

Sezione: SECONDA SEZIONE CENTRALE DI APPELLO

Esito: SENTENZA

Numero: 81

Anno: 2019

Materia: CONTABILITÀ

Data pubblicazione: 13/03/2019

Codice ecli: ECLI:IT:CONT:2019:81APP2

SENT.81/2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE SECONDA GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO

composta dai magistrati

Luciano CALAMARO Presidente

Antonio BUCCARELLI Consigliere relatore

Domenico GUZZI Consigliere

Giuseppe Maria MEZZAPESA Consigliere

Maria Cristina RAZZANO I Referendario

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nel giudizio di appello iscritto al n. 49699 del registro di segreteria, proposto da:

- Danilo FRICANO (FRNDNL62B26G273Y),

rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto Graziosi, ed elettivamente domiciliato in Roma, presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi, alla via Cosseria n. 2, con atto notificato il 10.7.2015 e depositato il 23.7.2015,

contro

- Procuratore Regionale presso la Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per l'Emilia-Romagna, rappresentato dal Procuratore Generale della Corte dei conti, domiciliato per la carica in Roma, alla Via Baiamonti n. 25, avverso

e per la riforma della sentenza della Sezione giurisdizionale per l'Emilia-
SENT.81/2019 2

Romagna n. 63/2015 del 28.5.2015 di cui al giudizio iscritto al n. 43882 del registro di segreteria notificata il 3.7.2015.

Visti gli atti del giudizio;

Uditi all'udienza del 20.3.2018 il relatore, l'avv. Benedetto Graziosi ed il v.p.g. Giancarlo Carmelo Pezzuto.

FATTO

Con la sentenza impugnata la Sezione giurisdizionale in epigrafe ha condannato il dott. Danilo Fricano, segretario comunale del Comune di Molinella (BO), al riversamento del compenso percepito dalla società "Molinella Futura" s.r.l., pari al complessivo importo di euro 70.353,99, nel conto dell'entrata del bilancio del Comune, oltre interessi legali dalla data di deposito della sentenza fino al saldo e spese di giustizia.

Il danno, azionato con citazione del 2 aprile 2014 per l'importo per cui

v'è condanna, originava dall'aver il segretario comunale contemporaneamente percepito la propria retribuzione alle dipendenze del Comune di Molinella e quella di amministratore unico della "Molinella Futura" s.r.l., società multiservizi in house interamente partecipata dal Comune nel periodo intercorrente tra la costituzione della società (2008) ed il 3.5.2013. Nel medesimo arco temporale, infatti, il Fricano aveva esercitato presso lo stesso Comune le funzioni di segretario generale, percependo la retribuzione a norma del vigente CCNL, dalla nomina avvenuta con provvedimento sindacale n. 20879 del 14.10.2004. Il trattamento economico dovuto in tale veste era da considerarsi, secondo la Procura regionale, ed in base al principio di omnicomprensività (recepito nell'art. 41, comma 6, del SENT.81/2019 3

CCNL dei segretari comunali e provinciali del 16.5.2001 e confermato dal successivo CCNL del 7.3.2008, dal CCNL 14.12.2010 e dal CCNL 1.3.2011), soddisfacente di tutte le attività istituzionali demandate al segretario generale. In base alle norme richiamate era contemplata la sola facoltà per gli enti locali di corrispondere, nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, una maggiorazione del suddetto compenso secondo condizioni, criteri e parametri definiti con l'accordo di contrattazione decentrata del 22.12.2003.

In ogni caso, sosteneva l'attore pubblico, l'erogazione del compenso contravveniva al principio di cui all'art. 53 del d. lgs. n.165/2001, per cui ne andava sancita la restituzione all'amministrazione di appartenenza del dipendente che aveva assunto l'incarico senza autorizzazione preventiva. Premesso, quindi, che la società comunale non avrebbe dovuto pagare alcunché al Fricano per il suo ruolo di amministratore unico in quanto svolto quale attività istituzionale per conto del Comune, la diversa ipotesi di assunzione di un incarico esterno, da svolgersi non in costanza del servizio d'ufficio, avrebbe dovuto essere autorizzata.

Affermava ancora la Procura regionale che l'elemento psicologico della colpa grave in testa al convenuto sarebbe stato provato dall'aver "omesso di astenersi in occasione dell'adozione dei provvedimenti comunali che lo interessavano direttamente, ed in particolare in occasione dell'adozione della deliberazione consiliare n. 85/2007 (che lo nominò amministratore della s.r.l. con il suo stesso parere di legittimità) nella quale evidentemente versava in situazione di conflitto di interessi".

