

Consiglio di Stato, sez. IV, 28/12/2016, n. 5506

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2321 del 2016, proposto dal signor Gi. Ca., rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Daniele e Alessandro Lucchetti, con domicilio eletto presso l'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Residence Anni Azzurri s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Tani, Francesco Rocco Di Torrepadula e Giovanni Crisostomo Sciacca, con domicilio eletto presso quest'ultimo difensore in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

nei confronti di

Ministero della difesa, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia - sede staccata di Lecce - sezione II, n. 2646 del 25 agosto 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Residence Anni Azzurri s.r.l., del Ministero della Difesa e della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2016 il consigliere Giuseppe Castiglia;

Uditi per le parti gli avvocati Alessandro Lucchetti, Giovanni Crisostomo Sciacca e l'avvocato dello Stato Pio Marrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO e DIRITTO

1. Il signor Gi. Ca. è sottufficiale della Marina Militare in servizio presso la sede di Taranto con mansioni di assistente sanitario-infermiere.

2. A seguito di accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza è emerso che il militare ha svolto prestazioni professionali presso una casa di cura privata (Residenze Anni Azzurri s.r.l.) senza autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza, percependo la somma complessiva di €120.566,23.

3. Sulla base di tale accertamento l'Amministrazione ha avviato, ai sensi dell'art. 53, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, le procedure di recupero delle somme percepite.

4. Il signor Ca. ha impugnato tali atti di recupero proponendo un ricorso che il T.A.R. per la Puglia - sede di Lecce, sez. II, ha accolto limitatamente al sesto motivo, concernente la mancata preventiva escussione dell'ente erogante (sentenza 2 luglio 2012, n. 1157).

5. Sulla base di tale sentenza la Direzione della Marina militare di Taranto - con raccomandata del 10 ottobre 2012 - ha intimato alla società Residenze Anni Azzurri il pagamento dell'importo sopra ricordato.

6. La società ha proposto opposizione di terzo contro la sentenza, ritenendola nulla per essere stata pronunciata in assenza della società stessa, contro interessata necessaria.

7. Nel corso del giudizio, il T.A.R. di Lecce (con ordinanza 27 giugno 2013, n. 1532) ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione al citato comma 7 dell'art. 53, in quanto la disposizione:

a) per un verso, chiamerebbe un terzo a rispondere della violazione di un obbligo inerente al rapporto di pubblico impiego;

b) per altro verso, non si limiterebbe a sanzionare disciplinarmente la condotta del dipendente pubblico che accetti incarichi extraistituzionale senza l'autorizzazione dell'Amministrazione di appartenenza, priverebbe il dipendente di tutti i corrispettivi percepiti senza limiti temporali di recupero, prescinderebbe da qualsiasi accertamento in ordine al pregiudizio subito dall'Amministrazione.

8. Su queste premesse, il T.A.R. ha ravvisato un dubbio di compatibilità della disposizione con gli artt. 36, primo comma, 41, primo comma, e 97, primo comma, Cost.

9. Con ordinanza 17 marzo 2015, n. 41, la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata, ritenendola proposta sulla base di una irrisolta opzione interpretative fra diverse letture giurisprudenziali della disposizione censurata.

10. Ripreso il giudizio, con sentenza 25 agosto 2015, n. 2646, il T.A.R. di Lecce:

a) ha ritenuto ammissibile l'opposizione di terzo;

b) nel merito, ha espresso adesione alla tesi secondo cui l'avvenuto pagamento delle prestazioni lavorative svolte dal pubblico dipendente - come nel caso di specie - consentirebbe all'Amministrazione di agire direttamente nei suoi confronti per la ripetizione delle somme indebitamente percepite;

c) ha annullato la sentenza n. 1157/2012, nei limiti in cui ha deciso in ordine al sesto motivo del ricorso;

d) ha compensato le spese di giudizio.

11. Il signor Ca. ha interposto appello contro la menzionata sentenza n. 2646/2015, chiedendone anche la sospensione dell'efficacia esecutiva.

