REPUBBLICA ITALIANA

N. 6113/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2510 REG. RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Quinta Sezione) ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 2510\2008, proposto dal signor Francesco Colucci, rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore e Giuliano Di Pardo ed elettivamente domiciliato presso la segreteria di questa sezione in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

Comune di Campobasso, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Calise ed elettivamente domiciliato presso la segreteria di questa sezione in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Molise, n. 188 del 26 marzo 2007.

Visto il ricorso in appello;

visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Campobasso;

visti gli atti tutti della causa;

data per letta alla pubblica udienza del 12 maggio 2009 la relazione del consigliere Vito Poli, udito l'avvocato Della Rocca per delega dell'avv.to Di Pardo;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. A seguito di denuncia sporta dal comune di Campobasso, il signor Francesco Colucci, vigile urbano in servizio presso il medesimo ente, è stato tratto a giudizio per rispondere dei reati preveduti e puniti dagli artt. 323, 324 e 483 c.p. per avere (nella sostanza ed in estrema sintesi), strumentalizzato l'esercizio della funzione pubblica allo scopo di non versare la tassa per la raccolta dei rifiuti solidi urbani.

Con sentenza irrevocabile del g.u.p. presso il Tribunale di Campobasso – n. 153 del 13 giugno 1996 - è stato dichiarato non doversi procedere perchè i fatti non sussistono e perché l'imputato non li ha commessi.

Nella sentenza si assumeva che il prevenuto aveva comunque *<<…. tenuto un comportamento censurabile dal punto di vista etico ed anche disciplinare …>>.*

Successivamente il Colucci è stato sottoposto a procedimento disciplinare.

1.1. Con numerose istanze, rimaste inevase, il ricorrente ha sollecitato il comune al pagamento delle spese legali, sostenute a causa del procedimento penale, a mente dell'art. 67, co. 1, del d.P.R. 13 maggio 1987 n. 268 - Norme risultanti

dalla disciplina prevista dall'accordo sindacale, per il triennio 1985-1987, relativo al comparto del personale degli enti locali -.

1.2. Attivata la procedura monitoria, il signor Colucci ha ottenuto dal Tribunale civile di Campobasso decreto ingiuntivo - n. 156 del 20 luglio 1999 - recante la condanna del comune al pagamento della sorte capitale per un importo di lire 5.558.928 oltre accessori.

Con sentenza del medesimo Tribunale – n. 513 del 3 novembre 2000 – è stata respinta l'opposizione al su menzionato decreto.

Con determinazione dirigenziale n. 2734 dell'8 ottobre 2001 è stata liquidata (provvisoriamente in attesa degli esiti del giudizio di appello instaurato dal comune), la complessiva somma di lire 12.584.787; è seguito il relativo mandato di pagamento in data 29 ottobre 2001.

Con sentenza della Corte d'appello di Campobasso - n. 10 del 22 gennaio 2003 – è stato accolto il gravame del comune e dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della domanda di rimborso delle spese legali.

Con sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione – n. 13290 del 21 giugno 2005 – è stato respinto il ricorso del signor Colucci proposto nei confronti della su menzionata sentenza della Corte d'appello.

1.3. Con nota prot. n. 22057 del 19 settembre 2005 l'avvocato del comune di Campobasso ha chiesto al sig. Colucci il pagamento delle somme liquidate, a titolo di sorte capitale e refusione delle spese di lite, in favore dell'ente a seguito della conclusione di alcuni processi (fra gli altri, quelli di cui alle sentenze del Tribunale civile n. 513 del 2000 e delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 13290 del 2005);

2. Avverso tale ultima nota è insorto il Colucci notificando ricorso al T.a.r. del Molise in data 17 novembre 2005.

Nel ricorso (pagine 3 – 6), sono stati sviluppati i seguenti autonomi motivi:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241 del 1990; eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e contraddittorietà del comportamento del comune;
b) violazione e falsa applicazione dell'art. 67, d.P.R. n. 268 del 13 maggio 1987;
c) eccesso di potere per violazione di circolare interna del comune;
d) violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 10 *bis*, l. n. 241 del 1990.

