

Ischia, 23 settembre 2002

Oggetto: parere sull'ammissibilità del rimborso delle spese legali sostenute da ex amministratori comunali in procedimenti penali definiti con formula assolutoria.

Viene chiesto allo scrivente di esprimere parere sulla problematica in oggetto, ai fini dell'eventuale riconoscimento delle relative partite tra i debiti "fuori bilancio".

La premessa

In linea generale, nel campo del diritto pubblico, mentre una parte della giurisprudenza, in tema di rimborso agli amministratori degli enti pubblici delle spese legali da essi sostenute in ragione del loro mandato, ritiene necessaria l'applicazione analogica di principi generali del diritto civile dettati dall'**art. 1720, II comma, c.c.**, stante l'assenza di una normativa *ad hoc* e considerata la specialità della disciplina esistente per i soli dipendenti¹, altra giurisprudenza fa esplicito riferimento alla normativa dettata per i dipendenti degli enti pubblici dal **D.P.R. 1 giugno 1979, n. 191**, il quale, all'**art. 16**, prevede che *"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 interessi con l'ente"*².

¹ Cons. Stato, sent. n. 4222/00; Corte Cost., sent. 16 giugno 2000 n. 197

² Cass. sez. I, 13.12.2000, n. 15724; Cass., sez. I, 3.1.2001, n. 48; Cass. 3.1.2001, n. 54; Corte dei Conti, sez. I, 1.2.1977, n. 21;

Dall'analisi del dettato legislativo sopramenzionato si ricava che l'assunzione dell'onere relativo all'assistenza legale dell'amministratore da parte dell'ente locale non è tuttavia automatico, ma deve essere conseguenza di alcune valutazioni che l'ente è tenuto preventivamente a compiere circa la sussistenza delle seguenti imprescindibili condizioni:

- a)** se ricorra la necessità di tutelare i propri diritti ed interessi e la propria immagine;
- b)** la diretta connessione del contenzioso processuale alla carica espletata o all'ufficio rivestito dal pubblico funzionario;
- c)** la carenza di conflitto di interessi tra gli atti compiuti dal funzionario e l'ente;
- d)** la conclusione del procedimento con una sentenza di assoluzione, che abbia accertato la insussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave.

Per quanto concerne il primo dei requisiti sopra richiamati, la più recente giurisprudenza ha evidenziato che *“la difesa nel giudizio penale del pubblico dipendente risponde all'esigenza di adeguata tutela della pubblica amministrazione, per la salvaguardia dell'immagine e per la necessità di evitare o limitare i potenziali danni patrimoniali a carico dell'amministrazione stessa derivanti dalla responsabilità civile in base all'art. 28 della Costituzione e dalle norma attuativa di tali principi, di cui agli artt. 18 e ss. D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3”*³.

L'obbligo gravante sull'ente di assumere le spese dei procedimenti penali in cui siano stati implicati propri dipendenti o amministratori è, però, strettamente legato alla circostanza che tali procedimenti riguardino fatti ed atti in concreto imputabili non ai singoli soggetti che hanno agito per conto della pubblica amministrazione, ma direttamente ad essa in forza del rapporto di immedesimazione organica, con la conseguenza che i pubblici amministratori non devono sopportare nella propria sfera personale gli effetti svantaggiosi o pregiudizievoli della propria attività istituzionale⁴.

E' da escludersi, pertanto, che, ai fini del rimborso, possano assumere rilievo quei comportamenti dell'amministratore che, non esprimendo la

³ *cf.* T.A.R. Veneto, sent. 23 marzo 2000, n. 835

⁴ *cf.* Corte dei Conti, sez. riun., 5 aprile 1991, n. 707

volontà dell'amministrazione, costituiscano esclusiva ed autonoma manifestazione della personalità dell'agente⁵.

