

Debiti fuori bilancio

Debiti fuori bilancio e le possibili azioni di rivalsa nei confronti della PA

di Vincenzo Giannotti - Dirigente Settore Gestione Risorse (Umane e Finanziarie) del Comune di Frosinone

La Suprema Corte, con successive sentenze, conferma i limiti della responsabilità per i pagamenti di debiti fuori bilancio, stabilendo la linea di demarcazione a seguito dell'innovazione del D.L. n. 66/1989, lasciando, a partire dalla data di operatività del citato decreto, la responsabilità in capo al funzionario o amministratore, in caso di mancato riconoscimento del debito da parte del Consiglio comunale. Ora, se è vero che il mancato riconoscimento potrebbe esentare la PA dal pagamento, è altrettanto vero che il funzionario o amministratore che il citato debito aveva contratto, qualora chiamato in causa, ben potrà esperire nei confronti della stessa PA specifica azione di ingiustificato arricchimento, azione questa attivabile anche dal creditore in surroga. L'articolo tenta, pertanto, di ricostruire l'istituto del debito fuori bilancio, attraverso l'esame delle varie responsabilità, al fine di avere un quadro complessivo di orientamento in considerazione della complessità dello stesso.

Premessa

Il presente articolo completa, a seguito dei successivi interventi dei giudici di legittimità e contabili, l'esame delle conseguenze della formazione di debiti fuori bilancio nascenti dalla mancata copertura finanziaria in bilancio (art. 194, lett. e), TUEL), affrontati in un precedente articolo pubblicato su questa rivista (1), in tema di responsabilità nei confronti del terzo creditore. Si era, in particolare, avuto modo di evidenziare l'operatività del principio di sussidiarietà solo per i crediti di terzi formati prima del D.L. n. 66/1989, mentre per i crediti sorti successivamente a tale data l'azione avrebbe dovuto essere rivolta in via diretta nei confronti del funzionario o amministratore (2) che li avesse contratti, in presenza del mancato riconoscimento dei citati debiti da parte del Consiglio Comunale.

La conferma delle linee di indirizzo delle Sezioni Unite

Per tutti i debiti contratti dall'amministrazione pubblica antecedenti al D.L. n. 66/1989, le Sezioni

Unite (3) avevano modo di precisare il seguente principio di diritto *“la regola di carattere generale secondo cui non sono ammessi arricchimenti ingiustificati né spostamenti patrimoniali ingiustificabili trova applicazione paritaria nei confronti del soggetto privato come dell'ente pubblico; e poiché il riconoscimento dell'utilità non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, il privato attore ex art. 2041 Cod. civ. nei confronti della PA deve provare - e il giudice accertare - il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'amministrazione possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso, potendo essa, piuttosto, eccepire e dimostrare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole”*. Tale principio, noto come principio di sussidiarietà, è stato recentemente confermato dalle Sezioni semplici della Suprema Corte (4) che hanno riformato una sentenza della Corte di Appello che aveva ritenuto indenne l'amministrazione dal debito fuori bilancio contratto con un professionista, a fronte della mancata sottoscrizione del contratto. La Corte territoriale, a tal riguardo, aveva giustificato la propria sentenza, in quanto l'incarico professionale era stato conferito con delibera del Consiglio comunale, cui

(1) V. Giannotti, *Le tutele del terzo in caso di debiti fuori bilancio: analisi delle responsabilità*, in questa Rivista, n. 10/2015.

(2) Cass., SS.UU., sent. 26 maggio 2015, n. 10798.

(3) *Ibidem* Cass., SS.UU., sent. 26 maggio 2015, n. 10798.

(4) Cass., sez. I, sent. 15 febbraio 2017 n. 4024.

non aveva fatto seguito la stipulazione di un contratto, escludendo per tale verso l'obbligo della corresponsione del compenso, ritenendo necessaria a tal fine la redazione di un contratto in forma scritta, recante la sottoscrizione dei professionisti e dell'organo legittimato a manifestare la volontà dell'ente, nonché l'indicazione dell'oggetto della prestazione e l'entità del corrispettivo, ed affermando la nullità del contratto privo dei predetti requisiti e l'inammissibilità di qualsiasi forma di sanatoria, anche per fatti concludenti. Il professionista, a seguito di impugnazione della sentenza della Corte territoriale in Cassazione, evidenzia come tale fattispecie risulti anteriore all'entrata in vigore della Legge 24 aprile 1989, n. 144.

