

“Il diritto al rimborso delle spese di difesa a favore degli amministratori e dipendenti nei giudizi penali, civili ed amministrativi”.

=ooo000ooo=

Cons. Fulvio Maria Longavita

Estratto dalla relazione introduttiva all’incontro di studio sul tema:

“Spese giudiziali e spese legali. Il rimborso delle spese legali ai convenuti assolti e i giudizi penali, civili e amministrativi, anche in relazione all’art. 3 , comma 59, della l. n°244/2007, in tema di assicurazione . Liquidazione delle spese ai convenuti assolti da parte del giudice contabile”.

Roma 8 luglio 2010.

Sommario: I) Impostazione del problema. II) Quadro normativo di riferimento. III) I Presupposti per l’insorgenza del diritto. IV) La comunicazione all’Ente della chiamata in giudizio e le preventive valutazioni dell’ente in proposito. V) Sui singoli requisiti per la nomina di un legale di comune gradimento. L’appartenenza del dipendente dell’ente, in particolare: gli Amministratori, i componenti le commissioni consiliari e gli incaricati esterni. VI) La connessione dei fatti illeciti con l’attività di servizio. VII) Il conflitto di interessi in astratto (reati contro la P.A.) ed in conflitto di interessi in concreto (condanna per dolo o colpa grave). VIII) Segue, le formule assolutorie che definiscono il procedimento penale. IX) Segue: l’assoluzione *“perché il fatto non costituisce reato”*, la prescrizione, l’amnistia, l’oblazione, il patteggiamento; l’archiviazione. X) Documentazione per il rimborso e limite di spesa rimborsabile; congruizzazione della parcella. XI) Tutela giudiziaria contro il diniego.

I) Impostazione del problema.

La trattazione del tema della tutela legale e del rimborso delle spese di difesa degli amministratori e dei dipendenti prosciolti verrà articolata separando le problematiche relative ai giudizi di responsabilità penale e civile, da un lato, da quelli di responsabilità amministrativo-contabili, dall’altro, stante la peculiarità dei due sistemi.

Qui, mi occuperò solo dei primi.

Peraltro, è da osservare che, sul piano storico, la forma di tutela relativa ai giudizi per responsabilità penale e civile, ha preceduto di molto quella relativa ai giudizi per responsabilità amministrativo-contabile e se ne parlerà, perciò, per prima.

Su di un piano generale, inoltre, deve farsi presente che la tutela legale e del rimborso delle spese nei giudizi per responsabilità civile è del tutto marginale, rispetto a quella per responsabilità penale e/o amministrativo-contabile, atteso che –di solito – nei giudizi di responsabilità civile, ex art. 2043 cc, il danneggiato cita in giudizio direttamente l'Amministrazione, da sola o in concorrenza con il soggetto che per lei ha agito, ex art. 28 Cost.

Ciò premesso, è da rilevare che la trattazione generale della materia, pone anzitutto la necessità di capire le ragioni, il perché della tutela stessa.

Ebbene le ragioni di una simile tutela vanno individuate nel fatto che il dipendente e/o l'amministratore pubblico, che viene convenuto in giudizio in tale sua veste, non è portatore di un interesse suo proprio, ma dell'ente per il quale ha agito.

Il fatto che il dipendente e/o l'Amministratore pubblico è portatore di un interesse *altruistico*, che si riversa a beneficio della collettività di cui l'Ente è espressione, pone l'esigenza che l'Ente medesimo (e per esso la comunità degli amministrati) tenga indenne il dipendente stesso per le spese legali che dovrebbe sostenere (o che ha realmente sostenuto) ogni qualvolta è chiamato a rispondere del suo operato pubblico in sede penale, civile ed amministrativa.

La giurisprudenza e la dottrina, individuavano il paradigma di un simile rapporto nel "mandato" (v. per tutti Corte Conti SS.RR. n°501-A/1986).

Ai sensi dell'art. art. 1720 cc, infatti, "*il mandante deve rimborsare al mandatario le anticipazioni..... dal giorno in cui sono state fatte, e deve pagarli il compenso che gli spetta. Il mandante deve, inoltre, risarcire i danni che il mandatario ha subito a causa dell'incarico*".

E' ovvio che il paradigma del *MANDATO* reca con sé oltre al diritto al rimborso delle spese legali (ovvero, direttamente, all'assistenza legale stessa), anche i limiti ad un simile diritto, costituito dal fatto che l'agire del mandatario non può essere un "agire in danno", anziché "a vantaggio", del mandante; il che si realizza ogni qualvolta il dipendente o l'amministratore pubblico agisca in "conflitto di interessi" con l'Ente di appartenenza (ex art.

1394 cc).

Del resto, come noto, il *mandato* è “*il contratto con il quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto (e nell’interesse) dell’altra*” (art. 1703 cc) .

Ben si comprende, dunque, perché anche prima dell’entrata in vigore della Carta costituzionale e del principio solidarista ivi affermato (art. 2 Cost.), l’ordinamento si sia dato carico di assicurare sistemi di tutela agli amministratori e dipendenti pubblici, per le spese che i medesimi avrebbero dovuto sopportare per la loro difesa giudiziale, per fatti connessi all’espletamento della loro attività istituzionale, a cominciare –per quel che qui più interessa – dall’art. 11 del R.D.L n°383/1934 (T.U. legge comunale e provinciale), secondo cui : “*La gratuità dell’ufficio non esclude il rimborso delle spese che l’investito dell’ufficio stesso sia obbligato a sostenere per l’esercizio delle sue funzioni*”.

II) Quadro normativo di riferimento.

Il sistema che è andato affermandosi, in ordine alla tutela legale dei dipendenti pubblici, si basa su due direttrici di fondo:

- a) **l’assicurazione dei rischi** derivanti dall’espletamento della propria attività, ivi comprendendo anche il rimborso delle spese sostenute per la difesa in giudizio;
- b) **l’assistenza legale** da parte dell’Ente al proprio dipendente e/o amministratore, **ovvero il rimborso** delle spese sostenute dal medesimo.

(A) Relativamente agli Enti locali:

(A1) per ciò che attiene all’assistenza legale, si richiama l’art. **art.16. del DPR n°191/1979** (disciplina del rapporto di lavoro del Personale degli Enti Locali), intitolato: *patrocinio legale del dipendente per fatti connessi allo espletamento dei compiti d’ufficio*, per il quale : “*L’ente, nella tutela dei propri diritti ed interessi, assicura l’assistenza in sede processuale ai dipendenti che si trovino implicati, in conseguenza di fatti ed atti connessi all’espletamento del servizio ed all’adempimento dei compiti d’ufficio, in procedimenti di responsabilità civile o penale, in ogni stato e grado del giudizio, purché non ci sia conflitto di interesse con l’ente*”.

Questa stessa formulazione si ritrova nell’art. **22 del DPR n°347/1983**, mentre la formulazione cambia (e cambia di molto)

nell'art. 67(“*Patrocinio Legale*”) del **DPR n°268/1987** (accordo per il triennio 1985-1987) .

Si legge, infatti, nel citato art. **67** del **DPR n°268/1987** :

“1. “L'Ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento facendo assistere il dipendente da un legale di comune gradimento.

2. In caso di sentenza di condanna esecutiva per fatti commessi con dolo o con colpa grave, l'Ente ripeterà dal dipendente tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa in ogni grado di giudizio”.

