



**CITTÀ di  
CASTELFRANCO VENETO**



**PROVINCIA  
DI TREVISO**



**Associazione Veneta  
degli Avvocati  
Amministrativisti**

**Atti del Convegno di Studio**

# **NUOVI PROFILI DI RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E DANNO**

**CASTELFRANCO VENETO  
VENERDÌ 23 NOVEMBRE 2018 - HOTEL FIOR - Via Dei Carpani, 18**

*Segreteria Scientifica*

**Studio Avv. Primo Michielan  
di Mogliano Veneto (TV)**

Tel. 041.5936336 - Fax. 041.5901340  
e-mail: [info@studiomichielan.it](mailto:info@studiomichielan.it)

*Segreteria Organizzativa*

**Centro Studi Amministrativi  
della Marca Trevigiana**

Tel 0422.491855 - Fax 0422.300022  
e-mail: [info@comunitrevigiani.it](mailto:info@comunitrevigiani.it)

**GIORGIONE**



**Atti del Convegno di Studio**

**NUOVI PROFILI  
DI RESPONSABILITÀ  
DELLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE  
E DANNO**

**CASTELFRANCO VENETO**

**VENERDÌ 23 NOVEMBRE 2018 - HOTEL FIOR - Via Dei Carpani, 18**



## INDICE

### ■ I SESSIONE

<b>LUDOVICO MAZZAROLLI</b> Commento iniziale del Presidente della Prima Sessione . . . . .	pag.	3
<b>STEFANO MARCON</b> Saluto iniziale ed apertura dei lavori . . . . .	“	5
<b>STEFANO BIGOLARO</b> Introduzione . . . . .	“	7
<b>ALESSANDRO CALEGARI</b> La responsabilità della Pubblica Amministrazione e il risarcimento del danno ingiusto derivante dall'adozione di atti amministrativi illegittimi a contenuto favorevole . . . . .	“	11
<b>CHIARA CACCIAVILLANI</b> Responsabilità amministrativa per inerzia e silenzio . . . . .	“	21
<b>SILVIA DE FELICE</b> Prevalente giurisprudenza sui criteri di liquidazione del danno per attività lesiva della Pubblica Amministrazione e penalità da ritardo ( <i>astreintes</i> ) . . . . .	“	27
<b>PRIMO MICHIELAN</b> Pregiudizio da opera pubblica legittima al bene non espropriato: presupposti per l'indennità dovuta ( <i>Artt. 33 e 44 D.P.R. n. 327/01</i> ) . . . . .	“	33

### ■ II SESSIONE

<b>MAURIZIO NICOLOSI</b> Commento iniziale del Presidente della Seconda Sessione . . . . .	“	43
<b>FRANCESCO VOLPE</b> Il nuovo inquadramento della responsabilità precontrattuale e il risarcimento del danno negli appalti pubblici . . . . .	“	45
<b>ALBERTO BORELLA</b> Incarichi professionali gratuiti ed equo compenso . . . . .	“	51
<b>ENRICO MARIO AMBROSETTI</b> Abuso ed omissione d'ufficio: violazione delle linee guida A.N.A.C. . . . .	“	63
<b>ALBERTO MINGARELLI</b> Responsabilità erariale ed esenzione per buona fede del funzionario pubblico. . . . .	“	67
<b>TIZIANO TESSARO</b> Responsabilità diretta del funzionario od amministratore ed i limiti di riconoscibilità del debito fuori bilancio comunale . . . . .	“	75
<b>FRANCO ZAMBELLI</b> Relazione di sintesi . . . . .	“	103



## ■ I SESSIONE – Commento iniziale

Autorità, Colleghi Avvocati, Signore e Signori, nell'aprire questa Prima Sessione dell'annuale Convegno dell' «Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti», potrei dirVi che sono orgoglioso di essere qui, oggi, in questa veste di Presidente di Sessione, perché il Presidente e il Direttivo della stessa, nonché il come sempre impeccabile promotore e organizzatore e responsabile della Segreteria scientifica, Avv. Primo Michielan, mi hanno voluto qui come appassionato del tema della responsabilità della pubblica Amministrazione. Oppure, potrei dirvi che l'orgoglio deriva dal fatto di trovarmi a Castelfranco, città natale di Giorgione, di cui sono un ammiratore. Ma, in entrambi i casi... mentirei. L'orgoglio deriva da quanto riportato in alto a destra nella locandina, con una sobrietà che l'onorato avrebbe molto apprezzato, e cioè dalla dedica di questa Giornata di Studi a Leopoldo Mazzarolli.

Per chi tra i presenti non lo sapesse siamo parenti... stretti: ne sono figlio, così come lo è mio fratello Francesco che, da iscritto all'Associazione, siede in platea.

La differenza tra me e lui sta nell'aver io scelto, a suo tempo, dopo la laurea, la strada della carriera universitaria. La quale scelta, comunicata subito a mio padre, ottenne da lui un commento lapidario, direi «alla Paladin», cioè nello stile di quello che è stato il mio Maestro: «Va bene – disse mio padre – ma in un'altra materia e in un'altra Regione». Non in un'altra Università, in un'altra Regione.

E, allora eccomi qui: costituzionalista e, a poco meno di trent'anni da quel colloquio, ancora in Friuli Venezia Giulia. Il che, sia chiarissimo, sarà stato, così com'è ora, un po' stancante, ma è stato anche la mia fortuna, segno che ci aveva visto giusto.

Perché, tra i mille che potrei, Vi propongo proprio questo ricordo? Perché, più passano gli anni dalla sua scomparsa e più mi faccio convinto che tra i suoi colleghi, i suoi allievi (e qui ce ne sono tanti), i suoi laureati, i suoi amici, i suoi estimatori, ciò che più rimane impresso di Leopoldo Mazzarolli non è, alla lunga, tanto l'insegnamento del diritto amministrativo, o il contenuto dei suoi scritti e delle sue Relazioni a Convegni. Il diritto cambia, si evolve, si trasforma (... in Italia, in questo periodo storico, tendenzialmente sempre in peggio), trascinando il tempo inevitabilmente con sé i risultati delle speculazioni degli universitari.

Ciò che rimane, anche di uno studioso, sono i tratti distintivi dell'uomo: resta, per esempio, nello specifico caso di mio padre, la sua capacità, se richiesto, di consigliare disinteressatamente e sempre al meglio.

Ancora ringraziando chi mi ha voluto qui oggi (dal Direttivo dell'Associazione, al Presidente, Avvocato Stefano Bigolaro, al Collega Primo Michielan), mi fermo, perché, da frequentatore abituale di convegni, sono il primo a mal digerire i Presidenti di sessione che la fanno troppo lunga, mentre molti vengono per aspettare le Relazioni; mentre tutti vengono per aspettare il coffee break e mentre chi assiste per avere i crediti formativi... aspetta solo di potersene andarsene a casa.

Ringraziandolo per il Patrocinio e per la consueta ospitalità, passo quindi subito la parola per il primo dei Saluti istituzionali a Stefano Marcon, nella sua già duplice, ma adesso triplice, carica di Sindaco di Castelfranco, di Presidente della Provincia di Treviso e, recentissimamente, di Presidente dell'Unione delle Province Venete.

Prego Stefano Marcon.





## ■ SALUTO

Grazie Presidente. Un saluto a tutti i presenti e una piccola riflessione in apertura del Convegno.

È la terza volta che io apro i lavori di questo Convegno di studio che ormai a Castelfranco Veneto si tiene dal 1999, se non ricordo male. È sempre stato molto partecipato ed ogni volta che apro i lavori un certo imbarazzo lo provo, perché voi tutti conoscete la mia modesta preparazione in materia di diritto. Però posso e devo riconoscere che il tema di oggi è un tema che appassiona particolarmente chi fa il pubblico amministratore rivestendo i ruoli del sottoscritto, Sindaco di Castelfranco Veneto e Presidente della Provincia di Treviso.

Perché?

Perché le responsabilità della Pubblica Amministrazione, alla fine, passano sulle teste degli amministratori pubblici e, quindi, costituiscono un tema che ci vede, o ci deve vedere, molto attenti, con necessità di collaboratori che ci garantiscano di non creare danni alla Pubblica Amministrazione, poiché magari si può anche sbagliare ma, con la collaborazione di dirigenti o funzionari adeguati, certamente limitiamo il rischio.

Quindi, ribadisco, il tema di oggi è veramente, secondo me, molto apprezzato anche da chi non è avvocato ma fa Pubblica Amministrazione.

Io colgo l'occasione per ringraziare tutti i presenti, dall'Avvocato Michielan che, come sempre, già da domani, a convegno appena finito, comincerà a lavorare per il convegno dell'anno venturo; il Centro Studi che a fianco dell'Avvocato Michielan ha aiutato a far sì che oggi si concretizzi questa giornata e vedo la Presidente Mariarosa Barazza che saluto e ringrazio per l'appoggio che ha dato; l'Associazione degli Avvocati Amministrativisti del Veneto, tutti i presenti e tutti i relatori.

Come già detto, insomma, è un tema che appassiona gli amministratori pubblici. Vedo qualche Sindaco presente, vedo altri Dirigenti della Pubblica Amministrazione e delle mie squadre amministrative locali che saluto e ringrazio; c'è il Direttore Generale della Provincia, l'avv. Carlo Rapicavoli, l'Avvocato Mariano Bonato del Comune di Castelfranco Veneto: insomma, vedo un convegno molto partecipato non solo da avvocati ma da coloro che tutti i giorni sono chiamati a dare dei servizi ai cittadini nel pieno rispetto delle leggi, aiutando i cittadini ad ottenere risposte certe in tutti i rapporti che hanno con la Pubblica Amministrazione, sia per necessità personali che economiche, senza dover ricorrere alla "mediazione" di terzi.

E mi piace ricordare i "pericoli" - fra virgolette - che la normativa nasconde per i non addetti ai lavori: l'esempio che mi viene subito da citare è costituito dal Codice degli Appalti, l'ultimo entrato in vigore, che è talmente articolato e complesso da dare più di qualche fibrillazione, per non ricordare la normativa sulla sanità e la salute pubblica, per esempio, dove è assolutamente necessario prestare moltissima attenzione nel contemperare inerzia ed azione per non incorrere in responsabilità penali, civili o amministrative.

Quindi, in conclusione, ben vengano questi momenti di formazione e d'incontro e sono contento ed orgoglioso, lasciatemelo dire, che si tengano nella città del Giorgione. È veramente un orgoglio anche personale e spero che si continui a farlo per molti anni futuri. Con una partecipazione così numerosa e costante negli anni il convegno ha acquisito un valore

incontestabile. Il Convegno di Castelfranco Veneto è sempre molto apprezzato e viene spesso citato anche tra di voi, professionisti della materia. È ormai una tradizione che andrà sicuramente oltre ai mandati dei Sindaci che pro tempore rivestiranno questo ruolo.

Un buon lavoro a tutti voi. Io purtroppo vi devo salutare in anticipo ma vi assicuro che le relazioni sui lavori le avrò direttamente dall'Avvocato Michielan, nelle sintesi che mi farà da qui al prossimo anno, quando avremo modo di incontrarci più volte per il prossimo convegno e mi farà arrivare al prossimo convegno con la piena consapevolezza di che cosa vi siete detti oggi.

Buona giornata a tutti voi.

---

### ***Commento del Presidente Prof. Avv. Ludovico MAZZAROLLI***

*Ringrazio il Sindaco e sottolineo solo che ha perfettamente ragione: io ho più volte preconizzato che, nel giro di qualche anno, se la normativa non cambia, di amministratori pubblici per così dire «volontari» non ne avremmo più, perché essere eletti ad una carica e finire direttamente in Procura... di un dato tipo, o in Procura della Corte dei Conti, è tutto uno. A prescindere da quello che uno fa e anche a prescindere da quello che uno non fa, cioè, si finisce comunque pressoché sempre davanti ad un giudice: la quale cosa non induce certo a ricoprire cariche pubbliche perlopiù non sufficientemente ben retribuite.*

*Passo subito la parola, per il secondo e ultimo intervento di saluto, all'amico e collega Avvocato Stefano Bigolaro, già ricordato Presidente dell'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti.*

*A Te, Stefano.*

## ■ INTRODUZIONE

A nome dell'Associazione veneta degli avvocati amministrativisti saluto tutti i numerosi partecipanti a questo convegno, ringrazio gli illustri relatori e ringrazio chi ha organizzato e reso possibile tutto ciò.

È, a mio avviso, l'occasione per fare il punto su questo convegno.

È un convegno che, come Associazione degli amministrativisti, sentiamo nostro.

Ne è una conferma - se ce fosse bisogno - la presenza tra i relatori di persone con cui condividiamo la storia e l'impegno associativo: Franco Zambelli, Alberto Borella, Alessandro Calegari, Francesco Volpe.

(Vedo Ivone Cacciavillani, che doverosamente saluto).

E tra le presenze associative vi è naturalmente Primo Michielan.

A lui devo pubblicamente riconoscere il merito storico di aver messo in piedi e mantenuto in vita, in ottime condizioni, questo convegno per vent'anni, e il merito organizzativo anche di questa edizione.

È un convegno nostro anche per la presenza di Francesco e Ludovico Mazzarolli, quest'ultimo incaricato di presiedere la mattinata. E dunque per il ricordo di Leopoldo Mazzarolli, cui il convegno è dedicato, che fu professore di "amministrativo 2" - cioè di giustizia amministrativa - per molti di noi, e figura di riferimento per molti anni.

È un convegno prevalentemente di avvocati, ma con una tradizionale presenza dei magistrati, a cominciare dal presidente del Tar Veneto, Maurizio Nicolosi, che ringrazio per la sua costante disponibilità al dialogo con l'avvocatura.

Come ringrazio la dottoressa De Felice, consigliere del Tar Veneto; e due magistrati che sono nostri frequenti e graditi ospiti, e con i quali il confronto è diretto e franco, cioè Alberto Mingarelli e Tiziano Tessaro.

È poi un convegno arricchito dall'apporto dell'Università. In questo senso ricordo gli interventi di Chiara Cacciavillani, di Luigi Garofalo, di Enrico Ambrosetti.

Presenza, quest'ultima, che consente quelle interdisciplinarietà che la materia richiede.

Ed è un convegno che anche in questa edizione intende porsi in termini di ausilio concreto agli enti locali, ai funzionari e agli amministratori pubblici (oltre che naturalmente ai liberi professionisti).

La presenza del sindaco di Castelfranco, nonché presidente della provincia di Treviso, e quella dei numerosi amministratori e funzionari presenti, ne è conferma.

L'organizzazione del convegno è curata congiuntamente con il Comune di Castelfranco, con il Centro studi amministrativi della Marca trevigiana, con la Provincia di Treviso.

Ecco, senza questa componente costituita dagli enti pubblici, dai loro funzionari e amministratori, il convegno perderebbe il suo senso. E, in un modo più profondo, senza un confronto con le pubbliche amministrazioni il nostro lavoro come avvocati amministrativisti perderebbe di significato.

Il tema di questo convegno - come mi ha ricordato Primo Michielan - riecheggia un convegno di Cortina della nostra Associazione: quello del 2003.

Un convegno di alto livello dedicato a “la responsabilità dell’amministrare”. Relatori dell’epoca: Trotta, Stella Richter, Garofalo, Scoca, Schinaia, Domenichelli, Breganze, Luigi Manzi; conclusioni: de Roberto e Mazzaroli (Leopoldo).

Il lungo tempo trascorso, quindici anni, da un lato ha consentito un’ampia evoluzione dottrinale, giurisprudenziale e legislativa sul tema. Ma è stato anche un tempo in cui le cose sono rimaste bloccate nella pratica, permanendo la difficoltà di ottenere un’effettiva tutela risarcitoria nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Il Convegno di oggi sta tutto in una frase del depliant del convegno cortinese di allora. Sulla responsabilità amministrativa si scriveva: *“responsabilità che, coniugata al plurale - le responsabilità -, pare possa riferirsi alla funzione amministrativa in sé, per contemplare tutti i protagonisti del suo esercizio e tutti i relativi possibili ambiti, da quello civile, dell’amministrazione e del funzionario, a quello del (solo) funzionario, erariale e penale.”*

Dalla responsabilità della pubblica amministrazione a quella del funzionario e dell’amministratore in sede erariale e penale. Questo il disegno del convegno odierno.

Devo dire che, guardando al titolo della relazione del professor Ambrosetti in tema di responsabilità penale, fa effetto vedere citate le linee guida Anac.

Le linee guida Anac sono un contenitore con dentro cose eterogenee. E sono anche una sorta di mito, il mito di una autorità indipendente che, per le più nobili finalità, possa regolare ciò che vuole.

Si tratta di una fonte normativa che ha stravolto la gerarchia delle fonti, e sulla quale è necessario un ripensamento, specie se le linee guida divengono parametro di legittimità e di liceità dell’azione amministrativa nonché della responsabilità del funzionario o amministratore.

Che poi, se l’amministratore o il funzionario si trovi a difendersi da ipotesi di responsabilità erariale o penale, come sceglierà il proprio difensore? Applicherà a sé stesso le recenti linee guida Anac 2018 in materia di incarichi legali, tenendo un elenco?

Veniamo così a un profilo della responsabilità che è di grande attualità dopo l’emanazione delle linee guida 12 dell’Anac: quello della responsabilità in cui può incorrere la pubblica amministrazione nella scelta del legale.

Tema delicato e complesso, in cui però due punti possono essere sinteticamente ricordati:

1. Le indicazioni dell’Anac non sono vincolanti e costituiscono anzi, anche per il loro contenuto, soltanto un suggerimento di “migliori pratiche”.
2. Non c’è responsabilità erariale se non c’è danno; non c’è danno se - qualsiasi scelta faccia una pubblica amministrazione - essa rispetta l’equo compenso (perché le pubbliche amministrazioni sono vincolate a garantire l’equo compenso). L’equo compenso è quello conforme ai parametri, i quali, da aprile 2018, prevedono dei minimi inderogabili. Dunque, sotto non si può andare, e non c’è spazio per la Corte dei Conti.

La responsabilità della P.A. si ha se viola il principio dell’equo compenso, che invece essa deve garantire quando affida un incarico.

Se la P.A. affida un incarico sulla base di un’offerta iniqua, cioè al di sotto dei parametri minimi, sta sbagliando perché dovrebbe invece considerare quell’offerta come un’offerta anomala, ad esclusione immediata.

Con questa sintetica notazione finale concludo dunque il mio intervento, augurando a tutti una buona giornata di Convegno.

## **Commento del Presidente Prof. Avv. Ludovico MAZZAROLLI**

Un sentito «grazie» anche all'Avvocato Bigolaro.

Quattro flash.

Il primo. Mi è piaciuta molto l'idea che Primo Michielan sia una «presenza associativa», perché rende l'idea del ruolo uno, bino e trino che occupa nell'organizzare il convegno, nell'esserne il «regista» anche tenendo i rapporti con le Istituzioni, nel parlare. Lui, da solo, è presenza... «associativa».

Il secondo. La responsabilità dell'Amministrazione erariale e penale dei funzionari, degli amministratori mi sta ovviamente benissimo, purché... gli amministratori e funzionari vengano lasciati amministrare.

Giacché, quando la responsabilità coinvolge il funzionamento, questo vuol dire che il meccanismo ha già cominciato a non funzionare. La responsabilità è un quid che viene dopo aver visto funzionare l'amministratore, non prima e a priori.

