

Nuovi profili di responsabilità per danno erariale nel riconoscimento dei debiti fuori bilancio per acquisto di beni e servizi alla luce del c.d. "decreto anticrisi" (d.l. 78/09)

- Nozione di debito fuori bilancio -

Nella evoluzione normativa dell'ordinamento contabile degli enti locali, la materia dei debiti fuori bilancio viene in rilievo con la disciplina di cui all'art.1 bis, comma 3, del D.L.318/86, convertito nella legge 488/86, nell'intento del legislatore di consentire agli enti locali di sanare i debiti insoluti, rendendoli visibili agli effetti dei risultati della gestione finanziaria.

Successivamente, l'art. 37 del D.L.vo 77/95, pur senza darne una definizione, ne ha normato le modalità di riconoscimento, confermate successivamente con gli artt. 4 e 5 del D. L.vo 342/97, per ricevere un assetto definitivo nella formulazione dell'art.194 del TUOEL 267/2000. Nessuna delle norme sopra richiamate ha, però, mai provveduto ad apprestare una definizione della fattispecie di che trattasi. Sicché l'attuale configurazione dell'istituto del debito fuori bilancio è frutto di definizioni elaborate dalla dottrina, dalla giurisprudenza contabile, dal Ministero dell'Interno e dall'Osservatorio sulla finanza locale che, sostanzialmente, concordano nel ritenere che il debito fuori bilancio sia *"...un'obbligazione verso terzi per il pagamento di una determinata somma di danaro che grava sull'ente (.....) assunta in violazione delle norme giuscontabili che regolano i procedimenti di spesa degli Enti Locali..."* (Ministero dell' Interno F.L.21/1993).

Il debito fuori bilancio si configura, pertanto, come un'obbligazione perfezionatasi nell'ordinamento civilistico indipendentemente da una specifica previsione di bilancio, in violazione delle norme che disciplinano il procedimento di spesa, e che sussiste pur in assenza di specifico impegno contabile. Varie possono essere le cause del suo originarsi, così come il periodo del suo perfezionamento, che può verificarsi sia nell'esercizio in corso che in quelli pregressi.

Il tratto distintivo, infatti, che accomuna tutte le ipotesi di debito fuori bilancio attiene proprio alla patologia della gestione delle risorse. In particolare, nell'ipotesi in cui si sia provveduto ad acquisti di beni e servizi in violazione dell'art.191 del TUOEL, che disciplina il procedimento per l'assunzione degli impegni di spesa, il legislatore ha stabilito precise condizioni affinché una obbligazione, comunque sorta in violazione delle norme giuscontabili, possa essere imputata e fatta propria dall'ente, e che si sostanziano nel formale riconoscimento della legittimità del debito, legittimità che a sua volta è riscontrabile unicamente per le ipotesi di debiti tipizzati dal legislatore.

Infatti, l'art. 194 del TUOEL 267/00 individua quali debiti fuori bilancio riconoscibili dall'ente locale quelli espressamente enunciati in una elencazione, ritenuta tassativa nel Principio contabile n. 2 nel testo approvato dall'Osservatorio per la finanza locale del Ministero dell'Interno il 18/11/2008, e che è la seguente:

- a) sentenze esecutive
- b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purché sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'art. 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione;
- c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali;
- d) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità;
- e) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 191 del Tuel, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza.

- Violazione del procedimento di spesa per acquisizione di beni e servizi. Conseguenze -

Il debito fuori bilancio, si produce al di fuori della sfera gestionale dell'ente, in quanto si è perfezionato giuridicamente ma non contabilmente. Perché possa diventare debito proprio dell'ente è

necessario che il Consiglio provveda al riconoscimento della sua legittimità, così sanando i due presupposti, giuridico (obbligazione assunta in violazione della norma) e contabile (imputazione della spesa occorrente in capo all'ente che l'ha riconosciuta). Infatti il mancato, formale riconoscimento da parte del Consiglio produce la conseguenza prevista dall'art. 191 del TUOEL, per cui il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile, tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura in violazione delle norme sull'assunzione degli impegni di spesa.

L'art. 194 del TUOEL consente, infatti, la riconoscibilità della legittimità di un debito fuori bilancio per acquisizione di beni e servizi *"nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza"*.