Bene questa formulazione, con qualche lieve modifica, è poi passata nei testi normativi successivi: ossia era nell'art. **28 del “CCNL 14/9/2000** per il personale del comparto delle Regioni e delle Autonomie Locali successivo a quello dell'1/4/1999”, il quale così recita:

Art. 28 Patrocinio legale

*1. L'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile openale nei confronti di un suo dipendente per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio, assumerà a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interessi, ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere il **dipendente da un legale di comune gradimento**.*

*2. In caso di sentenza di condanna esecutiva per **fatti commessi con dolo o colpa** grave, l'ente ripeterà dal dipendente tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa in ogni stato e grado del giudizio.*

*3. La disciplina del presente articolo non si applica ai dipendenti assicurati ai sensi dell'art. **43,comma 1**.*

In realtà, il riferimento all'art. 43 ora citato ben introduce al secondo capo della direttrice della tutela dei dipendenti ed amministratori

(A2) per ciò che attiene all'assicurazione, si richiama l'art. 23 della l. n°816/1985 (*Aspettative, permessi ed indennità degli ammini-*

stratori degli enti locali), ora sostanzialmente riprodotto nell'art. 86, comma 5 del TUEL ¹, il quale stabiliva che : *“I comuni e le province possono assicurare i propri amministratori ed i propri rappresentanti contro i rischi conseguenti all'espletamento del loro mandato”*.

La norma sulla copertura assicurativa, poi, è stata estesa anche ai DIRIGENTI degli enti locali dall'art. **7 del CCNL 27/12/1997**, e poi dall'art. **38 del CCNL 23/12/1999** (per il biennio 1998-2001) e quindi anche per il PERSONALE NON DIRIGENTE, titolare di posizioni organizzative, per il quale, l'art. **43 del CCNL 14/9/2000** dispone :

“1. Gli enti assumono le iniziative necessarie per la copertura assicurativa della responsabilità civile dei dipendenti ai quali è attribuito uno degli incarichi di cui agli art. 8 e ss. del CCNL del 31.3.1999, ivi compreso il patrocinio legale, salvo le ipotesi di dolo e colpa grave. Le risorse finanziarie destinate a tale finalità sono indicate nei bilanci, nel rispetto delle effettive capacità di spesa”

Omissis

L'art. **49 del CCNL 16/5/2001** per i Segretari Comunali e Provinciali, infine, contiene delle disposizioni del tutto simili.

(B) Relativamente al Personale ASL

Si ricorda che l'art. 28 del DPR n°761/1979 nel richiamare per il personale delle USL le norme sulla responsabilità di cui al DPR n°3/1957 (del personale statale), al secondo comma stabiliva che *“Le unità sanitarie locali possono garantire anche il personale dipendente, mediante adeguata polizza di **assicurazione per la responsabilità civile**, dalle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, **ivi comprese le spese di giudizio**, relativamente alla loro attività, senza diritto di rivalsa, salvo i casi di colpa grave o di dolo”*.

¹ Art. 86. **Oneri previdenziali, assistenziali e assicurativi e disposizioni fiscali e assicurative.**

Omissis

Comma 5: *“I comuni, le province, le comunità montane, le unioni di comuni e i consorzi fra enti locali possono assicurare i propri **amministratori** contro i rischi conseguenti all'espletamento del loro mandato”*.

L'art. 88 del DPR 384/1990 (accordo per il triennio 1988-1990) prevedeva anch'esso la possibilità per le USL di assicurare i propri dipendenti.

Entrambi gli artt. ora citati (art. 28 del DPR n°761/1979 ed art. 88 del DPR 384/1990) sono stati abrogati dagli artt. 24 e 25 del CCNL 1988-2001 del personale dirigente ASL, i quali rispettivamente dispongono:

ART. 24 - Coperture assicurative

1. Le aziende assumono tutte le iniziative necessarie per garantire la copertura assicurativa della responsabilita' civile dei dirigenti, ivi comprese le spese di giudizio ai sensi dell'art. 25, per le eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie dei terzi, relativamente, alla loro attivita', ivi compresa la libera professione intramuraria, senza diritto di rivalsa, salvo le ipotesi di dolo o colpa grave.

Omissis

10. *Sono disapplicati l'art. 28, comma 2, del DPR 761/1979 e l'art. 88 del DPR 384/1990.*

ART. 25 - Patrocinio legale

*1. L'azienda, nella tutela **dei propri diritti ed interessi**, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilita' civile, **contabile** (?) o penale nei confronti del dirigente per fatti o atti connessi all'espletamento del servizio ed all'adempimento dei compiti di ufficio, assume a proprio carico, a condizione **che non sussista conflitto di interesse**, ogni onere di difesa fin dall'apertura del procedimento e per tutti i gradi del giudizio, facendo assistere il dipendente **da un legale, previa comunicazione all'interessato per il relativo assenso.***

2. Qualora il dirigente intenda nominare un legale di sua fiducia in sostituzione di quello indicato dall'azienda o a supporto dello stesso, i relativi oneri saranno interamente a carico dell'interessato. Nel caso di conclusione favorevole del procedimento, l'azienda procede, al rimborso delle spese legali nel limite massimo della tariffa a suo carico qualora avesse trovato applicazione il comma 1, che comunque, non potra' essere inferiore alla tariffa minima ordinistica. Tale ultima clausola si applica anche nei casi in cui

al dirigente, prosciolto da ogni addebito, non sia stato possibile applicare inizialmente il comma 1 per presunto conflitto di interesse.

3. L'azienda dovrà esigere dal dirigente, eventualmente condannato con sentenza passata in giudicato per i fatti a lui imputati per averli commessi con dolo o colpa grave, tutti gli oneri sostenuti dall'azienda per la sua difesa.

4. E' disapplicato l'art. 41 del DPR 270/1987.²

C) Relativamente al Personale dell'amministrazione STATALE:

C1) quanto al Patrocinio Legale, v. art. 18 del D.L. 67/1997, convertito in l. n°135/1997³:

“1. Le spese legali relative a giudizi per responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi nei confronti di dipendenti di amministrazioni statali in conseguenza di fatti ed atti connessi con l'espletamento del servizio o con l'assolvimento di obblighi istituzionali e conclusi con sentenza o provvedimento che escluda la loro responsabilità, sono rimborsate dalle amministrazioni di appartenenza nei limiti riconosciuti congrui dall'Avvocatura dello Stato. Le amministrazioni interessate, sentita l'Avvocatura dello Stato, possono concedere anticipazioni del rimborso, salva la ripetizione nel caso di sentenza definitiva che accerti la responsabilità” .

C2) quanto alla copertura assicurativa, v. art. 33 CCNL Dirigenza statale marzo 2001, per il quale

“E' attivata per tutti i dirigenti dell'area, ove non già operante, un'assicurazione contro i rischi professionali e le responsabilità civili , sen-

² Stabiliva l'art. 41 del DPR n°270/1987:

1) L'ente, nella tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un *procedimento di responsabilità civile o nei confronti del dipendente per fatti o atti connessi all'espletamento del servizio ed all'adempimento dei compiti di ufficio, assume a proprio carico, a condizione che non sussista conflitto di interesse, ogni onere di difesa fin dall'apertura del procedimento e per tutti i gradi del giudizio, facendo assistere il dipendente da un legale.*

2) *L'ente dovrà esigere dal dipendente, eventualmente condannato con sentenza passata in giudicato per i fatti a lui imputati per averli commessi con dolo o colpa grave tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa”*

³ all'art. 18 della l. n°135/1997, ovviamente si correla l'art. 10-bis, comma 10, della l. n°248/2005 e l'art. 17, comma 30-quinquies, della l. n°102/2009.

*za diritto di rivalsa verso il dirigente, che copra anche le **spese legali** dei processi in cui il dirigente è coinvolto per causa di servizio;*

Comma 2 – OMISSIS: Copertura finanziaria;

Comma 3- OMISSIS: Scelta della società assicuratrice;

Comma 4

In attesa dell'attuazione di quanto previsto al comma 3, l'Amministrazione provvede al rimborso delle eventuali spese legali affrontate dal dirigente.

C3) Art. 16 del CCNL integrativo (Comparto Ministero personale C, posizione organizzativa)

Copertura Assicurativa e Patrocinio Legale

OMISSIS

Comma 6

“Compatibilmente con il reperimento delle risorse, le amm.ni assumono le necessarie iniziative per la eventuale copertura assicurativa da responsabilità civile dei dipendenti dell'area C..... ivi compreso il patrocinio legale, ove **non sussistano conflitti di interessi, salvo le ipotesi di dolo e colpa grave**”.