Il terzo, e qui mi tocca esercitare il ruolo del Costituzionalista, ma cercando di non sovrappormi a ciò che poi vi dirà l'amico Ambrosetti: la sola idea che l'ANAC, con le sue cc.dd. «linee guida», detti fonti per così dire «al di fuori», «al di là» del classico sistema delle fonti, «urta» con il «principio di legalità», presentando un vulnus al diritto che solo noi, in sede interpretativa e applicativa, possiamo sanare. Intendo dire che ci vuole una sorta di «resistenza passiva» da parte di tutti gli operatori del diritto, perché queste linee dell'ANAC non vengano fatte passare come qualcosa di «normale». Bisogna «resistere, resistere, resistere», per riprendere una locuzione adoperata da qualcuno prima di me, con la differenza sostanziale che egli l'adoperò contro chi aveva - in virtù del ruolo che ricopriva - il diritto di introdurre fonti, mentre, nel mio piccolo, a me sembra più acconcia avverso chi quel diritto non lo può né vantare, ma nemmeno rivendicare.

E, infine, l'«equo compenso»: due magiche parolette; una di quelle locuzioni bellissime da sentire, bellissime da scrivere, ma che, in sé sole, non vogliono dire assolutamente nulla, perché, ovviamente, tutto dipende da chi misura l'equità e da come la misura. E l'equità si misura sulla base di chi effettua la prestazione. Non esiste un «equo compenso» ... a prescindere, perché la prestazione è diversa a seconda che la presti Tizio, che la presti Caio, che la presti Sempronio, ed è sulla concreta prestazione che si deve misura l'equità, non - un'altra volta - a priori.

Ma anche qui mi fermo per non travalicare i miei compiti.

Entro nel vivo del convegno che è dedicato ai «Nuovi profili di responsabilità della P.A. e danno» e do la parola al Professore Avvocato Alessandro Calegari che insegna «Diritto Amministrativo» nell'Università di Padova. È lui stesso, nel suo curriculum, ad autodefinirsi allievo del professor Mazzarolli con la mediazione, diciamo così, del Professor Breganze peraltro anch'egli allievo del predetto, una generazione prima. Io posso solo aggiungere che, con il Professor Daniele Corletto, il Professor Calegari al suo Maestro è stato vicino fino alla fine.

Prego Alessandro: il titolo della Tua Relazione, lo ricordo all'uditorio, è: «Responsabilità da annullamento di atto amministrativo favorevole e risarcimento del danno».



## ■ LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL RISARCIMENTO DEL DANNO INGIUSTO DERIVANTE DALL'ADOZIONE DI ATTI AMMINISTRATIVI ILLEGITTIMI A CONTENUTO FAVOREVOLE.

Consentitemi di rivolgere preliminarmente un sentito ringraziamento agli organizzatori e, tra tutti, all'avv. Primo Michielan, che è l'animatore principale di questo evento.

È sempre un onore per me essere chiamato a partecipare a questo convegno. E lo è ancor di più da quando esso è dedicato alla memoria del prof. Leopoldo Mazzaroli, a cui mi lega un grato e affettuoso ricordo.

Questo è, anzi, un motivo in più per sentire la responsabilità della prima relazione di una giornata assai impegnativa, che vedrà alternarsi a questo tavolo Colleghi ben più illustri e titolati del sottoscritto.

Il tema che mi è stato affidato ha indubbiamente infiammato il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, ma ha perso, forse, un po' di interesse negli ultimi tempi, perché si è ormai consolidato l'orientamento della Corte di cassazione, che individua nel giudice ordinario il titolare della giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno procurato al suo destinatario dal provvedimento amministrativo illegittimo favorevole.

Senonché, quello della giurisdizione non è l'unico tema controverso, sul quale valga la pena di riflettere, occupandosi di questo argomento.

Innanzitutto, occorre chiarire di cosa stiamo parlando.

Parliamo, ovviamente, del pregiudizio subito dal privato che, in buona fede, confidando nella legittimità di un provvedimento amministrativo favorevole, poi annullato dal giudice amministrativo o dall'amministrazione perché illegittimo, pretenda poi di essere risarcito dall'ente che quell'atto abbia colpevolmente emesso.

I casi che si possono rinvenire in giurisprudenza sono assai diversi. Un primo filone riguarda proprio i casi di annullamento di provvedimenti favorevoli e gli esempi vanno dall'annullamento di un piano attuativo, all'annullamento di un permesso di costruire, di un'aggiudicazione, di un bando, di una concessione demaniale, di un'autorizzazione per impianti di produzione di energia, di un incarico di progettazione.

Qualcuno ha ritenuto che siano assimilabili a questi casi le situazioni in cui non vi sia stato annullamento dell'atto, ma semplice accertamento incidentale della sua illegittimità, come avviene, ad esempio nel caso della disapplicazione in sede civile di un permesso di costruire per violazione delle distanze: il costruttore che avesse perso la causa civile potrebbe, dunque, in ipotesi chiedere i danni al comune che gli avesse rilasciato il permesso di costruire illegittimo.

Ma gli stessi effetti si potrebbero avere nel caso in cui l'amministrazione avesse mancato di inibire la prosecuzione dei lavori nel caso di presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività, che venga poi in qualche modo giudicata illegittima in sede giudiziale. L'autotutela tardiva sulla SCIA o il mancato intervento sulla SCIA illegittima sono stati, infatti, ritenuti assimilabili, sul piano della responsabilità dell'amministrazione deputata a control-

lare l'ammissibilità dell'intervento, all'annullamento del permesso di costruire illegittimamente rilasciato (cfr. in tal senso Tar Lombardia, Milano, sent. n. 218 del 2015).

La conclusione, peraltro, trova conforto anche nell'articolo 21, comma 2 ter, della legge n. 241 del 1990, che stabilisce la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente per paralizzare gli effetti della segnalazione certificata illegittima, senza distinguere il caso in cui la sua inerzia risulti pregiudizievole per il terzo o per il segnalante.

Evidentemente, infatti, si tratta di una duplice responsabilità, astrattamente configurabile sia nei confronti del terzo, direttamente danneggiato dalla SCIA, sia nei confronti di chi abbia presentato la segnalazione e iniziato i lavori, confidando in buona fede nell'ammissibilità dell'opera anche in ragione del mancato intervento inibitorio dell'amministrazione, e si trovi esposto economicamente, nel momento in cui i lavori venissero sospesi dopo molto tempo dal loro inizio, su ordine del giudice o iniziativa della stessa amministrazione.

Ma allo stesso risultato potremmo giungere anche in presenza di un silenzio-assenso illegittimo, considerando che l'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 dice che rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione o al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

Ai casi sin qui esaminati, aggiungerei poi una terza categoria, ricomprendente le situazioni in cui, attraverso un atto amministrativo, siano fornite al destinatario cattive informazioni, come potrebbe ad esempio accadere qualora il comune rilasciasse un certificato di destinazione urbanistica errato, oppure quando venissero emanati degli atti amministrativi generali illegittimi, sulla base dei quali venissero poi assunti degli atti applicativi a loro volta illegittimi in via derivata.

Volendo uscire per un momento dalla casistica e inquadrare in termini generali l'argomento, potremmo dire, sulla scorta di quello che la giurisprudenza ha sinora affermato, che non ci troviamo nella classica area della responsabilità da provvedimento illegittimo, bensì nell'ambito della tutela dell'affidamento ingenerato nel privato dall'amministrazione con il suo comportamento, omissivo o commissivo. Il danno ingiusto deriverebbe, quindi, dalla lesione colposa dell'affidamento.

In questo ambito, peraltro, troviamo anche delle situazioni diverse, ulteriori rispetto a quelle in cui il danno è procurato dall'adozione di un provvedimento illegittimo favorevole o dalla mancata doverosa adozione di un provvedimento sfavorevole. Penso, in primo luogo, alle ipotesi di responsabilità precontrattuale, di cui parlerà nel pomeriggio il prof. Volpe; ma anche all'esercizio tardivo dei poteri sanzionatori, come accade quando una sanzione ripristinatoria venga irrogata a distanza di molti anni rispetto alla commissione dell'illecito. Penso, ancora, all'autotutela esercitata a distanza di molto tempo dall'adozione del provvedimento illegittimo; o alla violazione degli autovincoli che l'amministrazione si dà nell'esercizio dell'attività discrezionale; o all'introduzione di norme retroattive o di interpretazione autentica. Sono tutti casi nei quali viene invocata la tutela dell'affidamento, per limitare il potere della P.A. o per affermarne la responsabilità.

Che cos'hanno in comune tutti questi casi? Da un lato, la buona fede soggettiva del privato, legata solitamente al decorso del tempo e al consolidamento delle situazioni giuridiche; dall'altro, un comportamento della pubblica amministrazione capace di ingenerare e suscitare affidamento.

La peculiarità della fattispecie che oggi indaghiamo sta nella presenza di un provvedimento amministrativo illegittimo, che abbia attribuito al suo destinatario dei vantaggi che non gli spettavano. A questo semplice caso, come dicevo, può essere assimilata la situazione in cui non ci sia il provvedimento, ma ci sia un comportamento inerte, sempre illegittimo, dell'amministrazione: comportamento che la legge assimila ad un atto, come nel caso del



silenzio-assenso, o dal quale la legge faccia comunque discendere effetti analoghi a quelli di un atto positivo, come nel caso del mancato intervento sulla segnalazione certificata di inizio attività, che la consolidi.

Alla illegittimità del comportamento commissivo od inerte della P.A., che rappresenta l'elemento oggettivo dell'illecito, si aggiunge anche l'elemento soggettivo della colpa, che fa esattamente il paio con la simmetrica buona fede del privato e che generalmente viene ricondotto dalla giurisprudenza alla violazione del principio generale di correttezza. Potremmo dire, a questo riguardo, che alla buona fede soggettiva del privato fa da contraltare un comportamento contrario alla buona fede oggettiva da parte dell'amministrazione.

La vera particolarità dei casi in questa sede considerati, però, risiede nel fatto che l'atto o il comportamento generatori di responsabilità, pur contrari alla legge e per ciò stesso illegittimi, sono atti o comportamenti favorevoli al danneggiato. E, quindi, ove si parli di atti, essi non sono lesivi per il privato, né sono da lui direttamente impugnabili.

Questo fa sì che la fattispecie considerata esuli dallo schema tipico descritto all'articolo 30 del codice del processo amministrativo, dove l'atto lesivo, produttivo di danno, è chiaramente un atto sfavorevole per il privato, contro il quale il soggetto leso ha la facoltà e, al tempo stesso, l'onere di ricorrere, per non vedere ridotta la sfera del danno risarcibile. Schema nel quale pacificamente rientra anche la fattispecie dell'omessa pronuncia colpevole della P.A., che lasci insoddisfatta la richiesta del privato di un provvedimento a sé favorevole.

Questo fatto, però, non sembrerebbe sufficiente per affermare che la fattispecie di danno ora considerata debba uscire dal perimetro della giurisdizione amministrativa, quale risulta delineato dall'articolo 7 del Codice del processo amministrativo, sulla scorta dell'insegnamento della Corte costituzionale (cfr. sent. n. 204 del 2004), perché il danno ingiusto, che deriva dall'esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella doverosa è pur sempre collegato a un atto o a un comportamento (favorevoli al privato, ma illegittimi) che è facile ricondurre all'esercizio di un potere amministrativo.

Non si comprende, allora, perché la Cassazione sia così ferma nell'affidare le controversie risarcitorie generate da queste situazioni al giudice ordinario.

Per dare una risposta, dobbiamo forse chiederci, in via preliminare, se la situazione giuridica soggettiva lesa sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo, ovvero se non sia né l'uno né l'altro, bensì una terza figura soggettiva meritevole di tutela.

Ma le domande che potremmo porci, subito dopo, sono molte.

Che tipo di responsabilità è questa? È una responsabilità contrattuale, precontrattuale, extracontrattuale, da contatto sociale o ancora diversa? Perché, da questa risposta, dipendono anche il regime probatorio e l'applicazione delle norme sulla prescrizione dell'azione e sulla quantificazione del danno, tra le quali, ad esempio, quella stabilita dall'articolo 1225 c.c., che distingue il danno prevedibile da quello non prevedibile.

Ma, poi, quale danno può essere risarcito? Il danno emergente, il lucro cessante, il solo interesse negativo. E che cosa deve provare il danneggiato? Basta dimostrare l'anti-giuridicità dell'atto e del comportamento o bisogna dimostrare anche la colpa dell'amministrazione? L'interessato deve dimostrare la sua buona fede o questa si presume fino a prova contraria? Come incide, inoltre, il comportamento del danneggiato sul danno risarcibile? Si applicano i criteri dell'art. 1227 c.c., così come interpretati dalla Cassazione, o quelli più rigidi dell'articolo 30, comma terzo, del c.p.a., come interpretati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato? In particolare, è richiesto un qualche onere di impugnazione o lo svolgimento di qualche attività difensiva, considerando che l'atto che provoca il danno è un atto favorevole e che l'interessato, anche volendo, non potrebbe impugnarlo?

Quali caratteristiche, infine, deve avere l'affidamento del privato?

Volendo cercare di rispondere, anche solo ad alcune di queste domande, partirei dal ruolo dell'annullamento, sgombrando subito il campo da un equivoco.

Il titolo della relazione, infatti, che io ho cambiato, parlerebbe di danno da annullamento di provvedimento favorevole. Ma va subito chiarito che il danno, qui, non deriva dall'annullamento, come potrebbe accadere qualora un provvedimento favorevole fosse illegittimamente annullato in autotutela.

L'illegittimità, infatti, è originaria ed è propria dell'atto che ha attribuito il vantaggio. L'annullamento, quindi, non è fonte della responsabilità, perché la responsabilità sta, semmai, nell'aver adottato l'atto che è stato successivamente annullato.

L'annullamento, però, sembra comunque giocare nella fattispecie considerata un ruolo importante, sulla scorta di quanto ci dice la Corte di cassazione. La ragione apparente è che l'annullamento consacra l'illegittimità dell'atto originario, da cui il danno proviene. E in effetti la Cassazione ha finora considerato soltanto casi in cui gli atti amministrativi favorevoli, che hanno generato un danno, perché illegittimi, sono stati sempre annullati, o in autotutela o in sede giurisdizionale.

Essa non ha considerato, invece, il caso dell'atto illegittimo, che sia stato solo disapplicato. Ben potendosi immaginare che anche in questo caso il beneficiario del provvedimento rivelatosi illegittimo subisca un danno ingiusto.

Perché, se il danno è legato al comportamento dell'amministrazione e se l'atto illegittimo rileva come fatto storico, vale a dire come prodotto del comportamento antiggiuridico dell'amministrazione, poco importa che l'illegittimità venga accertata in un modo o nell'altro e, soprattutto, che l'atto illegittimo venga eliminato dal mondo giuridico. È sufficiente che il destinatario dell'atto, oltre ad essere privato dell'utilità che lo stesso sembrava attribuirgli, venga pure a subire un danno ulteriore, ad esempio legato alle spese inutilmente sopportate, per avere confidato senza sua colpa nella legittimità del provvedimento ottenuto.

Se così stanno le cose, non dovrebbe esserci differenza tra la situazione in cui l'atto favorevole, ma illegittimo, venga annullato e quella in cui esso venga semplicemente disapplicato: ciò che conta, infatti, è che si raggiunga la certezza in ordine alla sua illegittimità. Il punto non è, in altre parole, il modo in cui l'illegittimità venga accertata, dal giudice amministrativo, dal giudice ordinario o dalla stessa amministrazione; ma giungere all'effettivo accertamento di questa illegittimità, anche in via incidentale, e dimostrare il suo collegamento causale con il danno subito.

Sembra semplice e lineare, ma non lo è affatto.

La prima difficoltà riguarda proprio la giurisdizione. Possiamo dire che il giudice ordinario possa condannare l'amministrazione a risarcire un danno da provvedimento amministrativo favorevole, semplicemente accertandone incidentalmente l'illegittimità, se l'eventuale suo annullamento in autotutela è ancora sub iudice ovvero se l'eventuale giudizio di annullamento che riguardi il provvedimento stesso, di competenza del giudice amministrativo, non è mai stato proposto ovvero non è ancora stato definito o non si è ancora concluso con una sentenza passata in giudicato?

La Cassazione, per vero, ha sempre preso in esame situazioni nelle quali l'illegittimità del provvedimento favorevole era stata accertata in via principale e definitiva, vuoi perché l'annullamento in autotutela era divenuto inoppugnabile, vuoi perché la sentenza di annullamento del giudice amministrativo era passata in giudicato. Ma avrebbe ancora affermato la giurisdizione del giudice ordinario, se l'illegittimità dell'atto non fosse stata definitivamente accertata in via amministrativa o giurisdizionale amministrativa?

Il problema, in realtà, riguarda anche i termini per agire in giudizio, non essendo chiaro da quando essi decorrano: da quando io mi accorgo che il provvedimento potrebbe essere ille-

gittimo, ma non ho nessun onere di impugnarlo perché esso è a me favorevole; o da quando viene accertato, in qualsiasi modo, che quel provvedimento è illegittimo; o da quando l'accertamento o l'annullamento sono diventati incontrovertibili ?

La verità è che, senza annullamento o senza disapplicazione, il danno non si produce, perché è solo un danno potenziale. Solo quando l'atto viene privato dei suoi effetti, tanto con l'annullamento, quanto con la disapplicazione, il danno diventa reale. E, quindi, io credo che solo da quel momento sono posto nella condizione di agire, ho interesse ad agire, per ottenere il suo risarcimento. E solo da quel momento può correre il termine di prescrizione.

Che se, poi, il giudizio in cui fosse accertata in via incidentale l'illegittimità dell'atto non avesse visto partecipare l'amministrazione che ne è l'autrice, questo porrebbe un ulteriore problema, dato dalla inopponibilità di quell'accertamento incidentale alla stessa amministrazione nell'eventuale diverso giudizio risarcitorio. In quest'ultimo, invero, la P.A. ben potrebbe dimostrare che il provvedimento non era illegittimo e che la sentenza subita dal danneggiato nel primo giudizio (tra privati) non fa alcuno stato nei suoi confronti.

Si determinerebbe, così, un contrasto tra le due pronunce sul medesimo fatto, vale a dire la illegittimità del provvedimento favorevole.

La qual cosa, a parer mio, evidenzia un limite nella costruzione della Cassazione, che costringe, comunque, ad avere due distinti giudizi per vedere accertata la responsabilità dell'amministrazione: dapprima quello di annullamento, davanti al giudice amministrativo, per togliere definitivamente di mezzo il provvedimento amministrativo viziato; indi quello risarcitorio, davanti al giudice ordinario, per ottenere il risarcimento del danno. E non consente, ad esempio, che la causa si svolga tutta dinanzi a un solo giudice: quello amministrativo, ammettendo che il controinteressato possa direttamente svolgere in quella sede, con il ricorso incidentale, la domanda risarcitoria subordinata, nei confronti della P.A., qualora il ricorso principale dovesse essere accolto e il provvedimento a lui favorevole dovesse per questo essere annullato; quello civile, ammettendo che il convenuto possa direttamente chiamare in causa l'amministrazione autrice dell'atto per essere risarcito qualora venga accertata la fondatezza della pretesa dell'attore con la disapplicazione del provvedimento amministrativo illegittimo.

Tutto questo non sembra essere possibile, se aderiamo alla tesi della Cassazione, perché la Suprema Corte ci dice che la domanda risarcitoria va comunque proposta dinanzi al giudice civile, ma solo una volta che in altra sede sia stata definitivamente e incontrovertibilmente accertata l'illegittimità dell'atto.