E' stata, altresì, proposta domanda di risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 80 del 1998, (sostituito dall'art. 7, terzo comma, primo periodo l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nel testo modificato dall' ert. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205) onde

ottenere il ristoro del danno morale, alla vita di relazione e familiare (derivante dallo stress patito), nonché quello patrimoniale (derivante dalle lunghe e costoso iniziative giudiziarie intraprese per contrastare la condotta asseritamene illecita del comune).

3. L'impugnata sentenza – T.a.r. del Molise, n. 188 del 26 marzo 2007 – ha dichiarato il ricorso inammissibile - per intervenuta decadenza dall'azione in forza della norma sancita dall'art. 45, co. 17, d.lgs. n. 80 del 1998, riprodotta dall'art. 69, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 - essendo stato notificato davanti al giudice amministrativo in data 17 novembre 2005, oltre il termine perentorio del 15 settembre 2000.

4. Con ricorso notificato il 17 marzo 2007, e depositato il successivo 21 marzo, il signor Colucci ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. invocando, da un lato, l'applicazione dei principi in materia di *translatio judicii,* dall'altro, riproponendo tutte le domande non esaminate in prime cure.

5. Si è costituito il comune di Campobasso deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

6. Con ordinanza di questa sezione – n. 2754 del 27 maggio 2008 – è stata respinta la domanda di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza <<*Considerato che la sentenza del T.a.r. è conforme alla consolidata interpretazione che dell'art. 45, co 17, d.lgs n. 80/1998 hanno dato l'adunanza plenaria*

(21/2/2007, n. 4) e le sezioni unite (3/2/2004, n. 1989); che l'appellante invoca erroneamente i principi elaborati in tema di translatio iudicii, dato che il T.a.r. non ha deciso una questione di giurisdizione limitandosi a prendere atto della avvenuta decadenza dall'azione (cfr. Cons. St., sez. V, 14/4/2008, n. 1606); che, in ogni caso, l'appellante rivendica il diritto di conseguire il rimborso delle spese legali a mente dell'art. 67, d.P.R. n. 268/1987 senza che ne ricorrano i presupposti (cfr. Cons. St., sez. V, 12/2/2007, n. 552); che le spese della presente fase cautelare saranno liquidate all'esito della definizione del merito, salvo che l'appellante non rinunci al gravame o dichiari la sopravvenuta carenza di interesse>>.

7. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 12 maggio 2009.

8. L'appello è infondato e deve essere respinto.

8.1. Preliminarmente il collegio osserva che tutti i motivi di gravame sono stati, nella sostanza, esaminati e disattesi dalla su richiamata ordinanza di questa Sezione n. 2754 del 2008.

Successivamente alla pubblicazione dell'ordinanza in questione, l'appellante non ha depositato memorie o note per confutarne il contenuto; pertanto, riportandosi integralmente a quanto già illustrato, la sezione si limita ad osservare quanto segue.

8.2. In ordine alla decadenza dalla domanda proposta dal ricorrente nel 2005 ed alla inapplicabilità, nel particolare caso

di specie, dei principi in materia di *translatio iudicii* è sufficiente rinviare alla riportata ordinanza di questa sezione n. 2754 del 2008.

In questa sede è sufficiente evidenziare, per completezza, che:

a) contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, l'originario ricorso di primo grado non è stato proposto in riassunzione del giudizio concluso dalle sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza n. 13290 del 2005, ma per impugnare la nota prot. n. 22057 del 19 settembre 2005;

b) il T.a.r. non si è pronunciato sulla giurisdizione del giudice amministrativo o di quello ordinario.

8.3. La pretesa al rimborso delle spese legali è infondata anche nel merito.

L'art. 67, co. 1, d.P.R. 13 maggio 1987 n. 268 cit. che si riporta per comodità, sancisce che: <<*1. L'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilità civile o penale 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*>>.