D) Una problematica a sé pone, come accennato, il rimborso nelle ipotesi di chiamata in giudizio del dipendente pubblico innanzi alla Corte dei conti, per responsabilità amministrativo-contabile, ma l'argomento esula dalla presente relazione.

Un'avvertenza di carattere generale si impone.

Relativamente alla tutela legale ed al rimborso **delle spese di difesa nel processo penale e civile**, soggette alle diverse disposizioni di settore sopra elencate, c'è da dire che la normativa si è venuta sostanzialmente ad omogeneizzare e ciò consente di poter trattare unitariamente la materia, traendo argomenti da sentenze che magari riguardano il personale della scuola o di altro comparto, ma che ciò non di meno investono aspetti che pertengono anche al personale degli enti locali e delle ASL.

La trattazione privilegerà il comparto del personale delle Autonomie e delle ASL (stante il prevalere, statisticamente, delle cause riferibili a tali compar-

ti), ma –si ripete – le considerazioni e le riflessioni traggono spunto anche da sentenze rese per personale di altri comparti pubblici, se non addirittura per il personale privato, in qualche modo coinvolto con il mondo delle autonomie, come gli *agenti esterni della riscossione* ed il mondo delle società.

III) I presupposti per l'insorgenza del diritto.

Il sistema del “rimborso” delle spese nei giudizi per responsabilità civile e/o penale del personale degli enti locali, nell'attuale fase di evoluzione si sviluppa, per ciò che qui interessa, secondo la disciplina dall'art. 28 del CCNL 14/9/2000; disciplina riscontrabile anche nelle norme di comparto degli altri dipendenti pubblici.

Pertanto, seguendo, l'iter logico del precitato articolo, può dirsi che: *“L'ente, **anche a tutela dei propri diritti ed interessi**, ove si verifichi l'apertura di procedimento di responsabilità civile o penale nei confronti di un suo dipendente, assumerà a proprio carico ogni onere di difesa, sin dall'apertura del procedimento, facendo assistere il dipendente da un legale di **comune gradimento**”*, purché concorrano quattro condizioni:

- a) che il dipendente sia **convenuto** in giudizio e non sia , invece attore, come si evince dal fatto che la norma parla di un procedimento nei “*confronti*” di un dipendente;
- b) che il convenuto sia un **dipendente proprio** dell'ente (“*un suo dipendente*”, precisa la norma);
- c) che la chiamata in giudizio “*avvenga per fatti o atti direttamente connessi all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti di ufficio*”;
- d) che “*non sussista conflitto di interesse*”.

Queste quattro condizioni, che devono concorrere tutte nel caso concreto, **costituiscono il nucleo essenziale per l'insorgenza del diritto** del dipendente all'assistenza legale da parte dell'ente di appartenenza; ente che, per tal via, assicura anche la tutela dei suoi interessi.

Operano, invece, come **limite esterno** al diritto all'assistenza legale, ed alla giustificazione della relativa spesa da parte dell'Ente, i seguenti due elementi :

- a) la condanna del dipendente, per –attenzione – “*dolo o colpa grave*”, nel processo civile o penale che lo riguarda;
- b) la stipula a suo favore di un'assicurazione per “*la **responsabilità civile**”*,”

che comprenda anche il *patrocinio legale* ⁴.

Nel descritto contesto, resta nell'ombra l'insorgenza del diritto al “**rimborso**” delle spese legali, posto che – come detto – il dipendente deve essere sostenuto dal proprio ente, al punto da nominare un legale di “*comune gradimento*”, ai fini dell'assistenza in giudizio del dipendente stesso .

Quand'è, allora, che il **diritto all'ASSISTENZA** si trasforma in **diritto al RIMBORSO**?

In giurisprudenza è stato opportunamente osservato che nel sistema vigente prima dell'art. 67 del DPR n°268/1987 (che poi si è trasfuso in altre norme fino a quelle del riferito art. 28 del CCNL 14/9/2000), ossia sotto l'impero dell'art. 16 del DPR n°191/1979 “*poteva dedursi, seppur forzando il contenuto letterale della norma, la possibilità di rimborso delle spese legali a procedimento concluso: sistema di rimborso ex post, per cui (era) ammesso il rimborso solo in caso di assoluzione con formula piena, che escluda positivamente la mancanza di dolo o colpa grave, il sistema disegnato dal precitato art. 67 è, invece, di assistenza preventiva*” (cfr. Corte Conti Sez. Abruzzo n°129/2005).

In concreto, il diritto al “Rimborso” nasce in tutti i casi in cui, per ragioni varie (ma essenzialmente connesse ad un possibile conflitto di interesse, configurabile già in astratto) non è possibile la nomina concordata (“*di comune gradimento*”) di un legale, oppure non è possibile una integrale anticipazione delle spese sostenute dal dipendente convenuto in giudizio.

IV) La comunicazione all'Ente della chiamata in giudizio e le preventive valutazioni dell'ente in proposito.

Il nuovo sistema delineato dall'art. 67 del DPR n°268/1987 (poi trasfuso nelle norme successive, fino all'art. 28 del CCNL 2000) impone che il dipendente citato in giudizio comunichi tempestivamente la chiamata stessa all'Ente di appartenenza, perché l'Ente possa nominare un legale che goda del “comune gradimento”: suo e del dipendente medesimo.

E' evidente che una simile comunicazione è funzionalmente rivolta a favorire le valutazioni proprie dell'Ente in ordine alla sussistenza di un suo effettivo INTERESSE ad agire nel giudizio in cui è coinvolto il dipendente e,

⁴ Cfr. tra le più recenti, quanto all'impossibilità di sostenere le spese legali a favore del dipendente assolto, in caso di stipula di polizza assicurativa che copra tali spese, Corte conti Sez. Giur. Reg. Emilia-Romagna n°73/2009.

La sentenza si segnala, perché ricca di spunti e di riflessioni anche sul tema del “conflitto di interessi” e sulla nomina concordata tra i convenuti e l'Amministrazione dei legali.

dunque, a verificare che sussistano tutte le condizioni stabilite dal precitato art. 28 per sostenere la relativa spesa.

L'omissione di una simile comunicazione, peraltro, ha dato luogo a non pochi problemi, con soluzioni giurisprudenziali che, almeno all'apparenza, non sono concordanti.

Che succede se il dipendente non comunica nulla e nomina lui, direttamente un legale?

Può vantare un diritto al rimborso, nonostante tale omissione ?

Nella giurisprudenza, come detto, si trovano pronunce apparentemente oscillanti .

Da un lato, infatti, vi sono pronunce che ammettono ugualmente il rimborso, nella concorrenza di tutte le altre condizioni di legge (Sez. Controllo Corte conti Reg. Sardegna n°2/2006; TAR Pescara n°108/1997 e TAR Palermo n°1309/2002 e SOPRATTUTTO CASS: SEZ. Lav. n°23904/2007) .

Dall'altro lato, però, si sostiene che la preventiva comunicazione all'Ente della chiamata in giudizio del dipendente non può essere elusa, perché non consente all'Ente stesso di fare le sue valutazioni ai fini della DIFESA DEI SUOI INTERESSI.

In sostanza, alla stregua di tale ultima corrente giurisprudenziale, l'Ente deve sempre valutare la possibilità di agire o meno congiuntamente al suo dipendente, così che –qualora il dipendente ha agito senza comunicare nulla – l'ente non è tenuto al successivo rimborso (V. particolarmente Cons. Stato n°552/2007, nonché TAR Milano n°799/1996 e Corte conti Sez. Giur. Abruzzo n°1122-EL/1999).

Il Ministero dell'Interno, in un suo parere, sembra orientato a suggerire una linea prudenziale e di riflessione, invitando il dipendente a comunicare sempre e comunque la chiamata in giudizio, così da porre l'Ente nelle condizioni di operare *ex ante* le sue valutazioni, senza tuttavia imporre al dipendente medesimo anche il dovere di attendere le decisioni dell'Ente.

Un simile dovere, infatti, potrebbe anche compromettere il diritto di difesa del dipendente, in relazione ad eventuali preclusioni e decadenze processuali proprie del giudizio nel quale è stato convenuto.