Gli interrogativi emersi fin qui si affiancano ad un altro dubbio, in qualche modo ad essi legato. Ci si può chiedere, infatti, se il danno da provvedimento favorevole debba sempre ricollegarsi al fatto che l'atto venga privato dei suoi effetti, attraverso l'annullamento o la disapplicazione; oppure se un danno possa prodursi per il solo fatto che l'illegittimità sussista e sia stata accertata.

Ho già lasciato intuire, poco sopra, che a mio avviso di danno risarcibile si possa parlare solo quando il danneggiato non possa più beneficiare degli effetti favorevoli del provvedimento e, quindi, solo quando il provvedimento stesso risulti essere stato quanto meno disapplicato.

Posso dire, allora, che l'applicazione dell'articolo 21 octies, secondo comma, della legge n. 241 del 1990 e la possibilità ivi prevista di non annullare il provvedimento illegittimo in talune particolari situazioni, rendono sicuramente inoperante il risarcimento del danno di cui si discute, ancorché possa risultare evidente il carattere viziato del provvedimento favorevolmente ottenuto. Perché l'irrisarcibilità deriva, in questo caso, dalla circostanza che il destinatario dell'atto illegittimo non è stato privato dell'utilità che quell'atto stesso gli procurava.

Ne consegue che potrebbe, a mio avviso, anche non servire l'annullamento per arrivare ad accertare l'illegittimità dell'atto favorevole, potendo forse bastare, a questo fine, anche la sua disapplicazione. Però, sia l'illegittimità dell'atto che n'è fonte, sia l'esistenza del danno devono essere certi, non solo potenziali.

Passando ora ad un altro punto, v'è da chiedersi in cosa consista, secondo la Cassazione, l'affidamento da tutelare nel privato?

A me sembra che la Cassazione richieda, a questo riguardo, una duplice indagine, che coinvolge tanto il comportamento della pubblica amministrazione, quanto l'atteggiamento psicologico e il contegno del privato. Entrambi, invero, vengono scrutinati sotto il profilo della sussistenza della buona fede: oggettiva nel primo caso e soggettiva nel secondo.

Ed è forse per questo che la Cassazione non ha avuto tentennamenti nell'individuare nel giudice ordinario il giudice competente a dirimere questo tipo di controversie, quasi che avesse giudicato inidoneo il giudice amministrativo a valutare lo stato psicologico del privato. Il giudice amministrativo, infatti, si occupa esclusivamente del comportamento dell'amministrazione e della colpa dell'amministrazione, mentre in questi casi è altrettanto importante valutare il contegno della parte privata, l'esistenza di un suo legittimo affidamento, di una sua buona fede.

Sul piano oggettivo, quello che si può ancora affermare, sempre scorrendo la giurisprudenza che si è occupata dell'argomento, è che non viene ritenuta sufficiente la illegittimità del provvedimento per fondare (anche) questo tipo di responsabilità risarcitoria. In specie, non ogni violazione di legge costituisce violazione delle regole di correttezza e buona fede; quindi occorre andare al di là della semplice denuncia della illegittimità del provvedimento favorevole per ottenere il risarcimento del danno. Occorre dimostrare che il comportamento complessivo dell'amministrazione è un comportamento contrario alle regole di correttezza, capace di ingenerare affidamento incolpevole.

Potrei richiamare sul punto la già citata sentenza del Tar di Milano (la n. 218 del 2015), relativa ad una fattispecie in cui un comune era stato costretto dal terzo ad annullare in autotutela gli effetti di una SCIA, riguardante la costruzione di una barriera fonoassorbente posta a distanza irregolare da un edificio, dopo che era stato esso stesso ad ordinare di eseguire l'intervento.

Sul piano soggettivo, come dicevo, non viene analizzato solo il comportamento dell'amministrazione, ma anche l'atteggiamento psicologico del danneggiato.

Si rinvengono, al riguardo, nonostante l'insegnamento della Cassazione in punto di giurisdizione, diverse sentenze del giudice amministrativo (in teoria, per quanto sopra detto, incompetente), che negano la spettanza del risarcimento da atto favorevole illegittimo, muovendo dal presupposto che la colpa del privato concorra generalmente con quella dell'amministrazione, tutte le volte in cui quest'ultima accoglie un'istanza infondata

Addirittura, molte sentenze arrivano a dire che, se il privato ha ottenuto un provvedimento vantaggioso che non gli spettava, presentando una domanda inaccoglibile, egli è per definizione titolare di un interesse che non è meritevole di tutela e, quindi, non ha diritto di ricevere alcun tipo di risarcimento.

In particolare, la sentenza del Consiglio di Stato n. 5346 del 2014 afferma che la presentazione di un progetto contrario alla normativa di piano, che abbia portato il comune a rilasciare un permesso illegittimo, non può generare alcun affidamento tutelabile, perché è essa stessa causa dell'illegittimità. E così anche la sentenza del Tar Sardegna n. 59 del 2018, che invito a leggere insieme a un articolo del prof. Carlo Emanuele Gallo, comparso sulla rivista "Diritto processuale amministrativo" del 2016, da cui la sentenza isolana ha chiaramente attinto.

Essa nega in radice che si possa configurare un affidamento a fronte di un provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione, perché il vizio, soprattutto ove sia una violazione di legge, è sempre riconoscibile per definizione, atteso che l'ignoranza della legge non scusa. La stessa sentenza, poi, richiama la giurisprudenza europea sulla tutela dell'affidamento in tema di aiuti di Stato, che non consentirebbe mai di configurare l'affidamento laddove siano violate le norme europee che disciplinano la materia.

Esiste, dunque, un filone in dottrina e giurisprudenza, secondo il quale rileva il tipo di vizio da cui il provvedimento risulta affetto, dovendosi escludere di norma l'affidamento del destinatario dell'atto illegittimo a contenuto favorevole, qualora il vizio consista in una violazione di legge, e potendosi invece ammettere che un affidamento sussista nelle ipotesi di eccesso di potere, perché la violazione di legge, a differenza dell'eccesso di potere, è di manifesta e pronta rilevabilità, e quindi anche il privato può rendersene conto.

Io non sono d'accordo. Non mi sembra, in particolare, che si possa stabilire una regola a priori, come quella appena enunciata. Così come non mi sembra condivisibile l'affermazione di chi sostiene che il privato non meriterebbe in linea astratta alcuna tutela risarcitoria, per avere confidato nella validità di un provvedimento favorevole ottenuto illegittimamente. Perché questa tesi guarda alla meritevolezza dell'interesse pretensivo, senza considerare che il risarcimento, in questi casi, non è mai volto a ricostituire l'utilità perduta, che il danneggiato non avrebbe mai potuto conseguire. Ma è diretto, semmai, a tenere indenne il privato del danno che avrebbe potuto evitare se non avesse senza sua colpa fatto affidamento sul provvedimento illegittimo.

È chiaro, infatti, che l'interesse ad ottenere il provvedimento favorevole non sussiste e non merita tutela, ma l'interesse da tutelare è in questo caso un altro e si identifica con la situazione soggettiva in cui versa il privato che in buona fede abbia ottenuto il provvedimento favorevole e sia stato indotto dal comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione prima, durante e dopo il rilascio del provvedimento, a fare affidamento sulla stabilità di questa situazione.

Quindi, si tratta semmai di capire che interesse sia questo, che certamente dev'essere diverso dall'interesse pretensivo ad ottenere il provvedimento favorevole da parte dell'amministrazione. Ma su questo punto tornerò nuovamente più avanti.

Mi soffermo, invece, ancora brevemente sul comportamento del privato e sull'esistenza di un suo dovere di collaborazione, in sede contenziosa, per difendere il provvedimento. Il Tar di Palermo, nel 2012, e il Consiglio di Stato, nel 2014, sono giunti, infatti, ad affermare che il privato può ricevere tutela, sotto il profilo risarcitorio, solo se ha fatto quanto era in suo potere per difendere il provvedimento favorevole illegittimamente ottenuto, ad esempio costituendosi in giudizio come controinteressato o proponendo all'occorrenza ricorso incidentale.

A me pare, tuttavia, che simili posizioni travisino completamente il senso dello stesso art. 30, comma 3, del c.p.a., secondo il quale, come noto, si deve tener conto del comportamento del ricorrente ai fini della quantificazione del danno, anche in relazione all'utilizzo, da parte sua, degli strumenti di tutela. La norma, infatti, si riferisce pur sempre alla reazione del soggetto danneggiato dal provvedimento lesivo, che ha interesse a ricorrere contro il provvedimento. Non anche ad una attività difensiva del privato che, consapevole di aver ottenuto un vantaggio illegittimo, che non gli spetta, sia costretto a difendere l'indifendibile. Se così fosse, la norma si tradurrebbe in un incentivo a violare l'art. 96 del codice di procedura civile, perché indurrebbe a resistere temerariamente ad un'azione fondata solo per poter sperare di ottenere poi un risarcimento.

Vorrei concludere con qualche osservazione in merito alla natura della situazione giuridica fatta valere dal danneggiato.

La Cassazione dice che, in questi casi, non è fatto valere dal privato un interesse legittimo, ma un diritto soggettivo, che è poi il diritto all'integrità del patrimonio: diritto che è lesa non tanto dal provvedimento illegittimo in sé, ma dal comportamento complessivamente considerato dell'amministrazione. Si tratterebbe di un diritto assoluto, per cui il risarcimento derivante dalla sua lesione rientrerebbe nello schema tipico dell'art. 2043 c.c..

La giurisdizione sarebbe del giudice ordinario, perché l'accertamento della illegittimità della condotta dell'amministrazione e dell'atto generatore di danno si sarebbe già svolto in altra sede (l'autotutela o il giudizio amministrativo), di talché, dovendosi a questo punto discutere soltanto dell'idoneità del contegno dell'amministrazione a ingenerare l'affidamento del privato, non ci sarebbe alcuna ragione per sottrarre il caso al giudice dei diritti.

In realtà, la situazione fatta valere dal soggetto privato è intimamente connessa all'esercizio del potere amministrativo e questo la fa apparire molto più vicina ad un interesse legittimo che ad un diritto soggettivo. Donde le critiche di una parte importante della dottrina alle tesi della Cassazione.

Tra tutti, vorrei citare la posizione di Carlo Emanuele Gallo, il quale osserva che la Cassazione sbaglia quando afferma che il provvedimento illegittimo ha comunque soddisfatto l'interesse legittimo pretensivo, dal momento che nessun interesse può, a suo dire, definirsi legittimo se la sua soddisfazione passa attraverso l'esercizio scorretto del potere amministrativo. Questo perché l'interesse può dirsi legittimo nella misura in cui coincide con l'azione legittima della pubblica amministrazione.

Personalmente, non ho ancora maturato un convincimento e mi sembra che entrambe le tesi colgano una parte di verità. Anche se ritengo che la lesione risarcibile non possa identificarsi puramente e semplicemente con la lesione dell'interesse legittimo pretensivo, poiché questo condurrebbe giocoforza a negare la sua risarcibilità, in base agli stessi principi affermati nella sentenza di Cassazione n. 500 del 1999.

Ma qualunque sia l'interesse fatto valere, restano indubbi i punti di contatto con la responsabilità precontrattuale. E allora, se dobbiamo condividere gli arresti giurisprudenziali più recenti in questa materia, secondo cui la responsabilità precontrattuale rientra nello schema della responsabilità da contatto sociale, dovremmo dire, contrariamente a quanto sostiene la Cassazione, che la responsabilità della P.A. per l'assunzione di atti favorevoli illegittimi pare avvicinarsi più ad una responsabilità da contatto sociale, riconducibile agli schemi della responsabilità contrattuale, che allo schema della responsabilità extracontrattuale.

Il collegamento con la responsabilità precontrattuale ha importanti conseguenze anche sul piano del danno risarcibile, che è notoriamente limitato, per quest'ultima, al risarcimento del cosiddetto interesse negativo. Il che sembra ragionevole da sostenere anche nel caso che ci occupa, visto che, se il provvedimento che ha attribuito il vantaggio è illegittimo, certamente il danneggiato non potrebbe ottenere in via risarcitoria un vantaggio equivalente a quello che non gli sarebbe comunque spettato.

L'affinità con la responsabilità precontrattuale mi porta a fare qualche ulteriore e conclusiva riflessione critica sul tema della giurisdizione.

Ed invero, la Cassazione ammette, da un lato, pacificamente che la responsabilità precontrattuale legata al cattivo esercizio del potere – ora ammessa esplicitamente anche dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 – debba essere scrutinata dal giudice amministrativo. Ma nega, dall'altro, che la responsabilità da provvedimento favorevole dichiarato illegittimo possa essere accertata da questo giudice.

Ebbene, non è chi non veda come i due casi presentino evidenti similitudini, di talché si fatica a comprendere perché la giurisdizione sull'uno e sull'altro debbano appartenere a giudici diversi.

Al fondo, c'è in entrambi i casi un comportamento illegittimo dell'amministrazione che è sicuramente riconducibile all'esercizio di un potere; e questo farebbe propendere a mantenere entrambe le ipotesi all'interno del perimetro della giurisdizione amministrativa, quale risulta oggi delineato dall'art. 7 del codice del processo amministrativo.

Sarebbe interessante approfondire ancora questo tema e altri ancora toccarne, ma il tempo scorre inesorabilmente e non me lo consente. Non mi resta, quindi, che salutarVi e ringraziarVi tutti per l'attenzione.

---

### **Commento del Presidente Prof. Avv. Ludovico MAZZAROLLI**

*Un ringraziamento di cuore, che credo di poter esprimere da parte di tutti, al Prof. Calegari per questa sua Relazione che è non solo «ricca», ma, per quanto mi riguarda, soprattutto «rigorosa». E' una di quelle Relazioni nelle quali da «A» discende «B», dal «B» discende «C» e via discorrendo: sarebbe piaciuta molto al suo Maestro.*

*Una chiosa - davvero una - laddove il relatore ha ricordato quella giurisprudenza del Consiglio di Stato e del Tar Sardegna secondo la quale il privato, che sia concausa del provvedimento illegittimo perché è si è mosso con una domanda che, manifestamente, non poteva stare in piedi, non può poi domandare un risarcimento perché, appunto, concausa del danno che si è prodotto.*

*Ha citato, Alessandro Calegari, il brocardo «ignorantia legis non excusat» che va benissimo. Peccato, però, che mentre il primo che fa l'istanza è un privato, la seconda che sbaglia, accogliendo l'istanza quando non dovrebbe, è una pubblica Amministrazione che è lì per esercitare potestà pubbliche che il privato non ha; che è lì per esercitare il potere amministrativo di cui il privato non è titolare. E, quindi, opinione personalissima e opinabilissima, non adopererei il brocardo sull'ignorantia in ordine, per così dire, temporale. Come «peso», è peggiore l'ignorantia manifestata dall'Amministrazione in sede di accoglimento di un'istanza che non andava accolta, di quanto non possa essere valutata l'istanza stessa, perché, altrimenti, perde di ragion d'essere la differenza di posizione nel sistema tra privato e p.A. che - sola - giustifica l'agire di quest'ultima come «autorità».*

*Detto questo, passo la parola alla Professoressa Chiara Cacciavillani, titolare di una delle Cattedre di amministrativo nell'Università di Padova. Anch'ella allieva del Professor Mazzarolli sr, ha l'ingrato compito di parlare prima del coffee break: mi affido quindi alla sua sapienza e alla sua esperienza, a che contenga la sua Relazione non tanto nei tempi previsti, bensì in quelli che l'uditorio si attende da lei.*

*Il titolo della Relazione della Professoressa Cacciavillani è: «Responsabilità amministrativa per inerzia e silenzio».*

*Grazie, Chiara.*





## ■ RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA PER INERZIA E SILENZIO

*In apertura di questo mio intervento rivolgo un reverente pensiero al prof. Leopoldo Mazzaroli, la cui saggezza, in una con la capacità di ponderare a fondo le questioni non solo giuridiche e le loro possibili soluzioni, manca a tutti noi; così come ci manca il suo essere un grande signore, il suo avere un sorriso, e una parola cortese, per ciascuno di noi, in ogni circostanza.*

\* \* \*

Il tema che mi è stato assegnato – «la responsabilità amministrativa per inerzia e per silenzio» – non è di agevole perimetrazione. Forse arbitrariamente, lo interpreto come riferito alla responsabilità amministrativa a fronte del silenzio non significativo, ossia del cosiddetto silenzio inadempimento; non affronterò pertanto il tema della responsabilità della p.a. a fronte di fattispecie di silenzio assenso o di silenzio rigetto, che sono *fictiones iuris* di provvedimenti e alle quali si applica quindi, fondamentalmente, l'insieme di regole concernenti la responsabilità da provvedimento illegittimo.

Affronterò invece il tema della responsabilità dell'amministrazione per il ritardo nella conclusione del procedimento, pur se con provvedimento favorevole al suo destinatario.

1. Ripercorro brevemente l'ultima delle tappe delineate dal prof. Calegari nella sua relazione: la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione in caso di annullamento dell'atto favorevole al suo destinatario per lesione dell'affidamento in questo ingenerato con il rilascio dell'atto oggetto di rimozione.

Io penso che la posizione estrinsecata dalle Sezioni Unite a partire dalle ben note "ordinanze gemelle" del 2011 (n. 6594, n. 6595 e n. 6596), e ribadita nel 2015 (n. 1162 e n. 17586), sia astrattamente condivisibile: è la posizione secondo cui il legittimo affidamento è interesse giuridicamente rilevante ed è ammesso pertanto alla protezione giurisdizionale, e la sua protezione – risarcitoria – va richiesta al giudice ordinario.

Si tratta, a me sembra, di un esito indotto dal perimetro della competenza giurisdizionale per la tutela risarcitoria del giudice amministrativo, quale fissato dal codice del processo amministrativo: competenza giurisdizionale che comprende le controversie risarcitorie per lesione di interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi (art. 7 cod. proc. amm.).

Per tale ragione, e proprio sulla base della formulazione letterale delle disposizioni codicistiche in tema di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, le Sezioni unite – una volta individuata e isolata la figura della lesione dell'affidamento incolpevole, nella fattispecie che ci ha illustrato il prof. Calegari, quale posizione giuridicamente rilevante (anche per la sua chiara matrice euro-unitaria) ma non sussumibile nello schema per così dire classico del diritto soggettivo in materia di giurisdizione esclusiva né in quello dell'interesse legittimo – ne abbiano correttamente inferito, in punto logico, la spettanza della competenza giurisdizionale in capo al giudice ordinario.

Se, anche alla luce del clamore critico suscitato in dottrina dalla presa di posizione delle Sezioni unite, gli arresti di questa si prestano a essere letti come episodio della ormai lunga e per certi versi sconcertante contrapposizione tra giudice ordinario e giudice amministra-

tivo in tema di delimitazione dei rispettivi territori di competenza giurisdizionale, importanti elementi sistematici suscettibili di scalzare la costruzione logica delle Sezioni unite sono offerti dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5/2018: sentenza che a me sembra particolarmente mirabile non soltanto per la ricchezza dei riferimenti dogmatici, ma anche per la riconduzione in un quadro coerente di sparsi frammenti normativi e per la loro sistematizzazione.

Ne sortisce un quadro che offre elementi idonei a inquadrare la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione in caso di ritardo nel provvedere o di inerzia.

2. L'Adunanza plenaria era chiamata all'esercizio della funzione nomofilattica con riferimento alla questione della configurabilità della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione discendente dalla illegittima predisposizione di una lex di gara, al cospetto di operatori economici che alla relativa competizione avevano preso parte o aspiravano a prendere parte, avendo contestato con successo, in sede giurisdizionale, la propria estromissione dalla gara.