Il terzo requisito – punto qualificante dell'ammissibilità del rimborso – è costituito dall'assenza di conflitto di interessi fra l'attività dell'Amministrazione e l'attività posta in essere dal singolo amministratore nello specifico adempimento dei compiti d'ufficio: il rimborso delle spese per gli onorari di difesa sostenute da un amministratore in un processo penale elevato a suo carico in conseguenza dell'esercizio delle sue funzioni è, dunque, legittimo a condizione che l'amministratore abbia agito nell'interesse dell'ente e non in conflitto di interessi⁶. Tale situazione conflittuale si verifica quando l'interessato, avendo agito con dolo o con colpa grave, si è posto in una posizione di contrasto rispetto al perseguimento degli interessi propri dell'amministrazione locale, con l'adozione di atti d'ufficio che non siano nell'esclusivo interesse dell'amministrazione stessa.

Ulteriore ed essenziale condizione è costituita dal fatto che il procedimento penale si sia concluso con una sentenza di assoluzione che accerti l'inesistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa grave nella condotta posta in essere dall'amministratore.

Relativamente a tale ultimo aspetto deve osservarsi che la giurisprudenza, sia amministrativa che contabile, ha più volte affermato la necessità che l'imputato sia assolto con la formula più liberatoria e non collegata a cause che inibiscano l'accertamento dell'inesistenza dell'elemento psicologico del reato quali, ad esempio, la prescrizione, il proscioglimento per amnistia, la sopraggiunta abrogazione legislativa della norma incriminatrice, formule decisorie intermedie che non conferiscono certezza sull'inesistenza del contrasto di interessi fra l'amministratore e l'ente e lasciano, infatti, ancora spazio per l'accertamento della responsabilità in sede amministrativa⁷.

L'esame delle singole fattispecie

⁵ cfr. Cass. SS.UU. 10.4.2000, n. 111, secondo cui *“il rimborso delle spese legali (...) riguarda fatti direttamente connessi all'espletamento di compiti d'ufficio, quale ineliminabile presupposto”*

⁶ cfr. Cass. 13.12.2000, n. 15724; Cass. 3.1.2001, n. 48

⁷ C.d.S. (sez. V), 14 aprile 2000, n. 2242, in *Foro Amm.*, 2000, 1312

E' fondamentale, alla luce della premessa che precede, ai fini della corretta verifica della ricorrenza delle condizioni sopra menzionate, l'esame dell'esito finale di ciascun procedimento penale dal quale sia scaturita ogni singola istanza di rimborso, attribuendo il giusto rilievo al contenuto motivazionale delle pronunce che hanno definito i giudizi, non essendo sufficiente il mero dato formale dell'esistenza di una sentenza assolutoria.

Va anche detto, in via di principio, che, nella gerarchia delle cause di assoluzione, la formula "perché il fatto non sussiste", prevista dall'art. 530, 1° comma, c.p.p., è tra le più favorevoli ed ampiamente liberatorie poiché presuppone che nessuno degli elementi integrativi della fattispecie criminosa contestata risulti provato⁸; la stessa implica che sia stata una questione di fatto e non di mero rito a definire il giudizio.

Non esclude la materiale esistenza di un fatto-reato, ma libera comunque l'imputato da ogni penale responsabilità, sancendo l'estraneità del medesimo alla commissione stessa dell'illecito, la pronuncia assolutoria con la formula "per non aver commesso il fatto".

I profili di maggiore problematicità, ai fini che ci occupano, concernono i giudizi definiti con formule assolutorie diverse da quelle sopra menzionate.

Non v'è dubbio, infatti, che l'assoluzione "*perché il fatto non costituisce reato*" postula la non ricorrenza dell'elemento psicologico del reato nella forma del dolo, ma non esclude che la condotta possa avere assunto connotati di varia gravità sotto il profilo della colpa; e, ancora, l'assoluzione "*perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*" postula la non corrispondenza del fatto allo schema legale tipico, ma allo stesso modo non esclude che l'agente abbia posto in essere atti o comportamenti illegittimi, rilevanti in sede extra-penale, tali da ingenerare un conflitto di interessi.

Parimenti, esclude la rilevanza penale della condotta la pronuncia assolutoria "*perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*", lasciando, tuttavia, insoluta la questione se, quella stessa condotta (non più vietata dalla legge penale) possa assumere rilevanza ad altri fini.

