

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

COMPENSI ILLEGITTIMI PER I DIRIGENTI IN VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI OMNICOMPRESIVITA' E REATO DI PECULATO.

1. Il Fatto

Il presente contributo trae spunto dalla pronuncia della Cassazione Penale, 14 ottobre 2020 n. 1550 che configura il reato di peculato nell'erogazione di compensi illegittimi per la partecipazione di dirigenti comunali quali membri di commissioni di gara in violazione del principio dell'onnicomprendività della retribuzione.¹

2. Il principio di onnicomprensività della retribuzione del personale in possesso di qualifica dirigenziale

La sentenza in esame offre l'occasione per ripercorrere, seppur brevemente, le vicende normative e giurisprudenziali che hanno coinvolto e coinvolgono ancora oggi il cosiddetto principio di onnicomprensività della retribuzione.

Esso affonda le sue radici nella disposizione di cui all'art. 36 della Costituzione che sancisce il principio secondo cui la retribuzione del lavoratore deve essere proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato ed in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia "un'esistenza libera e dignitosa"².

La Costituzione dunque si preoccupa di dettare i criteri inderogabili della proporzionalità e della sufficienza lasciando poi alla legislazione ordinaria il compito di individuare quale debba essere, in concreto, la retribuzione spettante al singolo lavoratore. In ogni caso è proprio il precetto costituzionale ad imporre al datore di lavoro, pubblico o privato, di corrispondere al lavoratore il pagamento di tutte le prestazioni professionali svolte. L'emolumento mensile, pertanto, remunera il lavoratore delle attività svolte nell'orario di lavoro contrattualmente previsto e nell'ambito delle attività rientranti nei "compiti

¹ Hanno collaborato alla stesura del presente documento dott.sse Alessandra Ciccarelli e Claudia Caprodossi Università di Camerino.

² Questa previsione, a sua volta, trova il suo fondamento nel principio costituzionale contenuto nell'art. 3 Cost poiché l'esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia consentita da una giusta retribuzione permette il pieno "sviluppo della persona umana".

istituzionali” del singolo dipendente, con riferimento alla qualifica rivestita ed al ruolo ricoperto³.

Con specifico riferimento ai dipendenti pubblici in possesso di qualifica dirigenziale la normativa è particolarmente stringente.

Dopo la privatizzazione del pubblico impiego, a favore della dirigenza, è stato previsto, accanto al trattamento stipendiale, la corresponsione del solo trattamento economico accessorio rappresentato dalla retribuzione di posizione e di risultato. Pertanto, la nuova disciplina (art. 24 del D. Lgs. 30.3.2001 n. 165 così come modificato a seguito dei successivi interventi normativi) mediante lo strumento contrattuale dei singoli rapporti di lavoro, ha coerentemente consentito non solo di rapportare la retribuzione all'impegno ed alla complessità dei compiti connessi alle diverse posizioni organiche⁴ (e non a parametri rigidamente predeterminati per legge, come avveniva precedentemente pure per la categoria della dirigenza), ma anche di corrispondere un trattamento economico accessorio collegato ai risultati effettivamente conseguiti nell'espletamento dell'attività.

Secondo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 24 del D. Lgs. 30.3.2001 n. 165 *“Il trattamento economico determinato ai sensi dei commi 1 e 2 remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto dal presente decreto, nonché qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa; i compensi dovuti dai terzi sono corrisposti direttamente alla medesima amministrazione e confluiscono nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza”*. Tale disposizione stigmatizza, pertanto, il principio dell'omnicomprensività della retribuzione che remunera tutti gli incarichi conferiti dall'amministrazione di appartenenza al singolo dipendente con qualifica dirigenziale al quale spetta un complesso impegno professionale non scindibile nelle singole prestazioni⁵.

³ Ciò è dimostrato dal fatto che la disposizione di cui all'art. 53 del D. Lgs. 30.3.2001 n. 165 prevede l'autorizzazione o, comunque, la comunicazione per il dipendente pubblico che desidera svolgere un'attività giuridicamente consentita che naturalmente viene svolta fuori dagli obblighi contrattuali e retribuita al di fuori dagli emolumenti contrattualmente previsti.