Il giudice della nomofilachia ne ha preso il destro per affrontare, con ricchezza di riferimenti alla dottrina civilistica, la tematica di quello che la dottrina amministrativistica afferma ormai da tempo essere lo statuto, indotto dalla Costituzione, della pubblica amministrazione: statuto del quale sono elementi indefettibili il dovere di correttezza e buona fede oggettiva, e per la concreta individuazione del quale – agli effetti della configurazione sia di una responsabilità risarcitoria della p.a., sia dell'individuazione del giudice munito di competenza giurisdizionale a conoscere delle relative controversie – sono di rilievo le disposizioni normative in tema di inerzia dell'amministrazione.

Avuto riguardo al quadro costituzionale, l'Adunanza plenaria, così come la compatta dottrina, mostra di condividere il quadro ricostruttivo di cui a Cons. Stato, Sez. VI, n. 1457/2018, e rileva così che l'evoluzione del diritto vivente, con ancoraggio sull'art. 97 Cost., ha delineato un modello di pubblica amministrazione permeato dai «principi di correttezza e buona amministrazione» (§ 37 della sentenza n. 5/2018).

Dopo aver dato conto dell'evoluzione della giurisprudenza civilistica in tema di doveri di comportarsi secondo correttezza e buona fede, quale «manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 Cost.» (cfr. §§ 23 e segg. di Ad. plen. n. 5/2018), e delle sue ricadute in tema di responsabilità precontrattuale e di responsabilità c.d. da contatto sociale qualificato, il giudice amministrativo della nomofilachia afferma che «la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione 'relazionale' qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative» (§ 26).

Il progressivo ampliamento del dovere di correttezza (anche a prescindere dall'esistenza di una trattativa pre-contrattuale in senso stretto) ha trovato riscontro – rimarca l'Adunanza plenaria – «anche rispetto all'attività autoritativa della pubblica amministrazione sottoposta al regime del procedimento amministrativo, quando a dolersi della scorrettezza è [proprio] il privato che partecipa al procedimento» (§ 32).

3. Giungono in considerazione, a plasmare le fattispecie di violazione del dovere di correttezza, le disposizioni della legge n. 241 del 1990 in tema di tempo del procedimento, di cui è ritenuta pacifica la indisponibilità da parte dell'amministrazione, quale elemento dello statuto del soggetto pubblico che opera secondo il modello procedimentale.

Rileva in primo luogo, ovviamente, la legge n. 241 del 1990, il cui art. 2 fissa il principio per il quale i procedimenti amministrativi, così come hanno inizio, devono avere una fine, e una fine temporalmente certa. Il tempo del procedimento è sottratto – come si esprimono efficacemente sia la dottrina sia la giurisprudenza – alla disponibilità dell'amministrazione.

L'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 non si limita a rilevare che l'art. 2 della legge n. 241 sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione, ma riconosce che la pretesa del privato al rispetto del termine del procedimento assume la consistenza di un diritto soggettivo: a fronte del quale l'Amministrazione è gravata da un obbligo.

E viene in rilievo naturalmente quanto stabilisce l'art. 2-bis, comma 1, della medesima legge n. 241 del 1990; ricordo brevemente che, in base a tale norma, «le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 3, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

La conseguenza è lineare: nel caso in cui l'amministrazione non rispetti i termini di conclusione del procedimento, e violi così l'obbligo di correttezza che a essa si impone, sussiste il titolo astratto per predicarne la responsabilità anche risarcitoria nei confronti del soggetto che ne abbia subito scapito; e che scapito ne abbia subito perché in capo a sé si è «ingenerata una situazione di incertezza [che] può indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione» (§ 42).

Va da sé, naturalmente, che il riconoscimento del titolo astratto della responsabilità risarcitoria rappresenta il superamento dell'antico problema della necessità dell'accertamento giudiziale, agli effetti della condanna risarcitoria per il ritardo nell'emanazione del provvedimento, (anche) della spettanza del provvedimento favorevole richiesto dal privato con l'istanza che ha dato avvio al procedimento, ovvero della configurabilità stessa di una eventuale responsabilità nel caso in cui il provvedimento intervenuto al di là del termine sia comunque favorevole al privato. E in effetti, date le premesse da cui muove, così conclude l'Adunanza plenaria, la cui posizione sul punto non rappresenta quindi una *overruling* rispetto alla contraria posizione assunta da Adunanza plenaria n. 7/2005, in quanto pronunciata, questa, con riferimento a un quadro normativo diverso.

4. Quanto al problema della competenza giurisdizionale sull'istanza risarcitoria per danni da ritardo, esso sembra risolto dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, del cod. proc. amm., che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

E tuttavia occorre dar conto – al cospetto dei limiti strutturali della competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo, quali plasmati dalla Costituzione e interpretati dalla Corte costituzionale – da un lato delle ragioni per le quali il legislatore abbia ritenuto di attrarre nella competenza giurisdizionale esclusiva le controversie risarcitorie a fronte del ritardo, dall'altro lato della coerenza di tale scelta legislativa con le regole costituzionali in materia.

A questo proposito rileva l'antica propensione del nostro sistema ad articolare il riparto delle competenze giurisdizionali tra plessi in base alla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive a protezione delle quali si agisca in giudizio, in una con il convincimento che, nelle materie di giurisdizione esclusiva, a ricevere protezione giurisdizionale siano eminentemente situazioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo.

A questa propensione del nostro sistema non si sottrae l'Adunanza plenaria n. 5 del 2018: la cui esegesi del principio di correttezza e buona fede oggettiva quali componenti strutturali dello statuto dei pubblici poteri sfocia nel riconoscimento che, a fronte del ritardo della p.a., e cioè della violazione da parte di questa dei tempi del procedimento, a venire in rilievo sia una situazione di diritto soggettivo del privato.

Perché una situazione di diritto soggettivo? O, verrebbe da chiedersi, come mai una situazione di diritto soggettivo?

L'Adunanza plenaria non si sottrae, a questo riguardo, né alla propensione sistemica né al convincimento radicato in ordine all'oggetto principale della protezione giurisdizionale in giurisdizione esclusiva: essa afferma infatti che «la previsione per il danno da ritardo della giurisdizione esclusiva implica necessariamente la (e si giustifica alla luce della) qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione giuridica lesa dal ritardo dell'amministrazione» (§ 43).

Appare notevole che, per argomentare la consistenza in termini di diritto soggettivo dell'interesse del privato al rispetto del tempo del procedimento (e quindi al non-ritardo), l'Adunanza plenaria scomponga lo statuto dell'agire pubblico, o, forse meglio, elabori con riferimento ad esso sovrastrutture – in senso marxiano – logiche. Essa afferma infatti che l'amministrazione è tenuta al rispetto di due *corpora* normativi, di due sistemi o ordini normativi: uno è il *corpus* e l'ordine normativo tradizionalmente chiamato “diritto pubblico - diritto amministrativo”; ma l'amministrazione «è tenuta a rispettare non solo le norme del diritto pubblico, ma anche le norme generali dell'ordinamento *civile* che impongono di agire con lealtà e correttezza».

E la violazione di queste norme generali dell'ordinamento civile incide non sull'interesse legittimo ma sul diritto soggettivo del singolo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali. Rapporti negoziali che, secondo l'Adunanza plenaria, comprendono qualsiasi contatto tra privato e amministrazione. Nella prospettiva ricostruttiva dell'Adunanza plenaria, a fronte di un comportamento dell'amministrazione che non rispetta le norme generali dell'ordinamento civile, tra le quali il precetto del *nemin laedere*, il rispetto della buona fede oggettiva, si stagliano sempre diritti soggettivi, inclusivi di quella che, nel gergo corrente, si chiama aspettativa alla correttezza del comportamento dei pubblici poteri.

Trattandosi di diritti soggettivi, la loro protezione giurisdizionale dovrebbe spettare alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario se non vi fosse l'art. 133 cod. proc. amm., che li attrae invece nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

L'elaborazione da parte dell'Adunanza plenaria di questa scansione di due ordini normativi il cui rispetto si impone all'amministrazione, fa sì che quando questa non rispetta un termine o agisce in ritardo, non si limita a violare l'insieme delle regole pubblicistiche che le impongono di agire entro termini predeterminati, ma viola anche le norme generali dell'ordinamento civile, che racchiudono il principio della buona fede oggettiva e il principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.: un insieme di norme dell'ordinamento civile al cospetto della cui violazione si stagliano diritti soggettivi, ammessi alla protezione risarcitoria, per la quale sussiste la competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 cod. proc. amm.

Naturalmente l'Adunanza plenaria ha ben cura di rimarcare la differenza tra questa linea di protezione (risarcitoria) del singolo da quella discendente dalla possibilità per il singolo di attingere all'indennizzo forfetario a fronte del ritardo.

Beninteso, inoltre, la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione – nella fattispecie delineata – sussiste in astratto, ma i suoi elementi strutturali, e in particolare il danno e il c.d. elemento psicologico, devono essere provati da chi la invoca.ù

5. A me sembra palpabile che la costruzione e la sovrastruttura rappresentata dal calare sulle norme pubblicistiche, al cui rispetto l'amministrazione è tenuta, il *corpus* delle norme civilistiche, è, nella logica dell'Adunanza plenaria, strumentale allo scopo di attrarre nella competenza giurisdizionale – esclusiva – del giudice amministrativo la violazione da parte dell'amministrazione delle regole di correttezza comportamentale, e di rendere tale attra-

zione coerente con le regole costituzionali sul riparto di competenze giurisdizionali tra plesso del giudice ordinario e plesso del giudice amministrativo.

La violazione delle regole di correttezza comportamentale non danno certamente corpo, sotto il profilo strutturale, a illegittimità del provvedimento, né toccano, sempre sotto il profilo strutturale, il contenuto del provvedimento amministrativo: tali regole impongono un ordine valutativo e cognitorio – volto ad accertarle in sede giurisdizionale – che del tutto prescinde dalla valutazione della legittimità del provvedimento. Tanto che è ordinariamente possibile, afferma l'Adunanza plenaria, «che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento; [...] si tratta in altri termini di una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma, per molti versi, presuppone la legittimità del provvedimenti che scaturiscono dalla parabola procedimentale» (§§ 32 e 33).

Detto diversamente: si restringe il territorio delle aspettative e si allarga quello dei diritti soggettivi: i quali, con certezza al cospetto di ritardi della pubblica amministrazione nel provvedere, spettando alla competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo.

L'importantissimo arresto dell'Adunanza plenaria sembra così, a me, rilevante anche in quanto rappresenta l'elaborazione sistematica, aperta dal giudice della nomofilachia di plesso, per chiudere lo spazio della competenza risarcitoria in capo al plesso ordinario che era stata aperta dalle famose "ordinanze gemelle" delle Sezioni unite del 2011.

Va da sé che, dal punto di vista operativo, l'elaborazione sistematica tracciata dall'Adunanza plenaria impone alla c.d. prassi (ossia all'insieme degli operatori) di re-interpretare e rivedere le categorie logiche con le quali abitualmente essa opera.

Qualche dubbio sorge poi in ordine alla riconduzione al corpus delle norme generali dell'ordinamento civile del principio di correttezza dell'agire pubblico, in una con l'asserto dell'Adunanza plenaria secondo cui «nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano in sequenza temporale, ma operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione» (§ 34).

A fronte del riconoscimento dottrinale – risalente ai maestri del Novecento del diritto amministrativo italiano – che la correttezza e il rispetto delle regole è principio fondante lo statuto del soggetto pubblico, mutuato dall'art. 97 Cost., non mi sembra vi fosse la necessità di scomporre detto statuto riconducendolo a due matrici diverse: le regole pubblicistiche e le regole privatistiche, con riconduzione a queste del principio di correttezza.

Questa necessità scompositiva – o di individuazione di matrici diverse – non sussisteva sul piano del diritto sostanziale: sussisteva invece per dare un più sicuro ancoraggio alla scelta legislativa di devolvere alla competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo le controversie risarcitorie al cospetto (per rimanere al tema assegnatomi) del ritardo.

**6.** Quando si parla di responsabilità dell'amministrazione per ritardo, non possiamo trascurare il fatto che le nostre amministrazioni sono soggetti che talora vanno alla guerra – entrano in contatto con i privati – con fucili di cartone, ossia con risorse sovente del tutto limitate.

Tutte le nostre amministrazioni sono naturalmente dotate di un r.u.p., il quale, nelle parole della legge, è una figura mitologica perché, secondo le leggi, onnisciente. Il r.u.p. deve essere un dipendente dell'amministrazione; nel corpus normativo sui contratti pubblici deve essere un ingegnere, un architetto o un geometra. Certamente può esserci il supporto al r.u.p., ma – per esempio in materia di contratti pubblici – A.n.a.c., nelle sue Linee guida in argomento, non ha contemplato la possibilità che il supporto al r.u.p. comprenda professionalità specifica-

mente giuridiche o finanziarie. Ciò appare a me grave, ove si consideri che, per esempio nelle concessioni, le competenze finanziarie necessarie per l'elaborazione e la disamina critica dei p.e.f. sono estremamente sofisticate: è questo il territorio di elezione delle asimmetrie conoscitive e analitiche tra soggetto pubblico e soggetto privato, il quale è, sovente, colui che dispone di risorse economiche sufficienti a sostenere i costi di consulenze qualificatissime, mentre le amministrazioni sono dotate istituzionalmente di r.u.p. o di supporti al r.u.p. che non dispongono - alla luce della specificazione del titolo professionale del r.u.p. e dei supporti ad essi, quale recata dalla vigente disciplina - di analoga specifica qualificazione professionale.

Le difficoltà in cui si dibattono le amministrazioni sono imponenti: ciò dà amaramente conto del fatto che, talora, le amministrazioni - e i loro r.u.p. - davvero non ce la fanno; e, quanto meno, sfiorano i tempi del procedimento.

Trovo che vi sia, nel legislatore, una ipocrisia che rasenta l'insopportabilità: da un lato, i cittadini si sentono assicurati dalla sussistenza di un titolo astratto di responsabilità dell'amministrazione, salve naturalmente le difficoltà di provare gli elementi costitutivi della responsabilità e il danno, dall'altro lato le amministrazioni sono, sovente, sguarnite delle risorse necessarie per dare riposte tempestive ai cittadini.

La conclusione - amara - è che, con riferimento alla tematica di cui mi è stato chiesto di riferire, vi sia ampio spazio per mirabilissime costruzioni dogmatiche, mentre la realtà materiale è rappresentata da castelli di carta: non è protetta né la pubblica amministrazione né il cittadino.

Ricordando l'osservazione del prof. Leopoldo Mazzaroli, sovente da Lui ripetuta, secondo cui gli interventi del legislatore non sono certo una panacea ma, talora, determinano problemi maggiori di quelli che sembrerebbero essere deputati a risolvere, credo che, oggi, scienza e prassi (e quindi la comunità dei giuristi) possano ben orientarsi nella ricerca di strade, suscettibili di condurre alla soluzione dei problemi concreti, meno aspre e meno complesse di quelle che ci vengono sottoposte.

---

### **Commento del Presidente Prof. Avv. Ludovico MAZZAROLI**

*Dopo una Relazione dedicata al silenzio, io, posta l'ora, il silenzio certo non lo rompo.*

*Perdòno alla professoressa Cacciavillani - che ringrazio molto - la doppia citazione di Marx sia perché sono generoso, sia perché l'ha compensata, poi, con quella di Dio. Al riguardo, faccio solo notare che Cantone comincia con la «C» e che quindi quando lei parla di «prima di Cantone» e di «dopo Cantone», si potrebbe dire - pensate la blasfema coincidenza - «a.C.» e «d.C.».*

*È ora il turno di Luigi Garofalo, Professore Ordinario di «Diritto Romano» e di «Fondamenti del Diritto Europeo» nell'Università di Padova: anche lui Collega e grande amico, ci intratterrà sul tema: «Recesso, inadempimento e responsabilità della Pubblica Amministrazione nel campo degli accordi».*

*Prego Luigi.*

## ■ **PREVALENTE GIURISPRUDENZA SUI CRITERI DI LIQUIDAZIONE DEL DANNO PER ATTIVITÀ LESIVA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E PENALITÀ DA RITARDO (*OD ASTREINTES*).**

### **PREMESSA**

Il Convegno di oggi prende in esame il tema assai articolato e complesso della responsabilità della pubblica amministrazione e dei danni che da tale responsabilità possono discendere, osservando tale fenomeno da differenti prospettive.

Il presente intervento intende soffermarsi sul tema dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza per la liquidazione del danno, in caso di risarcimento per equivalente, una volta che sia stata accertata la sussistenza del diritto a tale risarcimento, in tutti i suoi elementi costitutivi essenziali.

Sarà inoltre dedicato un breve cenno all'istituto delle penalità di mora, altrimenti dette *astreintes*, previste dall'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., con più specifico riferimento alle modalità di quantificazione delle somme da porre a carico dell'amministrazione resistente per il ritardo nell'esecuzione del giudicato.

### **1. IL RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DA ATTIVITÀ LESIVA DELLA P.A.**

A fronte di un comportamento lesivo posto in essere dall'amministrazione e accertato il diritto del soggetto ad ottenere il risarcimento del danno, l'ordinamento prevede due distinte forme di riparazione.

Come noto, l'art. 30 c.p.a. contempla infatti il risarcimento del danno in forma specifica e quello per equivalente.

Attraverso il risarcimento in forma specifica si mira a ripristinare la situazione esistente prima che si realizzasse l'evento dannoso.

Attraverso il risarcimento per equivalente, invece, il danneggiato ottiene un corrispettivo monetario equivalente al valore del bene della vita che è stato leso.

Occorre quindi prendere in esame i principali criteri di quantificazione del danno, utilizzati dal giudice al fine di liquidare una somma di denaro equivalente al danno effettivamente subito dal soggetto.

Vi sono innanzi tutto criteri generali, elaborati in ambito civilistico, ma che trovano senz'altro applicazione anche nell'ambito del processo amministrativo.

Operano quindi i criteri generali previsti dal codice civile per la quantificazione del danno derivante dall'inadempimento delle obbligazioni, che sono, in parte, applicabili anche all'illecito aquiliano, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c.

## 2. IL PRINCIPIO DI INTEGRALE RIPARAZIONE DEL DANNO – LUCRO CESSANTE E DANNO EMERGENTE – ART. 1223 C.C.

È senz'altro applicabile la regola fondamentale dettata dall'art. 1223 c.c., secondo il quale *“Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”*.

Tale norma è espressione del basilare principio di integrale riparazione del danno: il risarcimento, pertanto, mira a compensare sia il danno emergente, sia il lucro cessante, purché tali voci costituiscano conseguenza diretta ed immediata del comportamento lesivo tenuto dall'amministrazione.

Proprio in applicazione di tale principio, nell'ambito del giudizio amministrativo, come si vedrà meglio più avanti, viene di regola esclusa la risarcibilità delle voci di spesa che non sono conseguenza diretta della condotta lesiva della pubblica amministrazione, ma che sono state sostenute spontaneamente dal privato, sulla base di autonome decisioni che costituiscono la normale espressione della libera iniziativa economica e che comportano, inevitabilmente, l'assunzione di un rischio.

Secondo parte della giurisprudenza, ad esempio, non può essere risarcito il danno emergente costituito dalle spese sostenute per partecipare alla procedura di gara. In tale contesto, infatti, i concorrenti si assumono, spontaneamente e consapevolmente, i costi di partecipazione alla procedura, che rimangono comunque a loro integrale carico, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Si tratta di un rischio naturalmente connesso all'attività imprenditoriale, destinato a gravare sugli operatori economici e che non può essere trasferito in carico all'amministrazione. Si tratta, a ben vedere, di spese che non costituiscono conseguenza diretta del comportamento lesivo posto in essere dalla pubblica amministrazione, ma che sono, piuttosto, riconducibili alla libera scelta del soggetto privato di partecipare alla procedura di gara stessa.