⁸ Cass. pen., sez. IV, 26 giugno 1992, n. 7557

Non può sottacersi, tuttavia, la circostanza che, per la gran parte, le istanze di rimborso sono relative a procedimenti penali conclusi con sentenze di assoluzione dal reato p. e p. dall'art. 323 c.p. - il quale postula la sussistenza del requisito sub b) - e con formule che portano ad escludere ogni ipotesi di conflitto di interessi (fatto non sussiste - non aver commesso il fatto).

Inoltre, le residue pronunce assolutorie dal medesimo reato con la formula "*il fatto non costituisce reato*" (che, per il delitto ex art. 323 c.p., nella nuova formulazione introdotta dall'art. 1 L. 16 luglio 1997, n. 234, implica il riconoscimento dell'assenza dell'elemento psicologico nella forma del dolo intenzionale) devono correttamente valutarsi - ai fini dell'ammissibilità del rimborso - alla luce delle risultanze istruttorie, ricercando nella condotta posta in essere dagli imputati (poi assolti) eventuali profili di contrasto con l'interesse pubblico e le finalità perseguite dall'Amministrazione comunale.

La scelta del legale di "comune gradimento".

Non disconosce lo scrivente che una recente giurisprudenza nega che l'Ente possa erogare il rimborso quando la richiesta sia stata avanzata a procedimento concluso, anziché sin dall'apertura del procedimento⁹.

L'art. 67 del D.P.R. n. 68 del 1987, applicabile estensivamente, secondo un indirizzo giurisprudenziale, al pari dell'art. 16 del D.P.R. n. 191 cit., anche agli amministratori, prevede la scelta di un "*legale di comune gradimento*" cui affidare la difesa del dipendente.

La previsione è stata letta nel senso di attribuire all'amministrazione un ruolo preventivo nella scelta del legale, il quale, si rammenta, assume pur sempre la funzione di "tutela dei diritti e degli interessi dell'ente". E' vero, però, che, una volta assolto l'onere di comunicare preventivamente all'amministrazione la volontà di farsi assistere da un proprio difensore di fiducia, spetta all'ente dover rappresentare il proprio dissenso sul nome del professionista incaricato. Il silenzio dell'amministrazione assume, in questo

⁹ Corte dei Conti, sez. giurisd. Abruzzo, 29.11.1999, n. 1122/99/EL; T.A.R. Lombardia, 12.6.1996, n. 7999, in Trib. Amm. Reg., 1996, I, 3092

caso, il significato di assenso alla nomina comunicata dal dipendente o amministratore.

E' anche vero che, laddove l'Ente abbia comunque avuto conoscenza – come nei casi in esame - del procedimento penale a carico dell'amministratore, essendo stato individuato dalla Procura della Repubblica come persona offesa dal reato nella richiesta di rinvio a giudizio o altro atto equivalente e/o propedeutico alla formulazione dell'imputazione, la scelta "concordata" del legale costituisce una contraddizione in termini, essendovi, *ex ante*, incompatibilità tra la difesa dell'Ente e quella dell'amministratore indagato o imputato. In tal caso il giudizio sulla ammissibilità del rimborso dovrà necessariamente compiersi *ex post* tenendo conto dell'esito del procedimento, essendo ingiusto e – come detto - non conforme ai principi che i pubblici amministratori debbano sopportare nella propria sfera personale gli effetti svantaggiosi o pregiudizievoli della propria attività istituzionale.

Le conclusioni.

Lo scrivente ritiene di aderire all'opinione dottrinale e giurisprudenziale che considera applicabile alla soggetta materia la normativa dettata per i dipendenti degli enti pubblici¹⁰, con la conseguenza che, accertata la ricorrenza delle quattro condizioni elencate in premessa e ritenuta la non necessarietà della preventiva comunicazione del nominativo del legale incaricato della difesa (ovvero la formazione del silenzio-assenso nei casi di preventiva comunicazione), l'ente è obbligato ad erogare il chiesto rimborso.

Nella specie, dubbi si esprimono in ordine alla ammissibilità del rimborso nei due casi di assoluzione con la formula "*il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato*".

Avv. Giocchino Celotti

¹⁰ *cf.*, da ultimo, Tribunale di Napoli, Sez. Dist. di Ischia, G.U. dott. Troncone, sent. n. 2 del 30.12-7.1.2002 (Comune di Forio c/Matarese)