

24461-20

ORIGINALE



**LA CORTE SUPREMA DI
CASSAZIONE
TERZA SEZIONE CIVILE**

Oggetto

***CONTRATTI E
OBBLIGAZIONI IN
GENERE**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: **R.G.N. 27932/2018**

Dott. ULIANA ARMANO - Presidente - Cron. **24461**

Dott. DANILO SESTINI - Consigliere - Rep. **C.I.**

Dott. STEFANO OLIVIERI - Rel. Consigliere - Ud. 10/07/2020

Dott. ENRICO SCODITTI - Consigliere - CC

Dott. EMILIO IANNELLO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 27932-2018 proposto da:

(omissis) , elettivamente domiciliato in

(omissis) , presso lo studio

dell'avvocato (omissis) ,

rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis)

(omissis);

- ricorrente -

nonchè contro

2020

COMUNE DI ROSSANO ;

885

- intimato -

avverso la sentenza n. 112/2018 del
TRIBUNALE di CASTROVILLARI, depositata il
26/02/2018;

udita la relazione della causa svolta nella
camera di consiglio del 10/07/2020 dal
Consigliere Dott. STEFANO OLIVIERI;

Fatti di causa

Con sentenza in data 25.6.2011 n. 477 il Giudice di Pace di Rossano aveva riconosciuto il diritto di (omissis) , dipendente comunale, ad ottenere dal Comune di Rossano il rimborso delle spese legali sostenute per la difesa nel procedimento penale nel quale era stato indagato per il reato di cui all'art. 323 c.p. e che era stato definito con decreto di archiviazione del GIP del Tribunale di Rossano in data 5.3.2008.

Il Tribunale di Castrovillari, accogliendo l'appello proposto dal Comune di Rossano, con sentenza in data 26.2.2018 n. 112, ha riformato la decisione impugnata, rigettando la domanda di rimborso: da un lato, disconoscendo la sussistenza dei presupposti di legge, in quanto il vizio di legittimità che inficiava il provvedimento (essendo stato emesso illegittimamente un premezzo di costruire, non essendo stata effettuata la preventiva verifica della intestazione del titolo di proprietà presso l'Ufficio della Conservatoria) escludeva per ciò stesso che l'atto potesse essere riferito al Comune; dall'altro, disapplicando, in quanto ritenuto illegittimo (per incompetenza del titolare dell'organo, per difetto dei presupposti di legge e per omessa valutazione dell'interesse pubblico), l'"atto amministrativo" con il quale il Dirigente dei Servizi generali del Comune aveva dichiarato il "gradimento" per la nomina del legale effettuata dal (omissis) e da questi comunicata al Comune con lettera in data 17.2.2006.

La sentenza di appello è stata ritualmente impugnata per cassazione da (omissis) con ricorso, affidato a quattro motivi, notificato al difensore del Comune di Rossano in data 27.9.2018.

Il Comune intimato non ha svolto difese.

Il ricorrente ha depositato memoria illustrativa ex art. 380 bis.1 c.p.c.

Ragioni della decisione

3

Ritiene opportuno il Collegio fare precedere l'esame dei motivi del ricorso dalla ricognizione della disciplina normativa applicabile alla fattispecie e dal richiamo ai precedenti giurisprudenziali che ne hanno fornito la interpretazione.

La norma di diritto della cui applicazione si controverte nel presente giudizio, **art. 67** (titolato nella rubrica: "*Patrocinio legale*") del **Decreto del Presidente della Repubblica 13 maggio 1987, n. 268** (recante "*Norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo sindacale, per il triennio 1985-1987, relativo al comparto del personale degli enti locali*"), nel testo vigente *ratione temporis*, dispone che : "**1.** *L'ente, anche a tutela dei propri diritti ed interessi, ove si verifichi l'apertura di un procedimento di responsabilita' 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.* **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.*"

Pertanto gli elementi costitutivi del diritto del dipendente ad ottenere il predetto rimborso vanno individuati come di seguito indicato:

- 1- deve sussistere un rapporto di pubblico impiego tra l'ente ed il dipendente (la norma quindi non si applica ai titolari di uffici onorari od elettivi : Corte cass. Sez. 3, *Sentenza n. 20193 del 25/09/2014*, secondo cui il rimborso spese legali non compete all'assessore comunale, non essendo configurabile tra quest'ultimo e l'ente un rapporto di lavoro dipendente)
- 2- il dipendente pubblico deve essere stato tratto a giudizio penale o civile, ossia il giudizio nel quale il dipendente assume il ruolo di indagato/imputato o convenuto deve essere iniziato

- 3- oggetto del procedimento penale o della controversia civile deve essere la attività materiale od amministrativa-provvedimentale compiuta dal dipendente, in quanto "*direttamente connessa*" a) all'espletamento del servizio; b) all'adempimento dei compiti di ufficio
- 4- non deve sussistere - con valutazione "ex ante" da parte della PA, da compiere anche alla stregua degli accertamenti dei fatti risultanti dal giudizio: Corte cass. Sez. L - , *Sentenza n. 34457 del 24/12/2019* - una situazione di "*conflitto di interesse*" tra l'ente ed il dipendente, ciò che la norma esprime anche indirettamente laddove ricollega il dovere dell'ente di assumere le spese legali "*anche*" a tutela dei propri diritti ed interessi.