Viene esclusa, più in generale, la risarcibilità dei costi sostenuti dal privato a titolo di investimento sulla propria attività imprenditoriale. Infatti, le spese sopportate per dare avvio, sostenere e promuovere l'attività imprenditoriale privata non possono dirsi conseguenza immediata e diretta di un eventuale comportamento lesivo della pubblica amministrazione, ma rappresentano espressione dell'autonoma volontà del privato di realizzare la propria attività imprenditoriale, attraverso la costituzione della società e il reperimento dei beni e dei servizi strumentali all'esercizio dell'attività stessa (cfr. T.R.G.A. di Trento, 19 giugno 2018, n. 141).

## 3. IL PRINCIPIO DELLA “COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO”.

Dal principio della integrale riparazione del danno scaturisce un ulteriore criterio che il giudice è tenuto ad utilizzare in fase di liquidazione e che bene può essere riassunto nella formula latina della *“compensatio lucri cum damno”*.

In virtù di tale principio - proprio per garantire che sia liquidato l'intero danno subito, ma non più di quello - occorre tenere conto di eventuali effetti vantaggiosi derivati al danneggiato dal comportamento lesivo dell'amministrazione.

Tale regola presuppone che il processo causale del danno e del beneficio sia unico, nel senso che la stessa condotta illecita deve aver provocato le conseguenze negative e positive, oggetto di valutazione.

Ciò al fine di scongiurare che attraverso il risarcimento del danno - che ha finalità esclusivamente ripristinatorie - il danneggiato possa conseguire un indebito arricchimento ai danni dell'amministrazione.



Il danneggiato, pertanto, è tenuto a dimostrare in concreto il danno effettivamente subito, secondo la regola generale dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c..

L'amministrazione, invece, ove intenda contestare la domanda risarcitoria del danneggiato, è onerata, pur mediante presunzioni semplici, della prova dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*.

Tale principio trova chiara applicazione, ad esempio, nelle ipotesi di domanda di risarcimento del danno per illegittimo ritardo nell'assunzione. In tali casi, infatti, si dovrà verificare se nel periodo di riferimento, il soggetto abbia percepito altri redditi (cfr. Cass. Civ., sez. lavoro, 12 maggio 2015, n. 9616).

Lo stesso principio viene inoltre utilizzato in caso di domanda di risarcimento del danno per mancata aggiudicazione dell'appalto, sia nel caso in cui venga accertata la sicura spettanza dell'aggiudicazione stessa, sia nel caso in cui si accerti la sussistenza di una possibilità di ottenere l'aggiudicazione, ossia di un danno da perdita di chance.

Peraltro, in questo peculiare contesto può ritenersi operante una presunzione in base alla quale *"l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili"* (Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 maggio 2017, n.2).

Pertanto, nel caso in cui il danneggiato non abbia fornito prova adeguata dell'assenza di altri redditi, il giudice può ritenere - sulla base di un meccanismo di tipo presuntivo - che esso abbia comunque ottenuto altri proventi, impiegando mezzi e risorse in differenti attività imprenditoriali, e ridurre di conseguenza l'entità del danno effettivamente risarcibile.

#### 4. VALUTAZIONE EQUITATIVA DEL DANNO

Sempre grazie al richiamo espresso contenuto nell'art. 2056 c.c., anche nell'ambito del processo amministrativo, trova applicazione il criterio equitativo di liquidazione del danno ex art. 1226 c.c., secondo il quale *"Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa"*.

Tale criterio di liquidazione assume particolare rilevanza, in particolare, laddove si renda necessario liquidare un danno fondato sulla perdita di *chance*, o sulla lesione del legittimo affidamento ingenerato nel privato danneggiato, piuttosto che un danno fondato su di un giudizio di certa spettanza del bene della vita.

In questi casi, infatti, non vi sono parametri di tipo matematico, univoci e vincolanti, per la quantificazione del danno risarcibile e occorre dunque fare uso di un meccanismo di tipo equitativo.

Tuttavia, è necessario precisare che anche il criterio equitativo di liquidazione del danno presuppone che le parti abbiano correttamente assolto al proprio onere probatorio, mentre il giudice non può sostituirsi alle parti, individuando in modo autonomo i parametri da utilizzare.

Il danneggiato, quindi, deve comunque fornire al giudice elementi di prova sufficienti, che costituiscano presupposti oggettivi per la quantificazione del danno, pena il rigetto della domanda risarcitoria stessa.

Tale principio è stato ribadito con particolare vigore nella recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2017 che - come meglio si vedrà in seguito - ha dettato principi e criteri chiari per la quantificazione del danno in caso di danno da mancata aggiudicazione.

## 5. CONCORSO DEL FATTO COLPOSO DEL CREDITORE

In fase di quantificazione del danno da risarcire costituisce altra regola essenziale quella indicata dall'art. 1227 c.c., che recita *"Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"*.

Tale regola liquidatoria è diretta espressione della regola della causalità materiale. Non possono essere risarciti i danni che sono conseguenza del comportamento del danneggiato e non della pubblica amministrazione.

Sotto un profilo più ampio e generale, la regola appena richiamata può ritenersi espressione dei principi di buona fede e di leale collaborazione tra privati e pubblica amministrazione.

A questo punto è importante ricordare una delle applicazioni più rilevanti ed interessanti di questo principio.

Già prima dell'adozione del codice del processo amministrativo, si era venuto consolidando un orientamento giurisprudenziale in base al quale nel concetto di ordinaria diligenza ex art. 1227 c.c. doveva farsi rientrare anche la tempestiva proposizione del ricorso avverso l'atto amministrativo illegittimo, dal quale era scaturito il danno di cui si chiedeva - in via autonoma - il risarcimento. Secondo tale ricostruzione, non potevano quindi essere risarciti i danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare attraverso l'uso degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento.

Come noto, l'art. 30 c.p.a. ha poi regolato tale fattispecie.

Da un lato, il legislatore ha escluso la necessità di far precedere l'azione per il risarcimento del danno dall'azione di annullamento dell'atto illegittimo dal quale il danno stesso è derivato (così detta pregiudizialità amministrativa), prevedendo dunque la possibilità di proporre azione risarcitoria in via autonoma.

Dall'altro lato, però, il legislatore ha previsto che, in fase di liquidazione del danno, il giudice deve tener conto di tutte le circostanze di fatto e del comportamento tenuto dalle parti, per escludere il risarcimento di quei danni "che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3 del 23 marzo 2011, tale disposizione ha previsto che la mancata attivazione degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento - tra i quali in primis proprio la proposizione del ricorso per la caducazione del provvedimento lesivo illegittimo - costituisce un comportamento valutabile dal giudice, in fase di liquidazione del danno.

Si tratta, infatti, di valutare se il danneggiato si sia comportato secondo buona fede e correttezza, attivandosi per scongiurare o limitare le conseguenze negative derivanti dalla condotta lesiva dell'amministrazione, anche chiedendo l'eliminazione del provvedimento dannoso.

In caso di mancata impugnazione dell'atto lesivo, il danno risarcibile può dunque essere escluso o ridotto. Ciò significa, in ultima analisi, che l'impugnazione dell'atto non costituisce più una preclusione processuale, di rito, alla proposizione della domanda di risarcimento, ma costituisce un fatto rilevante in fase di giudizio di merito sulla esistenza e sulla effettiva consistenza del danno risarcibile.

È importante tuttavia precisare che la mancata proposizione dell'azione di annullamento non si traduce in automatica esclusione del diritto al risarcimento del danno in capo all'at-

tore, che agisce soltanto per ottenere l'equivalente monetario del lucro cessante e del danno emergente.

Occorre infatti valutare, in concreto, se l'eventuale impugnazione del provvedimento lesivo sarebbe stato causalmente idoneo a diminuire o ad escludere il danno. Si rende quindi necessario un accertamento che attiene pur sempre al nesso causale e che "si connota come "giudizio prognostico di tipo controfattuale", ovvero come giudizio ipotetico, diretto a verificare se una determinata condotta omissiva (azione di annullamento mai esperita o esperita, ma divenuta inammissibile o improcedibile) avrebbe evitato il danno. L'accertamento ha carattere probabilistico, dovendo valutarsi se - sulla base dei dati disponibili e dei fatti accertati dal Giudicante, nonché di una prognosi fondata sul criterio del "più probabile che non" - una o più delle voci di danno, per il risarcimento delle quali il danneggiato agisce, sarebbe stata evitata ovvero sarebbe stata di entità minore, nel caso in cui la domanda di annullamento fosse stata tempestivamente proposta dal medesimo" (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 9 novembre 2018, n. 10845).

Si deve inoltre verificare se l'esperimento dei mezzi di tutela fosse in concreto esigibile ovvero se lo stesso eccedesse i limiti del più che apprezzabile sacrificio.

## 6. LA CONDANNA "SUI CRITERI" EX ART. 34, COMMA 4 C.P.A.

L'inevitabile esistenza di notevoli difficoltà nella fase di liquidazione del danno ha portato il legislatore a prevedere la particolare procedura di cui all'art. 34, comma 4 del c.p.a.

Recita tale norma: *"In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti"*.

Tale disposizione consente al giudice, in fase di liquidazione del danno di individuare criteri specifici e certi, in base ai quali le parti stesse, in accordo tra di loro, dovranno arrivare alla concreta quantificazione del danno.

Si tratta di un potere libero ed officioso del giudice che attiene, non alla determinazione dell'entità del risarcimento, ma esclusivamente alla liquidazione del quantum.

Tale strumento può quindi rilevarsi estremamente utile per la corretta individuazione della somma da corrispondere a titolo di risarcimento, al fine di una sollecita ed efficace definizione del giudizio.

In dottrina e giurisprudenza si è evidenziato che l'istituto in esame, per certi aspetti, può presentare alcuni profili di affinità con la condanna generica ex art. 278 c.p.c., attraverso la quale il giudice accerta la sussistenza del diritto al risarcimento, senza tuttavia procedere alla quantificazione del danno.

Secondo la giurisprudenza, tuttavia, la pronuncia ex art. 34, comma 4 c.p.a. non è qualificabile come condanna generica, poiché il debitore è comunque onerato, in fase di cognizione, di fornire la prova del danno. Il giudice sollecita una trattativa tra le parti, volta alla quantificazione del danno stesso, attraverso l'individuazione di criteri oggettivi e predeterminati cui fare riferimento. Anche se non si ha una esatta individuazione dell'ammontare del danno da parte del giudice, si ha l'indicazione di parametri vincolanti per la quantificazione che acquisiscono forza di giudicato e non possono pertanto essere rimessi in discussione, nemmeno dal giudice dell'ottemperanza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 186).

Deve dunque ritenersi che, come bene evidenziato anche dalla dottrina, il meccanismo di cui all'art. 34, comma 4 c.p.a. richieda una puntuale individuazione da parte del giudice dei criteri che le parti dovranno utilizzare per la determinazione delle somme spettanti al danneggiato (cfr. sul punto P. Tonnara, *Indennizzo in caso di revoca: la condanna "sui criteri"*, in riv. *Urbanistica e Appalti*, 2018, n. 2, pagg. 164 e ss.).

Solo in tal modo, infatti, si raggiunge uno dei principali scopi della norma, che è appunto quello di consentire la definitiva e rapida chiusura della controversia risarcitoria. Laddove vengano indicati criteri eccessivamente vaghi, il rischio è che le parti non raggiungano l'accordo sulla somma dovuta e che si aprano quindi nuovi scenari di contenzioso.

Inoltre, qualora le parti siano costrette ad adire il giudice dell'ottemperanza, in mancanza di accordo sul *quantum*, lo stesso - in presenza di criteri specifici dettati dal giudice della cognizione - sarà chiamato a dare mera esecuzione alla sentenza del primo giudice, nel pieno rispetto di quella che è la natura del giudizio di ottemperanza.

In caso di criteri eccessivamente ampi e indeterminati il giudice dell'ottemperanza si troverebbe di fatto a svolgere un giudizio di cognizione molto simile a quello rimesso al giudice ordinario a fronte di una sentenza di condanna generica ex art. 278 c.c..

---

### ***Commento del Presidente Prof. Avv. Ludovico MAZZAROLLI***

*Un sentito «grazie» anche alla Dottoressa De Felice per la sua Relazione.*

*Per noi, è sempre fondamentale ascoltare il Giudice, perché ciò costituisce uno dei caratteri tipici di questi Convegni nei quali è centrale il continuo confronto tra Avvocati e Giudici che perdura negli anni ed è per tutti - Magistrati inclusi, come hanno sempre riconosciuto i Presidenti del TAR Veneto - motivo di grandi interesse e utilità.*

*Per ultimo di questa mattinata di lavori, ma, in realtà, per definizione e per diritto di nascita, per... «Primo», l'Avvocato Michielan cui cedo la parola, ricordando che il suo tema è: «Pregiudizio da opera pubblica legittima al bene non espropriato: presupposti per l'indennità dovuta». A Te.*

## ■ PREGIUDIZIO DA OPERA PUBBLICA LEGITTIMA AL BENE NON ESPROPRIATO: PRESUPPOSTI PER L'INDENNITÀ DOVUTA

(Artt. 33 e 44 D.P.R. n. 327/01)

### 1. PREMessa

Lo spunto per trattare questo tema nell'ambito della responsabilità della PA per opera legittima proviene dalle recenti polemiche che anche in questi giorni hanno interessato i fondi latitanti alle più importanti opere pubbliche viarie (Superstrada "Pedemontana Veneta" il "Passante di Mestre", con la barriera "verde", il Sistema Ferroviario Regionale Metropolitano - S.F.M.R. - la T.A.V.) oppure per servizi d'interesse generale vari (elettrorodotti, gasdotti, pirogassificatori o stazioni radiobase, ecc.).

Tutti sanno che la realizzazione di un'opera pubblica, in particolare lineare, non incide soltanto sulla proprietà immobiliare, su cui viene realizzata, ma può essere altresì idonea a ridurre o eliminare talune qualità inerenti il diritto di proprietà di altri beni, che non siano stati già espropriati.

È un tema che resta di forte attualità, di cui si occupa l'art. 44 del vigente T.U. espropriazioni, ma che riproduce, con alcune modifiche, gli artt. 45 e 46 della vecchia L. 25 giugno 1865, n. 2359 ma ancor fondamentale ordinamento sugli espropri, pubblicato agli albori del Regno d'Italia.

Così dispone il comma 1 dell'art. 44, D.P.R. n. 327/01: *"È dovuta una indennità al proprietario del fondo che, dalla esecuzione dell'opera pubblica o di pubblica utilità, sia gravato da una servitù o subisca una permanente diminuzione di valore per la perdita o la ridotta possibilità di esercizio del diritto di proprietà"*.

Si pensi a quei casi di riduzione della capacità abitativa di un fondo per effetto delle vibrazioni od intollerabili rumori ed odori ovvero per perdita di luminosità, panoramicità e godibilità della casa a seguito sopraelevazione di nuova strada o costruzione di un inceneritore.

### 2. RAPPORTI CON IL PREVIGENTE ART. 46 DELLA L. N. 2359/1865. NATURA DELLA RESPONSABILITÀ C.D. DA ASSERVIMENTO OD "ESPROPRIAZIONE LARVATA"

Questo art. 44 riprende il comma 1 dell'art. 46 della citata L. n. 2359/1865, ma ne elimina l'equivoco in precedenza creato con riferimento alla voce di "danno"<sup>1</sup> permanente, che ora viene sostituita da quella di "permanente diminuzione di valore" del bene. Questa sostituzione lessicale evidenzia - a livello semantico, logico e giuridico - la differente natura dell'indennità di asservimento disciplinata dalla norma in esame, rispetto al risarcimento del danno, derivante da responsabilità extracontrattuale (cfr. C.d.S., Sez. IV, n. 950/2004).

---

1 Si trascrive di seguito, a maggior chiarezza, il co. 1 dell'art. 46, L. n. 2359/1865: *"È dovuta una indennità ai proprietari dei fondi, i quali dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano gravati di servitù, o vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto"*.

La disposizione prevede, infatti, che al privato spetti un “*indennizzo*”: termine - questo - che nella comune dogmatica giuridica identifica il **ristoro per equivalente** monetario dovuto in ragione di un **pregiudizio** derivante da un **atto legittimo** della P.A., benché oggettivamente produttivo di un danno patrimoniale; a differenza del termine “*risarcimento*”, che invece consegue ad un fatto illecito.

Anche nell’acquisizione sanante del diritto di servitù, prevista all’art. 42 bis, co. 6, T.U. Espropri, per servizi pubblici, in particolare acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni, permane l’equivoco tra “*danno*”, “**titolo risarcitorio**” ed “*indennizzo per pregiudizio patrimoniale*”.

Così è stato il “*diritto vivente*”, (come Cass. SS.UU. n. 22096/2015), che ha evidenziato come quelle espressioni letterali siano utilizzate nella norma citata come sinonimi.

### 3. AMBITO APPLICATIVO DELLA RESPONSABILITÀ PER ATTO LEGITTIMO E RESPONSABILITÀ DELLA P.A. EXTRA CONTRATTUALE

Invero, il riferimento alla nozione di “*danno*”, contenuto nel testo dell’art. 46, L. n. 2359/1865, ed ora come mantenuto nell’art. 42 bis T.U. Espropri, poteva ingenerare l’equivoco di ricondurre la fattispecie in commento nell’alveo della responsabilità extracontrattuale del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c.

Tuttavia, già nel vigore della previgente legge statale sulle espropriazioni, la giurisprudenza più attenta della Suprema Corte aveva avuto cura di segnalare che l’ambito della responsabilità aquiliana da fatto illecito deve essere tenuto nettamente distinto da quello regolato dal menzionato art. 46 del 1865 ed ora art. 44 T.U. espropri, che, al contrario, presuppone un pregiudizio di fatto, conseguente all’esercizio di un’attività lecita da parte della P.A.

Lo stesso dicasi per la fattispecie di “*danno*” da acquisizione sanante del diritto di servitù per soggetti pubblici titolari di autorizzazioni, concessioni di servizi d’interesse generale.

Anche questo istituto non rientra nella responsabilità da illecito, poiché l’atto di costituzione dell’asservimento abusivo è da ritenersi *ope legis* legittimo, qualora si proceda alla costituzione della servitù nella forma semplificata di cui all’art. 42 bis, co. 1 e 6, T.U. Espropri, con effetti *ex nunc*, come da Corte Costituzionale n. 71 del 2015.

Cosicché il “*titolo risarcitorio o di ristoro*” attribuito all’importo del 5% sul valore del bene occupato od asservito non può che essere misura accessoria all’indennizzo, dovuto per il periodo d’occupazione illegittima, così idonea a connotarsi della stessa natura (Cass. SS.UU. 09/05/2018 n. 11180 del 09.05.2018; contra TAR Friuli n. 4 del 10.01.2018).

Nella nuova nozione di responsabilità per attività legittima della p.a., infatti, ciò che deve essere valutato, ai fini del ristoro indennitario, è una **apprezzabile** diminuzione delle facoltà di godimento e del valore di scambio della proprietà privata, che consegue **oggettivamente** alla realizzazione di un’opera pubblica, nonostante detta realizzazione sia avvenuta in modo legittimo, sia sul piano ideativo-progettuale, che sul piano esecutivo-materiale (in dottrina si parla comunemente di “*espropriazione larvata*”<sup>2</sup>).

Questo rilievo introduce il tema sulla differenza tra attività lecita della P.A. da indennità ed attività da risarcimento, di cui significativi sono alcuni casi.