⁴ La privatizzazione del pubblico impiego ha determinato anche l'introduzione del principio della esigibilità delle mansioni professionalmente equivalenti (art. 52 D. Lgs. n. 165/2001) che ha condotto al superamento del rigido mansionismo che caratterizzava il lavoro nelle Pa. Con particolare riferimento alle Università, va ricordato che l'art. 78 del CCNL Università 2006-2009 afferma che ogni categoria *“è connotata da una gamma di attività lavorative, descritte, secondo il diverso grado di autonomia e di responsabilità, attraverso apposite declaratorie, articolate nelle aree riportate nell'allegato A.”* Prosegue la disposizione statuendo al comma 3 che *“Ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, all'interno di ciascuna categoria e area tutte le mansioni sono esigibili in quanto professionalmente equivalenti”*.

⁵ Una deroga a tale principio è prevista, ad esempio, dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, modificato dalla legge di conversione 114/2014, all'art. 9 (Riforma degli onorari dell'Avvocatura generale dello Stato e delle Avvocature degli Enti locali) che ha disciplinato la materia riguardante gli onorari dell'avvocatura generale dello Stato e degli enti pubblici ed ha previsto, al comma 3, che *“Nelle ipotesi di sentenza favorevole con recupero delle spese legali a carico delle controparti, le somme recuperate sono ripartite tra gli avvocati dipendenti delle amministrazioni di cui al comma 1, esclusi gli avvocati e i procuratori dello Stato, nella misura e con le modalità stabilite dai rispettivi regolamenti e dalla contrattazione collettiva ai sensi del comma 5 e comunque nel rispetto dei limiti di cui al comma 7. La parte rimanente delle suddette somme è riversata nel bilancio dell'amministrazione”*. In quest'ottica la giurisprudenza costante spiega che *“appare fuorviante e non corretto considerare i compensi ai legali interni quale trattamento accessorio incentivante, rappresentando viceversa gli stessi retribuzione per l'attività professionale espletata in favore dell'Ente pubblico, precisando altresì che è del tutto irrilevante la derivazione dei compensi dalla condanna di controparte alle spese del giudizio, piuttosto che dalla loro compensazione tra le parti”* (Sezione regionale di controllo per

La giurisprudenza sull'argomento è granitica. La Corte di Cassazione ha più volte ribadito con decisione che la previsione di onnicomprensività di cui all'art. 24, comma 3, d.lgs. 165/2001 *“non consenta in alcun modo di riconoscere plurimi compensi in ragione della pluralità di incarichi o funzioni che la medesima amministrazione attribuisca al dirigente, a nulla rilevando il fatto, in qualche misura insito nella pluralità di incarichi, che le mansioni, rispetto alle singole funzioni, possano esser differenziate o presentare tratti di più o meno spiccata autonomia”*⁶. D'altra parte, in più occasioni la Suprema Corte ha reiteratamente affermato il principio secondo cui *“nel pubblico impiego privatizzato vige il principio di onnicomprensività della retribuzione dirigenziale, in ragione del quale il trattamento economico dei dirigenti remunera tutte le funzioni e i compiti loro attribuiti secondo il contratto individuale o collettivo, nonché qualsiasi incarico conferito dall'amministrazione di appartenenza o su designazione della stessa”*⁷.

A supportare tale incontestato indirizzo giurisprudenziale è il noto parere del Consiglio di Stato⁸ che nega qualunque diritto ad una maggiore corresponsione al dirigente al quale l'amministrazione ha conferito incarichi *intuitu personae*. Secondo il Consiglio di Stato, infatti *“è da escludere che possa configurarsi, in una simile fattispecie, una prestazione imposta per unilaterale volontà di una delle parti, atteso che trattasi pur sempre di incarichi che debbono essere accettati dall'interessato e quest'ultimo, pertanto, può liberamente determinarsi nel senso di rifiutare l'ulteriore aggravio del carico di lavoro”*⁹. Ne deriva che, nel rispetto del canone costituzionale di cui all'art. 36, *“la proporzionalità e sufficienza della retribuzione vanno valutate considerando la retribuzione nel suo complesso, e non in base ai singoli elementi che compongono il trattamento economico”*¹⁰.