SENT.81/2019 4

La sentenza impugnata ha ritenuto non potersi applicare nel caso dedotto l'evocato principio di omnicomprensività in quanto riguardante peculiarmente le prestazioni lavorative strettamente connesse con i compiti istituzionali dell'ufficio di segretario comunale quali definiti dall'art. 97, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000, conseguendone che nella fattispecie il dott. Fricano avrebbe potuto percepire, previa autorizzazione del datore di lavoro, compensi diversi erogati da soggetti terzi pubblici o privati. L'incarico di amministratore unico della "Molinella Futura" s.r.l. è stato, quindi, ascritto dal giudice di primo grado alla autonoma volontà della società conferente e la sua natura, "implicando lo svolgimento di attività non

propriamente istituzionale, ovvero non rientrante in via ordinaria nelle mansioni dell'ufficio ricoperto, ricondotta alla categoria degli incarichi esterni, conferiti intuitu personae e non già razione officii".

La fattispecie dedotta è stata, pertanto, riqualificata -considerando la prospettazione subordinata della Procura regionale- nell'ambito delle previsioni dell'art. 53 del d.lgs. 165/2001 che regola i casi di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi nel settore pubblico e, nello specifico, dei commi 7 e 7 bis, come rispettivamente modificato, il primo, ed introdotto ex novo, il secondo, dall'art. 1, comma 42, lett. c) della legge 6.11.2012 n. 190. Non risultando una autorizzazione formale ed espressa, né potendosi ritenere che la stessa potesse essere supplita dalla dichiarazione resa il 9.10.2014 dal sig. Omissis (all'epoca dei fatti sindaco ed anche presidente della società in house) o da prova testimoniale (pure richiesta, ma non ammessa), il giudice di primo grado ha ritenuto che non era stato oggetto di verifica preventiva da parte dell'Amministrazione se il segretario comunale, SENT.81/2019 5

nell'assumere l'incarico, sarebbe stato distolto dalla propria ordinaria attività in modo da comprometterne il livello quantitativo e qualitativo, se l'attività esterna avrebbe comportato violazione dei principi di trasparenza e imparzialità della funzione istituzionale, e se vi fossero possibili conflitti di interesse tra l'attività istituzionale propria del segretario comunale e quella di amministratore della società partecipata.

Avverso la suddetta pronuncia ha proposto appello il sig. Fricano che deduce: [A] violazione e falsa applicazione dell'art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165/2001 e dei principi ermeneutici sugli atti amministrativi e, in particolare, dei principi che riguardano la libertà delle forme, da cui discende per effetto dell'art. 21 septies della legge 241/1990 che la mancanza di forma scritta non è causa di nullità, in particolare contestando la circostanza che nel caso non vi sia stata autorizzazione che era avvenuta per effetto della partecipazione del sindaco -quale presidente della società in house e rappresentante del socio unico- alla assemblea. In via ultimativa richiama la dottrina e la giurisprudenza del Consiglio di Stato che si fonda sulla teoria dell'atto amministrativo implicito o intervenuto per fatti concludenti cui manca qualsiasi forma scritta o orale. Per scrupolo difensivo, quindi, l'appellante rinnova la richiesta istruttoria di prova testimoniale da parte dell'ex sindaco Omissis, le cui dichiarazioni sono state comunque trascritte e depositate, non senza in via ultimativa rappresentare che l'autorizzazione implicita si perfeziona anche in assenza di motivazione, in quanto quest'ultima non è elemento costitutivo del provvedimento amministrativo conducente alla sua nullità, ma soltanto ed eventualmente all'annullamento dell'atto.

SENT.81/2019 6

[B] Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1, della legge n. 20/1994 ed erronea valutazione dell'elemento soggettivo della colpa rispetto al quale avrebbe dovuto essere adeguatamente preso in considerazione sia il consenso del sindaco all'assunzione dell'incarico, sia la buona fede dell'assuntore dello stesso.

[C] Violazione e falsa applicazione dell'art. 52 r.d. n. 1214/1934 e

dell'art. 53, comma 7 bis d.lgs. n. 165/2001, per insussistenza di una concreta -e non formale- fattispecie di danno all'ente locale che -sostiene il Fricano- non si è affatto verificata, visto che l'omesso versamento di quanto percepito dalla società non costituisce danno in sé per il Comune, che il compenso è stato percepito al di fuori dei compiti istituzionali demandati al segretario comunale e che, comunque, la stessa società avrebbe dovuto remunerare altro soggetto in pari misura per lo svolgimento dei compiti di amministratore.

[D] Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1 bis, della legge n. 20/1994 ed erronea valutazione dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione.

In conclusione, quindi, è chiesto l'annullamento della sentenza impugnata e, in via subordinata, l'esercizio del potere riduttivo.

Con proprie conclusioni depositate il 21.2.2018 la Procura generale ha chiesto il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

Con successiva memoria l'appellante ha ribadito le proprie argomentazioni a fondamento del ricorso.

SENT.81/2019 7

All'udienza pubblica, le parti hanno esposto il contenuto dei rispettivi scritti.