Così, ad es., si è rilevato che la responsabilità di un Comune per l’attività legittima posta in essere per la costruzione di un collettore fognario, responsabilità certamente da ricondursi nella sfera dell’art. 46, L. n. 2359/1865 in ragione degli eventuali **documenti oggettivamente**

---

2 V., ad esempio, P. Pirruccio, *L’espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 2011, p. 691.

**recati al godimento e/o al valore di mercato del contiguo fabbricato residenziale privato**, si differenzia in modo netto, sul piano concettuale e giuridico, dalla diversa (e potenzialmente compresente) responsabilità dello stesso Comune per fatto illecito, derivante da imperizia o negligenza nell'**attività esecutiva dell'opera** e, in particolare, nel caso di specie, dalla circostanza che l'Amministrazione non avesse adottato le cautele e le misure atte ad evitare danni a terzi, avendo trasgredito l'art. 227 del T.U. delle leggi sanitarie n. 1265/1934, che fa divieto di immettere in corsi d'acqua i liquidi di rifiuto non previamente sottoposti a processi di depurazione (cfr. Trib. sup. acque pubbliche, 21 maggio 1981, n. 14, in *Cons. Stato*, 1981, II, 584).

Ed ancora, si è ritenuto che il potere discrezionale della P.A. nella costruzione e manutenzione delle opere pubbliche trovi limite in ogni caso nel generale principio del *neminem laedere*, con la conseguenza che configura un'ipotesi di responsabilità per fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., e non di responsabilità per atto legittimo ai sensi dell'art. 46, L. n. 2359/1865 (ed oggi, art. 44, D.P.R. n. 327/2001), l'aver provocato il prosciugamento e la scomparsa di sorgenti, date in concessione a privati per l'alimentazione di un acquedotto, in seguito ai lavori di costruzione di una galleria autostradale, progettata ed eseguita senza un preventivo studio geologico della zona, e senza prendere in considerazione la possibilità che le operazioni di scavo venissero ad intercettare falde freatiche e percorsi di correnti idriche sotterranee dei vicini acquedotti (cfr. Cass., 14 aprile 1983, n. 2602, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Opere pubbliche*, n. 64).

Ma quali sono, sul piano giuridico, gli effetti dell'inquadramento della figura in esame come un'ipotesi di responsabilità indennitaria da fatto lecito, anziché di responsabilità risarcitoria da fatto illecito?

- a) **Sul piano della prescrizione:** in primo luogo, basterà ricordare che - di contro al termine quinquennale di prescrizione proprio della responsabilità extracontrattuale, il diritto all'indennizzo spettante al privato in ipotesi di accertata responsabilità della P.A. da atto lecito è sottoposto all'ordinario termine decennale di prescrizione (cfr. Cass., n. 6273/2008). Ma da quando decorre? Questo "scatta" - secondo l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità (v., per tutte, Cass., Sez. Unite, 11.01.2008, n. 581; Cass., Sez. III, 17.09.2013 n. 21255) - non già dalla data del fatto lesivo, inteso come fatto storico obiettivamente realizzato, né dal momento della manifestazione del danno all'esterno (e cioè sull'immobile interessato), ma dal momento, concettualmente e spesso temporalmente diverso e successivo, in cui maturino, in capo al soggetto leso, "*presupposti di sufficiente certezza in ordine alla sussistenza degli elementi costitutivi del diritto azionato* sì che gli stessi possano ritenersi, dal medesimo, conosciuti o conoscibili" in base ad un criterio di diligenza dell'uomo medio, e quindi, dal momento in cui il pregiudizio lamentato sia o possa essere **percepito** quale danno conseguente al comportamento di un terzo (che, nel caso di specie, è l'Amministrazione responsabile dei lavori).
- b) **Sulla prova:** ancora in tema di effetti sostanziali, il riconoscimento della responsabilità extracontrattuale della P.A. richiede che il privato danneggiato fornisca in giudizio la prova della colpa e negligenza dell'Amministrazione danneggiante, nell'attività realizzativa dell'opera pubblica ovvero in quella progettuale con violazione di norme cautelati o tecnico operative. Mentre, come si vedrà, una siffatta prova non è richiesta nell' "*espropriazione larvata*", bastando dare dimostrazione dell'oggettività del danno (avente determinate caratteristiche) di **significativa compressione** della capacità abitativa o produttiva aziendale ed **oggettiva riduzione** del valore economico nonché della sua origine causale dai lavori contestati.

- c) **Sulla giurisdizione:** sul piano processuale, la diversa natura delle due descritte fattispecie di responsabilità comporta che non possano cumularsi le due azioni distinte per *petitum* (bene giuridico) e per causa *petendi* o ragioni della domanda.

Il giudice, adito in sede aquiliana ex art. 2043 cod. civ., non possa emettere pronuncia di responsabilità per atto lecito della P.A. ex art. art. 44, D.P.R. n. 327/2001 (già, art. 46, L. n. 2359/1865), trattandosi di azioni che si distinguono tanto per il *petitum* - ossia per il bene giuridico di cui si chiede il riconoscimento giudiziale - quanto per la causa *petendi* - ossia le ragioni giuridiche a fondamento della domanda (cfr. Cass., Sez. III, n. 4790/2001). Invero nell'azione risarcitoria, il *petitum* si estende a tutti i pregiudizi sopportati dalla sfera giuridica patrimoniale del danneggiato e non si limita alla diminuzione patrimoniale, arrecata dall'esecuzione dell'opera pubblica., alle facoltà inerenti all'esercizio ed al pieno godimento del diritto di proprietà del fondo d'interesse, al cui ristoro l'art. 44 è appunto preposto.

#### 4. RAPPORTI CON L'ESPROPRIAZIONE PARZIALE DI BENE UNITARIO DI CUI ALL'ART. 33, T.U. ESPR.

La delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 44 T.U. Espr. si acclara anche per differenza rispetto a quello proprio dell'espropriazione parziale, disciplinata dall'art. 33 del medesimo T.U. mediante il riconoscimento, al soggetto espropriato, di un'indennità commisurata non soltanto al valore venale della porzione fondiaria ablata, ma anche alla perdita di valore sofferta dalla porzione residua per effetto della disintegrazione e sconfigurazione dell'originaria unitarietà economica e funzionale del compendio.

Occorre, pertanto, brevemente soffermarsi sulla problematica dei rapporti tra l'indennizzo da c.d. asservimento del bene "*espropriazione larvata*" e l'indennizzo per l'espropriazione parziale, in senso tecnico, di un bene unitario.

La giurisprudenza di legittimità, assecondata dal T.U. (il capo VIII dedicato all'indennità per imposizione di servitù si intitola - non a caso - "*Indennità dovuta al titolare del bene non espropriato*") è da tempo orientata nel senso di configurare i due rimedi in termini di giuridica incompatibilità ed alternatività.

Si afferma, invero, che l'art. 44, D.P.R. n. 327/2001 non attiene ai casi in cui la situazione di asservimento o diminuzione di valore venga a determinarsi in conseguenza di un procedimento espropriativo o di occupazione avente ad oggetto l'immobile "*asservito*", ma è funzionale alla tutela di beni **non direttamente interessati** dall'esproprio, e che, purtuttavia abbiano subito l'imposizione di una servitù o una permanente diminuzione del loro valore.

In altri termini, la disposizione si rivolge non ai titolari di fondi parzialmente espropriati, ma a soggetti rimasti completamente estranei al procedimento ablatorio i quali siano titolari di suoli contigui a quelli su cui è stata collocata l'opera pubblica e che abbiano subito un danno da asservimento o deprezzamento non per effetto dell'espropriazione di tali beni, bensì a causa delle **esternalità negative** prodotte dall'opera eseguita su fondi di terzi o a causa dei lavori occorrenti per tale realizzazione, pur se effettuati a regola d'arte (cfr. Cass., Sez. Unite, 27.02.2017, n. 4883: "*...l'ipotesi prevista dal D.P.R. n. 327 del 2001, art. 44, ... come risulta chiaro dal suo inserimento nel capo 8 del D.P.R. cit. (rubricato "indennità dovuta al titolare del bene non espropriato"), riguarda quei soggetti che, quand'anche un procedimento espropriativo vi sia stato, ne siano rimasti completamente estranei (in quanto proprietari di suoli contigui a quelli sui quali è stata*



*eseguita l'opera*) e siano rimasti gravati da una servitù, od abbiano subito un danno<sup>3</sup>. A tal proposito, in virtù della sottolineata alternatività tra ablazione parziale e pregiudizio indennizzabile ex art. 44 T.U. Espr., è agevole sgombrare il possibile equivoco nascente dalla lettera del comma 3 della norma in commento, il quale testualmente prevede che l'indennità da "asservimento" sia dovuta anche se il trasferimento della proprietà sia avvenuto per effetto di **accordo di cessione bonaria o nei casi di c.d. acquisizione sanante di cui all'art. 43** (oggi, come noto, abrogato e sostituito dall'art. 42-bis). Poiché - come detto - l'art. 44 non riguarda le posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti dal procedimento espropriativo, il citato comma 3 deve interpretarsi, per necessaria coerenza logica, nel senso che la predetta cessione volontaria o acquisizione sanante debba riguardare l'area su cui è sorta l'opera pubblica, dalla quale derivano la servitù o la permanente diminuzione di valore, che costituiscono fonti del diritto all'indennizzo; mentre non pare consentito ipotizzare che la cessione bonaria o l'utilizzazione senza titolo possa riferirsi ad una parte del bene **in proprietà** di colui **che aspiri al suddetto ristoro da asservimento** (cfr. sentenza Corte Cass., Sez. I<sup>^</sup>, 09.11.2018, n. 28788).

In particolare, rileva questa distinzione nel caso di cessione bonaria, poiché l'indennità per asservimento è dovuta anche nel caso di cessione bonaria dell'area su cui è sorta l'opera pubblica.

Quindi occorre prestare attenzione, allorché si sottoscrive l'atto di cessione bonaria c.d. "*tombale*" con clausole accettate che prevedano il ristoro "*di tutti i diritti spettanti per espropriazione, occupazione d'urgenza, asservimento, costituzione di pesi, oneri, vincoli e servitù, immissioni moleste e danni di qualsivoglia natura e specie, indennizzi e risarcimenti tutti*".

In questi casi di accordo bonario la giurisprudenza ha ritenuto che le indennità concordate siano omnicomprensive, in relazione ai danni diretti ed ai danni indiretti e, quindi, compresi quei danni su zone estranee alla dichiarazione di pubblica utilità, qualora determinati da opere previste e conformi al progetto (cfr. Cass SS.UU. n. 10502/2012; Tribunale di Venezia, III Sez. Civ. sentenza n. 1770/2012, confermata da Corte di Cassazione con ordinanza n. 20372/2015), in ordine alla fattispecie di particelle inutilizzabili, strettamente contigue a quelle espropriate ovvero a smontamenti su area limitrofa.

Ne consegue l'infondatezza di quella domanda d'indennizzo per espropriazione parziale ex art. 33 T.U. Espropri per danni diretti a quelle particelle fondiari, non espropriate, dato che l'accettazione dell'indennità con la cessione bonaria "*tombale*" esclude che siano ulteriormente ristorati i danni lamentati.

## 5. FONDAMENTO E PRESUPPOSTI DELLA TUTELA

Tanto esposto in ordine alla natura ed al campo applicativo dell'art. 44, T.U. Espr., occorre adesso soffermarsi brevemente sul fondamento e sui presupposti oggettivi dell'istituto.

La *ratio* dell'obbligo di indennizzo previsto dalla norma in esame è stata individuata dalla Suprema Corte in un basilare principio pubblicistico di giustizia distributiva, secondo cui le conseguenze economiche pregiudizievoli causate da opere dirette al conseguimento di pubblici benefici non possono ricadere su un solo privato o su una ristretta cerchia di privati,

---

3 Così continua la sentenza SS.UU. n. 4883/2017 " ...non per effetto della mera separazione (per esproprio) di una parte di suolo, ma in conseguenza dell'opera eseguita sulla parte non espropriata ed indipendentemente dall'espropriazione stessa: l'indennizzo dovuto a tale specifico titolo non compete, pertanto, al proprietario del fondo espropriato, ma esclusivamente ai proprietari degli immobili circostanti l'opera pubblica, non assoggettati alla procedura espropriativa"; negli stessi termini, Cass., Sez. I, 15.06.2017, n. 14891; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 30.09.2013, n. 4871, ove si conferma che "l'art. 44, D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, al pari dell'omologo art. 46, L. 25 giugno 1865 n. 2359, riguarda indennità dovute a terzi estranei e diversi rispetto al proprietario espropriato, ed è quindi inapplicabile all'ipotesi di occupazione parziale di unitario compendio immobiliare che comporti diminuzione di valore della residua porzione, per il quale deve aversi invece riguardo al valore venale residuo, secondo il criterio di cui all'art. 40 della cit. L. n. 2359 del 1865 [oggi, art. 33, T.U. Espr., n.d.r.]".

ma devono essere sopportate dalla collettività (Cass., Sez. III, 3.07.2014 n. 15223; Cass., Sez. Un., 11.06.2003, n. 9341). Non è, dunque, accettabile che la soddisfazione dell'interesse generale passi per il sacrificio dell'interesse o del diritto del singolo, senza che quest'ultimo venga proporzionalmente indennizzato. Il principio ovviamente presuppone un atto legittimo della P.A., che, attraverso l'opera pubblica, persegua i fini della collettività, e non è certamente conciliabile con l'eventuale fatto illecito, doloso o colposo, dell'Amministrazione, cui risponde il diverso rimedio di cui all'art. 2043 c.c.. Sicché, anche per questa via, trova conferma la tesi della natura non aquiliana della responsabilità indennitaria prevista dall'art. 44, T.U. Espr.

Fermo quanto precedentemente chiarito in merito all'estraneità del soggetto pregiudicato rispetto alla procedura ablatoria.

È stata l'elaborazione giurisprudenziale formatasi sulla norma in commento e, prima, sull'art. 46, L. n. 2359/1865, che ha individuato tre presupposti del diritto all'indennità di asservimento, rappresentati:

- a) da un'attività lecita della pubblica amministrazione, consistente nell'esecuzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità ovvero nella sua utilizzazione in conformità alla funzione per la quale è stata progettata e realizzata;
- b) dall'imposizione di una servitù o dalla produzione di un pregiudizio che si concreti nella permanente perdita di valore dell'immobile contiguo, per estinzione o limitazione dell'esercizio di una facoltà inerente il diritto di proprietà sul medesimo;
- c) dal nesso di causalità tra l'esecuzione e gestione dell'opera pubblica e il suddetto pregiudizio (Cass., Sez. III, 3.07.2014 n. 15223; Cass., n. 26261/2007; Cass., n. 18172/2004).

Come già osservato, non è invece richiesta la prova di un comportamento colposo o doloso dell'Amministrazione esecutrice (o gerente) dell'infrastruttura, trattandosi di criteri tradizionali di imputabilità soggettiva del fatto illecito, che, nella fattispecie in esame, sono messi fuori causa dalla presupposta liceità dell'agire pubblico e dalla natura indennitaria, e non già risarcitoria, della responsabilità azionata dal privato leso con conseguente giurisdizione A.G.O. ai sensi dell'art. 53, D.P.R. 327 del 2001 e dell'art. 133, lett. g c.p.a.

## 6. CARATTERI E TIPOLOGIA DEL PREGIUDIZIO INDENNIZZABILE

Nell'interpretazione della norma in esame, un ruolo centrale assume l'individuazione dei connotati oggettivi del danno indennizzabile. In proposito, come si è rilevato, l'art. 44 menziona - accanto all'imposizione di una vera e propria servitù prediale - la diversa ipotesi data dalla perdita o diminuzione permanente del valore di scambio del bene oggetto di "espropriazione larvata".

### a) La permanenza del pregiudizio

Dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che il riferimento alla permanenza del pregiudizio non vada inteso nel senso di limitare l'indennizzo alle sole lesioni perpetue o irreparabili, essendo da considerare **permanente** anche il pregiudizio **che dura fin quando permane la causa lesiva**, a sua volta identificabile non solo nell'opera pubblica, ma anche nei lavori di modificazione o di completamento della stessa. L'indennità può essere riconosciuta, altresì, con riferimento al periodo **in cui è in corso la realizzazione dell'infrastruttura** (Caringella - De Marzo - De Nictolis - Maruotti, 972), come per gli scoppi di dinamite od i rumori intollerabili da ruspe e camion in costanza di costruzione della galleria della "Pedemontana Veneta" a Malo (VI), con proposta dell'Ente espropriante trasferimento in hotel degli abitanti allarmatisi.

Come si vede, dunque, i commentatori hanno elaborato **un'accezione relativa e non assoluta** del requisito della permanenza del danno (Cass., Sez. III, n. 15223/2014, cit.). Più prudente la posizione della giurisprudenza, secondo la quale: *“Ai fini del diritto alla corresponsione della indennità prevista ... dall'art. 44 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, il requisito della “permanenza” del danno, valutato con riguardo al momento dell'apprezzamento delle cause lesive in base ad un giudizio prognostico ispirato ad un criterio di normalità causale, sussiste non solo se lo stesso appaia definitivo, ma anche qualora non vi siano elementi per ritenere che la “demitutio” del diritto sia temporanea”*.

#### **b) La significativa riduzione delle facoltà del diritto di proprietà**

Applicando alla nuova fattispecie principi giurisprudenziali già formulati con riguardo all'art. 46 della L. n. 2359/1865, la Suprema Corte ha, altresì, precisato - in tempi recenti - che il pregiudizio economico deve incidere direttamente sul bene, in modo tale da determinare un'apprezzabile diminuzione del valore venale del medesimo. Per l'effetto, è stato ritenuto che l'indennizzo di cui all'art. 44, D.P.R. n. 327 del 2001 spetti se l'opera pubblica abbia realizzato una significativa compressione del diritto di proprietà, conseguente alla riduzione della capacità abitativa, che può verificarsi sia per effetto di **immissioni intollerabili di rumori, vibrazioni, gas di scarico ed altre esalazioni direttamente provenienti dall'infrastruttura**, sia in tutti i casi in cui il bene privato subisca un'oggettiva ed apprezzabile riduzione della **luminosità, panoramicità e godibilità**, purché idonea a tradursi in una altrettanto oggettiva **riduzione del suo valore economico** (cfr. Cass., Sez. I, 26.05.2017 n. 13368; Id., Sez. I, 3.07.2013 n. 16619).

È stato, invece, escluso che possano costituire oggetto di indennizzo le utilità marginali del bene, cioè di piccolissime variazioni di valore, che non trovano tutela nell'ordinamento come attributi caratteristici e qualificanti del diritto di proprietà.

Parimenti, si tende ad escludere **l'indennizzo del lucro cessante** (cfr., sul punto, Cass., Sez. III, 3.07.2008, n.18226), argomentandosi dal dato testuale del comma 2 dell'art. 44 in commento, secondo il quale: *“L'indennità è calcolata senza tenere conto del pregiudizio derivante dalla perdita di una utilità economica cui il proprietario non ha diritto”*. Laddove l'espressione “non ha diritto” è intesa nel senso che non possano essere oggetto di ristoro utilità di cui il proprietario non benefici attualmente<sup>4</sup>.