12. L'appello è affidato ai motivi che seguono:

a) violazione di legge in relazione all'art. 108 c.p.a., in quanto la società Residenze Anni Azzurri sarebbe priva della legittimazione a proporre opposizione di terzo. La sentenza opposta non produrrebbe alcun danno per la società, posto che l'Amministrazione dovrebbe promuovere un autonomo procedimento di recupero, che potrebbe essere impugnato nelle sedi proprie;

b) difetto di giurisdizione del G.A. Ai sensi del comma 7 *bis* del citato articolo 53 [introdotto dall'art. 1, comma 42, lettera d), della legge 6 novembre 2012, n. 190, che sarebbe in realtà ricognitivo di un consolidato orientamento giurisprudenziale], la giurisdizione apparterrebbe alla Corte dei conti;

c) in via subordinata, violazione e falsa applicazione dell'art. 53, comma 7 *bis*, in quanto l'Amministrazione si sarebbe indebitamente sostituita all'Autorità giurisdizionale, deputata a tale accertamento, nel determinare la responsabilità del dipendente e il relativo debito di restituzione;

d) in via ulteriormente subordinata, questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 per affermato contrasto con gli artt. 36, 24, 97, 23, 53, 24 e 103, secondo comma, Cost. In particolare, sussisterebbe il contrasto con gli artt. 36 e 97 Cost., in quanto l'obbligo di restituzione delle somme percepite prescinderebbe da un accertamento dell'ingerenza con il servizio prestato alle dipendenze pubbliche, ferma restando la doverosa responsabilità disciplinare, con ingiustificato arricchimento della P.A. e violazione della regola generale dell'art. 2126 c.c.

13. La società Residenze Anni Azzurri resiste con controricorso e appello incidentale, con il quale chiede la riforma del capo della sentenza relativo alla compensazione delle spese e la condanna dell'appellante al pagamento di una somma equitativamente determinata ai sensi dell'art. 26, comma 1, c.p.a.

14. Il Ministero della difesa e la Presidenza del Consiglio dei Ministri si sono costituiti del pari in giudizio, anch'essi per resistere all'appello, senza svolgere nuove difese ma richiamando quelle di primo grado e depositando documentazione.

15. Alla camera di consiglio del 26 maggio 2016, sull'accordo delle parti, la causa è stata rinviata al merito.

16. Le parti hanno successivamente depositato brevi memorie riassuntive.

17. All'udienza pubblica del 20 dicembre 2016, l'appello è stato chiamato e trattenuto in decisione.

18. In via preliminare, il Collegio osserva che la ricostruzione in fatto, sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, non è stata contestata dalle parti costituite ed è comunque acclarata dalla documentazione versata in atti. Di conseguenza, vigendo la preclusione posta dall'art. 64, comma 2, c.p.a., devono darsi per assodati i fatti oggetto di giudizio.

19. L'appello principale è infondato.

19.1. In relazione al primo motivo il Collegio evidenzia che la sentenza n. 1157/2012 ha interpretato l'art. 53, comma 7, del decreto legislativo n. 165 del 2001 nel senso che esso statuisca espressamente un *beneficium excussionis* a favore del pubblico impiegato, con la conseguenza che l'Amministrazione dovrebbe rivalersi in primo luogo sul soggetto erogante il compenso.

Difatti, a seguito della sentenza, l'Amministrazione della difesa ha intimato alla Residenze Anni Azzurri la restituzione degli importi indebitamente percepiti dal signor Ca..

Tanto rilevato, è del tutto evidente che la sentenza opposta pregiudica una situazione soggettiva attiva della società. Questa, pur espressamente menzionata nei principali provvedimenti impugnati dall'odierno appellante, non ha potuto partecipare al giudizio nel quale - proprio in relazione all'unico motivo accolto dal T.A.R. - era portatrice di un interesse confliggente con quello del signor Ca. e ha un chiaro interesse a non vedersi opposto il giudicato formatosi sull'onere di preventiva escussione per non subire le procedure di recupero coattivo dei corrispettivi già pagati al Ca. medesimo.

19.2. Del pari infondati sono il secondo e il terzo motivo posti a sostegno dell'appello principale.

Infatti, secondo una recentissima decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione (ordinanza 28 settembre 2016, n. 19072), dalla quale non vi è ragione per discostarsi:

a) va esclusa *ratione temporis* l'applicabilità del comma 7 *bis*. La disposizione ha carattere innovativo e non puramente ricognitivo o confermativo, nel senso che non è affatto vero che, prima della sua introduzione, fosse indiscutibile la giurisdizione contabile quando non emergesse o non fosse stato formalmente dedotto un profilo di danno che non fosse quello all'immagine o comunque che si concretizzasse in pregiudizi ulteriori rispetto al mancato introito dei compensi corrisposti da terzi ai propri dipendenti;

b) in ogni caso, la responsabilità in questione non si sottrae alle regole ordinarie del riparto delle giurisdizioni: quando siano impugnati provvedimenti amministrativi, come nel caso di specie, la cognizione relativa ricade nella generale giurisdizione di legittimità del G.A.;