Nel cennato parere, tra l'altro, si è ritenuto che, in assenza di preventiva comunicazione e di successiva parcella eccessiva, l'Ente può anche ridurre il rimborso della spesa sostenuta, se risulta che l'Ente medesimo avrebbe anche potuto spuntare prezzi più congrui, magari cercando di ottenere l'applicazione dei minimi tariffari (v. Parere Min. Int. del 30/5/2003-

16.59).

Da notare che **nessuna norma fissa un termine entro cui l'Ente deve esprimere le proprie valutazioni** sull'opportunità o meno di nominare un legale di "*comune gradimento*" con il dipendente convenuto in giudizio.

L'Ente, una volta ricevuto la comunicazione, dovrà valutare ex ante la convenienza o meno, per l'Ente stesso di prendere parte al giudizio, nominando un avvocato di "*comune gradimento*".

Ora, vi sono alcune condizioni il cui accertamento è abbastanza agevole, quale quella dell' "*appartenenza*" del dipendente all'Ente.

Ve ne sono altre, invece, il cui accertamento dà luogo a più di un problema, come quella relativa alla natura del rapporto di lavoro con l'ente (subordinato o autonomo), in relazione alle nuove e variegate forme di collaborazione esterna previste dalle norme, ovvero come quella che attiene all' accertamento di un eventuale conflitto di interessi.

Trattasi, quanto a quest'ultimo, di un accertamento particolarmente complesso e delicato, perché -come meglio si dirà oltre- il conflitto di interesse può sussistere nonostante vi si stia una sentenza di "assoluzione" dall'imputazione penale, così che l'accertamento in questione attiene ad un elemento negativo (mancanza, appunto, di conflitto di interesse) da verificare **in concreto e non già in astratto**, tenendo conto di tutte le circostanze del caso .

E' peraltro evidente che un simile accertamento è ben diverso da quello che compie l'Ente nella fase valutativa ex ante, prodromica all'affidamento della difesa ad un legale di "*comune gradimento*", conseguente alla *litis denunciatio* da parte del dipendente.

In questa fase valutativa ex ante, infatti, l'apprezzamento del **conflitto di interesse non può essere operata che in astratto**.

Alla stregua di tale forma "*astratta*" di valutazione del conflitto di interesse, ai fini che ne occupa, bisogna distinguere se il dipendente è coinvolto in un giudizio civile o penale.

Nel caso del processo civile, infatti, l'ipotesi che si può verificare è solo quella della chiamata del dipendente per danni verso terzi, posto che per i danni che il medesimo procura all'Amministrazione (anche diversa da quella di appartenenza) scatta la responsabilità amministrativo-contabile e la conseguente giurisdizione della Corte dei conti.

Nel caso del procedimento penale, invece, bisogna verificare il tipo di reato per il quale si è aperto il procedimento stesso, atteso che può trattarsi di un

reato contro terzi (omicidio commesso dall'autista, con la macchina di servizio, nell'espletamento del servizio stesso), ovvero di un reato contro l'amministrazione (peculato) ovvero ancora di un reato che offende sia il terzo che l'amministrazione (concussione).

Bene, in tutti i casi in cui il reato vede come soggetto leso solo o anche l'Ente di appartenenza, è evidente che l'Ente danneggiato non può partecipare con il dipendente danneggiante a scegliere un legale di "*comune gradimento*", con accollo della relativa spesa, stante il palese conflitto di interesse che intercorre tra l'Ente stesso ed il suo dipendente. Lo stesso legale, in ipotesi del genere, dovrebbe rifiutare una nomina di "*comune gradimento*", per evidenti incompatibilità, secondo le comuni regole della deontologia professionale.

A ben riflettere, quindi, la nomina di "*comune gradimento*" di un legale può aversi solo quando l'Ente ed il suo dipendente abbiano una comunanza di interessi e, processualmente, costituiscano un'unica parte, rivestendo una medesima legittimazione passiva.

D'altronde, per giurisprudenza del tutto pacifica sul punto, la costituzione di parte civile della P.A. nel processo penale a carico di un proprio dipendente implica per ciò solo e perciò stesso un conflitto di interessi, anche se il dipendente dovesse poi essere assolto, ovviamente con formule diverse da quella totalmente liberatorie per: "*non aver commesso il fatto*", o perché "*il fatto non sussiste*".

V) Sui singoli requisiti per la nomina di un legale di "*comune gradimento*". L'appartenenza del dipendente dell'Ente, in particolare: gli Amministratori, i componenti le commissioni consiliari e gli incaricati esterni.

Veniamo, dunque, analiticamente ai requisiti necessari per la nomina di un legale di "*comune gradimento*" da parte dell'Ente e del dipendente convenuto in giudizio, ovvero per il rimborso delle spese legali sostenute dal dipendente medesimo.

Il primo requisito che viene in rilievo è che il soggetto chiamato in giudizio deve essere un dipendente pubblico.

La giurisprudenza è pressoché concorde nel ritenere che le norme sull'assistenza e sul rimborso delle spese legali non si applicano a chi non è dipendente dell'ente, ossia a chi non è legato da **un rapporto di lavoro subordinato** con l'Ente, sul quale poi si innesta il rapporto di immedesimazione organica che rende il dipendente "agente" dell'Ente stesso.

In questa ottica, il primo problema che si è posto, è stato quello relativo agli **AMMINISTRATORI DEGLI ENTI LOCALI**.

Costoro, infatti, non sono legati da un rapporto di lavoro subordinato e, per questa ragione, godono anche dell'assicurazione di cui all'art. 23 del DPR n°816/1985, ora art. 86 TUEL; assicurazione che non è limitata alla sola responsabilità civile, come per i dirigenti ed il personale direttivo, incaricato di posizione organizzativa .

In astratto, perciò, gli amministratori non dovrebbero essere riguardati dalla tutela legale nella forma della nomina di un avvocato dei “comune gradimento”, ovvero del rimborso per le spese sostenute a tal fine direttamente dai medesimi.

La questione è approdata alla Corte Costituzionale, in relazione alle disposizioni dell'art. 59 della L.R. della Sicilia n°145/1980.

Il Giudice delle leggi, con la sentenza n°197/2000, ha sostanzialmente negato l'esistenza di un preteso vizio di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 cost., osservando come la posizione del dipendente sia diversa da quella dell'Amministratore, in relazione al “*rapporto di subordinazione*”, che è propria del primo e non anche del secondo.

A tal proposito ha evidenziato come anche l'Amministratore conferisca “*all'ente di appartenenza le proprie energie lavorative*” e, tuttavia, “*l'immedesimazione organica (del medesimo) con l'ente si basa su un rapporto variamente configurato in dottrina, ma che comunque non è di lavoro subordinato*”.

Sulla base di tale ontologica differenza, secondo la Corte Costituzionale, è “*ben possibile al legislatore costruire una disciplina diversificata in materia di indennizzabilità degli oneri di difesa sopportati dai dipendenti, (rispetto agli Amministratori) senza (con ciò) superare i limiti della sua discrezionalità*”.

La giurisprudenza di merito, per vero, è ormai pressoché concorde nel ritenere che anche gli amministratori degli enti locali godono del diritto al rimborso delle spese legali (v. Corte Conti Sez. Giur. Piemonte n°61/2004; Cons. Stato Sez. V n°3946/2001 e SS.RR. Corte conti n°501/1986), registrandosi solo qualche pronuncia dissonante (v. Trib. Catanzaro 12/1/2003).

L'orientamento favorevole, tuttavia, si basa **non** tanto sull'applicazione diretta delle norme relative ai dipendenti degli enti locali, stante il riferimento delle norme stesse ai soli dipendenti, **né** su un'estensione analogica delle

ridette norme agli amministratori (**analogia legis**)⁵, ma – secondo la tesi da preferire – in base ad un’applicazione analogica delle regole generali sul mandato (**analogia iuris**), ex art. 1720, comma 2.

