

CORTE DI CASSAZIONE

Sezioni civili: I Sezione, 4 maggio 2002, n. 6426

Non può essere ricondotta alla nozione di "fatto connesso con l'esercizio del mandato" la situazione dell'amministratore che è in lite, anche non penale, con il comune per aver percepito una indennità di carica ritenuta superiore a quella dovuta. Il fatto connesso con l'esercizio del mandato, infatti, è riferito esclusivamente a un comportamento collegato all'esercizio della funzione nel perseguimento di interessi generali di questa.

Omissis.

Con il primo mezzo di cassazione il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 3, ultimo comma, della legge 23 aprile 1981, n. 154 (ora abrogato dall'art. 274 del D. L.vo 18 agosto 2000, n. 267, ma applicabile *ratione temporis*, fermo restando che il suo contenuto è stato trasferito nell'art. 63 del detto D. L.vo).

Richiamato il precetto di cui all'art. 3, ultimo comma, della legge 23 aprile 1981, n. 154, il ... sostiene che, quanto all'ipotesi di cui al citato art. 3, n. 4, il fatto connesso con l'esercizio del mandato non potrebbe che essere l'oggetto della lite pendente. Tale fatto sarebbe considerato senza alcuna aggettivazione idonea ad esprimere una dipendenza dell'esimente dal modo di esercizio del mandato. In altre parole, la norma non richiederebbe che il fatto connesso con l'esercizio del mandato debba essere legittimo (potendo, quindi, anche non esserlo).

Acquisito questo dato ermeneutico, il ricorrente prosegue esaminando l'ipotesi interpretativa secondo cui non sarebbe da comprendere nella nozione di fatto connesso con l'esercizio del mandato l'atto compiuto dall'amministratore con modalità tali da ingenerare la c.d. rottura del rapporto organico, cioè con connotazioni di illiceità e quindi con dolo, sia esso rilevante sul piano penale o anche sul piano civile. Il ricorrente sostiene che tale interpretazione non sarebbe da condividere, sia perché la norma qua sarebbe di stretta interpretazione, sia per il suo tenore letterale (che non riferisce l'esimente al fatto commesso nell'esercizio del mandato ma al fatto commesso con tale esercizio e la connessione non verrebbe meno ancorché il fatto abbia comportato la rottura del rapporto organico). Rileva che la giurisprudenza di legittimità sarebbe orientata diversamente, ma afferma che la critica della sentenza impugnata non richiederebbe una rimediazione sul punto, potendo essere svolta con successo anche seguendo l'indirizzo fatto proprio da questa Corte.

Richiamate, quindi, le pronunzie che hanno ricostruito la nozione di "fatto connesso", il ricorrente afferma che esse avrebbero riguardato casi nei quali la pendenza della lite avrebbe avuto ad oggetto le conseguenze sul piano ovile di un reato ascritto all'amministratore.

Secondo tale ricostruzione dovrebbe trattarsi, dunque, di "fatto che deve connotarsi per la rottura del rapporto organico".

La sentenza qui impugnata sarebbe incorsa in erronea applicazione dell'art. 3, ult. comma, della legge n. 154 del 1981, proprio alla luce dell'orientamento di questa Corte emergente dalle richiamate decisioni il cui significato avrebbe travisato. Invero, il fatto genetico della lite pendente - considerata dai giudici di merito una valida causa d'incompatibilità - starebbe nella circostanza che il ... (all'epoca in carica come sindaco) avrebbe riscosso la doppia indennità allora disciplinata dall'art. 3, secondo comma, della legge 27 dicembre 1985, n. 816, doppia indennità che il Comune avrebbe ritenuto non giustificata, esercitando quindi l'azione civile di restituzione.

Ma la riscossione della doppia indennità, compiuta dal ricorrente nell'esercizio del suo mandato di sindaco, sarebbe riconducibile al modo di essere del rapporto di servizio onorario (e, quindi, al rapporto organico), e potrebbe dar luogo ad un giudizio di legittimità o illegittimità, ma non potrebbe connotarsi come espressione di un comportamento tenuto al di fuori dello svolgimento del rapporto organico e, perciò, ipoteticamente illecito.

In altri termini la riscossione della doppia indennità, quand'anche fosse avvenuta (come, peraltro erroneamente, opinato dal giudice di appello) senza l'osservanza del procedimento previsto all'uopo dalla legge, mai potrebbe considerarsi come comportamento tenuto dal ricorrente con la c.d. rottura del rapporto organico e come tale, almeno secondo la giurisprudenza di questa Corte, collocarsi all'esterno dell'ambito operativo dell'esimente in questione.

