria, indefettibile presupposto della attribuibilità al dipendente della predetta responsabilità è la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa grave o del dolo, accertata con l'ordinario giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei Conti, con il conseguente obbligo, per il pubblico ministero di emettere preventivamente l'invito a dedurre (Corte dei Conti, SSRR., sent. n. 12/QM/2007; Sez. Appello Sicilia, sent. n. 68 del

14.6.2016)

Infatti, l'accertamento di detto elemento è, nell'attuale sistema ordinamentale, rimesso alla esclusiva giurisdizione della Corte dei Conti, attraverso un procedimento normativamente definito e inderogabile, che vede una fase pre-processuale ad iniziativa del Pubblico Ministero contabile, il quale, valutata la sussistenza dei presupposti della responsabilità erariale, può procedere alla archiviazione della vertenza o alla emanazione dell'invito a dedurre nei confronti del dipendente e, valutate le eventuali deduzioni dell'invitato, procede, nel caso non le ritenga dirimenti, con la citazione in giudizio innanzi a questa Corte, che avvia la fase processuale.

Finché non si sia sviluppato l'intero procedimento, nelle sue fasi pre-processuale e processuale, non può dirsi accertata la sussistenza dell'elemento soggettivo, costitutivo della responsabilità erariale e, di conseguenza, il credito vantato dall'amministrazione non potrà dirsi certo ed esigibile.

Né il procedimento innanzi sommariamente descritto è derogabile, poiché posto a tutela della effettività delle specifiche funzioni del Pubblico Ministero, nonché a presidio del diritto di difesa del dipendente pubblico.

Ciò considerato, va rilevato come, nella fattispecie di cui è causa, il Comune di Cortina abbia utilizzato impropriamente lo strumento dell'ordinanza ingiunzione di cui al R.D. n. 639 del 2010, non sussistendo i presupposti di certezza ed esigibilità del credito; presupposti non ricorrenti, poiché strettamente connessi ad una valutazione della sussistenza della responsabilità erariale, che, almeno con riferimento al profilo soggettivo, presenta connotazioni di estrema complessità, che, comunque, non può essere rimessa, neppure provvisoriamente, alla Amministrazione.



Tanto risulta evidente nel caso di specie, in cui viene in discussione, tra l'altro, la sussistenza dell'obbligo di richiedere la previa autorizzazione, trattandosi asseritamente di attività di sfruttamento di opere di ingegno e, quindi, tutt'altro che scontata è la valutazione della sussistenza della colpa grave, che presuppone l'apprezzamento di tutti i complessi aspetti della vicenda e, in particolare, la ponderata qualificazione del tipo di attività extra-istituzionale svolta dal dipendente.

Resta assorbita ogni ulteriore questione.

Il ricorso ex art. 58 del R.D. n. 1038 del 13 agosto 1933, come sostituito dall'art. 172 del D.Lgs. n. 174 del 26.8.2016, pertanto, va accolto e, per l'effetto, va annullata l'ordinanza ingiunzione prot. n. 5781 del 31.3.2016, notificata dal Comune di Cortina d'Ampezzo ad Augusto Pais Becher.

#### **4. Le spese**

Il compenso degli Avvocati, rapportato all'importanza dell'opera prestata, e il rimborso delle spese forfetarie, nella misura del 15% sul totale della prestazione, deve avvenire secondo i parametri di cui al D.M. n. 55, del 10 marzo 2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 77, del 2 aprile 2014, recante la Tabella n. 11, relativa alle spese inerenti ai giudizi dinanzi alla Corte dei Conti, vigente dal 3 aprile seguente e applicabile alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore.

Quanto alla determinazione del valore della controversia, l'art. 5, comma 3, dispone che *“Nelle cause davanti agli organi di giustizia ... nella liquidazione a carico del soccombente si ha riguardo all'entità economica dell'interesse sostanziale che riceve tutela attraverso la decisione...”*.

Nel caso di specie, il valore della causa è pari ad € 12.105,00.

Pertanto, il Collegio, considerati gli scaglioni di riferimento, liquida le spese in € 1.500,00, oltre spese forfettarie, IVA e CPA, come per legge, da porsi a carico del Comune di Cortina d'Ampezzo, parte soccombente.

**P.Q.M.**

definitivamente pronunciando nel giudizio a istanza di parte iscritto al n. 30138 del registro di segreteria, accoglie la domanda attrice e, per l'effetto, annulla l'ordinanza ingiunzione prot. n. 5781 del 31.3.2016, notificata dal Comune di Cortina d'Ampezzo al ricorrente, Augusto Pais Becher.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in € 1.500,00, oltre spese forfettarie, IVA e CPA.

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio dell'8.2.2017.

L'Estensore

Il Presidente

F.to Dott.ssa Giuseppina Mignemi

F.to Dott. Guido Carlino

Depositata in Segreteria il 01/03/2017

Il Funzionario Preposto

F.to Nadia Tonolo