I giudici di legittimità riconoscono fondata la richiesta di pagamento avanzata dal professionista, a fronte delle attività dallo stesso espletate, rinviando alle chiare indicazioni del principio di diritto indicato dalle Sezioni Unite. Infatti, ai fini dell'applicabilità del principio di sussidiarietà, la normativa vigente all'epoca dei fatti non prestava alcuna tutela nei confronti dei terzi, non potendosi rivalere il terzo nei confronti del funzionario o amministratore che aveva disposto o consentito la prestazione, pur in assenza del contratto richiesto *ad substantiam*. Precisa, infatti, la Suprema Corte, come le Sezioni Unite, nel comporre un contrasto di giurisprudenza insorto tra le Sezioni semplici, sono pervenute, sulla base di una puntuale ricostruzione delle ragioni storiche dell'istituto e delle esigenze di tutela allo stesso sottese, all'enunciazione del principio di diritto secondo cui il soggetto che agisce ai sensi dell'art. 2041 Cod. civ. nei confronti della PA ha l'onere di fornire soltanto la prova del fatto oggettivo dell'arricchimento, e non anche quella del riconoscimento dell'utilità da parte dell'ente pubblico, non costituendo quest'ultimo un requisito dell'azione, con la conseguenza che l'ente pubblico non può opporre il mancato riconoscimento dell'utilità, ma solo eccepire e provare che l'arricchimento non fu voluto o non fu consapevole, e che si trattò quindi di arricchimento imposto (5).

Il consolidamento della Suprema Corte per i debiti fuori bilancio dopo il D.L. n. 66/1989

Discorso diverso riguarda i debiti fuori bilancio nascenti successivamente alle disposizioni del D.L. n.

66/1989 e confermate da successive sentenze delle Sezioni semplici. In particolare, la Suprema Corte (6) riformando la sentenza della Corte di Appello che aveva condannato l'amministrazione, in quanto anche in assenza di un valido contratto aveva pur sempre avuto un vantaggio dall'utilizzazione dei materiali e programmi ricevuti, traendo un arricchimento, da farsi valere con una domanda che non trovava corrispondenza in alcuna altra azione esperibile, ha stabilito quanto segue:

a) il tema della sussidiarietà dell'azione di indebito arricchimento deve essere esaminato alla stregua della normativa applicabile (art. 191 TUEL);
b) la giurisprudenza di legittimità (7), ha confermato come la legislazione abbia previsto un innovativo sistema di imputazione alla sfera giuridica diretta e personale dell'amministratore o funzionario degli effetti dell'attività contrattuale dallo stesso condotta in violazione delle regole contabili comportante, relativamente ai beni ed ai servizi acquisiti, una vera e propria frattura o scissione *ope legis* del rapporto di immedesimazione organica tra i suddetti agenti e la PA, con conseguente esclusione della riferibilità a quest'ultima delle iniziative adottate al di fuori dello schema procedimentale previsto dalla norme c.d. ad evidenza pubblica;
c) la normativa citata trasferisce la piena validità ed efficacia del rapporto obbligatorio, contratto al di fuori delle tipizzate procedure, direttamente tra agente in proprio e fornitore per via di una sorta di novazione soggettiva (di fonte normativa) dell'originario rapporto obbligatorio che avrebbe dovuto intercorrere con l'ente pubblico di cui l'agente è organo, con l'introduzione di una nuova disciplina del rapporto tra gli enti medesimi e i soggetti agenti, nonché tra questi ultimi e i privati contraenti improntata a schemi privatistici. In altri termini, ai fini sia della controprestazione che per ogni altro effetto di legge, in caso di formazione di debiti fuori bilancio, si realizza il reale incontro di volontà tra il solo privato contraente, il quale nell'accettare di eseguire l'incarico conferitogli *contra legem* non può ignorare che il rapporto contrattuale deve intendersi intercorso con il funzionario o l'amministratore tale da assumere, quindi, volontariamente il rischio conseguente alla definitiva individuazione della parte contraente e patrimonialmente responsabile, e il funzionario o amministratore che, nell'attribuirlo o nel consentirlo, accetta, per converso, la propria responsabilità

(5) Cass., SS.UU., 26 maggio 2015, n. 10798; nel medesimo senso, successivamente, Cass., sez. VI, 30 ottobre 2015, n. 22182.

(6) Cass., sez. I, sent. 4 gennaio 2017, n. 80.