Del pari errata sarebbe la conclusione della sentenza impugnata, secondo cui la riscossione da parte del ... dell'indennità di carica in misura doppia, pure in mancanza di un'apposita deliberazione, non sarebbe qualificabile come comportamento finalizzato all'esercizio d'interessi della collettività.

Infatti la riscossione avrebbe fatto seguito all'adozione, da parte degli organi amministrativi comunali, degli ordinativi di pagamento, sotto il controllo del segretario comunale. Inoltre il consiglio comunale avrebbe

deliberato il pagamento delle indennità spettanti per legge e il segretario comunale avrebbe individuato quale fosse, nella specie, l'indennità di legge.

Ma, anche se così non fosse stato, la conclusione della Corte territoriale resterebbe viziata in diritto. Essa si sarebbe potuta giustificare soltanto se la riscossione non soltanto fosse avvenuta senza la deliberazione del consiglio, ma anche (con la piena consapevolezza del ricorrente e non per un suo semplice errore) in difetto dei requisiti previsti dalla legge, che invece c'erano. Il comportamento, cioè, si sarebbe potuto considerare non diretto agli interessi della collettività comunale se l'ente avesse pagato al ricorrente un'indennità che a quest'ultimo non spettava. Soltanto in tal caso si sarebbe potuta configurare una rottura del rapporto organico.

La complessa censura così formulata non può essere condivisa.

L'art. 3, primo comma, n. 4 della legge 23 aprile 1981, n. 154, dispone che non può ricoprire la carica di consigliere (nella specie) comunale colui che ha lite pendente, in quanto parte in un procedimento civile od amministrativo (nella specie) con il comune.

L'ultimo comma di tale norma stabilisce, poi, che l'ipotesi in questione non si applica agli amministratori per fatto connesso con l'esercizio del mandato.

La *ratio* dell'incompatibilità risiede nell'esigenza che il consigliere dell'ente territoriale eserciti sempre le funzioni pubbliche in modo trasparente ed imparziale, senza prestare il fianco al sospetto che la sua condotta possa essere, in qualche modo, orientata dall'intento di tutelare il suo interesse contrapposto a quello dell'ente che è stato chiamato ad amministrare (l'esclusione dall'area dell'incompatibilità della pendenza di lite in materia tributaria si giustifica con la natura peculiare di tale materia, avuto riguardo al carattere generale del potere impositivo dell'ente).

La *ratio* della c.d. esimente (art. 3, ult. comma) è invece ancorata alla necessità di evitare che liti pretestuose o strumentali possano prendere spunto da comportamenti tenuti dal consigliere nell'esercizio del mandato, e finalizzati al perseguimento degli interessi generali che l'espletamento di quel mandato comporta, per creare una (fittizia) causa d'incompatibilità.

La disposizione normativa aggiunge una sola qualificazione alla nozione di "fatto", richiedendo che esso, per essere idoneo ad escludere l'incompatibilità, sia "connesso" con l'esercizio del mandato. Per il resto il fatto è assunto nella sua oggettività, senza l'aggiunta di altri aggettivi. Ne segue che l'indagine ermeneutica da compiere deve svolgersi su due piani: il primo diretto a ricostruire il fatto rilevante nel quadro della menzionata norma, il secondo diretto a verificare il suo rapporto di connessione con l'esercizio del mandato, nel quadro della *ratio* ispiratrice del precetto.

Orbene, quanto al primo punto, con riferimento all'ipotesi in esame (lite pendente) il fatto è quello generatore della lite medesima, cioè il fatto che ha dato origine o causa alla controversia. Nel caso in esame esso è identificabile nella riscossione da parte del ..., quando era sindaco del comune di ..., della doppia indennità di carica (art. 3, comma 2°, legge 27 dicembre 1985, n. 816), doppia indennità che l'ente territoriale ritenne non spettante, promuovendo quindi un giudizio per il recupero della relativa somma.

Quanto al rapporto di connessione, già il dato normativo testuale indica in modo univoco che il fatto deve essere collegato con l'esercizio del mandato. Poiché il mandato è quello di pubblico amministratore, il fatto idoneo ad escludere l'incompatibilità deve essere inerente a tale funzione, deve cioè tradursi in un atto o un comportamento che all'esercizio di quella funzione sia collegato, in quanto concorrente al perseguimento degli interessi generali propri di essa.