Da ciò la conseguenza che agli Amministratori possono essere rimborsate solo le spese sostenute per la difesa in giudizi relativi a fatti commessi **A CAUSA** (e non semplicemente in **OCCASIONE**) di servizio (v. Cass. civ. Sez. Iⁿ°10052/2008) e, può aggiungersi, senza necessità di preventiva comunicazione all’ ENTE, ex art. art. 67 del DPR n°268/1987, semprechè – ovviamente – non sia stata stipulata apposita assicurazione, che preveda anche le spese legali, ex art. 86, comma 5, TUEL.

Ad esclusione degli amministratori, tutti gli altri soggetti che non sono dipendenti (che non sono, cioè, legati da un rapporto di lavoro subordinato con l’ente) **non possono godere delle norme sull’assistenza legale e/o sul rimborso delle spese legali.**

Tanto è da dire per i componenti delle **COMMISSIONI COMUNALI** : in particolare per i componenti delle commissioni edilizie , per i quali il problema si è posto più frequentemente .

I componenti laici di simili commissioni, in realtà, non solo non sono dipendenti degli enti locali (e, quindi, non godono delle norme proprie dei relativi CC.CC.NN.LL.), ma –a differenza dei sindaci e consiglieri comunali – non sono neanche coperti **da un mandato elettivo** e, perciò, non è loro estensibile neanche il rapporto giusprivatistico del mandato, ex art. 1703 cc. (in tal senso , da ultimo, tra le più autorevoli Cass. SS.UU. civ. n°5398/2007).

Analogamente, è sempre stato escluso il diritto al rimborso (e/o all’assistenza) per gli “**incaricati esterni**” , che esplicano la loro attività collaborativa con l’Ente in base a rapporti libero-professionali.

In tal senso si ricorda che è stato escluso l’assistenza legale all’architetto preposto all’accertamento degli aspetti tecnici per il rilascio delle concessioni edilizie, legato da un contratto di collaborazione libero-professionale al momento dell’insorgenza del giudizio, e poi – alla conclusione del giudizio stesso – da un contratto a termine, ex art. 110, comma 2, del d.legs.vo

⁵ Non sono mancate pronunce, per vero del tutto minoritarie, che ritengono le norme sull’assistenza legale e/o sul rimborso delle spese legali, relative ai dipendenti degli enti locali, espressive di un principio generale, applicabile –come tale – a tutto il personale, anche al di fuori di una espressa previsione normativa (cfr. TAR Veneto , Sez. Iⁿ°835/2000 e TAR Sicilia, Sez. Iⁿ°127/2005).

n°267/2000 (v. parere del Ministero dell'Interno in data 9/9/2008).

Del pari, è stato escluso il rimborso per un professionista esterno incaricato dell'esame istruttorio per domande di condono edilizio (v. parere Min. Interno del 27/5/2004).

Va da sé che l'eventuale rimborso delle spese legali all' "incaricato esterno" all'Ente, ovvero l'assunzione a suo favore delle spese stesse mediante la nomina di un legale di "comune gradimento", costituisce danno per l'Ente stesso, e comporta l'insorgenza di responsabilità amministrativa, nei confronti di chi ha deliberato la spesa, ex Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per le Marche, sent. n°1085/2004⁶.

VI) La connessione dei fatti illeciti con l'attività di servizio.

Se, sul piano soggettivo, il requisito essenziale per l'assistenza legale o il rimborso delle spese legali da parte dell'Ente è dato dal rapporto di dipendenza (ossia dal rapporto di lavoro subordinato che lega il dipendente l'agente all'Ente), sul piano oggettivo il requisito essenziale per una simile assistenza è costituito dal fatto che l'attività per la quale il dipendente è stato convenuto in giudizio deve essere espressione delle funzioni esercitate; deve trattarsi, cioè, di un'attività posta in essere **a causa** del servizio o, quanto meno deve trattarsi di "atti o fatti direttamente **connessi** all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti di ufficio", ex art. 28 del CCNL del 2000.

In sostanza la "connessione diretta degli atti e/o dei comportamenti" ai doveri di servizio segna il limite estremo di collegamento della condotta con i compiti istituzionali del dipendente, per la quale l'ente può assumere la difesa, ovvero rimborsare le spese anticipate dal dipendente. Al di là di questo limite l'attività posta in essere dal dipendente non è più rapportabile all'Ente e resta propria del soggetto che l'ha posta in essere, così che non v'è motivo perché l'Ente si accoli le spese di difesa del soggetto medesimo.

E' evidente, infatti, che se la condotta censurata non ha nulla a che vedere con i compiti del dipendente e, dunque, dell'Ente, l'Ente stesso deve astenersi dall'intervenire. Ogni spesa sostenuta in proposito, costituisce danno per l'Ente, ed ingenera responsabilità amministrativa in chi l'ha deliberata.

A rigore, in casi del genere manca in radice **l'interesse alla spesa** e non si

⁶ Con tale sentenza la Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per le Marche ha condannato gli amministratori di un Ente per aver rimborsato spese legali a due soggetti che "non erano in rapporto di servizio alla data della contestata commissione dell'illecito".

potrebbe neanche parlare di “conflitto di interesse”.

E' però evidente che l'agire per sé, invece che per l'Ente, è per ciò stesso un agire in conflitto di interesse con l'Ente, da parte del dipendente, nel contesto dei basilari doveri di collaborazione che connotano il suo rapporto di lavoro con l'Amministrazione.

La giurisprudenza, in realtà, è costante nel ritenere che *“il rimborso delle spese legali, sostenute nel procedimento penale svoltosi a carico del dipendente, deve riguardare fatti direttamente connessi all'espletamento dei compiti di ufficio, quale ineliminabile ed imprescindibile presupposto”* (cfr. Cass. SS.UU. n°111/2000).

In applicazione di questi principi, la Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Basilicata ha affermato la responsabilità degli amministratori comunali che avevano deliberato il rimborso delle spese di giudizio sostenute da alcuni consiglieri comunali per il reato di diffamazione, dal quale pure sono stati assolti, in quanto *“il volantino asseritamente denigratorio sarebbe stato redatto non nella loro qualità di amministratori dell'ente, ma in veste estranea all'ente, quale quella di sindacalisti”*. (cfr. Sezione Giur. Reg. Basilicata sent. n°73/2001).

Per converso, il TAR Veneto ha ammesso la rimborsabilità delle spese legali sostenute dai consiglieri comunali rinviati a giudizio e poi assolti dal reato di calunnia mossa nei loro confronti dal Sindaco (per una asserita violazione dell'art. 322 cpc:*Istigazione alla corruzione*), in quanto ha ravvisato un *“collegamento diretto tra la funzione di consigliere comunale e l'oggetto del processo”* (v. TAR Veneto Sez. I^ sent. 1985/2006) .

Si è, inoltre, fatto riferimento al collegamento diretto con l'espletamento dei compiti di ufficio per negare la rimborsabilità delle spese legali sostenute da un geometra e da due operai, rinviati a giudizio per abuso d'ufficio e per truffa.

In pratica, il geometra –secondo l'accusa – avrebbe dirottato a casa sua due operai del comune per svolgere dei lavori; in realtà, però, è emerso che i lavoratori erano intenti ad asfaltare la strada e sono accorsi a casa del geometra (durante l'orario di servizio) solo perchè attratti dalle grida di aiuto della moglie.

Ebbene, in questo caso si è escluso il rimborso delle spese legali perchè *“i fatti oggetto dell'incriminazione inerivano l'orario di servizio, ma non erano avvenuti per motivi di servizio, né erano collegati al servizio stesso”* (v. parere ANCITEL 10/2/2004).

VII) Il conflitto di interessi *in astratto* (reati contro la P.A.) ed in conflitto di interessi *in concreto* (condanna per dolo o colpa grave).

Da quanto detto, dunque, ben si comprende che il collegamento tra l' "adempimento dei compiti d'ufficio" ed i fatti per i quali il dipendente è rinviato a giudizio può mancare sia per ragioni oggettive, come allorquando l'attività posta in essere e per la quale si ha il rinvio a giudizio non ha nulla (ma proprio nulla) a che vede con il servizio, sia per ragioni finalistiche soggettive, ossia allorquando si agisce nell'adempimento dei compiti d'ufficio per finalità proprie del dipendente.