L'elemento problematico della fattispecie è quello indicato sub n. 3, in relazione al quale - secondo un orientamento giurisprudenziale - viene a dipendere la configurabilità della situazione di conflitto di interesse.

Fermo il principio, condiviso in giurisprudenza, che l'esito del giudizio - quando anche assolutorio in sede penale - od il mancato esercizio della azione disciplinare, o la omessa costituzione di parte civile dell'ente datore di lavoro, non hanno alcuna influenza sulla verifica del "*conflitto di interesse*" (che, al contrario, deve ravvisarsi tutte le volte in cui l'Amministrazione pubblica si sia attivata in via amministrativa, disciplinare o giudiziale, contestando al dipendente la illiceità od irregolarità dell'attività svolta), al fine di accertare la incompatibile divergenza tra le posizioni del dipendente e del Comune occorre che l'attività svolta dal primo sia estrinsecazione delle competenze allo stesso attribuite, nel senso che la condotta materiale o provvedimentale da quello tenuta sia riconoscibile come attività riferibile all'ente datore di lavoro, in quanto strumentale al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente, ovvero compiuta nell'adempimento di doveri di servizio (cfr. Corte cass. Sez. 6 - L, *Ordinanza n. 2366 del 05/02/2016*; id. Sez. L - , *Sentenza n. 20561 del 06/08/2018*; id. Sez. L - , *Sentenza n. 34457 del 24/12/2019*).

Resta quindi esclusa dal diritto al rimborso delle spese legali, la ipotesi in cui i fatti ascritti al dipendente esulino dalla funzione svolta e costituiscano "*grave*

violazione dei doveri d'ufficio" (cfr. Corte cass. Sez. L, Sentenza n. 2297 del 03/02/2014), ovvero la ipotesi in cui "la condotta addebitata sia stata il frutto di iniziative autonome, contrarie ai doveri funzionali o in contrasto con la volontà del datore di lavoro" (cfr. Corte cass. Sez. L - , Ordinanza n. 17874 del 06/07/2018).

La norma, infatti, viene a tutelare tanto il dipendente quanto l'Amministrazione di appartenenza, e tale coincidenza di interessi può trovare fondamento esclusivamente nella corrispondenza tra l'attività svolta dal primo - in quanto funzionale all'adempimento dei compiti o delle competenze amministrative assegnategli - ed il perseguimento degli obiettivi nei quali viene ad attuarsi lo scopo istituzionale affidato all'ente pubblico: con la conseguenza - chiaramente esplicitata dal **comma 2** dell'art. 67 del DPR n. 268/1987 - che confligge insanabilmente con l'interesse dell'ente un fatto od un atto commesso o compiuto dal dipendente "*con dolo o colpa grave*". In sostanza la disciplina normativa in questione viene a collocarsi nell'ambito della comune responsabilità per colpa lieve della PA laddove la condotta materiale del dipendente (ad esempio il sinistro stradale che abbia visto coinvolto veicolo di servizio condotto dal dipendente) ovvero l'attività amministrativa svolta dallo stesso (in relazione a qualsiasi fase del procedimento amministrativo), in quanto imputabile all'ente, abbia determinato una esposizione di quest'ultimo alla responsabilità verso terzi: dunque, anche nella ipotesi in cui "*per colpa*" del dipendente (dipesa da imperizia, imprudenza, negligenza, inosservanza di norme, ordini o discipline) sia stato emesso un atto amministrativo affetto, non soltanto da mere irregolarità formali, ma da tipici vizi di legittimità (ascrivibili a violazioni di legge od omessa corretta ponderazione degli interessi sostanziali in conflitto), e che quindi abbia determinato un pregiudizio nella sfera di altri soggetti pubblici o privati, dai quali il dipendente venga chiamato a rispondere sul piano della responsabilità penale e/o - eventualmente unitamente all'ente - sul piano della responsabilità civile.

Tanto premesso, è ora possibile procedere all'esame dei motivi di ricorso.

Primo motivo : *violazione artt. 112 , 132 n. 4, 163 n. 5, 165, 347, 348 c.p.c.; artt. 74, 87, 118 disp. att. c.p.c. ; artt. 24 e 111 Cost. in relazione art. 360co1 n. 4 c.p.c..*

Il ricorrente si duole che il Tribunale abbia rigettato la eccezione di inammissibilità dell'appello principale del Comune, per mancato deposito della sentenza di prime cure, in quanto non avrebbe considerato che il timbro apposto in calce all'elenco atti e documenti riportato nell'atto di appello del Comune, non era corredato della sottoscrizione del funzionario di Cancelleria, sicchè i documenti ivi indicati - tra cui la sentenza di prime cure - dovevano ritenersi "*tamquam non essent*" .

Il motivo nella parte in cui deduce l'omessa pronuncia del Tribunale sulla eccezione di procedibilità dell'appello è manifestamente infondato.