(7) *Ex plurimis* Cass., 21 settembre 2015, n. 18567; Cass., 30 gennaio 2013, n. 24478; Cass., 27 marzo 2008, n. 7966.

personale diretta verso il terzo contraente per gli impegni assunti al di fuori od in violazione del procedimento contabile previsto dalla legge;

d) Ad entrambi i contraenti, infine, non è consentito invocare la disposizione contenuta nell'art. 28 Cost., che, nel contemplare la responsabilità dell'amministrazione accanto a quella degli agenti pubblici presuppone, in via di principio, che si tratti di attività riferibile all'ente stesso.

La Suprema Corte concludeva, quindi, precisando come l'assenza di qualsiasi vincolo contrattuale e di una previsione di spesa rende la prestazione comunque resa dal fornitore assolutamente avulsa dal paradigma sopra evidenziato, e non può in alcun modo, essendo prevista la responsabilità del funzionario o dell'amministratore che la consentì, rendere predicabile l'esperimento dell'azione di indebito arricchimento nei confronti del Comune.

Sempre in altra più recente sentenza, la Suprema Corte (8) è stata chiamata a decidere sulla condanna del funzionario del Comune che aveva permesso la prestazione del professionista, in assenza del contratto e dell'impegno della relativa spesa, e aveva mandato assolto il Comune. I giudici di Palazzo Cavour confermano la sentenza precisando come il riconoscimento di un debito fuori bilancio, ex art. 5 del D.Lgs. 15 settembre 1997, n. 342, poi trasfuso nell'art. 194, comma 1, lett. e), D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, costituisce un procedimento discrezionale, accertati e dimostrati l'utilità e l'arricchimento che ne derivano, per l'ente stesso, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza. Gli impegni di spesa per l'acquisizione di beni e servizi in precedenza assunti tramite specifica obbligazione, ancorché sprovvista di copertura contabile, possono essere riconosciuti dal Consiglio Comunale, ma non introduce una sanatoria per i contratti nulli o, comunque, invalidi come quelli conclusi senza il rispetto della forma scritta "ad substantiam", né apporta una deroga al regime di inammissibilità dell'azione di indebito arricchimento di cui all'art. 23 del D.L. 2 marzo 1989, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 aprile 1989, n. 144 che consente all'Ente Locale di far salvi nel proprio interesse.

La possibile rivalsa del funzionario o amministratore condannato alle spese

Se, come si è potuto notare, in caso di mancato riconoscimento dei debiti fuori bilancio successivi al

D.L. n. 66/1989, a rispondere è il funzionario o amministratore che li abbia contratti al di fuori delle procedure contabili tipizzate, essendo inibito al terzo creditore attivare la procedura di ingiustificato arricchimento nei confronti dell'amministrazione che in ogni caso ha beneficiato del bene o del servizio, ci si chiede quale altre possibili azioni sono esercitabili nei confronti dell'amministrazione che pur sempre ha ricevuto un beneficio. La soluzione a tale problematica è stata risolta dalla Consulta (9), chiamata a suo tempo a decidere sulla legittimità costituzionale del citato art. 23 del D.L. n. 66/1989, avanzata dal Tribunale secondo il quale, da una parte la disposizione censurata appare irragionevole perché a fronte di un arricchimento della PA a danno del privato fornitore esclude che questi possa agire nei confronti del soggetto che si è giovato dell'arricchimento, non solo per ottenere il prezzo delle opere o dei servizi eseguiti, ma altresì per rivalersi della patita correlativa diminuzione patrimoniale, mentre dall'altra parte la tutela giurisdizionale dell'appaltatore risulta vanificata nel momento in cui all'Amministrazione pubblica debitrice viene sostituito *ope legis* altro soggetto munito di un indice di solvibilità quanto meno di grado inferiore, quando non nullo, con conseguente riduzione o elisione delle garanzie patrimoniali dell'iniziale obbligazione come sorta tra l'ente pubblico e il privato fornitore. Il Giudice delle Leggi dichiarava non fondata la questione di legittimità avanzata dal giudice ordinario per le seguenti rilevanti motivazioni:

- da un lato, sussistono in favore del funzionario (o amministratore) le condizioni affinché egli possa esercitare l'azione ex art. 2041 Cod. civ. verso l'ente nei limiti dell'arricchimento da questo conseguito;
- dall'altro, e per conseguenza, il contraente privato è legittimato, *utendo iuribus* del funzionario (o amministratore) suo debitore, ad agire contro la pubblica amministrazione - anche contestualmente alla proposizione della domanda per il pagamento del prezzo nei confronti di costui - in via surrogatoria ex art. 2900 Cod. civ. (per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni) quando il patrimonio del funzionario (o amministratore) non offra adeguata garanzia;
- d'altro canto, prosegue il Giudice delle Leggi, non va dimenticato che il terzo contraente, nell'accettare di eseguire lavori, non può ignorare che, ove successivamente non intervenga l'autoriz-

(8) Cass., sez. I, sent. 14 febbraio 2017 n. 3844.