L'approdo interpretativo così raggiunto trova riscontro nella *ratio* della c.d. esimente sopra posta in evidenza. Se è vero, come è vero, che il conflitto produttivo dell'incompatibilità è quello che contrapponga le posizioni personali e private del mandatario alle posizioni generali e pubbliche del mandante, non quello che insorga sull'effettiva rispondenza al bene della collettività di comportamenti posti in essere in base alla delega e presentino un contenuto ad essa riconducibile (Cass., 17 dicembre 1998, n. 12627, in motivazione), ne deriva che il fatto di cui si discute deve essere per l'appunto correlato agli interessi della collettività, nel senso che deve essere rispondente ai detti interessi e non ad interessi riconducibili alla sfera personale dell'amministratore o di altri soggetti privati.

In questo quadro si giustifica che il fatto costituente illecito penale doloso, ancorché commesso nell'esercizio del mandato, non possa essere considerato connesso con tale esercizio. Esso, infatti, interrompendo il rapporto organico tra l'ente e il soggetto, necessariamente si colloca oltre la riferibilità della condotta agli interessi generali dell'ente medesimo. E si spiega, altresì, che un fatto possa essere idoneo ad escludere l'incompatibilità pur traducendosi in un atto viziato e quindi non legittimo, a patto però che esso sia diretto a far valere interessi generali concernenti la funzione pubblica rivestita dall'agente.

Su tali linee la giurisprudenza di questa Corte si è già espressa, come emerge dalle stesse sentenze richiamate in ricorso. In esse, in primo luogo, l'esimente è stata riconosciuta quando venivano in rilievo per l'appunto interessi della collettività (Cass., 22 giugno 1985, n. 3756, relativa all'impugnazione di una delibera comunale proposta a tutela del diritto alla salute e all'integrità dell'ambiente; Cass., 24 marzo 1993, n. 3405, relativa a controversia nata da una fornitura idrica commissionata da amministratori comunali per irrigazione del campo sportivo; Cass., 30 marzo 1999, n. 3070, relativa ad un'azione per danni e rimborso di spese instaurata da un Comune nei confronti di consiglieri che avevano presentato una denuncia penale contro un sindaco, poi proscioltto). In queste fattispecie la connessione tra il fatto generatore della lite e l'esercizio delle funzioni è ben percepibile. Ma, soprattutto, nelle pronunzie che hanno trattato la nozione di fatto connesso con l'esercizio del mandato è costante il riferimento alla necessità che esso sia comunque correlato agli interessi della collettività, onde il discrimine tra fatti connessi ed estranei all'esercizio del mandato è fornito dall'interesse per il quale il fatto stesso viene compiuto (da ultimo, Cass., 7 giugno 2000, n. 7768).

Tanto premesso, deve affermarsi che - contrariamente alla tesi propugnata dal ricorrente - la sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione dei principi fin qui enunciati.

Nel caso in esame, come si è notato, il fatto generazione della lite è la riscossione, da parte del ..., della doppia indennità di carica (quando era sindaco), riscossione che ha dato luogo alla controversia promossa dal comune di ... per la restituzione delle somme.

Il ricorrente propugna la tesi secondo cui quel fatto non comporterebbe rottura del rapporto organico, ma così argomentando non coglie il punto decisivo della questione. Infatti, se è vero che la giurisprudenza di questa Corte si è per lo più occupata di vicende che prendevano le mosse da ipotesi di reato, non per questo può sostenersi che soltanto il fatto idoneo a provocare la rottura del rapporto organico si collochi oltre l'area del fatto connesso con l'esercizio del mandato. Il dettato dell'art. 3, ultimo comma, della legge n. 154 del 1981 non autorizza una simile interpretazione; ed anzi, come risulta dall'analisi sopra svolta, anche un fatto che non sia penalmente illecito può restare estraneo al rapporto di connessione con l'esercizio del mandato, pur se tragga spunto od occasione da tale esercizio, perché non riconducibile al perseguimento d'interessi generali bensì alla sfera degli interessi personali dell'amministratore o di altri privati soggetti.

In questo quadro, la riscossione da parte del ... di una indennità di carica, quale sindaco, in misura diversa (e maggiore) rispetto a quella ritenuta spettante dal Comune (con la lite che ne derivò), non può qualificarsi fatto connesso con l'esercizio del mandato. Il compenso o indennità di carica attiene ad una situazione giuridica a contenuto patrimoniale che riguarda la persona dell'amministratore comunale. La riscossione di quella indennità trova occasione nell'esercizio del mandato, ma non si traduce in espletamento delle funzioni istituzionali del consigliere e non è finalizzata a perseguimento d'interessi generali dell'ente territoriale o della collettività.