Il ricorrente ipotizzerebbe - in contrasto con la espressa previsione normativa - che la mancata produzione della sentenza impugnata e del fascicolo di primo grado in uno con il deposito dell'atto di appello, vizierebbe insanabilmente la costituzione in giudizio, dovendo essere considerata, a suo dire, equivalente la costituzione dimidiata (o imperfetta) alla omessa costituzione della parte appellante nei termini perentori.

E' appena il caso di osservare : **a)** che una volta rigettata la eccezione di inammissibilità dell'appello, avendo il Tribunale accertato che, tanto la sentenza del Giudice di Pace, quanto il fascicolo di primo grado, risultavano depositati con l'atto di appello del Comune, alcun ulteriore obbligo di esame della eccezione di improcedibilità gravava sul Tribunale, in quanto essendo la improcedibilità effetto consequenziale -secondo la prospettazione dell'eccepiente - della "*imperfetta costituzione in giudizio*" (per asserita omessa produzione della sentenza impugnata e del fascicolo di primo grado), tale eccezione risulta implicitamente travolta dalla pronuncia che ha accertato il regolare deposito della sentenza e del fascicolo di primo grado, e che ha

escluso quindi una "imperfetta" costituzione in giudizio, risultando pertanto infondata anche la censura di carenza assoluta di motivazione; **b)** che la tesi difensiva è in contrasto con il disposto dell'art. 348 c.p.c. come interpretato alla luce dell'art. 165, comma 1, c.p.c. (che prevede la produzione dei documenti offerti in comunicazione all'atto della costituzione in giudizio), cui rinvia l'art. 359 c.p.c., atteso che: **b1-** il deposito della sentenza impugnata, non è richiesto né a pena di inammissibilità dell'appello, né a pena di improcedibilità dello stesso, proprio perché la legge processuale (a seguito della modifica dell'art. 347 c.p.c. disposta dalla legge n. 353/1990) non considera più la produzione della sentenza impugnata come adempimento formale indispensabile alla rituale costituzione in giudizio (giurisprudenza consolidata: Corte cass. Sez. L, *Sentenza n. 2171 del 28/01/2009* ; id. Sez. 2, *Sentenza n. 238 del 11/01/2010* ; id. Sez. 3, *Sentenza n. 27536 del 10/12/2013*; id. Sez. 3 - , *Sentenza n. 23713 del 22/11/2016*. Al riguardo occorre bene chiarire come costituisca espressione di un orientamento del tutto isolato, e comunque definitivamente abbandonato, quello che traspare dal precedente di Corte cass. Sez. 6 - 5, *Ordinanza n. 1079 del 20/01/2014* che, nel collegare la improcedibilità dell'appello all'omesso deposito della sentenza impugnata, si limita ad invocare il precedente di Corte cass. Sez. 2, *Sentenza n. 15303 del 2006* secondo cui non era consentito al Giudice di appello, "anche a seguito delle modifiche legislative introdotte con la L. n. 353 del 1990, ovviare alla carenza di un presupposto essenziale per la pronuncia d'appello mediante rimessione della causa davanti all'istruttore", e che fondava tale asserzione sulla autorità di Corte cass. Sez. 3, *Sentenza n. 13539 del 2000* che, però, riguardava una fattispecie in cui era applicabile la precedente norma processuale sulla improcedibilità); **b2** - la produzione dei documenti e, nella specie, del fascicolo di parte di primo grado, non è prefigurata dalla legge come elemento di validità della costituzione in giudizio, come emerge inequivocamente dal combinato disposto dell'art. 163, comma 1, n. 5) e dell'art. 164 c.p.c. che alla omessa indicazione, da parte dell'attore, dei mezzi di prova e dei documenti offerti in comunicazione, non ricollegano alcun vizio di

nullità della citazione, trattandosi di attività deduttiva riservata in via esclusiva al potere dispositivo della parte.

Diversa considerazione deve essere riservata alla critica del ricorrente rivolta alla statuizione del Tribunale che ha ritenuto accertata la rituale produzione in giudizio della sentenza di prime cure e del fascicolo di primo grado del Comune appellante sulla scorta del rilievo della apposizione di un timbro in calce *"all'indice allegato la fascicolo"* dell'atto di appello, con la dicitura *"Tribunale di Rossano - 6 ott. 2011 pervenuto in cancelleria"*

L'art. 74, comma 4, disp. att. c.p.c. stabilisce che *"il cancelliere, dopo aver controllato la regolarità anche fiscale degli atti e dei documenti, **sottoscrive l'indice** del fascicolo ogni volta che viene inserito in esso un atto o documento"*