Ovviamente, anche l'indennità da c.d. espropriazione larvata - al pari di quella da espropriazione diretta - non spetta qualora l'immobile oggetto di pregiudizio sia urbanisticamente irregolare, per dimensioni o per destinazione d'uso, o comunque non sia ancora stato sanato, ovvero sia abusivo, salvo soltanto il caso in cui si lamenti un danno generico alla proprietà del fondo inedificato (cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 22.11.2017 n. 27863). Ugualmente, onde scongiurare facili tentazioni di un utilizzo improprio e strumentale del beneficio, esso è negato per le costruzioni realizzate dopo l'approvazione del progetto di opera pubblica, dalla cui realizzazione il proprietario abbia ragione di temere la compressione delle proprie facoltà dominicali (cfr. ancora Cass., Sez. VI, n. 27863/2017, cit.).

Infine, il c. 5 dell'art. 44, T.U. Espr. riproduce l'art. 45 della L. n. 2359/1865 nell'escludere l'indennizzo nel caso in cui la servitù costituita sul bene, ad esempio da enti pubblici o privati che svolgano servizi lineari d'interesse pubblico, possa essere conservata o trasferita senza arrecare grave incomodo al fondo dominante o a quello servente. Nell'eventualità in cui la conservazione o il trasferimento della servitù comportino la realizzazione di opere, la norma

---

<sup>4</sup> Cfr. ancora R. FERRARA - G.F. FERRARI, *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, II<sup>a</sup> ed., Padova, 2015, sub art. 44, D.P.R. n. 327/2001.

prevede che il soggetto pubblico possa scegliere se eseguirle a propria cura, oppure se rimborsare al privato proprietario del fondo le spese da questi sostenute per realizzarle.

Ma se il Comune realizzasse a proprie spese il marciapiede od altra opera accessoria su strada vicinale ad uso pubblico, costituito per *dicatio ad patriam*, può essere soggetto all'indennizzo previsto dall'art. 42 bis, 1 co. D.P.R. 327/01, per ristrutturazione radicale con acquisizione semplificata del diritto di proprietà ovvero alla percentuale d'indennizzo, di cui all'art. 42 bis, VI co. D.P.R. cit., per acquisizione senza titolo del diritto di servitù?

La risposta è negativa poiché la servitù viaria pubblica era originata dalla volontà del privato proprietario di assoggettare a percorso pedonale e carrabile a favore della collettività.

Con il nuovo marciapiede od altra infrastruttura accessoria realizzata non viene radicalmente trasformata l'area in assenza di valido ed efficace provvedimento amministrativo né acquisito *sine titulo* il diritto di servitù.

Infatti, è applicabile alla situazione dei nuovi lavori di miglioria stradale la disciplina di cui all'art. 936 c.c. sull'incorporazione di opere fatte da 1/3 (es. Comune) con materiali propri, con diritto dei proprietari alla rimozione, da proporsi entro sei mesi dall'avvenuta incorporazione del marciapiede, salvo, però, che l'opera sia stata eseguita dal Comune in buona fede ovvero senza opposizione dei proprietari, oppure sia stata fatta a loro conoscenza (Cass. Civ. Sez. I<sup>^</sup>, 27/06/2018 n. 16979).

## 7. CRITERI DI DETERMINAZIONE QUANTITATIVA DELL'INDENNITÀ

La norma in commento non prevede una disciplina espressa in ordine ai criteri tecnico-estimativi di commisurazione dell'indennità. limitandosi - come detto - a stabilire che non possano essere ristorate utilità cui il proprietario non abbia diritto.

In proposito, la Cassazione ha statuito che l'indennità di asservimento di un fondo, dovuta in base all'art. 44, deve essere determinata sulla base di un calcolo percentuale dell'indennità di espropriazione, affidato al motivato apprezzamento del giudice di merito, con l'unico limite che la sua misura non può, comunque, superare l'ammontare di quest'ultima indennità. fermo restando che i due istituti rimangono nettamente distinti sia sotto il profilo dogmatico che sul piano oggettivo, stante che, mentre l'indennità di espropriazione è diretta ad attribuire al proprietario un ristoro per la perdita del bene oggetto di ablazione, l'indennità di asservimento è destinata a ristorare il pregiudizio effettivo ed attuale subito, a causa dell'esecuzione dell'opera pubblica dal proprietario non espropriato, che rimane pur sempre tale (Cass., sez. I, 30.11.2007, n. 25011).

In ogni caso, secondo gli interpreti, dovendo l'indennità in questione apportare un ristoro integrale ed effettivo del pregiudizio arrecato all'immobile privato, la medesima può - in concreto - essere commisurata **al costo dei lavori necessari ad eliminare o contenere il pregiudizio**, purché tale importo non superi il valore venale del fondo.

Nella prassi d'estimo odierno sono adottati degli appositi coefficienti d'indennizzo distinti in relazione a ciascuna voce di deprezzamento degli immobili per pregiudizio permanente.

Ad esempio per riduzione di luminosità e soleggiamento il valore massimo, adottato dalle autorità esproprianti si attesta sul deprezzamento pari al 10% del costo di ricostruzione degli ambienti danneggiati.

E così via per l'immissione di rumore, il deprezzamento è valutato secondo la seguente formula: la misura dell'indennizzo è uguale alla percentuale del 3,50% o 12,50% del costo di costruzione di ciascun vano destinato al riposo di persone o non destinato al riposo di persone.

Mentre per le vibrazioni in fabbricati, la quota d'indennizzo è pari al coefficiente 6,14 per la quota annua di costo manutentivo dovuto per le vibrazioni (rinvia alla "Galleria della Pedemontana" S.P.V. in Malo).

È il risultato pratico ed attendibile dell'applicazione del metodo estimativo sintetico-comparativo che viene più frequentemente abbracciato dai Tribunali e dalle Corti d'Appello (Cass. Civ., ord. n. 6243 del 31.03.2016), in alternativa a quello analitico-ricostruttivo che muove dalle caratteristiche specifiche del fondo espropriato.

Il primo metodo, è notorio, consiste nell'accettare il più probabile valore di mercato dell'area da asservire in base alla destinazione urbanistica della zona ed ai prezzi praticati per i suoli vicini omogenei.

Ma, mentre nel caso di espropriazione parziale la diminuzione di valore subita dalla parte residua del fondo è indennizzabile secondo criteri differenziali predeterminati dall'art. 33 D.P.R. 327/01, allorché sussista un rapporto immediato e diretto tra la parziale ablazione ed il danno (ordinanza Corte Cass., Sez. I, 9.11.2018 n. 28788).

Nella situazione, invece, dell'"espropriazione larvata" di cui all'art. 44 in parola, quantificheranno indennizzi secondo il **variabile pregiudizio**, effettivo ed attuale, subito dal proprietario del fondo, non espropriato.

Fondamentale, a questi fini, è la giurisprudenza formatasi sul caso dell'ampliamento dell'Aeroporto Malpensa e di Milano, chiamato alla condanna dei danni causati alle proprietà immobiliari private sottostanti ai sorvoli degli aerei per immissioni acustiche e da gas di scarico (Cass., Sez. III, 03.07.2014 n. 15223).

Il tutto è simile a quanto sta succedendo per l'aeroporto "Canova" di Treviso, con l'aumento del numero di voli autorizzati dall'E.N.A.C. e relative intollerabili immissioni.

Non sono, però, offerti dalla norma in commento criteri **certi** per la quantificazione dell'indennizzo, con indubbio successivo ricorso al Giudice.

## CONCLUSIONI

Già s'è detto che l'indennizzo dovuto dalla P.A. o suoi concessionari che interferisce con i diritti dei privati per effetto della scelta pubblicistica dell'opera pubblica o del pubblico servizio ottemperi ad un principio di giustizia distributiva, per cui le conseguenze economiche di vantaggi pubblici debbono essere a carico della collettività e non del singolo.

Soltanto che questo indennizzo, anche secondo l'art. 44 in commento, deve avere le caratteristiche della indefettibilità, serietà e certezza, senza essere soltanto formale previsione legislativa.

Ma il parametro astratto, previsto dalla presente norma di quantificazione, non è dotato di effettività, perché troppo variabile per stessa previsione legislativa, in quanto fa riferimento a criteri di percentuali d'indennizzo, così elastici e di alta discrezionalità tecnico-estimativa, da porre l'"*amministrato cittadino*" a subire l'offerta indennitaria proposta dall'autorità pubblicistica, in genere irrisoria od incongrua, date le scarse o nulle risorse finanziarie degli enti locali.

Cosicché il perimetro della serietà e della effettività del giusto indennizzo, è demandato di volta in volta al Giudice e, così, alla giurisprudenza ordinaria di legittimità, che emenda le norme e colma le lacune con l'ausilio dell'analogia all'indennità d'esproprio della proprietà.

Ma questo criterio interpretativo analogico non sarebbe applicabile nella fattispecie esaminata, trattandosi di norma speciale che prevede percentuali d'indennizzo per attività lecite della P.A. ed in totale assenza di fenomeno ablativo od espropriativo della proprietà privata, che viene, invece, conservata nell'"*espropriazione c.d. larvata*", di cui si è discusso.

Per cui, occorre l'intervento completivo del legislatore statale per questo istituto, con rece-

pimento in positivo dei principi consolidati dalla giurisprudenza in materia e, così, si farà applicazione dell'aforisma di Jean-Jacques Rousseau, che ancor al tempo della monarchia assoluta di metà del 1700 aveva a scrivere nel "contratto sociale": "Le leggi sono le condizioni di una scelta civile. Il popolo sottomesso alle leggi deve essere anche l'autore: il funzionamento della società, infatti, non appartiene che a coloro che si associano" (e non all'unico monarca od al governo totalitario).

Nella presente fattispecie l'indennità sarà seria e certa, qualora le stesse situazioni oggettive omogenee siano egualmente valutate in tutto il territorio nazionale, senza arbitrio o favoritismi locali e, quindi, con esercizio unitario a livello statale del potere di asservimento o di "espropriazione larvata", qui trattata.

---

### **Commento del Presidente Prof. Avv. Ludovico MAZZAROLLI**

*Ringrazio anche l'Avvocato Michielan per il suo esaustivo Intervento.*

*Io chiudo questa Prima Sessione con due rapidissime osservazioni e poi andiamo tutti a mangiare.*

*Una la devo alla Dottoressa De Felice.*

*Forse mi sono espresso male prima io, ma il fatto del «concorso di colpa» del creditore io lo attribuiro a quando il creditore, cioè il cittadino, ha effettuato una domanda che poi si rivela infondata, certo non a quando egli ha mancato di attivarsi nell'impugnare ciò che avrebbe dovuto impugnare.*

*Quanto alla Relazione di Primo Michielan due chiose e una conclusione.*

*La prima: quando parla della «clausola tombale» si riferisce a un esproprio e quindi parla di un argomento che esula rispetto al titolo del suo intervento, perché in quel caso l'esproprio c'è e la «clausola tombale», riguardando un atto di esproprio, non concerne atti che prescindono dall'esproprio.*

*La seconda: quando si parla di «espropriazione larvata» si finisce con l'adoperare una di quelle espressioni che vengono usate un po' a sproposito. La pretesa, infatti, sarebbe quella di riferirsi a un latinismo («larvato», simil «velato», «dissimulato»), mentre a me viene sempre in mente «la larva»: e si tratterà anche di un'espropriazione-larva, ma sempre espropriazione è.*

*Da ultimo, un ringraziamento. Egli ci ha spiegato un'espressione che adoperiamo tutti, ma della quale, scommetto, eravamo in molti a non conoscere l'origine. A fronte di quando si fa una galleria nel luogo di cui ci ha parlato e di quando si prendono persone del posto che vanno tenute tranquille, ospitandole in albergo e conseguentemente svuotando in parte il luogo stesso ... ben ci si può spiegare perché si usa dire: «libera nos a Malo». Grazie.*

## ■ II SESSIONE – Commento iniziale

Diamo inizio alla sessione dei lavori di questo interessantissimo convegno.

Inizialmente, consentitemi di esprimere anch'io un ricordo del professore Avvocato Leopoldo Mazzarolli, a cui è dedicato questo convegno, come negli altri anni.

Ringrazio nuovamente gli organizzatori per aver voluto la mia presenza a presiedere la seconda sessione di questo convegno.

Questa seconda sessione affronterà delle tematiche nell'ambito della responsabilità in una chiave diciamo un po' più aperta.

La prima relazione, del professore Avvocato Francesco Volpe, tratterà gli aspetti un po' più all'interno di quella che è la responsabilità nel settore che attiene al risarcimento del danno negli appalti pubblici che è stato trattato nella prima sessione in modo più ampio e in un quadro più generale.

Poi seguirà la relazione dell'Avvocato Alberto Borella che affronterà sempre la tematica della responsabilità per quanto riguarda l'appalto pubblico gratuito ed il danno da perdita di chance e curriculare.

Con la relazione affidata al professor Avvocato Enrico Maria Ambrosetti si allargherà il campo ad una responsabilità – diciamo - a 360 gradi perché riguarderà sia gli aspetti penali, anche se limitata al reato di abuso di omissione d'ufficio con riguardo alla violazione delle linee guida ANAC.

L'altro aspetto della responsabilità, che interesserà - penso abbastanza - i funzionari pubblici perché riguarda la responsabilità erariale ed esenzione per buona fede del funzionario pubblico, è affidato alla relazione del dottor Alberto Mingarelli che è Procuratore della Corte dei Conti di Venezia.

Il dottor Tiziano Tessaro, Consigliere della Corte dei Conti, sempre di Venezia, tratterà la successiva relazione, sulla responsabilità diretta del funzionario amministratore e sui limiti di riconoscibilità del debito fuori bilancio comunale.

Concluderà i lavori la relazione di sintesi dell'Avvocato Franco Zambelli.

Io non mi ritaglio il ruolo di ulteriore - come dire - introduzione a dei temi e lascerei senz'altro lo spazio ai relatori che possono così affrontare con il tempo dovuto, che abbiamo concordato sui 30 minuti circa l'uno. Lo sfioramento è, però, sempre consentito nei limiti della compensazione, chiamiamola così, dei tempi in modo da approdare all'orario di conclusione programmato.

Se c'è qualcuno che vuole introdurre un dibattito, cercheremo di trovare uno spazio per farlo.

Quindi do subito la parola al professor Avvocato Francesco Volpe perché ci illustri la sua relazione. Prego.





## ■ IL NUOVO INQUADRAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E IL RISARCIMENTO DEL DANNO NEGLI APPALTI PUBBLICI

1. Alcuni temi del diritto amministrativo accusano singolari ricorrenze. Come fiumi carsici, si celano, ma, quando, poi, riemergono, governano l'attenzione.

Tra essi va annoverata la materia della responsabilità precontrattuale per l'attività imperativa degli enti pubblici, sita al crocevia di due temi di provata modernità.

Vi è legata, innanzi tutto, la tutela della buona fede oggettiva, *à la page*, perché, per suo mezzo, è stata proposta addirittura una rivisitazione della teoria della validità dei provvedimenti, scardinata dalla tripartizione classica dei vizi.

Alla responsabilità precontrattuale è collegata, poi, la questione risarcitoria che, pur dopo l'art. 30 del codice di rito, non sembra avere trovato una definitiva sistemazione.

Non stupisce perciò che l'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 5 di quest'anno, abbia affrontato l'argomento, tracciando *nuove frontiere* della responsabilità civile dell'amministrazione.

La sentenza è ricca di spunti e scritta da man felice. Dico subito, però, che le sue conclusioni non persuadono; né pare che la pronuncia renda criteri utili a regolare con prevedibile certezza l'attività amministrativa.

2. Il caso riguardava una fattispecie in cui, dopo alcune traversie, una stazione appaltante aveva annullato una gara d'appalto, suscitando un'azione a tutela dell'affidamento che gli offerenti avevano riposto sulla conclusione della procedura.

È noto che la giurisprudenza ammette il risarcimento, quando sia disposta la revoca dell'aggiudicazione. La peculiarità del caso consisteva nel fatto che la domanda mirava a proteggere un affidamento sorto prima di tale atto e poiché l'art. 1337 cod. civ. lega il risarcimento all'esistenza di una trattativa, occorreva verificare se valga come tale anche la fase che precede l'individuazione del contraente.

Gli argomenti a favore, evidenziati nell'ordinanza di rimessione, erano vari.

Si poteva, in particolare, qualificare il bando come un'offerta al pubblico o come una proposta di contratto *in incertam personam*.

Non sono, tuttavia, convinto che un tale percorso si sarebbe rivelato fertile.

Con riguardo alla prima ipotesi, l'evidenza pubblica se ne distingue perché il bando non integra gli estremi civilistici di una proposta perfetta (1336 cod. civ.): a tacer d'altro, infatti, l'esatta quantificazione del corrispettivo si raggiunge solo all'esito della gara. Ancora più difficile è qualificare il bando come proposta *in incertam personam*, perché il contratto per persona da nominare consente alla parte d'indicare il proprio successore negoziale. Non consente di scegliere la controparte negoziale, come, invece, avviene nelle gare pubbliche.

Se si fosse voluto ricondurre la gara al concetto di trattativa, si sarebbe potuto valorizzare, se mai, l'obbligo di produrre la cauzione provvisoria, a cui l'offerente è tenuto a garanzia della futura stipula.

Almeno dall'offerta, dunque, chi concorre si assume i doveri della trattativa, perché diversamente non si spiegherebbe la ragion d'essere della cauzione. Poiché, però, la trattativa è un fenomeno plurisoggettivo, è difficile postulare che questa esista solo a carico dell'offerente e non anche della stazione appaltante, quasi ad imitare i vecchi contratti claudicanti della legge sulla contabilità dello Stato.

3. Animata da comprensibile prudenza, la Plenaria evita, tuttavia, di rifarsi agli istituti dell'offerta al pubblico e del contratto *in incertam personam*.

Se essa estende ugualmente la tutela precontrattuale alla fase del procedimento, il metodo consiste nel negare *tout court* che la relativa responsabilità implichi una trattativa.

L'argomento impiegato fa leva, in tal senso, sulle c.d. clausole generali, il cui valore s'imporrebbe a prescindere da e oltre il dettato normativo.

La Plenaria offre così un *mosaico* di fattispecie particolari, dalle quali induce la prova dell'esistenza di una clausola generale di correttezza.

Sebbene in modo non del tutto pertinente, viene richiamato il precedente sulla responsabilità precontrattuale da contratto valido, ma troppo svantaggioso. A questo si aggiungono i rinvii alla responsabilità per le lettere di *patronage* deboli; per l'affidamento generato dall'erronea certificazione sullo stato patrimoniale di una società; per la violazione dei doveri di riservatezza in una trattativa commerciale.

Dalla casistica di diritto civile, la Plenaria passa a esaminare come il principio di correttezza si applichi all'azione imperativa degli enti pubblici.

Viene dunque citata la responsabilità per l'affidamento generato da un provvedimento favorevole illegittimo e poi annullato. La tutela dell'affidamento troverebbe conforto anche in alcuni lacerti della legislazione, ravvisati negli istituti della semplificazione, nell'art. 10 dello Statuto del contribuente e nella disciplina del danno da ritardo.

Non manca neppure un tentativo di ricostruire le ragioni che ispirarono la responsabilità precontrattuale, sì da proporre una sorta d'interpretazione evolutiva degli artt. 1337 e 1338 più adeguata all'attuale stato delle cose. Secondo la Plenaria, dunque, la responsabilità precontrattuale sarebbe nata per favorire i commerci: chi si fosse ritirato da una trattativa avrebbe cagionato un danno collettivo, per l'inutilizzazione o lo sperpero di patrimonialità socialmente utili. Superato il periodo corporativista, la tutela dell'affidamento sarebbe emigrata verso i lidi di un più vasto dovere solidaristico, a cagione del quale i consociati sarebbero responsabili di tutti i loro comportamenti scorretti, ogni volta in cui venga in essere un c.d. *momento relazionale*.