Da notare che, statisticamente, quest'ultimo caso rappresenta l'ipotesi più frequente.

A tal proposito, giova ricordare che, secondo la Cassazione, "non è illogico valorizzare l'elemento finalistico della condotta per discriminare gli illeciti commessi dai funzionari e dipendenti pubblici riferibili alla P.A., da quelli che invece producono la c.d. **frattura del rapporto organico**" e, perciò, restano propri del soggetto che li ha posti in essere (cfr. Cass. Sez. Lavoro n°3370/1996).

In questa ottica, ben può dirsi che un'attività dolosa è certamente espressiva di un conflitto di interessi tra l'Ente ed il dipendente che per esso ha agito.

Non vale però il contrario.

Non può dirsi, cioè, che in assenza di dolo non vi sia –per ciò solo – un conflitto di interesse tra l'Ente ed il suo dipendente.

In realtà, la Cassazione ha chiarito che per stabilire se ci sia o meno conflitto di interessi bisogna aver riguardo "al fatto addebitato", complessivamente e nella sua intrinseca realtà, "a prescindere dalla sussistenza o meno della responsabilità" (cfr. Cass. Sez. Lavoro sent. n°2747/2004).

In sostanza, ai fini del rimborso delle spese legali bisogna –come anticipato sub precedente paragrafo IV – accertare che non vi sia **un conflitto di interesse *in concreto*** tra l'ente ed il dipendente che per l'ente stesso ha agito (cfr. Cons. Stato Sez. V^ sent. n°5986/2006).

Di qui due considerazioni:

- a) il requisito della inesistenza del dolo e/o della colpa grave ed il requisito del conflitto di interessi vanno accertati in maniera indipendente l'uno dall'altro, pur nell'ovvia interferenza che può esservi tra loro ;
- b) a fini di rimborso, il requisito dell'assenza del conflitto di interesse va accertato *ex post*, a conclusione –cioè – del procedimento penale, tenendo

conto non solo della formula assolutoria della sentenza, ma anche di tutte le circostanze del caso, in relazione alle caratteristiche concrete del fatto e delle specifiche finalità che hanno spinto il dipendente a porlo in essere (cfr. tra le tante Sez. Giur. Reg. Veneto n°12-EL/1997).

Da questo ultimo punto di vista, pertanto, è evidente come la prospettiva valutativa dell'Ente cambia completamente a seconda che l'Ente stesso assuma la difesa del dipendente (valutazione *ex ante* del conflitto), ovvero rimborsi le spese che ha sostenuto (valutazione *ex post* del conflitto).

Nel primo caso, infatti, l'Ente si limita a **delibare** l'assenza di un conflitto di interesse in astratto (v. ancora precedente paragrafo IV), che sicuramente sussiste in tutti i reati contro la P.A. commessi da un proprio dipendente; nel secondo caso, invece, **deve accertare** l'assenza in concreto di un conflitto di interesse.

Per controbilanciare la mera delibazione del conflitto che esprime l'ambito (piuttosto ristretto) delle valutazioni che può fare l'Ente in merito all'assunzione delle spese legali, il secondo comma dell'art. 28 del CCNL del 2000 impone all'Ente di ripetere “*dal dipendente tutti gli oneri sostenuti per la sua difesa, in caso di sentenza di condanna esecutiva per fatti commessi con dolo o colpa grave*”.

Peraltro, la limitazione della ripetizione delle spese sostenute dall'Amministrazione ai soli casi del **dolo** e della **colpa grave** comporta che, in ipotesi di assunzione di spesa da parte dell'Ente, restano a carico dell'Ente stesso le spese di giudizio del dipendente condannato per colpa (non grave), a prescindere dell'esistenza di un eventuale conflitto di interesse.

Al contrario, nel caso di rimborso delle spese anticipate dal dipendente, una simile condanna non esclude che l'Ente respinga la relativa istanza di rimborso, se –pur mancando il dolo o la colpa grave – accerti comunque la sussistenza di un conflitto di interesse (v. Corte Conti Sez. Giur. Basilicata n°341/1998)

E' comunque evidente che, ai fini dell'accertamento della consistenza dei fatti materiali, assume un valore di grande rilievo **la sentenza che chiude il procedimento penale**, visto l'efficacia di “*giudicato*” che le è propria nei giudizi civili o amministrativi, per ciò che attiene alla materialità dei fatti ed alla circostanza che l'imputato li abbia commessi o meno (v. artt. 651 e 652 cpp)

VIII) Segue, le formule assolutorie che definiscono il procedimento pe-

nale .

La presente trattazione, perciò, non può prescindere da un esame delle varie formule assolutorie che concludono procedimenti penali.

Al riguardo, si rileva che la giurisprudenza e la dottrina sono del tutto concordi nell'escludere ogni benché minima forma di conflitto di interesse nel caso di assoluzione con la formula : "***Il fatto non sussiste***", che esclude la materialità del fatto illecito, ovvero con la formula: "***l'imputato non lo ha commesso***" , che esclude la riferibilità dell'illecito alla condotta del dipendente (ex art. 530, comma 1, cpp).

A queste formule di assoluzione si possono aggiungere anche quelle di assoluzione per la presenza di una causa "*scriminante*" (ex art. 530 , comma 3, cp), quale l'aver agito per legittima difesa o in stato di necessità o nell'adempimento di un dovere, magari derivante da un ordine di un superiore. Le cause oggettive di esclusione del reato (ex art. 50-54 cp), infatti, eliminano in radice l'antigiuridicità del fatto che, perciò, non può considerarsi illecito.

A ben diverse considerazioni, invece, si perviene quanto altre alle formule assolutorie previste dal precitato art. 530, comma 1, cpp, ed a quelle che chiudono il giudizio con "sentenza di non doversi procedere" (ex art. 529) o di "estinzione del reato" (ex art. 531), ovvero, infine, per la presenza di una "causa personale di non punibilità" (ex art. 530, comma 3, cpp).

Quanto a quest'ultima formula assolutoria, in particolare, è evidente che la presenza di una causa soggettiva di non punibilità, e finanche l'errore sul fatto (ex art. 47 cp), non esclude l'oggettivo conflitto di interessi, nella sussistenza della materialità e dell'antigiuridicità del fatto stesso.

Trattasi, in realtà di ipotesi definitorie del giudizio penale che non escludono, con tutta la certezza che la materia impone, l'esistenza di un possibile conflitto di interessi in concreto.

In tutte queste ipotesi, quindi, è l'Ente che, nell'esercizio dei suoi poteri, deve valutare approfonditamente il caso, per stabilire se è riscontrabile o meno un conflitto di interesse e se, quindi, è possibile o meno rimborsare le spese legali sostenute dal dipendente.

Peraltro, la giurisprudenza è piuttosto concorde nel ritenere che la *costituzione di parte civile*, così come l'attivazione di un procedimento disciplinare esprime comunque un conflitto di interesse, "*indipendentemente da ogni valutazione attinente all'esito del procedimento penale*" (v. per tutte Cass. Sez. Lav. n°13624/2002).

IX) Segue: l'assoluzione “*perché il fatto non costituisce reato*”, la prescrizione, l'amnistia, l'oblazione, il patteggiamento; l'archiviazione.

La formula assolutoria più frequente, tra quelle che **non** consentono di escludere il conflitto di interessi, è l'assoluzione “*perché il fatto non costituisce reato*”.

In casi del genere, il fatto materiale sostanzialmente esiste, solo che lo stesso non rientra esattamente nella figura astratta delineata dal legislatore, per un profilo specifico del reato, e perciò non può dar luogo ad una condanna .

In linea di massima, la formula assolutoria in discorso non esclude il possibile conflitto di interesse, connesso al fatto materiale posto in essere dal dipendente pubblico.