Questa Corte ha escluso che possano ammettersi succedanei alle formalità sopra indicate (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 27536 del 10/12/2013 che ha enunciato il seguente principio : *"La sottoscrizione del cancelliere posta sull'originale dell'atto di citazione in appello contenente l'indice degli atti e dei documenti prodotti in sede di costituzione di parte dell'appellante è una formalità non prevista dalla legge e non può ritenersi equivalente alla sottoscrizione dell'indice del fascicolo contenente gli atti e i documenti prodotti ai sensi dell'art. 74 disp. att. cod. proc. civ. in quanto solo quest'ultima lascia presupporre che il cancelliere abbia controllato l'effettività della produzione documentale ivi indicata"*). In particolare è stato precisato che *"La sottoscrizione dell'indice del fascicolo da parte del cancelliere ha la funzione di attestare la regolarità della esibizione degli atti e dei documenti che la parte vi inserisce, nonché la data dell'esibizione, con lo scopo precipuo di mettere i documenti esibiti a disposizione della controparte in modo che la stessa possa esercitare il diritto di difesa. In mancanza, peraltro, di contestazioni sulla esibizione o sui documenti, l'omissione della sottoscrizione dell'indice del fascicolo da parte del cancelliere costituisce mera irregolarità formale, che non preclude l'utilizzazione dei documenti medesimi ai fini del giudizio."* (cfr. Corte

cass. Sez. 1, *Sentenza n. 11088 del 11/06/2004*; id. Sez. 2, *Sentenza n. 434 del 12/01/2007*; id. Sez. 3, *Sentenza n. 5671 del 09/03/2010*; id. Sez. 5 - , *Sentenza n. 3593 del 10/02/2017*).

Risulta dal motivo di ricorso in esame - avendo il ricorrente correttamente adempiuto all'onere prescritto dall'art. 366 co1 n. 3 c.p.c. - che nella comparsa di costituzione e risposta in grado di appello era stata tempestivamente formulata eccezione di inammissibilità della produzione documentale allegata all'atto di appello, non essendo stata rispettata la formalità di cui all'art. 74 disp. att. c.p.c. mancando "*un indice sottoscritto dal cancelliere nel fascicolo avverso*" (ricorso pag. 10-11).

La censura, tuttavia, va dichiarata inammissibile sotto un duplice profilo, per difetto di specificità ex art. 366 co1 n. 4 c.p.c..

Ed infatti, da un lato, il ricorrente omette del tutto di indicare se e quali "*documenti*" in senso stretto fossero stati irrualmente prodotti dal Comune e posti a fondamento della decisione del Tribunale (dalla sentenza risulta che solo tre documenti sono stati utilizzati dal Giudice di appello, ma non è dato evincere quale parte processuale li abbia prodotti : il decreto di archiviazione del GIP del Tribunale di Rossano 5.3.2008; la lettera 17.2.2006 inviata dal ^(omissis) al Comune; nota in pari data 17.2.2006 del Dirigente dei Servizi generali del Comune), con conseguente impossibilità di verifica della allegata violazione del principio del contraddittorio; dall'altro lato, non fornisce alcun riscontro - omettendo di trascrivere il contenuto dell'atto di appello del Comune (indispensabile a consentire a questa Corte di verificare la oggettiva impossibilità del Tribunale di pronunciare sui motivi di gravame anche in assenza della rituale produzione della sentenza impugnata, atteso che, come ripetutamente ribadito da questa Corte, la mancanza in atti della sentenza impugnata, ancorché quest'ultima possa risultare indispensabile per ottenere una pronuncia di merito sul gravame, non implica comunque la declaratoria di improcedibilità dell'impugnazione, ma non consente neppure la rimessione della parte in termini per la sua produzione ovvero la rimessione della causa

sul ruolo per consentirne l'acquisizione, imponendo, pertanto, al Giudice di appello l'emissione di una decisione di merito, ove questa sia possibile sulla base degli atti ; ovvero, se il contenuto della sentenza impugnata non sia desumibile in modo inequivoco dall'atto di appello, di una decisione di inammissibilità per carenza degli elementi essenziali di tale atto e, segnatamente, della specificità dei motivi sotto il profilo della loro pertinenza alle "rationes decidendi" (cfr. Corte cass. Sez. L, *Sentenza n. 2171 del 28/01/2009*; id. Sez. 2, *Sentenza n. 238 del 11/01/2010*).

Secondo motivo: *violazione dell'art. 163 n. 3, 164, 112, 132 n. 4 c.p.c., art. 118 disp. att. c.p.c., art. 111 Cost., in relazione all'art. 360co1 n. 4 c.p.c..*

Il ricorrente reitera la stessa eccezione proposta nella comparsa di risposta in grado di appello, con la quale contesta la nullità dell'atto di impugnazione del Comune per omessa indicazione del "*petitum immediato*" e del bene della vita richiesto.

Il motivo è inammissibile, in quanto gli argomenti esposti non inficiano le ragioni poste dal Tribunale a fondamento del rigetto della eccezione.