Sicché, al momento del riconoscimento, il Consiglio deve prendere atto, anzitutto, che l'obbligazione si riferisce a funzioni e servizi di propria competenza, per poi dichiarare la effettiva utilità ricevuta dalla prestazione in termini di arricchimento per l'ente. L'accertamento della sussistenza dei predetti elementi attiene alla dimostrazione dell'effettiva utilità che l'ente ha tratto dalla prestazione altrui in termini di misurazione dell'utilità ricavata dalla prestazione di beni o servizi eseguita dal terzo creditore. L'arricchimento non deve essere inteso necessariamente come accrescimento patrimoniale, potendo questo consistere anche in un risparmio di spesa (Cassazione Civile, Sezione I°, 12 luglio 1996, n. 6332). Esso va stabilito con riferimento alla congruità dei prezzi, sulla base delle indicazioni e delle rilevazioni del mercato o dei prezziari e tariffe approvati da enti pubblici a ciò deputati, o dagli ordini professionali, se trattasi di parcelle.

Si ritiene, inoltre, che non siano normalmente riconoscibili gli oneri per interessi, spese giudiziali, rivalutazione monetaria ed, in generale, i maggiori esborsi conseguenti a ritardato pagamento di forniture, in considerazione del fatto che in questo caso nessuna utilità ed arricchimento può conseguire all'ente, rappresentando i predetti esborsi un ingiustificato danno patrimoniale del quale devono rispondere coloro che con il loro comportamento lo hanno determinato.

In assenza dei predetti presupposti, i debiti fuori bilancio non sono altrimenti riconoscibili.

Ma quali sono le conseguenze qualora il consiglio non provveda al riconoscimento del debito nel caso in cui non ricorrono le condizioni di legittimità appena accennate?

Ebbene, dell'obbligazione sorta in violazione della procedura prescritta dall'ordinamento contabile deve essere chiamato a risponderne in *toto* il soggetto che l'ha causata. In sostanza, in tal caso si verifica una vera e propria scissione del rapporto di immedesimazione organica tra agente e Pubblica Amministrazione.

Inoltre, nei confronti dell'ente non è consentito al terzo fornitore l'esperimento dell'azione generale di arricchimento disciplinata dall'art. 2042 del codice civile.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione - I Sezione civile n.17550 del 29 luglio 2009 - ha respinto, per inammissibilità, il ricorso proposto da un appaltatore di opere avverso una sentenza di appello che aveva ritenuto infondata la doglianza del ricorrente incentrata sull'indebito arricchimento che l'ente aveva conseguito dalla prestazione e, quindi, la richiesta di vedersi riconosciuta la sua utilità e la rispondenza al pubblico interesse. Astrattamente, l'ipotesi prevista dal legislatore con la norma civilistica (art.2042), che dispone che *"Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda."*, consentirebbe al soggetto che ha eseguito un lavoro o una fornitura di rivendicare giudizialmente quantomeno un indennizzo in ragione dell'arricchimento che il destinatario ha conseguito nella sua sfera patrimoniale. I supremi giudici, però, partendo dalla considerazione del carattere sussidiario dell'azione de qua, hanno precisato che osta alla sua praticabilità nei confronti dell'ente locale lo specifico ordinamento cui questo è soggetto e che all'art. 191 comma 3 del TUOEL prescrive espressamente che, qualora l'ordine di esecuzione di acquisti o forniture di beni e servizi abbia luogo in assenza dell'impegno di spesa, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile (mancanza di utilità) come debito fuori bilancio, direttamente tra il privato fornitore ed il funzionario,

amministratore o dipendente che abbia consentito la fornitura. Infatti, il carattere della sussidiarietà dell'azione di arricchimento, precisano i giudici della Suprema Corte, consente al fornitore della prestazione eseguita all'ente di esercitare azione direttamente nei confronti del soggetto ordinante la spesa.