Anche nel caso di specie ai dirigenti erano stati affidati dall'amministrazione di appartenenza incarichi relativi alla presidenza e alla partecipazione a commissioni di concorso con l'inevitabile conseguenza che anche tali compiti sono stati ritenuti dalla Suprema Corte direttamente rientranti tra le funzioni dei dirigenti con specifica imputazione alla retribuzione

la Liguria, deliberazione n. 52/2016, Sezione regionale di controllo per la Toscana, deliberazione n. 259/2014/PAR, Sezione regionale di controllo per la Puglia, deliberazione n. 127/PAR/2014, Sezione controllo Friuli Venezia Giulia, deliberazione n. 12/2015/PAR)

⁶ Testualmente Cass., 17 febbraio 2020 n. 3905.

⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. 8 febbraio 2018, n. 3094, rispetto al caso di conferimento di una reggenza; Cass. 30 marzo 2017, n. 8261; Cass. 5 ottobre 2017 n. 23274; Cass. 7 marzo 2017, n. 5698)

⁸ Ci si riferisce al parere del 4 maggio 2005.

⁹ *“Né appare pertinente l'obiezione secondo cui un simile rifiuto potrebbe riflettersi negativamente sulla valutazione finale dell'attività svolta, atteso che il conferimento di ampi poteri amministrativi e gestionali ai dirigenti comporta, inevitabilmente, la responsabilizzazione dei medesimi con riguardo a tutte le scelte ed alle opzioni effettuate nel corso dello svolgimento delle funzioni di competenza, anche con riferimento alla individuazione delle iniziative da intraprendere e alle attività da svolgere in concorrenza o in alternativa con altre, ai fini del conseguimento degli obiettivi di pubblico interesse da perseguire in base alle direttive generali impartite dagli Organi di governo”*. Testualmente, Consiglio di Stato, parere cit.

¹⁰ Il Consiglio di Stato si riferisce a Corte Cost. 20 giugno 2002, n. 263; 12 marzo 2004, n. 91; Cons. Stato, Sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7101

di posizione (a fronte della ripartizione della retribuzione in quella di posizione e in quella di risultato).

1. Il reato di peculato

L'importante novità che tale sentenza introduce è l'inquadramento dell'intera vicenda all'interno della fattispecie del reato penale di peculato, con importanti e diverse conseguenze dal punto di vista penale.

Se finora si è parlato ampiamente della responsabilità per danno erariale¹¹ quale illecito amministrativo contabile che configura la responsabilità del dipendente nel danneggiamento o nella perdita di beni o denaro prodotto alla propria o ad altra amministrazione, i giudici pongono, nel caso in esame, l'attenzione alla configurazione del fatto sotto l'aspetto penale e nello specifico nella fattispecie del peculato ai sensi dell'art. 314 del Codice penale. Tale fattispecie, integrando un reato proprio, può essere commessa solo dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio che, avendo per ragione del proprio ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, se ne appropria¹². Le motivazioni della sentenza si sviluppano intorno al concetto di "disponibilità" delle somme di denaro destinate ai compensi accessori. La disponibilità non deve essere considerata soltanto dal punto di vista materiale ma anche dal punto di vista giuridico: l'impegno delle somme nel provvedimento di liquidazione realizza di per sé il concetto di disponibilità, integrando esso l'atto dal quale consegue il mandato di pagamento per l'effettiva erogazione dei compensi¹³.

La Corte di Cassazione è recentemente tornata sul punto ribadendo che *"in tema di peculato, la nozione di possesso di danaro deve intendersi come comprensiva non solo della detenzione materiale della cosa, ma anche della sua disponibilità giuridica, nel senso che il soggetto agente deve essere in grado, mediante un atto dispositivo di sua competenza o connesso a prassi e consuetudini invalse nell'ufficio, di inserirsi nel maneggio o nella disponibilità del danaro e di*

¹¹ L'art. 21 Legge 14 gennaio 1994 n. 20 recante "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti" è stato recentemente modificato dal D.L. n. 76/2020 "Decreto semplificazione" su una delle componenti strutturali dell'illecito amministrativo-contabile. La responsabilità amministrativa prevedeva i soli comportamenti posti in essere con "dolo o colpa grave" mentre il nuovo Decreto Semplificazioni aggiunge la prescrizione in chiave penalistica che "la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso".