Il Tribunale ha, infatti, rilevato che nelle conclusioni dell'atto di impugnazione il Comune aveva specificamente indicato la sentenza del Giudice di Pace n. 477/2001 della quale chiedeva la integrale riforma; e quanto alle ragioni di tale richiesta il Tribunale ha ancora precisato che "*l'indicazione delle parti e il richiamo della vicenda contenziosa nel corpo dell'atto, completano il quadro assertivo e forniscono elementi sufficienti a ritenere determinato l'oggetto della domanda*" (cfr. sentenza appello, in motiv. pag. 2). Del tutto specioso è il rilievo del ricorrente per cui mancherebbe nell'atto di impugnazione una chiara volontà dell'appellante contestativa della pretesa formulata dal ^(omissis): trattandosi di causa avente ad oggetto la pretesa di rimborso delle spese legali ai sensi dell'art. 67 del Dpr n. 268/1987, e non avendo il Comune ritenuto corretta la soluzione della controversia definita dal

Giudice di Pace, riesce invero particolarmente disagiata poter dubitare della volontà dell'ente locale - o finanche di immaginare in via di mera ipotesi una volontà dell'ente locale differente da quella - di pervenire ad una decisione di rigetto della domanda introduttiva, essendo appena il caso di osservare la assoluta inconferenza dei richiami giurisprudenziali volti a distinguere la volontà rescindente da quella rescissoria (quest'ultima individuando il bene della vita che si intende conseguire), atteso che nel caso di specie, la impugnazione formulata dal Comune era fondata, esclusivamente, su motivi inerenti il merito e non era rivolta a far valere vizi processuali di nullità della decisione impugnata.

Quanto poi alla ipotizzata carenza assoluta di motivazione della sentenza del Tribunale in punto di esame della eccezione di nullità dell'atto di appello, è appena il caso di osservare che, le richiamate argomentazioni svolte dal Giudice di merito soddisfano al requisito di validità del "*minimo costituzionale*" richiesto dall'art. 111, comma 6, Cost., avuto riguardo alla interpretazione fornita da questa Corte (cfr. Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 8053 del 07/04/2014* ; id. Sez. 3 - , *Sentenza n. 23940 del 12/10/2017*). L'inequivoco riferimento all'atto di appello ed alla comparsa di costituzione e risposta del ^(omissis) nel medesimo grado di giudizio, consustanzia il requisito motivazionale che bene può essere adempiuto dal Giudice di merito anche "*per relationem*" agli atti processuali ed ai provvedimenti emessi nel corso del giudizio (cfr. Corte cass. Sez. 6 - 2, *Ordinanza n. 22562 del 07/11/2016*), in tal caso occorrendo che il ricorrente, nel contestare eventuali vizi di legittimità relativi alla insufficienza od inadeguatezza del rinvio operato nella motivazione della sentenza impugnata, deduca specificamente, a pena di inammissibilità del motivo di ricorso ex art. 366co1 n. 3 c.p.c., anche il contenuto degli atti processuali cui quella rinvia (cfr. Corte cass. Sez. U - , *Sentenza n. 7074 del 20/03/2017*), diversamente non consentendo a questa Corte di disporre della compiuta descrizione del "*fatto processuale*", indispensabile alla verifica dell'errore viziante asseritamente commesso dal Giudice di merito (cfr. Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 8077 del 22/05/2012*). E nella specie, non risultano

descritti nel corpo del ricorso per cassazione né il contenuto dell'atto di appello, né quello della comparsa di risposta (trascritta solo parzialmente: "punto 1 e 2", si veda ricorso pag. 10 e 17. Mentre a quanto risulta dallo stesso ricorso per cassazione - pag. 4-5 - tale atto difensivo conteneva anche il "punto 3" nel quale venivano sviluppati tutti gli argomenti di merito concernenti la infondatezza del gravame, facendo valere il dipendente l'atto di gradimento ed accettazione della nomina del difensore emesso dal Comune, il decreto penale di archiviazione, la sussistenza delle condizioni di cui al Dpr n. 268/1987, l'assenza di un conflitto di interessi).

Terzo motivo: *violazione artt. 11 e 20 DPR 6.6.2001 n. 380, in relazione all'art. 360co1 n. 3 c.p.c.; violazione artt. 115 e 116, 132 n. 4, c.p.c.; art. 118 disp. att. c.p.c.; art. 111 Cost.; art. 2697 c.c. in relazione all'art. 360co1 n. 4 c.p.c..*

Il ricorrente intende sottoporre a critica la disamina compiuta dal Tribunale del decreto di archiviazione emesso dal GIP del Tribunale di Rossano, in quanto dallo stesso risulterebbe contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di appello che il ^(omissis) non avrebbe rilasciato un titolo esclusivo, potendo essere concesso il permesso di costruire anche al non proprietario.

Il motivo relativo alla assunta violazione delle norme del TU della edilizia è inammissibile, in quanto investe una problematica del tutto assente nella "ratio decidendi".