Tale norma, riprodotta nel suo nucleo essenziale in successive disposizioni relative a varie categorie di personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (ad es. art. 20, d.P.R. 4 agosto 1990, n. 335; art. 18, d.l. 25 marzo 1997, n. 67 convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 1997, n. 135), è stata oggetto di una serrata analisi giurisprudenziale che ha condotto alla enucleazione di una serie di principi dai quali la sezione non intende discostarsi (cfr. da ultimo Cons. St., sez. III, 11 novembre 2008, n. 1914/2008; id., 14 ottobre 2008, n. 2391/2008; id., 29 gennaio 2008, n. 98/2008; Cass., sez. lav., 24 novembre 2008, n. 27871; sez- lav., 19 novembre 2007, n. 23904; Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2007, n. 552; Sez. V, 9 ottobre 2006, n. 5986; sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5367).

8.3.1. L'affermazione che il datore di lavoro pubblico è tenuto a rimborsare le spese legali sostenute dal dipendente, implicato in giudizio civile, penale o amministrativo, per fatti connessi al servizio svolto o all'ufficio ricoperto, è ricondotta ad un principio generalissimo e fondamentale dell'ordinamento amministrativo e lo si fa discendere, per un verso, dall'interesse dell'amministrazione, allorquando l'inadempimento, l'imputazione o l'addebito riguardino un'attività svolta in diretta connessione con i fini dell'ente e siano, in definitiva, ascrivibili all'ente stesso; per altro verso, dal divieto di arricchimento senza causa e dalla regola

generale di cui all'art. 1720, co. 2, c.c., dettata in tema di rapporti fra mandante e mandatario, secondo la quale il mandatario ha diritto ad esigere dal mandante il risarcimento dei danni subiti a causa dell'incarico.

Logici corollari di tali premesse sono:

a) l'applicazione del principio anche a fattispecie anteriori all'entrata in vigore delle specifiche norme di settore;

b) l'affermazione che la pretesa al rimborso delle spese legali non ha consistenza di interesse legittimo ma di diritto soggettivo, la cui sussistenza è subordinata al ricorrere di alcune condizioni normativamente stabilite.

Per quanto più specificamente attinente alla norma sancita dall'art. 67 cit., si osserva che il mancato coinvolgimento iniziale dell'ente nella scelta del difensore del dipendente, nell'ipotesi di giudizio instaurato per fatti connessi all'espletamento del proprio incarico, privando di significato la previsione normativa in esame, volta a tutelare diritti ed interessi che sono comuni ad entrambe le parti, non determina la doverosità del rimborso per le suddette spese sostenute dal dipendente.

L'art. 67 (secondo un modello procedimentale analogo a quello relativo all'assunzione a carico dello Stato della difesa dei pubblici dipendenti per fatti e cause di servizio), rimette alla valutazione discrezionale *"ex ante"* dell'ente locale, con specifico riferimento all'assenza di conflitto di interessi, la

scelta di far assistere l' impiegato da un legale di comune gradimento. Non è però in alcun modo riconducibile al contenuto precettivo della suddetta norma la pretesa di ottenere il rimborso delle spese del patrocinio legale a seguito di una scelta del tutto autonoma e personale nella nomina del proprio difensore

Qualora l'amministrazione si sia costituita parte civile nel procedimento penale a carico del proprio impiegato, ed alla data di questo penda a carico sempre dello stesso impiegato un procedimento davanti alla Corte dei conti per gli stessi fatti oggetto dell'indagine penale, è di tutta evidenza come le pretese fatte valere dalla suddetta amministrazione nel procedimento penale e nel giudizio contabile, manifestino l'esistenza di un conflitto di interessi tra le parti, escludendo che la difesa del dipendente possa essere in qualche modo riferita alla tutela di diritti ed interessi dell'Amministrazione. Conseguentemente, in tal caso, non sussistendo uno dei presupposti essenziali quale la mancanza in concreto di conflitto d'interesse tra l'impiegato e l'amministrazione, l' impiegato non può beneficiare di quanto stabilito dall'art. 67 cit., ossia del beneficio del rimborso delle spese penali sostenute.