Così, esaminando i casi che si sono verificati in concreto, deve dirsi che la giurisprudenza ha ritenuto del tutto legittimo il diniego del rimborso legale al dipendente assolto dal reato di *falso in atto pubblico* unicamente perché l'atto sul quale era caduto il falso non era pubblico, posto che comunque la falsità si poneva in conflitto di interesse con l'Ente di appartenenza (cfr. Cass. Sez. Lav. n°21383/2008).

Analogamente, la giurisprudenza ha escluso il diritto del dipendente al rimborso delle spese legali al dipendente assolto dal reato di *corruzione impropria* per la presenza di una specifica causa soggettiva, residuando comunque un palese conflitto di interesse con l'ente di appartenenza, in relazione alla condotta concretamente posta in essere per fini egoistici (cfr. TAR Piemonte-Sez. Torino Sez. II n°916/2007).

Ancora, è stato escluso il rimborso per il proscioglimento dal reato di *interesse privato in atti d'ufficio*⁷, dovuto a carenza di dolo, stante comunque l'oggettivo conflitto di interesse con l'Amministrazione (cfr. Cons. Stato n°1392/1993).

Ancora, nel caso di assoluzione dal reato di abuso d'ufficio (323 c.p) o di falso commesso da pubblico ufficiale (ex art. 476-478), dovuta anch'essa a carenza di dolo, va comunque negato il rimborso delle spese legali sostenute dal dipendente, se dalla materialità del fatto emerge comunque un conflitto di interessi.

E ciò vale anche nel caso del dipendente assolto dall'omissione di atti di ufficio, allorquando permanga comunque un conflitto di interesse (cfr. Cass.

⁷ Si ricorda che tale reato è stato abrogato dall'art. 20 della l. n°86/1990

Sez. Lav. n°17651/2003)⁸ .

In sostanza, come opportunamente chiarito dalla Cassazione (seppur con riferimento ad un istituto bancario con funzione di agente della riscossione) i fatti illeciti come la corruzione, il falso, l'abuso d'ufficio ecc., non ledono solo norme penali, ma anche le norme proprie del rapporto di lavoro, prima fra tutte quelle che attengono all'obbligo di fedeltà e collaborazione, così che, pur venendo meno la piena adesione del fatto all'ipotesi astratta di reato, resta pur sempre da stabilire se la condotta del dipendente abbia leso o meno i doveri di fedeltà e collaborazione (cfr. Cass. Sez. Lav. n°11359/2008).

Analogamente resta impregiudicato il problema del conflitto di interessi, nel caso di *abolitio criminis*, per cui un fatto che in precedenza era previsto dalla legge come reato, viene depenalizzato, ex art. 2 cp.

E' evidente che, in casi del genere, compete all'Ente verificare se esista o meno un conflitto di interesse, nell'attività posta in essere dal dipendente (cfr. parere Min Interno 16/6/2004).

Venendo ora alla "*insufficienza di prove*", oggi eliminata dall'art. 530, comma 2, cpp, si rileva come la giurisprudenza sia piuttosto oscillante.

Si va da chi ritiene che la mancanza di prove sufficienti fa persistere la necessità dell'accertamento della sussistenza o meno del conflitto, da parte dell'Ente, a chi invece ritiene che una simile assoluzione abbia comunque effetto liberatorio, con conseguente diritto del dipendente al rimborso delle spese legali (cfr., in tal senso TAR Piemonte Torino Sez. II n°916/2007).

In realtà, è opportuno evidenziare che l'art. 530, comma 2, cpp ripropone le stesse formule assolutorie del comma 1, solo aggiungendo che l'assoluzione prevista in tale secondo comma viene disposta perché non è stata raggiunta la prova piena degli elementi occorrenti per la condanna .

Ciò stante, è evidente che se la mancanza di prova cade sul fatto materiale o sulla commissione del fatto stesso da parte dell'imputato, può dirsi che effettivamente l'assoluzione in discorso produce lo stesso effetto liberatorio della omologa formula assolutoria piena. Negli altri casi, invece, e segnatamente nel caso di assoluzione per mancata prova che "il fatto costituisca re-

⁸ Il caso ha riguardato un dipendente delle poste che ha rifiutato il servizio in conformità ad una circolare che sapeva non essere stata divulgata al pubblico, ma in contrasto con un ordine specifico del superiore gerarchico, così che la sua condotta ha finito per costituire "atteggiamento ingiustificato e volutamente formalistico".

ato”, i residui dubbi su un eventuale conflitto di interessi permangono e vanno dissipati dall’Ente.

Quanto, invece, alle assoluzioni per **prescrizione, amnistia, oblazione e patteggiamento**, la prevalente giurisprudenza è nel senso che l’Ente non sia tenuto al rimborso, anche perché tutti questi istituti sono riconducibili ad un atto di volontà del dell’interessato. Egli, infatti, volendo avrebbe anche potuto rinunciare all’amnistia o alla prescrizione, ovvero non chiedere il patteggiamento o l’oblazione (v. quanto all’amnistia e alla prescrizione, Cons. Sta. Sez. IV n°913/2005 e Corte conti Sez. Abruzzo n°1122/1999, quanto all’oblazione, ex art. 162 bis cp, v. Cons. Sta. Sez. V^ n°2242/200; quanto al patteggiamento, ex art. 444 cpp, v. Corte conti Sez. Giur. Basilicata n. 641/2000).

Una trattazione a sé merita, infine, l’ipotesi della conclusione del procedimento penale in sede istruttoria, mediante l’**archiviazione**.

A fronte di chi nega che il decreto di archiviazione dia luogo al diritto al rimborso delle spese legali sostenute nel corso dell’istruttoria, in quanto lascia residuare sempre e comunque un possibile conflitto di interesse, anche perché l’istruttoria stessa può essere riaperta, c’è chi invece ritiene che anche nella fase istruttoria può intervenire una forma di assoluzione che chiude comunque la fase delle indagini, così che in presenza di ciò va assicurato il rimborso (cfr. Cons. Sta. n°2242/2000).

Di recente la Cassazione ha fatto chiarezza.

Muovendo dalla constatazione che l’archiviazione può essere disposta “non solo nel caso in cui risulti *infondata la notizia di reato*, ex art. 408 cpp, ma anche nelle diverse ipotesi previste dall’art. 411 cpp”, ossia per mancanza di una condizione di procedibilità, ovvero perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, la Cassazione ha precisato che anche nel caso di archiviazione è “necessario accertare , in relazione al contenuto dell’atto, se il provvedimento del giudice penale (ha) escluso o meno ogni profilo di responsabilità del dipendente” (cfr. Cass. Sez. Lav. n°23904/2007).

X) Documentazione per il rimborso e limite di spesa rimborsabile; congruizzazione della parcella .

Per ottenere il rimborso occorre: 1) una domanda del dipendente prosciolto, alla quale sia allegata 2) la parcella del difensore⁹ e 3) la sentenza penale di

⁹ Nella prassi accade anche che l’Ente paghi direttamente all’avvocato.

assoluzione.

Per ciò che attiene ai profili di congruità della parcella, è noto che per i dipendenti degli enti locali non è possibile ricorrere al visto di congruità dell'Avvocatura dello Stato, previsto per il rimborso delle spese legali dei dipendenti statali, ex art. 18 del d.l. n°67/1997.

Per i dipendenti degli enti locali, quindi, il parere sulla congruità della parcella potrà, se del caso, essere dato dal Consiglio dell'Ordine.

Un simile parere, tuttavia non preclude all'Ente di fare le proprie valutazioni sulla necessità delle prestazioni indicate nella parcella stessa o sul numero dei legali officianti, in relazione alla complessità della causa, all'attività in concreto svolta, ecc., così da contestare – se del caso – anche l'importo della parcella stessa (v. Corte conti Lombardia n°1257/2002).