(9) Corte cost., sent. 18-24 ottobre 1995 n. 446.

zazione da parte dell'ente, il rapporto contrattuale deve in tendersi intercorso direttamente con il funzionario (o l'amministratore) ed assume quindi volontariamente il rischio conseguente alla definitiva individuazione della parte contraente (e patrimonialmente responsabile).

La conferma delle indicazioni della Consulta sono state recentemente fatte proprie dalla Corte di cassazione (10) la quale è stata chiamata a decidere sul ricorso di un'impresa che si era vista negato il rimborso delle spese sostenute nei confronti dell'Amministrazione locale, avendo censurato la Corte di Appello nella parte in cui ha ritenuto inammissibile, poiché tardivamente proposta, solo con la memoria *ex art. 183*, comma 5, c.p.c., l'azione surrogatoria nei confronti del Comune, avanzata dal ricorrente *utendo iuribus* dei funzionari o amministratori direttamente responsabili per le obbligazioni assunte nei confronti del privato, che ben potrebbero esperire anche l'azione *ex art. 2041* Cod. civ. nei confronti dell'ente. Precisano sul punto i giudici di Palazzo Cavour, che è vero che il giudice di legittimità ha riconosciuto - nel caso della improponibilità dell'azione contrattuale per mancanza di forma scritta e dell'azione *ex art. 2041* Cod. civ. nei confronti dell'ente pubblico per difetto del requisito della sussidiarietà - il diritto del contraente privato, "*utendo iuribus*" del funzionario (o amministratore) suo debitore, ad agire contro la PA in via surrogatoria *ex art. 2900* Cod. civ. (11). Tuttavia, va osservato, al riguardo, che l'azione surrogatoria, volta a far valere diritti del debitore nei confronti di terzi, ha per presupposto l'inerzia del debitore relativamente all'esercizio di suoi diritti a contenuto patrimoniale, e quindi richiede da parte dell'attore la deduzione di prove idonee a dimostrare l'esistenza di tali diritti e l'individuazione dei soggetti nei cui confronti il debitore avrebbe potuto esercitarli (12). Nel caso oggetto di ricorso, precisa la Suprema Corte, il ricorrente non ha, per contro, neppure indicato gli amministratori ed i funzionari, obbligati nei confronti della società istante, ai quali, "*previa relativa integrazione del contraddittorio*", il medesimo intenderebbe surrogarsi, *ex art. 2900* Cod. civ., nell'esercizio delle azioni di rivalsa e di regresso, anche a norma dell'*art. 2041* Cod. civ., ad essi spettanti nei confronti del Comune. Né risulta dimostrato che il ricorrente abbia

richiesto, senza risultato, il nominativo di detti amministratori e funzionari all'ente comunale, non essendo stata trascritta nel punto di interesse, né allegata al ricorso, nel rispetto del principio di autosufficienza.

La posizione dei giudici contabili

Proprio a fronte di tale possibile intreccio e delle conseguenze cui l'Ente Locale potrebbe essere sempre potenzialmente chiamato a rispondere per la formazione di debiti fuori bilancio, anche di recente i giudici contabili (13) hanno avuto modo di rispondere al Sindaco che aveva chiesto le possibili conseguenze in caso di suo mancato riconoscimento da parte del Consiglio Comunale, ovvero se tale debito debba essere imputato al solo funzionario o amministratore che tale debito abbia consentito rendendo indenne l'amministrazione da tale maggiore spesa contratta, secondo le indicazioni della Suprema Corte (14). Evidenzia il Collegio contabile come non è assolutamente vero che la Suprema Corte consenta in modo semplicistico di ipotizzare, come fa il Comune istante, che in caso di formazione di un debito fuori bilancio l'obbligazione sia di competenza del dirigente o funzionario che tale spesa abbia acconsentito. La citata sentenza, precisa il Collegio contabile, stabilisce il principio di sussidiarietà per l'indebito arricchimento dell'ente, affermando per altro verso il principio secondo cui il riconoscimento, da parte della PA, dell'utilità della prestazione o dell'opera non costituisce un requisito dell'azione di indebito arricchimento e rileva soltanto "*in funzione probatoria e, precisamente, ai soli fini del riscontro dell'imputabilità dell'arricchimento all'ente pubblico*", ma non esime la PA dall'attivazione della procedura di riconoscimento del debito, "*nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento*". In altri termini il citato principio di sussidiarietà evocato dalla nomofilachia civile, non esclude l'imputabilità dell'obbligazione direttamente all'ente, qualora si sia verificato un arricchimento, percepibile come tale e suscettibile di riconoscimento. Se tale principio di sussidiarietà non fosse vero, conclude il Collegio contabile, si consentirebbe di riversare indebitamente sui dipendenti che agiscono in nome e per conto dell'ente anche il costo di prestazioni dalle quali quest'ultimo abbia tratto un obiettivo e consapevole beneficio e di ar-