Tuttavia, occorre in proposito evidenziare che la Corte Costituzionale, nel giudicare costituzionalmente legittima la norma che stabilisce la responsabilità diretta del funzionario o amministratore ordinante la spesa, con ben due sentenze (n. 445 24/10/1995 e n.295 30/7/1997) ha avuto modo di precisare che *"...sussistono in favore del funzionario (o amministratore) le condizioni affinché egli possa esercitare l'azione ex 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."*

- *Profili di responsabilità per danno erariale alla luce della disciplina del decreto correttivo 78/09*
-

La violazione della disciplina dell'ordinamento contabile in ordine alla procedura di acquisizione di beni e servizi nell'ente locale, congiuntamente alla irriconoscibilità della fornitura di che trattasi quale legittimo debito fuori bilancio, a causa della insussistenza dei presupposti prescritti dall'art. 194 del TUOEL (utilità ed arricchimento con diretto riferimento alle funzioni istituzionali), ha l'effetto quindi di estromettere l'amministrazione dal sinallagma contrattuale che si instaura, invece, con la persona fisica che ha ordinato la spesa, generando, pertanto, la responsabilità di costui non nei confronti dell'ente, cui è legato da un rapporto di servizio, sia pure eventualmente di tipo onorario, ma direttamente con il terzo esecutore del lavoro o fornitura.

Ma allora, per i debiti la cui legittimità viene dichiarata dal Consiglio comunale nella sussistenza dei presupposti richiesti dall'ordinamento contabile, la responsabilità per danno erariale si dovrebbe limitare alle sole ipotesi in cui la violazione della procedura di assunzione dell'impegno abbia prodotto obbligazioni accessorie per interessi, rivalutazione monetaria e spese altrimenti non sostenute dall'ente? E, soprattutto, come devono essere accertate le responsabilità?

A tal proposito, è interessante l'impostazione normativa che deriva dalla formulazione contenuta nel c.d. decreto anticrisi (D.L. 78/09), convertito nella legge 102 del 3/8/2009, che, all'art.17 comma 30 ter, stabilisce che *"per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'art.114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile. L'azione è esercitabile da pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno, qualora il danno stesso sia cagionato per dolo o colpa grave. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta."*

Alla luce della formulazione della predetta norma, infatti, ai presupposti per l'azione di responsabilità, previsti dalla legge n.20/94, si aggiungono, *"l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale"* e la *"specifica e precisa notizia di danno"*, in assenza dei quali non è più consentito l'esperimento di attività istruttoria finalizzata alla ricerca degli elementi per costruire una azione di responsabilità.

In verità, già il Procuratore Generale della Corte dei conti, nel tentativo di circoscrivere le modalità di denuncia cui sono obbligati gli amministratori e funzionari pubblici, aveva dettato disposizioni in merito con nota prot. n. PG9434/2007P del 2 agosto 2007, , che non poteva che avere l'unica finalità proprio di evitare l'ingolfamento di notizie di danno che, ad una accurata istruttoria, si rilevassero poi

insuscettibili di giustificare l'esercizio dell'azione di responsabilità erariale. Tuttavia, l'impalcatura dell'azione di responsabilità restava fondata sull'accertamento a tutto campo del fatto, ai fini dell'attribuzione del dolo e della colpa grave, che giustificassero l'incardinamento dell'azione di responsabilità erariale.

In siffatto mutato quadro normativo, sorge spontaneo chiedersi quale impatto l'art.17 comma 30 ter D.L. n. 78/09 abbia nei procedimenti di riconoscimento della legittimità di debiti fuori bilancio per acquisizione di beni e servizi, laddove, come dianzi si è avuto modo di evidenziare, essi diano luogo al pagamento di interessi e spese, di per sé generatori di danno per l'ente.

In proposito, occorre ricordare che l'art. 23 comma 5 della legge n. 289/2002 dispone che *"I provvedimenti di riconoscimento di debiti posti in essere dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, sono trasmessi agli organi di controllo ed alla competente procura della corte dei conti."*

Sicché, la predetta disposizione è stata oggetto di vaglio della Corte costituzionale che, con sentenza 13-29 gennaio 2005 n.64, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata in riferimento agli artt. 117 e 97 della Costituzione all'uopo precisando che *"Quest'ultima, assoggettando una tipologia di provvedimento indice di possibili patologie nell'ordinaria attività di gestione ad un controllo rispettoso dell'autonomia locale e venendo altresì incontro alle esigenze di contenimento della spesa pubblica e di rispetto del patto di stabilità interno, è conforme al principio di buon andamento delle pubbliche amministrazioni"*.