DIRITTO

Va premesso che oggetto del presente giudizio di appello è la contestazione da parte del ricorrente dell'affermazione di responsabilità erariale fondata sulla violazione dell'art. 53, commi 7 e 7 bis, del d.lgs. 165/2001 (come novellati dalla legge 190/2012), non essendo stato oggetto di autonomo appello da parte della Procura regionale il mancato preteso -e differente- inquadramento della fattispecie quale violazione del principio di omnicomprensività del trattamento retributivo per lo svolgimento dei compiti istituzionali riconducibili alla figura del segretario generale di un ente locale. In ragione di ciò è precluso a questo Collegio di valutare se l'incarico di amministratore unico di una società comunale in house -cioè di quello che viene comunemente considerato un ramo dell'amministrazione- possa essere considerato parte integrante della attività istituzionale in senso stretto ed ai sensi dell'art. 97, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000. Poiché è motivo di appello (punto C), va precisato che in tale ipotesi, tuttavia, il danno per il pagamento dell'emolumento certamente riverbererebbe sulle finanze comunali, ma in misura non integrale, proprio in quanto il comma 1 dell'art. 46 del CCNL dei segretari comunali e provinciali del 16.5.2001 (richiamato dalla stessa Procura regionale) contempla la facoltà per l'Amministrazione comunale di corrispondere, nell'ambito delle risorse disponibili e nel rispetto della capacità di spesa, una maggiorazione del compenso del segretario incaricato di specifiche funzioni esulanti l'ordinaria attività.

SENT.81/2019 8

Sotto il profilo della critica alla sentenza da parte dell'appellante,

seppure non appare contraddittoria l'argomentazione secondo la quale l'autorizzazione allo svolgimento dell'incarico sarebbe stata implicitamente data con la delibera n. 85/2007 (che, per inciso, non risulta depositata agli atti di causa) di costituzione della società, laddove, per evidenti diverse esigenze difensive, in prime cure il medesimo appellante aveva sostenuto che trattandosi di attività rientrante nei compiti istituzionali, non servisse alcuna autorizzazione, la stessa argomentazione non è condivisibile nella parte in cui si pretende di escludere la necessità che l'incarico esterno sia oggetto di una autorizzazione espressa da parte del datore di lavoro pubblico.

Se, peraltro, in diritto, come ritiene la giurisprudenza di questa Corte (per tutte ed in via ricognitiva si citano le pronunce di questa Sezione nn. 587 e 617/2018), l'autorizzazione svolge una funzione essenziale di verifica della compatibilità dell'incarico conferito da terzi soggetti (tanto pubblici che privati) con l'attività lavorativa ordinaria del dipendente pubblico, in fatto va rilevato che nella richiamata delibera consiliare non si stabilisce la nomina del segretario ad amministratore della stessa; detta nomina, infatti, è avvenuta successivamente.

Ed ancora, se con la citata delibera -a dispetto di quanto affermato dalla Procura regionale, non dal Fricano come si afferma erroneamente nella sentenza impugnata- non c'è stata nomina dell'amministratore unico nella persona del segretario generale, nessun conflitto di interesse può intestarsi in capo a quest'ultimo nell'espressione del parere di competenza. D'altro canto, se, in assenza di possibilità di verifica per la mancanza del documento agli atti SENT.81/2019 9

di causa, fosse vera l'affermazione della Procura regionale secondo la quale la deliberazione consiliare n. 85/2007 "nominò [ndr, il Fricano] amministratore della s.r.l. con il suo stesso parere di legittimità", essa sarebbe in insanabile contraddizione con la tesi di una mancata esplicita autorizzazione (scritta).

Orbene, ritiene il Collegio che l'esplicitazione della valutazione del datore di lavoro pubblico non richieda forma scritta a pena di nullità. In maniera aderente al carattere sostanziale della responsabilità amministrativa, ciò che è richiesto è che la valutazione sottintesa nell'autorizzazione venga realmente effettuata. Nel caso specifico, a fronte della mancata ammissione della testimonianza del sindaco in merito all'autorizzazione orale conferita anno per anno al Fricano, questi ha allegato agli atti di causa la dichiarazione resa in tal senso fuori dal processo ai sensi dell'art. 257 ter c.p.c. (norma di breve vita inserita dall'art. 15, comma 1, d.l. 132/2014, ma non confermata dalla legge di conversione n. 162/2014) e detta dichiarazione non è stata stralciata, né è stata confutata dalla Procura regionale, nemmeno per quei profili di rilevanza di una eventuale responsabilità del sindaco. Peraltro, nel confermarsi l'inammissibilità di una autorizzazione implicita o in via di fatto (sul punto copiosa giurisprudenza di questa Sezione nelle sentenze nn. 190, 207, 239-243, 285-286, 293-299, 317, 318, 337-340, 347, 351, 377, 378, 505, 655, 678, 959 e 1044 del 2017), una smentita della dichiarazione del sindaco in ordine all'avvenuto conferimento di una autorizzazione orale, contrasterebbe proprio con la circostanza dell'esercizio della funzione di amministratore unico della società da parte del Fricano per oltre sei anni ed oggetto di assenso sia da parte del vertice comunale che di quello societario