(10) Cass., sez. I, sent. 3 aprile 2017, n. 8630.

(11) Cass. 6 luglio 2007, n. 15296; Cass. 29 luglio 2009, n. 17550.

(12) Cass. 23 gennaio 1995, n. 723.

(13) Corte conti, sez. Regionale di controllo per il Veneto, deliberazione 29 novembre 2016 n. 375.

(14) *Ibidem* Cass., SS.UU., sent. 26 maggio 2015, n. 10798.

ricchirsi, quindi, ingiustamente, a scapito di terzi, in violazione del generale principio secondo cui *nemo lucupletari potest cum aliena iactura*.

Conclusioni

Dalla complessa disamina del quadro legislativo e giurisprudenziale descritto emerge in ogni caso la cautela da parte del funzionario pubblico nell'attivare le procedure al di fuori del quadro tipizzato

per l'assunzione delle spese da parte dell'ente locale, in quanto anche a fronte di un possibile riconoscimento dei citati debiti da parte del Consiglio Comunale, non va dimenticato come la Corte dei conti riceva le informazioni sul riconoscimento e possa attivare eventuali procedure di possibili danni erariali, in caso di violazione delle procedure da parte del citato funzionario pubblico.

E-BOOK

COLLANA: Pubblica amministrazione ed Enti locali

IL PATRIMONIO IMMOBILIARE PUBBLICO E LE ESPROPRIAZIONI PER PUBBLICA UTILITÀ

di Roberto Trudu



Il volume propone uno **studio organico delle espropriazioni per pubblica utilità**, in particolare degli aspetti che appaiono più controversi, attraverso la descrizione in concreto **delle complessità giuridiche** che possono emergere quando la fattispecie astratta del diritto amministrativo si scontra con la realtà dei diritti reali di natura privatistica incisi dal potere autoritativo della Pubblica Amministrazione.

Tratta della **natura giuridica e degli strumenti di tutela del possesso e della proprietà dei beni immobili pubblici**, delle **differenti forme di acquisizione dei beni da parte della Pubblica Amministrazione**, fra cui la più importante è il procedimento espropriativo per pubblica utilità, della **casistica di atti e fatti** dai quali discende la legittimazione a disporre di beni immobili da parte della Pubblica Amministrazione, con un'incursione sul terreno della più frequente ed interessante prassi amministrativa e sulle tematiche peculiari relative agli Enti territoriali.

In coda a ciascun capitolo sono posti **alcuni approfondimenti**.

L'Appendice – Schemi e Regolamenti – offre **una nutrita serie di atti "pronti all'uso"** collegati ai singoli capitoli e quin-

di alle fasi della procedura espropriativa: la comunicazione di avvio del procedimento; l'indizione della conferenza di servizi; il decreto di acquisizione coattiva sanante; il decreto di esproprio e tutti gli altri atti a supporto della procedura espropriativa.

Nell'Appendice **"Rassegna tematica di giurisprudenza"** sono segnalati gli estremi e un breve commento delle più importanti pronunce giurisprudenziali, nazionali e comunitarie, suddivise per argomento. Infine una **corposa bibliografia** e un accurato indice analitico consentono un più agevole accesso alle innumerevoli informazioni contenute nell'e-book.

Wolters Kluwer, marzo 2017

pagg. 742, Euro 18

Codice e-book: 00216535

ISBN (e-book): 978-88-217-6195-9

Per informazioni e acquisti

- **On line** www.shopwki.it
- **Servizio Informazioni Commerciali** (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente di zona**
- **Librerie professionali**