Pertanto, se la norma in questione è stata ritenuta legittima con riferimento alla sola funzione di controllo delle Sezioni di Controllo della Corte dei conti, che, alla luce della riforma del titolo V della Costituzione, si configura come controllo collaborativo, non certamente finalizzato all'esercizio dell'azione di denuncia, viene da chiedersi se la locuzione *"ed alla competente procura della corte dei conti"*, contenuta nell'ultima parte del citato art. 23 comma 5 della legge 289/2002, sia da ritenersi tacitamente espunta dall'ordinamento per contrasto con il nuovo regime di esercizio dell'azione per l'accertamento della responsabilità risarcitoria introdotto dal succitato art.17, restando invariato solo quello dell'accertamento della responsabilità per danno c.d. sanzionatorio ed all'immagine appositamente disciplinati.

Infatti, che senso avrebbe continuare a trasmettere alle Procure regionali provvedimenti di riconoscimento di debiti fuori bilancio nella consapevolezza che esse non hanno poteri istruttori finalizzati all'accertamento delle condizioni per l'esercizio dell'azione di responsabilità?

- *Le prospettive offerte dal disegno di legge sulla individuazione delle funzioni fondamentali degli enti locali -*

Se lo scenario del sistema di accertamento del danno erariale risarcitorio che deriva dal nuovo assetto normativo conferito dall'art. 17 comma 30 ter della legge 103/09 è quello appena delineato, bisogna chiedersi come sta evolvendo il regime delle responsabilità in capo ai soggetti già istituzionalmente tenuti a quell'obbligo di denuncia agli organi inquirenti, la inosservanza del quale costituisce fonte di responsabilità per essi stessi.

Una prospettiva viene offerta dal disegno di legge recante l'individuazione delle funzioni fondamentali delle Province e Comuni, approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 luglio 2009 e tuttora all'esame della Conferenza Unificata Stato-città-autonomie, ai fini dell'acquisizione del prescritto parere preliminare. Infatti, l'art. 32 del predetto disegno di legge, che reca disposizioni in materia di controlli negli enti locali, ridisegna la materia dei controlli interni e, riscrivendo l'art. 49 del TUEL 267/00 in ordine ai pareri di regolarità tecnica e contabile dei responsabili dei servizi, al comma 4 introduce l'art. 147 bis, il quale stabilisce al comma 2 che *"Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è inoltre assicurato nella fase successiva, secondo i principi generali di revisione aziendale e modalità definite nell'ambito dell'autonomia organizzativa dell'ente, sotto la direzione del Segretario in base alla normativa vigente. Sono soggette al controllo le determinazioni di impegno di spesa, gli atti di*

accertamento di entrata, gli atti di liquidazione della spesa, i contratti, gli altri atti amministrativi, scelti secondo una selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento."

La nuova impostazione del controllo di regolarità amministrativa sembrerebbe far confluire in capo al Segretario dell'ente l'obbligo di comunicare alla Procura regionale della Corte dei conti "*specificata e precisa notizia di danno*" accertato in occasione della funzione di controllo di regolarità amministrativa. Controllo che, evidentemente, se normativamente organizzato in base a "*selezione casuale effettuata con motivate tecniche di campionamento*", non esclude che per le delibere di riconoscimento dei debiti fuori bilancio debba essere esercitato sistematicamente su ciascun provvedimento, proprio in quanto soltanto una verifica puntuale della sussistenza dei presupposti richiesti per il legittimo riconoscimento degli stessi e l'assenza di ogni ipotesi di danno erariale, che conduca a ritenere legittimamente esercitata l'attività amministrativa, può equilibrare il cessato potere istruttorio di accertamento della responsabilità contabile con l'assenza di ogni notizia dell' "*effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale...arrecato con dolo o colpa grave.*" in un contesto normativo che legittima concreti dubbi sulla sopravvivenza dell'obbligo di comunicazione alle Procure regionali delle relative delibere ricognitorie.

Avv. Pasquale Russo
Segretario Generale del Comune di Formia (LT)

Avv. Maria Ilaria Bruno
Segretaria Comunale conv. Sturno-Melito Irpino (AV)

(da www.diritto.it)