Il Tribunale ha, infatti, rilevato, dallo stesso decreto di archiviazione, che il ^(omissis) aveva rilasciato - erroneamente - un permesso di costruzione ad un "soggetto non titolare del bene" avendo omissa la "preventiva verifica del titolo di proprietà". Orbene la disquisizione relativa ai soggetti diversi dal proprietario legittimati a richiedere detto permesso si palesa del tutto inutile, atteso che: **1-** il Tribunale correttamente ha ripreso l'accertamento dei fatti compiuto dal Giudice penale, per procedere alla verifica della sussistenza di un

"*conflitto di interessi*" con il Comune ostativo al rimborso delle spese legali; **2-** esula invece dal presente giudizio qualsiasi "nuova" critica rivolta all'accertamento compiuto dal Giudice penale in ordine all'errore imputato al funzionario comunale (in particolare il GIP ha ritenuto che, prima di rilasciare il permesso, dovesse essere previamente indagata, con riferimento al caso concreto, la situazione proprietaria catastale dell'immobile, e che tale omissione avesse inficiato la legittimità del provvedimento amministrativo, pur non esorbitando sul piano della responsabilità penale), accertamento in relazione al quale soltanto - in quanto contenuto nel decreto di archiviazione - poteva essere condotta la verifica della sussistenza dei requisiti legali ex art. 67 Dpr n. 268/1987; **3-** l'errore che è stato imputato al funzionario è di avere rilasciato il titolo amministrativo a soggetto "comunque" non legittimato, con riferimento a quello specifico caso concreto: e tale assunto non viene neppure toccato dalla critica mossa nel motivo in esame (che poi il responsabile del procedimento debba disinteressarsi della verifica dei requisiti di legittimazione dell'istante e della corrispondenza tra tale soggetto e quello che, nel caso concreto, è effettivamente titolare del "*jus aedificandi*", in quanto l'art. 20 TU n. 380/2001 non contempla specificamente tale attività nella istruttoria, è affermazione difensiva che non merita confutazione, solo che si osservi come in tal modo si acconsentirebbe allo svolgimento di istruttorie anche complesse che potrebbero rivelarsi del tutto inutili, con evidente violazione del principio di efficienza dell'attività della Pubblica amministrazione ex art. 97 Cost.). Peraltro vale aggiungere che, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, l'esito del giudizio che ha visto coinvolto il dipendente pubblico è irrilevante ai fini della verifica delle condizioni legali per ottenere il rimborso delle spese legali (cfr. Corte cass. Sez. L - , *Sentenza n. 20561 del 06/08/2018*), mentre bene possono essere utilizzati a fini ricostruttivi della intera vicenda gli accertamenti materiali dei fatti storici compiuti in quel giudizio (cfr. Corte cass. Sez. L - , *Sentenza n. 34457 del 24/12/2019* secondo cui, ai fini ricostruttivi della esistenza o meno di una situazione antagonista possono, comunque,

assumere rilievo elementi acquisiti successivamente, anche tratti dal provvedimento che ha definito il giudizio nel quale era coinvolto il lavoratore).

Ipotizzare, pertanto, un diverso esito del giudizio penale o come nella specie un diverso percorso motivazionale che il Giudice penale avrebbe potuto seguire per pervenire al medesimo risultato assolutorio (insussistenza dell'errore-illegittimità anziché inesistenza dell'elemento soggettivo - così sembra - del reato), non condurrebbe ad alcun risultato utile ai fini della valutazione da compiere "ex ante" in ordine alla esistenza di posizioni incompatibili, con riferimento al fatto contestato in quel giudizio, tra il dipendente e l'ente datore di lavoro.

Del tutto nuova ed inammissibile è poi la questione relativa alla mancata attribuzione al ^(omissis) della qualifica di responsabile del procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire, che va peraltro in contrasto con l'accertamento in fatto compiuto dal Giudice penale che ha riferito al ^(omissis) l'attività della fase istruttoria del procedimento amministrativo, procedendo nei suoi confronti quale indagato del reato di cui all'art. 323 c.p. (si veda il decreto di fissazione di udienza penale ed il decreto di archiviazione, trascritti alla pag. 37-40 del ricorso). Conseguentemente è da ritenere inammissibile anche la censura formulata per violazione dell'art. 2697 c.c., laddove il ricorrente sostenendo che il Comune avrebbe dovuto fornire la prova delle "competenze" assegnate al ^(omissis), e che questi aveva agito quale responsabile del procedimento, viene nuovamente ed inammissibilmente a rimettere in discussione la ricostruzione dei fatti, come accertati nel giudizio penale, non tenendo conto che la verifica del "conflitto di interessi", rilevante ai fini della assunzione da parte del Comune dell'obbligo di rimborso delle spese legali, deve essere compiuta al momento in cui viene ad instaurarsi il giudizio nei confronti del dipendente, sicchè : **1)** o il quadro fattuale, a quel momento, si presentava diverso - alla stregua delle prove offerte nei precedenti gradi del presente giudizio - da quello assunto dal Tribunale ai fini della decisione della esclusione del diritto al rimborso, ed allora la censura del vizio di legittimità

avrebbe dovuto riferirsi all'eventuale diverso vizio per "errore di fatto" ex art. 360co1 n. 5 c.p.c.; **2)** o, invece, alcuna prova della situazione fattuale al momento dell'inizio del procedimento penale era stata dedotta nei precedenti gradi del presente giudizio (e tale è la ipotesi occorsa nel presente giudizio, come emerge dalla sentenza impugnata: motivazione , pag. 5, quinto capoverso), ed allora il ricorrente non può, per la prima volta in sede di legittimità, venire a proporre una nuova prospettazione dei fatti, confliggente peraltro con gli accertamenti compiuti dal Giudice penale e che bene sono stati utilizzati, ai fini della ricostruzione della vicenda, dal Tribunale di Castrovillari, proprio in quanto difettavano altri elementi probatori.