c) la giurisdizione della Corte dei conti sussiste solo quando, alla mancata restituzione dell'indebito o all'inadempimento dell'obbligo di denuncia *ex* comma 7 dell'art. 53, si accompagnino specifici profili di danno, come il danno da immagine o il danno da effettiva sottrazione di energie lavorative a discapito dell'Amministrazione;

d) tale interpretazione del comma 7 *bis* è intesa espressamente a superare quella in precedenza resa dalle stesse Sezioni unite con le ordinanze 2 novembre 2011, n. 22688, e 22 dicembre 2015, n. 25769 (citate dall'appellante), pronunciate peraltro all'interno di in quadro fattuale diverso (e cioè su azioni promosse dalla Procura Generale della Corte dei conti); né può essere avversata sulla base delle sentenze della Corte costituzionale 26 maggio 2015, n. 90, e 5 giugno 2015, n. 98, che - come hanno rilevato, con riguardo a quest'ultima, anche le Sezioni unite nella citata sentenza n. 19072/2016 - hanno scrutinato l'art. 53 ma non si sono occupate della questione specifica;

e) l'Amministrazione creditrice ha titolo per richiedere l'adempimento della obbligazione senza doversi rivolgere alla Procura della Corte dei Conti, la quale sarà informata soltanto ove si possa ipotizzare l'esistenza di danni ulteriori rispetto alla mancata restituzione dell'indebitato.

19.3. Sono infine prive di pregio le censure di illegittimità costituzionale formulate con il quarto motivo dell'appello in quanto: I) sono prive di rilevanza sul piano del giudizio rescissorio, perché il T.A.R. ha dichiarato inammissibile il sesto motivo dell'originario ricorso di primo grado n.r.g 1729 del 2011; II) sono dedotte in termini del tutto generici (alla luce degli argomenti sviluppati dal giudice delle leggi nelle decisioni nn. 41 del 2015 e 98 del 2015), e non considerano il carattere di "*particolare sanzione ex lege al fine di rafforzare la fedeltà del dipendente pubblico*" della disposizione in esame (cfr. ancora Cass. civ., ss.uu., n. 19072/2016).

20. Respinto l'appello principale, va rigettato in parte l'appello incidentale perché il T.A.R., nel disporre la compensazione delle spese di giudizio, ha fatto corretto uso del potere latamente discrezionale che viene tradizionalmente riconosciuto al G.A., con il solo limite, in pratica, dell'impossibilità della condanna alle spese di lite della parte vittoriosa o dell'abnormità della statuizione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400).

21. Dalle considerazioni che precedono discende che - come anticipato - l'appello principale e quello incidentale, *in parte qua*, sono infondati e vanno perciò respinti, con integrale conferma della sentenza gravata.

22. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, cfr. Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

23. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

24. Le spese di lite gravano sull'appellante principale e, liquidate in dispositivo secondo i parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55, sono altresì comprensive della misura indennitaria di cui all'art. 26, comma 1, c.p.a. utilmente richiesta con l'appello incidentale che, in questa parte deve essere accolto.

25. Al riguardo, il Collegio rileva che l'accertamento di infondatezza del gravame si basa, come dianzi illustrato, su ragioni manifeste, in modo da integrare i presupposti applicativi dell'art. 26, comma 1, c.p.a. secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di questo Consiglio [cfr. sez. V, 31 maggio 2011, n. 3252; sez. V, 26 marzo 2012, n. 1733; sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210; sez. V, 21 novembre 2014, n. 5757; cui si rinvia ai sensi degli artt. 74 e 88, comma 2, lett. d), c.p.a. anche in ordine alle modalità applicative e alla determinazione della misura indennitaria].

26. L'appellante principale provvederà anche a rifondere la società Residenze Anni Azzurri s.r.l. dell'importo del contributo unificato da questa anticipato per il presente grado di giudizio.

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e quello incidentale, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

In parziale accoglimento dell'appello incidentale, condanna l'appellante principale a pagare euro 3.000/00 (tremila/00) a titolo di misura indennitaria in favore della società Residenze Anni Azzurri s.r.l.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida nell'importo complessivo di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre

al 15% a titolo di rimborso delle spese generali, I.V.A. e C.P.A., in favore di ciascuna parte costituita.

Pone a carico dell'appellante principale il contributo unificato relativo al presente giudizio, disponendo che restituisca alla società Residenze Anni Azzurri s.r.l. quanto da questa anticipato a tale titolo per la proposizione del ricorso incidentale.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 28 DIC. 2016.