Da notare che, secondo il parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n°4/1996, 1 *“ammontare del rimborso deve sempre essere limitato alle spese legali ammesse dalla legge; pertanto, consentendo, l'art. 96, comma 2, cpp all'imputato di affidare la difesa a non più di 2 difensori, l'onere relativo non può che essere commisurato a tale limite ed avere carattere di congruenza ed adeguatezza in relazione all'importanza dell'attività svolta, alla luce delle valutazioni da effettuarsi a cura dell'Ordine degli avvocati”*.

Peraltro, in presenza di più procedimenti penali con esiti differenziati (alcuni di condanna ed altri di assoluzione, oppure tutti di assoluzione, ma con formule non tutte pienamente liberatorie) e di una sola parcella da parte del medesimo difensore, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il rimborso debba essere accordato solo per quella parte della parcella che si riferisce ai procedimenti conclusi con l' *“assoluzione (piena) dell'imputato”* (cfr. Cons. Sta. Sez. V n°498/1994)

XI) Tutela giudiziaria contro il diniego.

Per la tutela giudiziaria contro il diniego di rimborso, valgono i normali rimedi esperibili innanzi al giudice del rapporto di lavoro competente: giudice amministrativo, fino al 30/6/1998 (ex art. 69, comma 7, del d.lvo n°165/2001, e poi giudice ordinario, per i dipendenti pubblici *“privatizzati”*, ovvero TAR-Cons. Sta. Per i dipendenti pubblici *“non privatizzati”*.

A rigore, per parlarsi di “rimborso”, vi dovrebbe essere anche un precedente “esborso”, ma a parte questa lieve disarmonia, non si evidenziano controindicazioni giuridiche contro una simile prassi (v. parere ANCITEL 4/9/2007).

Interessante rilevare come la Cassazione abbia avuto modo di precisare che, per le fattispecie di rimborso insorte prima della ricordata data editale del 30/6/1998, ma conclusesi dopo, il diritto al rimborso “*sorge nel momento in cui il procedimento ha avuto inizio e le spese legali sono concretamente sostenute*”, così che “*l’esito del giudizio con un giudicato di proscioglimento successivo al 30/6/1998 non incide nell’individuazione del giudice fornito di giurisdizione*” (v. Cass. SS.UU. n°13048/2007).

In pratica, secondo la Cassazione, “*se prima del passaggio in giudicato della sentenza (di proscioglimento) la giurisdizione spettava al giudice amministrativo, in quanto dotato di giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego, questa giurisdizione non viene meno per il fatto che il passaggio in giudicato si sia formato in un momento in cui tale giurisdizione era passata al giudice ordinario*” .

In applicazione di questo principio, perciò, la Suprema corte ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo, con gli effetti propri della *translatio iudici* , ex SS.UU. n°4109/2007 e Corte Cost. n°77/2007, in un caso di proscioglimento intervenuto dopo che la materia del pubblico impiego era stata attribuita al giudice ordinario.

Da notare che, per i dipendenti degli enti locali e della Regione Sicilia, invece, vale la regola opposta, in quanto la norma regionale adotta in proposito individua il momento generatore del diritto al rimborso nella sentenza definitiva di proscioglimento, così che la giurisdizione è del giudice ordinario, anche per le vicende iniziate prima del 30/6/1998 e conclusesi dopo (v. Cass. SS.UU. ord. n°3413/2008).

In relazione alle specifiche disposizioni che disciplinano la materia del rimborso, soprattutto con riferimento alle Regioni a statuto speciale, perciò bisogna ben individuare, per le fattispecie iniziate prima della più volte menzionata data del 30/6/1998 e concluse dopo, la fattispecie generatrice del relativo diritto: se, cioè, esso insorge con l’inizio del procedimento e con l’esborso delle somme per la difesa nel giudizio stesso, ovvero alla fine del ridetto procedimento, con la sentenza definitiva di proscioglimento.

Ciò, tuttavia, non vale per gli appartenenti agli organi elettivi del comune, per i quali si è ritenuto che la giurisdizione fosse del giudice ordinario e non del giudice amministrativo, stante l’assenza –nei loro confronti – di un rapporto di lavoro e l’estensione del diritto al rimborso in base all’*analogia iu-*

ris con il mandato (v. Cons. Sta. Sez. V n°5786/2007¹⁰)

A chiusura del tema della “tutela giudiziaria”, vale richiamare la recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n°2996/2010 che ha riaffermato la giurisdizione del “*giudice del rapporto di lavoro*”, e ciò con tanta determinazione da escludere finanche la giurisdizione della Corte dei conti sulla interpretazione delle proprie pronunce sulle spese di “*giudizio*” (recte: “*legali*”), ovviamente relative alle controversie di responsabilità amministrativo-contabili, per i profili attinenti alle cennate spese.

Tanto, nel rilievo che compete al giudice del rapporto di lavoro “*stabilire quale effetto preclusivo (o non) dell’esercizio del diritto (al RIMBORSO) sia da riconnettere alla compensazione delle spese di **giudizio***” (recte: lega-

¹⁰ Si riporta la motivazione della sentenza per l’interesse che riveste, in relazione all’escursus delle pronunce della Cassazione sulla giurisdizione dei componenti gli organi elettivi degli enti locali.

“3. Le Sezioni unite della Cassazione, con la pronuncia 1° dicembre 2000 n. 1244, che si riferisce all’art. 67 del [D.P.R. n. 268 del 1987](#), hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sull’azione promossa da un vice sindaco ed assessore comunale per ottenere dal Comune il rimborso delle spese sostenute in un procedimento per fatti commessi in detta qualità, ritenendo insussistente per i funzionari onorari la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per la carenza di un rapporto di pubblico impiego..... omissis

4.4. Recentemente, per quanto concerne gli amministratori di Enti locali, è stato precisato che nei casi di pretese patrimoniali fondate sulla funzione onoraria la giurisdizione deve essere ripartita in base alle norme del diritto comune ([L. 20 marzo 1865 n. 2248](#), artt. 2 e 4, all. E; [L. 6 dicembre 1971 n. 1034](#), artt. 2, 3, 4), ossia attribuendo al Giudice ordinario le liti su diritti soggettivi ed al Giudice amministrativo quelle su interessi legittimi che, per quanto riguarda i funzionari onorari del Comune, in mancanza di una disposizione specifica che regoli i rapporti patrimoniali con l’ente rappresentato, la pretesa di rimborso delle spese processuali non può che essere esercitata, ammesso che esista una lacuna normativa ai sensi dell’art. 12 disp. prel. cod. civ., comma 2, in base ad una disposizione di legge da applicare in via analogica e non può che assumere la consistenza del diritto soggettivo perfetto (Cass. S.U. n.478 del 13.1.2006).

4.5. Peraltro, quest’ultimo consolidato orientamento è stato messo in dubbio da Cass. S. U. n.5398 del 9.3.2007, rilevandosi che “l’eventuale trattamento economico del funzionario onorario, in difetto (come nel caso di specie) di specifiche previsione di legge, resta affidato alle libere e discrezionali determinazioni dell’autorità che procede alla investitura ed è esclusivamente finalizzato al pubblico interesse. Ne consegue che il funzionario onorario ha, in materia, un mero interesse legittimo e che, ove intenda insorgere contro la mancata determinazione di qualsiasi compenso ovvero contro quello che ritenga dovuto per il rimborso di spese collegate comunque alla funzione esercitata, deve impugnare i relativi provvedimenti davanti al giudice amministrativo”.

4.6. Il Collegio, pur nutrendo delle perplessità in ordine alla qualificazione come interesse legittimo, e non come diritto soggettivo, della posizione del funzionario onorario in ordine al rimborso delle spese legali sostenute per la ritenuta mancanza di una specifica disposizione legislativa, rileva che nella specie detta problematica è stata comunque risolta dall’Amministrazione comunale, la quale ha ritenuto applicabile agli amministratori locali la stessa normativa dei dipendenti comunali. Per cui la posizione fatta valere nel caso in esame dagli amministratori del comune è comunque di diritto soggettivo e perciò, trattandosi funzionari onorari, la giurisdizione non può che essere del giudice ordinario”.

li), *disposta con la sentenza della Corte dei conti*” (v. ultima pag. della sent. n°2996/2010 citata).