Alla tesi del ricorrente non giova il richiamo alla deliberazione consiliare che stabilì il compenso, perché, come risulta dallo stesso ricorso per cassazione (pag. 21), essa si limitò a deliberare il versamento delle indennità spettanti per legge ed ebbe quindi un contenuto meramente ricognitivo della norma, onde non vale a superare le considerazioni sopra svolte. E, peraltro, se anche così non fosse stato, l'interesse alla riscossione restava sempre riferito alla persona del sindaco, né poteva trasformarsi in interesse generale per effetto della delibera del consiglio.

Neppure può condividersi l'assunto secondo cui la riscossione dell'indennità si sarebbe potuta considerare non finalizzata agli interessi della collettività comunale soltanto se il Comune avesse pagato al ricorrente una indennità non spettante e quest'ultimo l'avesse ricevuta pur avendo contezza che questa non gli era dovuta.

Si deve replicare che, così ragionando, da un lato si ripropone la tesi per la quale alla nozione di "fatto connesso" resterebbe estraneo soltanto l'illecito doloso e, dall'altro, s'introduce un profilo, relativo al diritto a riscuotere la doppia indennità, che riguarda non l'esistenza della lite ma il suo fondamento, cioè un profilo esulante dal contenzioso elettorale e rimesso invece alla cognizione del giudice della controversia nella quale si discute della spettanza o meno della somma e del correlato obbligo restitutorio.

Alla stregua delle considerazioni fin qui esposte il primo motivo del ricorso, dunque, deve essere respinto.

Con il secondo (subordinato) mezzo di cassazione il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 3, primo comma, n. 4, della legge n. 154 del 1981 (ora riprodotto nell'art. 63 del D.L.vo n. 267 del 2000).

Il ricorrente sostiene che - ove pur si volesse escludere che ricorra l'esimente di cui all'art. 3, ultimo comma, legge n. 154 cit. - la sentenza impugnata sarebbe comunque censurabile per aver ritenuto che, nella specie, la lite pendente non fosse manifestamente infondata e pretestuosa. Tale andrebbe considerata una lite insorta per effetto di un'azione di ripetizione d'indebito, la quale (avendo la stessa Corte di appello riconosciuto che a chieder conto della riscossione dell'indennità poteva essere soltanto la giurisdizione speciale della Corte dei conti che

aveva deliberato di archiviare l'azione di responsabilità), pur correttamente esercitata a livello di c. d. prospettazione davanti al giudice ordinario, non poteva che risultare palesemente infondata nel merito per inesistenza del diritto fatto valere.

Ciò in quanto, in relazione ad una fattispecie giuridicamente qualificabile come danno erariale, la giurisdizione potrebbe attuarsi soltanto tramite l'azione di responsabilità della Procura presso la Corte dei conti e non risulterebbe soggetta alle comuni regole in tema di ripetizione d'indebito ex artt. 2033 e ss. cod. civile.

L'impugnata sentenza, dunque, avrebbe dovuto considerare che, senza alcun dubbio, il diritto soggettivo fatto valere dal Comune si sarebbe rivelato in concreto insussistente.

La Corte distrettuale avrebbe ignorato questi profili ed anzi, sostenendo che il provvedimento di archiviazione dell'azione di responsabilità non avrebbe avuto efficacia vincolante per il giudice della lite pendente (così lasciando intendere che, se quell'azione fosse stata esercitata e fosse stata giudicata infondata dalla Corte dei conti, il conseguente giudicato avrebbe potuto vincolare il detto giudice), sarebbe incorsa in un errore più grave. Il suo argomentare, infatti, implicherebbe che, già a livello di fattispecie astratta, di fronte alla riscossione della doppia indennità da un lato potrebbe configurarsi il danno erariale e, dall'altro, il diritto di credito per la restituzione dell'indebito a favore dell'ente territoriale, il cui accertamento sarebbe pregiudicato dall'esito del giudizio erariale.

In sostanza, secondo la Corte di appello, un amministratore che riscuota (senza che gli sia dovuta) una doppia indennità, per un verso sarebbe esposto ad azione davanti al giudice contabile e per altro verso ad azione di ripetizione dell'indebito. Si tratterebbe di un'argomentazione del tutto erronea, come erronea sarebbe la decisione del G.O.A. presso il Tribunale di ... che, in violazione del dovere di motivare, invece di rigettare la domanda del Comune l'avrebbe accolta.

Le suddette censure non sono fondate.