¹² Secondo la Corte di Cassazione, 9 novembre 2010 sentenza n. 39351, per pubblico ufficiale deve intendersi non solo colui che con la sua attività concorre a formare quella dello Stato o di altri enti pubblici, ma anche chi è chiamato a svolgere attività, avente carattere accessorio o sussidiario ai fini istituzionali degli enti pubblici, in quanto anche in questo caso si verifica, attraverso l'attività svolta, una partecipazione alla formazione della volontà della pubblica amministrazione. Ciò implica che è pubblico ufficiale non solo chi svolge un'attività che abbia efficacia diretta nei confronti dei terzi ma anche chi partecipa al procedimento amministrativo, con funzioni preparatorie, propedeutiche od accessorie aventi «effetti certificativi, valutativi o autoritativi poiché, anche in tal caso, attraverso l'attività stessa, si verifica una partecipazione alla formazione della volontà dell'amministrazione pubblica.

¹³ Secondo i giudici, *le somme impegnate in modo indistinto su talune voci di bilancio previsionale sono risultate alla resa dei conti sempre disponibili in forza degli atti adottati dai vari dirigenti.*

*conseguire quanto poi costituisca oggetto di appropriazione. Ne consegue che l'inversione del titolo del possesso da parte del pubblico ufficiale che si comporti "uti dominus" nei confronti di danaro del quale ha il possesso in ragione del suo ufficio e la sua conseguente appropriazione possono realizzarsi anche nelle forme della disposizione giuridica"*¹⁴.

Con riferimento alla vicenda in esame, il provvedimento di liquidazione implica una erogazione illegittima perché contraria al principio di omnicomprensività e il dirigente firmatario si è avvalso di un potere di disposizione per conferire denaro non consentito a vantaggio proprio e di terzi. In relazione a tale ultimo aspetto la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che la condotta materiale del delitto di peculato *"consiste nell'inversione del titolo del possesso nel pubblico ufficiale, che si comporta uti dominus nei confronti di beni nel suo possesso o disponibilità. La norma penale non richiede invero che l'agente tragga personale profitto dall'attività illecita, essendo sufficiente, come nel caso in esame, che compia sulla res un atto di disposizione come se la stessa sia di sua proprietà, anche destinandola, come nel caso in esame, ad un concorrente che se ne impossessi materialmente"*¹⁵.

Inoltre, in considerazione dello specifico elemento soggettivo ed oggettivo, i giudici hanno escluso l'applicazione del reato dell'abuso di ufficio. Mentre infatti la condotta del peculato consiste nell'appropriazione del bene incompatibile con il titolo per cui si possiede e con conseguente sottrazione al patrimonio dell'avente diritto del bene, quella dell'abuso di ufficio si realizza con l'uso indebito del bene a proprio vantaggio, senza la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale dell'avente diritto¹⁶.

¹⁴ Cass. Pen. 15 gennaio 2020 n. 18485 che ripercorre le motivazioni giuridiche contenute nella nota sentenza della Cassazione penale, 15.01.2010 n° 1938.

¹⁵ In tal senso Cass. Pen. 25 novembre 2016 n. 50074. Già prima Cass. pen., 14 febbraio 1994 n. 6317.

¹⁶ Sul punto Cass. Pen. 23 gennaio 2018, n. 19484. Secondo Cassazione Penale, Sez. 6, 13 settembre 2017, n. 41768 *"qualora, mediante la distrazione del danaro o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, viene integrato il delitto di peculato. La condotta distrattiva, invece, può rilevare come abuso d'ufficio nei casi in cui la destinazione del bene, pur viziata per opera dell'agente, mantenga la propria natura pubblica e non vada a favorire interessi estranei alla p.a."*. Conforme Cass. pen., 19 marzo 2007 n. 17619.