Diversa questione è quella che pone la censura per violazione dell'art. 2697 c.c., riferita alla omessa dimostrazione da parte del Comune su cui gravava l'onere probatorio, della esistenza di un "conflitto di interessi".

Tuttavia, anche in questo caso, deve pervenirsi ad una pronuncia di inammissibilità del motivo, in quanto il Giudice di appello ha fatto applicazione della regola del riparto, affermando - sulla scorta delle evidenze istruttorie - che il Comune aveva assolto all'onere probatorio, in quanto la illegittimità del provvedimento amministrativo, da un lato era sufficiente a configurare una condotta contraria ai doveri di ufficio del dipendente; dall'altro veniva a recidere il rapporto organico con l'ente impedendo quindi la riferibilità dell'atto illegittimo agli interessi istituzionali dell'ente, sicchè l'attività svolta dal dipendente non poteva qualificarsi come direttamente connessa alle competenze di ufficio e risultava svolta in conflitto di interesse.

Osserva il Collegio che eventuali errori concernenti la valutazione della prova non possono ridondare mai nella applicazione e violazione della norma che regola il riparto dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. e la relativa censura risulta, pertanto, "ictu oculi" inammissibile, atteso che, come più volte ribadito da questa Corte *"La violazione dell'art. 2697 c.c. si configura se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'onus probandi a una parte diversa da quella che ne*

era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni, mentre detta violazione non si può ravvisare nella mera circostanza che il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività consentita dal paradigma dell'art. 116 c.p.c., che non a caso è rubricato alla "valutazione delle prove"...." (cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 16598 del 05/08/2016, in motivazione paragr. § 14; già in precedenza: Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 11949 del 02/12/1993; id. Sez. 3, Sentenza n. 2155 del 14/02/2001; id. Sez. 2, Sentenza n. 3642 del 24/02/2004 ; id. Sez. 5, Sentenza n. 2935 del 10/02/2006; id. Sez. 3, Sentenza n. 19064 del 05/09/2006; id. Sez. 3, Sentenza n. 15107 del 17/06/2013; id. Sez. L, Sentenza n. 13960 del 19/06/2014; id. Sez. 3, Sentenza n. 11892 del 10/06/2016).

E' bene vero che il Tribunale ha affermato "anche" la esistenza di un conflitto di interessi, motivando poi tale decisione esclusivamente in punto di qualificazione giuridica dell'attività contestata in giudizio al ^(omissis), in quanto attività esitata in un provvedimento illegittimo e, per ciò solo, ritenuta "non riferibile" al Comune. E però, indipendentemente dalla soluzione interpretativa della norma dell'art. 67 comma 1 Dpr n. 268/1987 che si vuole attribuire alle condizioni ostative in essa previste - "conflitto interessi"; fatti od atti non direttamente connessi "all'espletamento del servizio e all'adempimento dei compiti d'ufficio" -, se cioè il conflitto di interessi rimanga o meno assorbito nell'accertamento della non riferibilità della condotta del funzionario all'ente, vale rilevare come, nella specie, il ricorrente non abbia censurato la valutazione compiuta dal Tribunale in ordine alla equivalenza "atto amministrativo viziato da illegittimità = contrarietà ai doveri di ufficio della condotta contestata", essendo interamente rivolta la critica a contestare soltanto la violazione dell'art. 2697 c.c., e dunque in ogni caso il motivo si palesa inammissibile, non essendo stata specificamente investita tale "ratio decidendi" che è poi l'unica "ratio" che assiste la decisione impugnata.

Quarto motivo : *violazione dell'art. 5 della legge 20.3.1865 n. 2248, in relazione all'art. 360co1 n. 3 c.p.c.; violazione art. 132 n. 4 c.p.c. ed art. 118 disp. att. c.p.c., nonché dell'art. 111 Cost. in relazione all'art. 360co1 n. 4 c.p.c..*

Il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui è stato disapplicato l' "atto di gradimento", emesso da Dirigente dei Servizi generali del Comune di Rossano, della nomina del legale scelto dal ^(omissis) e da questi comunicata al Comune con lettera 17.2.2006, in quanto tale potere sarebbe stato esercitato in contrasto con i principi enunciati in materia dalla giurisprudenza secondo cui la disapplicazione non può essere disposta quando la PA è parte in causa e quando il provvedimento amministrativo venga in questione come fondamento del diritto dedotto in giudizio.

Il motivo è inammissibile.

L'assunto difensivo, pur se non compiutamente sviluppato, si fonda sul presupposto secondo cui l' "atto di gradimento" integra un provvedimento da considerare quale elemento della fattispecie normativa che, unitamente agli altri presupposti legali viene a costituire il diritto al rimborso e dunque, in mancanza del quale il diritto non sorge. Con la conseguenza che ogni questione concernente la legittimità del provvedimento, venendo a sottoporre l'atto amministrativo "in via principale", anziché in via meramente incidentale, alla cognizione dell'AGO, rimarrebbe sottratta alla sua giurisdizione e dunque questi, in difetto di annullamento disposto in via di autotutela o a seguito di impugnazione avanti al GA, non potrebbe disattenderlo quando anche affetto da vizi di legittimità, non potendo trovare applicazione in tale ipotesi il potere di disapplicazione.