Si deve premettere che - come la sentenza impugnata, del resto, ha già posto in luce - il controllo del giudice della causa elettorale circa l'esistenza della lite non deve fermarsi all'accertamento del solo dato formale relativo alla pendenza del giudizio ma, nel rispetto dell'autonomia del giudice della lite pendente tra le parti, deve accertare se pende tra le parti un contenzioso effettivo, valutando quegli elementi di palmare evidenza che potrebbero porre in rilievo che il contenzioso si è sostanzialmente esaurito per transazione o rinuncia al giudizio, ovvero che è manifestamente infondato (per difetto del *petitum* o della causa *petendi*), ovvero ancora che è assolutamente pretestuoso per essere stato investito un giudice privo di giurisdizione rispetto al caso sottoposto al suo esame (Cass., 26 luglio 2000, n. 9789). L'esistenza della causa d'incompatibilità per la pendenza di una lite in corso con il Comune può essere negata, per apprezzamenti relativi alla consistenza delle domande in essa avanzate, soltanto se le risultanze del relativo procedimento ne pongano in evidenza *prima facie* il carattere meramente formale oppure artificioso, e non anche in esito a considerazioni e riscontri operati sui presupposti processuali e sulle condizioni dell'azione, riservati in quanto tali al giudice competente (Cass., 6 maggio 1999, n. 4533). In sostanza, la causa d'incompatibilità per lite pendente può essere esclusa in presenza di atti implicanti il sostanziale venir meno del conflitto, o la manifesta infondatezza dell'azione o, ancora, il carattere pretestuoso della lite (inteso come artificiosa e maliziosa creazione di una situazione di fatto diretta a danneggiare il candidato), atti che devono emergere da una delibazione di elementi di tale evidenza ed inequivocità da escludere qualsiasi invasione della *potestas iudicandi* propria del giudice davanti al quale pende la controversia addotta come causa d'incompatibilità (Cass., 17 aprile 1992, n. 4724).

In questo quadro, non è esatto, in primo luogo, che la Corte di appello abbia riconosciuto che "a chiedere conto della percezione dell'indennità poteva essere solo la giurisdizione speciale della Corte dei conti, che nella specie aveva deliberato l'archiviazione dell'azione di responsabilità e, quindi, escluso l'instaurarsi della giurisdizione sulla vicenda" (ricorso, pag. 23).

La sentenza impugnata, dopo avere richiamato l'orientamento di questa Corte (ora citato) nonché alcuni principi in tema di danno erariale, ha ribadito che spetta alla Corte dei conti la cognizione di tutti i giudizi di responsabilità patrimoniale - amministrativa anche degli amministratori degli enti locali, che siano fondati su un'attività illecita di questi ultimi; ed ha soggiunto che nella specie, però, l'oggetto della "lite pendente" concerne la restituzione da parte del ... di somme che il comune di ... assume indebitamente percepite, onde si tratta di un'azione restitutoria e non di responsabilità patrimoniale basata su attività illecita.

Come si vede, dunque, la Corte distrettuale non ha affatto affermato (con riferimento alla controversia promossa dal Comune) la giurisdizione della Corte dei conti, ma anzi ha posto l'accento sul titolo, diverso dal danno erariale, azionato dall'ente. Neppure è esatto che la Corte di appello abbia ipotizzato la possibile esposizione del soggetto che abbia riscosso una indennità non dovuta ad una doppia azione, l'una per danno erariale l'altra per indebito

oggettivo. Essa, invece, si è limitata a prospettare la diversità dei titoli, senza toccare il profilo (esulante dal tema dell'indagine in questa sede da compiere) relativo al carattere alternativo o concorrente delle due azioni.

Ed in effetti questo è il punto nodale della questione. Nella causa qui in esame non bisogna stabilire se sussista o meno la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda del Comune, né se essa risulti o meno fondata sul merito. È sufficiente osservare che, nel quadro di una valutazione da compiere entro i limiti segnati dalla giurisprudenza prima richiamata, il carattere effettivo della controversia giudiziaria pendente tra le parti non può essere negato, onde va escluso che quella controversia sia qualificabile come manifestamente infondata o pretestuosa, sulla base di elementi *prima facie* percepibili.

Ad ulteriore riscontro di tale convincimento si deve aggiungere: a) che non è agevole sul piano logico ipotizzare che una controversia, promossa nel 1992, sia stata maliziosamente creata per recar danno ad un candidato in elezioni destinate ad essere celebrate otto anni dopo; b) che il giudice ordinario si è pronunciato accogliendo la domanda del Comune (sentenza n. 583-2000 in data 10 novembre 2000) e tale pronuncia, ancorché non risulti passata in giudicato, non soltanto non è censurabile in questa sede ma contribuisce ad escludere il carattere meramente formale o pretestuoso della lite *de qua*.

Conclusivamente, il ricorso si rivela infondato e, pertanto, deve essere respinto.

Omissis.