L'art. 67, disponendo che l'ente locale assuma a proprio carico, <<*anche a tutela dei propri diritti ed interessi*>>, ogni onere di difesa facendo assistere il dipendente da un legale

<<*di comune gradimento*>>, a condizione che non sussista un conflitto:

a) intende tenere indenni i soggetti che abbiano agito in nome e per conto, oltre che nell'interesse, dell'amministrazione, dalle spese legali affrontate per i procedimenti giudiziari strettamente connessi all'espletamento dei loro compiti istituzionali;

b) è norma comunque dettata al fine di consentire all'amministrazione la tutela della sua posizione, non potendo essa procedere ad esborso di denaro pubblico se non per la cura di un pubblico interesse.

Si esige, pertanto, un vero e proprio nesso di causalità tra gli obblighi di servizio ed il fatto o atto che ha dato origine al processo, nel senso che l'atto o il fatto posto in essere dalla persona fisica sia riferibile all'amministrazione.

Conseguentemente, non essendo sufficiente la mera "occasione" di servizio, restano fuori dall'ambito applicativo della norma:

a) le condotte poste in essere dall'impiegato "in occasione" del servizio ma per motivi personali non riferibili all'ente di appartenenza;

b) gli eventi determinanti che non costituiscono essi stessi una parte o una modalità della prestazione lavorativa;

c) le condotte in cui viene in rilievo il solo possesso della qualifica di pubblico ufficiale o la mera contestualità

cronologica tra lo svolgimento del servizio ed il comportamento addebitato.

8.3.2. Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie la sezione rileva la mancanza di alcuni degli elementi costitutivi del diritto al rimborso delle spese legali, in quanto:

a) è palese la sussistenza del conflitto di interesse fra amministrazione e l' impiegato (a suo tempo denunciato alla procura della Repubblica e sottoposto a procedimento disciplinare per iniziativa del medesimo ente);

b) difetta il requisito della causa di servizio (avendo agito il ricorrente secondo l' imputazione ascrittaglia per fini egoistici);

c) è mancato l'accordo in ordine alla scelta del difensore che ha assistito l'odierno ricorrente in sede penale.

8.4. Sulla scorta di quanto in precedenza illustrato appare evidente l'inammissibilità delle censure (di cui al primo, terzo e quarto motivo dell'originario ricorso), formulate nel presupposto della natura provvedimentale della nota del comune in data 19 settembre 2005.

Come dianzi precisato, la posizione soggettiva di cui si chiede tutela ha la consistenza del diritto soggettivo e la nota comunale del 19 settembre 2005 è del tutto priva di qualsiasi

valenza autoritativa consistendo in un semplice riepilogo delle poste di credito vantate dal comune.

8.5. La domanda di risarcimento del danno è inammissibile ed infondata e deve essere respinta nella sua globalità.

L'inammissibilità discende dalla sua assoluta genericità.

L'infondatezza deriva dalla totale mancanza di prova sia dell'elemento soggettivo (dolo o colpa del comune), per le considerazioni sviluppate nel precedente punto 8.3., sia del danno subito; elementi entrambi essenziali della fattispecie di illecito extracontrattuale.

9. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- condanna il signor Francesco Colucci a rifondere in favore del comune di Campobasso le spese, le competenze e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge (spese generali al 12,50%, I.V.A. e C.P.A.).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 12 maggio 2009, con la partecipazione di:

Raffaele Iannotta	- Presidente
Vito Poli Rel. Estensore	- Consigliere
Carlo Saltelli	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere
Eugenio Mele	- Consigliere

ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Vito POLI

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 7.10.2009

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Elisabetta Argiolas