Osserva preliminarmente il Collegio che, venuta meno la riserva di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in materia di pubblico impiego, non si pongono dubbi in ordine alla giurisdizione dell'AGO in materia

di controversie tra dipendente pubblico ed Amministrazione pubblica attinenti la garanzia per assistenza legale e rimborso spese di difesa, vertendosi pacificamente su questioni concernenti un diritto soggettivo (cfr. Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 13048 del 04/06/2007*; id. Sez. U, *Sentenza n. 12719 del 29/05/2009*; id. Sez. U, *Sentenza n. 29097 del 28/12/2011*, con riferimento alla pretesa avanzata da un professionista incaricato di pubblico ufficio).

Orbene il diritto soggettivo in questione insorge per la sussistenza di condizioni oggettive in relazione alle quali l'Amministrazione è chiamata soltanto ad una mera verifica: in sostanza alcun provvedimento amministrativo è richiesto per la insorgenza del diritto soggettivo. Eventuali atti di verifica delle condizioni legali, emessi dalla Amministrazione, avrebbero contenuto meramente ricognitivo e non anche discrezionale, non essendo dalla norma riservata alla PA alcuna valutazione di opportunità in ordine all' "an" della assunzione dell'obbligo di assistenza legale.

Il "comune gradimento" della nomina del legale, previsto dall'art. 67, comma 1, del Dpr n. 268/1987 (quando anche si volesse prescindere dalla ricostruzione della fattispecie operata da Corte cass. Sez. L - , *Sentenza n. 25976 del 31/10/2017*, secondo cui l'assunzione dell'obbligo a carico dell'ente riserverebbe a quest'ultimo la nomina del legale - "*l'ente...assumerà a proprio carico...ogni onere di difesa sin dall'apertura del procedimento **facendo assistere** il dipendente da un legale di comune gradimento*"-), mentre spetterebbe al dipendente formulare il "gradimento"), viene infatti al più a rivestire natura di semplice "atto di concerto" volto a dare attuazione al diritto che - sussistendo le previste condizioni legali - è da ritenere già insorto al momento in cui ha inizio il giudizio nei confronti del dipendente (cfr. Corte cass. Sez. U, *Sentenza n. 12719 del 29/05/2009*).

Ne segue che all' "atto di gradimento" non può riconoscersi effetto costitutivo del diritto, e neppure esplica carattere vincolante - in ordine alla sussistenza delle altre condizioni legali - nei confronti dell'ente che, con il gradimento, viene ad assolvere alla diversa esigenza - avuta presente dalla

legge - di contemperamento dell'interesse del dipendente coinvolto nel giudizio a non subire i gravosi impegni economici che dovrebbe sostenere in relazione a fatti connessi all'esercizio delle funzioni, con l'interesse della Amministrazione pubblica a contenere entro limiti di spesa congrui - in considerazione delle possibilità consentite dallo stanziamento di bilancio ed avuto riguardo alla rilevanza e complessità della controversia - l'onere economico per i compensi professionali posto a suo carico (così Corte cass. n. 25976/2017 cit., in motivazione).

Traendo le fila, osserva il Collegio che l'esercizio del potere di disapplicazione da parte del Tribunale di Castrovillari, se pure del tutto improprio, in quanto avente ad oggetto un atto non provvedimentoale (Corte cass. Sez. 1 - , *Sentenza n. 276 del 10/01/2017*), ed in quanto l'esercizio della disapplicazione è stato fondato dal Tribunale, non sull'accertamento di autonomi vizi di legittimità propri dell'atto, ma - tautologicamente - sullo stesso accertamento negativo dei fatti costitutivi del diritto (non sussistendo il diritto, per difetto delle condizioni legali, l'atto di gradimento rimane automaticamente privato di effetti, e dunque viene meno qualsiasi necessità di doverlo disapplicare per poter decidere la controversia sul diritto), non assume alcuna rilevanza sull'esito della lite, in ogni caso scontato una volta che il Giudice di appello aveva già escluso che l'attività svolta dal ^(omissis) fosse direttamente riconducibile ad esercizio delle funzioni a quello assegnate.

La censura risulta, pertanto, inammissibile, in quanto inidonea a destituire di fondamento la "*ratio decidendi*" della sentenza impugnata.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato, non occorrendo disporre sulle spese del giudizio di legittimità in difetto di difese svolte dall'ente locale intimato.


P.Q.M.

rigetta il ricorso.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del Dpr 30 maggio 2002 n. 115, inserito dall'art. 1 comma 17 della l. n. 228 del 2012, la Corte dà atto che il tenore del dispositivo è tale da giustificare il versamento, se e nella misura dovuto, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma il 10/07 /2020

Il Presidente



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott.ssa Simona Ciccardello

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, **3 NOV. 2020**

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott.ssa Simona Ciccardello