4. Raccolti questi indizi, la Plenaria conclude nel senso che la tutela dell'affidamento va riconosciuta anche prima dell'aggiudicazione perché, appunto, è la clausola generale di buona fede a imporsi e non perché sia in atto una trattativa.

Detta tutela potrebbe, perciò, essere invocata sia al momento del bando sia nelle successive fasi e quindi anche nell'ipotesi dell'annullamento dell'intera gara, ancorché legittimamente assunto.

La Plenaria afferma, infatti, che "nell'ambito del procedimento amministrativo [...] regole pubblicistiche e regole privatistiche [...] operano [...] con diverse conseguenze [...]. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento [...] e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità [...]. Al contrario, la regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità".

Consolidata l'architettura del ragionamento, il Consiglio di Stato enuncia quindi le conseguenze applicative, i cui contorni, per la verità, si rivelano *liquidi*.

La generale tutela dell'affidamento, infatti, dovrebbe tenere conto di vari elementi che la stessa Plenaria definisce "molteplici e non predeterminabili in astratto" dipendendo dalle "innumerevoli variabili" messe in luce dalle fattispecie concrete.

In tal senso, si dovrebbe tenere conto del tipo di procedimento instaurato; dei margini di discrezionalità; dello stato di avanzamento dell'*iter*; del fatto che sia stata presentata o no l'offerta; della conoscibilità dei vizi del bando; del possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara; della condotta complessiva dell'ente.

Al danneggiato spetterebbe, inoltre, di dimostrare la propria buona fede soggettiva nonché la colpa o il dolo altrui. Ancora, toccherebbe provare sia il danno-evento sia il danno-conseguenza, sia il relativo rapporto di causalità.

5. La sintesi offerta non manca di suggestioni, perché la distinzione tra il piano della validità del provvedimento e quello risarcitorio richiama il concetto di *atto amministrativo illecito*, ma valido, proprio della geometrica riflessione della scuola padovana.

Tale figura non è esplicitamente citata dalla Plenaria, troppo pudica per affratellarsi ad una impostazione tanto *démodé*, ma la sostanza della tesi non sfugge.

Sebbene non manchino, dunque, i motivi per guardare con simpatia alle conclusioni raggiunte, ugualmente esse non sono persuasive.

Le criticità attengono sia alle ragioni addotte per fondare l'esistenza della clausola generale di correttezza, sia alla stessa sistematica proposta.

Va, per prima cosa, sollevato qualche rilievo sulla ricostruzione storica dei motivi posti a fondamento della responsabilità precontrattuale. È, infatti, semplicistico sostenere che il sistema corporativo promuovesse il perfezionamento in sé dei contratti ed osteggiasse, per converso, il ritiro dalle trattative. Gli accenni contenuti nella relazione al Re - cui pure la Plenaria si richiama - non incoraggiano una tale conclusione. Essa, d'altra parte, sarebbe facilmente smentita dal fatto che l'economia non è favorita dal numero di contratti conclusi, ma dalla bontà della composizione degli interessi loro tramite raggiunta. Un contratto dannoso è più d'intralcio che di ausilio al traffico commerciale e la sua stipula non giova affatto alla collettività.

D'altro canto, anche l'operazione d'interpretazione evolutiva che ne è seguita è problematica. In generale, infatti, tale ermeneutica va impiegata con prudenza, perché riferisce alla legge contenuti non voluti al momento della sua emanazione e si avvale del dato testuale al solo fine di ravvisarvi l'occasionale contingenza per creare nuovo diritto.

Allo stesso modo, anche gli esempi tratti dalla giurisprudenza civilistica recano dubbi indizi circa l'esistenza della clausola generale.

Il caso della responsabilità informativa degli intermediari finanziari è forse legato più agli obblighi dell'opera professionale che non a un dovere di correttezza; lo stesso vale per le infedeli certificazioni dei revisori dei conti. Anche la violazione dei doveri di riservatezza sembra ascrivibile ad un'ipotesi di responsabilità contrattuale, discendente da un patto con cui le parti acconsentono allo scambio d'informazioni in vista dell'eventuale stipula di un successivo negozio.

Quanto alle applicazioni della clausola di correttezza ai rapporti di diritto pubblico, esse pure sono incerte.

Non è convincente il richiamo all'art. 10 dello Statuto del contribuente. Benché effettivamente imponga all'amministrazione di comportarsi secondo correttezza e buona fede, esso incide su rapporti che, una volta dedotti in giudizio, provocano un sindacato sull'esistenza del rapporto obbligatorio con l'Erario e non solo sulla validità dell'atto. Si tratta, cioè, di casi in cui la stessa autoritatività è discutibile o, almeno, è diversa da quella del normale provvedimento.

Né si coglie perché gli istituti di semplificazione consoliderebbero l'obbligo di buona fede, quando essi, trasferendo sul privato un onere di autocontrollo, lo pongono in una posizione, se mai, di maggiore incertezza sulla stabilità del titolo.

Come pure la Plenaria suggerisce, si potrebbe altresì sostenere che la semplificazione attenga anche agli istituti della revoca e dell'autoannullamento, soggetti a precisi limiti, a protezione delle aspettative private. Il fatto, tuttavia, che, prima di annullare un proprio atto, l'amministrazione debba tenere conto dell'interesse del cittadino non è cosa che riguarda di per sé il principio di correttezza, potendosi spiegare alla luce del consueto esercizio della discrezionalità, intesa come valutazione comparativa d'interessi anche privati, che la legge ha voluto introdurre nei procedimenti di secondo grado.

Non mancano, infine, persuasivi argomenti per ricondurre lo stesso danno da ritardo all'ordinario illecito contrattuale, per violazione dell'obbligo di pronuncia.

In disparte ogni rilievo sulla validità del metodo applicato, legata ai conosciuti limiti del ragionamento induttivo, vi è da chiedersi, conclusivamente, se davvero la casistica descritta confermi la lettura che ne è stata data.

6. La critica alle conclusioni raggiunte dalla Plenaria va impostata anche secondo un profilo sistematico.

A tale proposito (sebbene sia difficile comprendere come possa commettere un illecito l'amministrazione che, emanando un provvedimento legittimo, adempia a un suo dovere), non conteso che determinate regole di comportamento possano essere sanzionate con il risarcimento, invece che con l'annullamento.

L'individuazione della sanzione, in effetti, è questione di diritto positivo, riferita alle decisioni del legislatore.

Quale che sia la sanzione speciale prevista (per lo più, nullità testuale o risarcimento), essa, tuttavia, è collegata alla violazione di norme specifiche, che concorrono a precisare come debba essere esercitata nel caso concreto la funzione amministrativa e con quali conseguenze.

Mi lascia, invece, perplesso il tentativo d'individuare in capo all'Amministrazione una clausola generale di correttezza (tale da applicarsi sempre, in ogni caso e anche oltre i confini delle singole fattispecie normative) per le implicazioni che ne derivano quanto alla possibilità, a questo punto emergente, che essa entri in conflitto con la funzione pubblica, propria dello specifico tipo di provvedimento.

Il rispetto della buona fede altrui verrebbe ad imporsi, infatti, come finalità ulteriore, parallela e aggiuntiva rispetto alla funzione esclusiva di ogni atto; una finalità capace, quindi, d'ispirare l'azione amministrativa in modo diverso da quello che il principio di nominatività stabilisce per il singolo provvedimento.

In tale modo, però, potrebbero darsi atti amministrativi che, pur non perseguendo la finalità istituzionale, dovrebbero dirsi ugualmente validi, purché assunti in ossequio alla clausola generale di buona fede, giacché all'amministrazione non si può chiedere di dover scegliere tra emanare un atto illegittimo o commettere un illecito.

La tutela della buona fede, se intesa come canone generale di comportamento, rientrerebbe così nel novero dei motivi capaci di giustificare la legittima produzione di un qualsiasi provvedimento.

Esemplificando, si potrebbe quindi espropriare non perché l'opera sia di pubblica utilità, ma per non scontentare i beneficiari dell'atto ablativo; si potrebbe rilasciare un permesso di costruire non perché l'intervento sia conforme agli strumenti urbanistici, ma perché il privato avrebbe consolidato un'aspettativa edificatoria. Come nel caso esaminato dalla Plenaria, si potrebbe mantenere in vita una gara illegittima al solo scopo di non ledere l'affidamento dei concorrenti.

Le ricadute di un tale assunto sono gravi e solo apparentemente favorevoli per il cittadino. O meglio, esse, magari, sono favorevoli nel caso contingente, ma si rivelano pregiudizievoli quanto al generale atteggiarsi dei rapporti con l'autorità.

A me pare, infatti, che l'impostazione in esame finisca per sovvertire uno dei principi fondamentali della disciplina. Vale a dire che una pubblica amministrazione ha ragione di esistere solo in vista di un fine predeterminato dalla legge, non essendovi alcun bisogno di costruire un'organizzazione funzionalmente adespota.

Per di più, la stessa attribuzione dei poteri imperativi si giustifica solo in vista di tale finalizzazione. Questi poteri, infatti, sono una prerogativa concessa alle amministrazioni esclusivamente per la soddisfazione della funzione che li accompagna. Coerentemente, i medesimi poteri non spettano ai soggetti di diritto comune, i cui fini sono liberi, mentre, per altro aspetto, sono su un piano di parità con quelli di tutti gli altri consociati. Ai privati, perciò, non è consentito di procacciarsi in modo coattivo la collaborazione altrui. Questa potrà essere ricercata solo con l'esercizio di poteri paritari e quindi solo con il convergente concorso volontario della controparte negoziale.

Deriva da tutti questi rilievi che, se i poteri imperativi dell'amministrazione potessero prescindere dal fine eteroimposto, sia pure per dare tutela all'affidamento dei terzi, verrebbe ad essere violato il principio di uguaglianza sostanziale.

Perché, assumendo valore determinante l'assai vago scopo di non ledere l'affidamento altrui, l'amministrazione risulterebbe titolare di mezzi giuridici che non spettano a nessun altro soggetto e che potrebbero essere esercitati anche per scopi diversi da quelli di funzione pubblica. Senza, dunque, la correlata giustificazione in termini di ragionevolezza.

Emancipandola dal dovere ministeriale, la clausola generale di buona fede eleva, dunque, l'amministrazione ad una dignità para-privatistica e le conferisce, insieme, un'autonomia impropria di azione imperativa.

## 7. La debolezza dell'impianto si riflette sulle conseguenze applicative.

Una volta affermato il dovere generale di correttezza, gli elementi essenziali della sua violazione, sono, per la stessa Plenaria, variabili e insuscettibili di essere predeterminati. In questo modo, da *generale*, la clausola di correttezza muta in *generica* e si risolve nell'apprezzamento reso *ex post* dal giudice.

Ci si potrebbe interrogare, a tal riguardo, perché si parli di *clausole* e non di principi generali dell'ordinamento. La risposta sarebbe probabilmente una: perché i *principi* trovano applicazione solo in caso di lacuna (art. 12, preleggi). Con le clausole generali, invece, si pretende, talvolta, di regolare una fattispecie anche quando non ricorra una lacuna e, perciò, in modo diverso da quanto stabilito dal diritto positivo. Le clausole sono, quindi, uno strumento di ricercata *elasticità* nella decisione della controversia.

Sebbene un tal modo di procedere sia consono all'inclinazione pretoria di cui il giudice amministrativo si fa vanto, occorre però avvertire dei pericoli che lo stesso genera in termini di certezza del diritto e di omogeneo sindacato delle fattispecie. Come dimostra, appunto, il fatto che anche la clausola generale di buona fede non offre sicuri criteri prognostici sulla correttezza del comportamento amministrativo e sull'esito del suo scrutinio giurisdizionale.

## 8. Mi saranno consentite tre ultime considerazioni.

La prima. Se può esservi violazione della buona fede anche quando il provvedimento è legittimo, perché allora se ne occupa il giudice speciale?

Nel caso affrontato dalla Plenaria, il problema non si pone, rientrando nella giurisdizione esclusiva. La questione ha rilievo, invece, quando la clausola generale sia invocata per fattispecie che appartengono alla giurisdizione di legittimità.

Ivi, infatti, l'azione risarcitoria è limitata al solo "danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa". Non presupponendo l'illegittimità, la violazione della clausola di correttezza non è dunque riconducibile al modello dell'art. 30 c.p.a.

Da questo rilievo derivano due riflessi.

In primo luogo, a tale azione non si applica né il termine dei centoventi giorni né l'onere di esperimento preliminare dei mezzi di tutela previsti. Il che, del resto, è in linea con la sostenuta indipendenza tra la violazione della clausola generale e l'annullabilità del provvedimento.

In secondo luogo, al di fuori dei casi di giurisdizione esclusiva, il sindacato sulla violazione della clausola generale di correttezza va riferito al giudice ordinario. Dove, però, l'autorevolezza del precedente della Plenaria potrebbe essere apprezzata in minor misura. Sì da prospettarsi quella disparità sostanziale di regime (secondo che ci si debba rivolgere ad un giudice o all'altro) che spinge taluni ad invocare l'unificazione delle giurisdizioni, in vista di un'altrettanto unitaria nomofilachia.

Per essere più chiari, uno dei possibili motivi di scostamento giurisprudenziale va forse ipotizzato nella natura contrattuale che il giudice ordinario riferisce alla responsabilità prevista dall'art. 1337 cod. civ. e che sembra incompatibile con il rilievo dato dalla Plenaria all'onere della prova e all'esistenza dell'elemento psicologico.

La seconda considerazione conclusiva. La difficoltà di recepire una clausola generale di buona fede, quanto all'esercizio dell'attività provvedimentale, conferma nella convinzione che importare criteri civilistici nelle fattispecie di diritto amministrativo è operazione spesso arbitraria.

Forse non è ingiustificato ribadire che i soggetti privati sono diversi da quelli di diritto pubblico, agendo per finalità diversamente stabilite e con mezzi essi stessi diversi. Il che suggerisce prudenza nell'applicare le regole degli uni agli altri.

Sono arrivato, così, all'ultima considerazione.

La clausola generale di correttezza protegge situazioni al margine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è.

Mi chiedo se sia giusto riconoscere una così ampia prospettiva risarcitoria a fattispecie incerte, quando l'ordinaria azione aquiliana a tutela dell'interesse legittimo è sfavorita dai noti oneri e dalle note preclusioni. In termini di effettività delle tutele, mi chiedo, perciò, se non sia preferibile riconoscere *prima* una tutela piena ai casi incontrovertibili d'illecito derivante dall'attività imperativa per giungere solo *dopo* ad estenderla alle fattispecie meno nitide.

---

### **Commento del Presidente Dott. Maurizio NICOLOSI**

*Bene. Ringrazio il professor Volpe. Certo, la sua relazione fa molto riflettere. Si parlava stamattina con la professoressa Cacciavillani sulla necessità della concentrazione delle domande. La prospettazione che lei ha dato è illuminante a questo punto, perché gli scenari si complicano enormemente.*

## ■ INCARICHI PROFESSIONALI GRATUITI ED EQUO COMPENSO

### 1. LA VICENDA: L'INCARICO PER LA REDAZIONE DEL PIANO REGOLATORE DI CATANZARO

Ha destato scalpore – non soltanto nel mondo degli operatori del diritto amministrativo – la sentenza della sez. V del Consiglio di Stato n. 4614 del 3 ottobre 2017 che ha giudicato legittimo l'affidamento a titolo gratuito del “servizio” consistente nella redazione dello strumento urbanistico del Comune di Catanzaro: nonostante il codice dei contratti pubblici all'art. 3 comma 1 lett. II) qualifichi gli “appalti pubblici” come contratti a titolo oneroso sia relativamente all'esecuzione di lavori, forniture di prodotti e prestazione di servizi.

Con tale sentenza il giudice d'appello ha annullato la sentenza del TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, del 13 dicembre 2016 n. 2435 che aveva annullato il bando che prevedeva la gratuità della prestazione professionale (salvo il rimborso delle spese autorizzate e documentate nel limite massimo di € 250.000) su ricorso degli ordini degli architetti, ingegneri, agronomi ecc.

Successivamente alla sentenza del Consiglio di Stato il TAR Catanzaro si è trovato a decidere su altro ricorso, proposto da un singolo ingegnere contro il medesimo bando: che evidentemente non era stato riunito al precedente.

Il TAR Catanzaro, dopo aver dato atto dell'annullamento, ad opera del Consiglio di Stato, della propria precedente sentenza su ricorso degli Ordini professionali, ha ritenuto con la successiva sentenza della sez. I, 2 agosto 2018 n. 1507 di dover motivatamente dissentire dall'orientamento del Consiglio di Stato annullando nuovamente il bando.

La nuova sentenza del TAR Catanzaro è stata impugnata e, secondo quanto risulta dal sito della Giustizia Amministrativa, l'udienza di discussione avanti la sez. V è già stata fissata, a seguito della rinuncia all'istanza cautelare.

La questione è dunque molto delicata, perché nell'ipotesi in cui il Consiglio di Stato dovesse rivedere il proprio orientamento verrebbe a determinarsi un contrasto tra giudicati: il primo consistente nel rigetto dell'impugnazione del bando ed il secondo nell'annullamento del medesimo bando.

In tale situazione sembrerebbe quanto mai opportuna una rimessione all'Adunanza Plenaria sia per la rilevanza della questione, sia per il contrasto giurisprudenziale.

Entrando ora nel merito della questione si deve innanzitutto rilevare che la motivazione della sentenza è piuttosto complessa ed articolata, talché non è facilmente ricavabile una massima che riassume fedelmente e compiutamente il contenuto della decisione: e ciò in mancanza di un passo riepilogativo dei vari concetti impiegati per giungere alla decisione.

Di qui il tentativo fatto da chi scrive di esercitarsi nell'ardua impresa di “massimatore”:

*“L'espressione “contratti a titolo oneroso” di cui all'art. 3 lett. ii) D.Lgs. n. 50/2016 può assumere un significato alternativo ed in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale che presuppone che il corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale dell'appalto costituisca un elemento strumentale ed indefettibile per la serietà dell'offerta.*

\* Il testo trae origine dalla relazione effettuata oralmente il 23 novembre 2018 al convegno annuale degli amministrativisti veneti a Castelfranco Veneto, arricchita con approfondimenti e note.

*Deve pertanto ritenersi ammissibile un bando che preveda le offerte gratuite (salvo il rimborso delle spese) ogniqualvolta dall'effettuazione della prestazione contrattuale il contraente possa figurare di trarre un'utilità economica lecita ed autonoma, quand'anche non corrispostagli come scambio contrattuale dall'amministrazione appaltante.*

*Tale utilità è costituita dal potenziale ritorno di immagine per il professionista che può essere insita anche nell'appalto di servizi a titolo gratuito per l'effetto indiretto di potenziale promozione esterna dell'appaltatore come conseguenza della comunicazione al pubblico della prestazione professionale" (Cons. di Stato, sez. V, 3 ottobre 2017 n. 4614: che annulla TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, 13 dicembre 2016 n. 2435).*

Il radicale contrasto tra il giudice di primo grado ed il secondo è reso evidente dalle massime (tratte da Lexitalia, agosto 2018) della sentenza del TAR Calabria-Catanzaro 12 agosto 2018 n. 1507 emessa dopo l'annullamento, da parte del Consiglio di Stato, della precedente sentenza, del seguente tenore:

*"Una gara per l'affidamento dell'incarico per la redazione del nuovo piano strutturale comunale va qualificata quale appalto di servizi; tale natura è desumibile dalla natura imprenditoriale che si richiede all'organizzazione delle risorse, soprattutto umane, da parte dell'operatore economico partecipante, in considerazione della peculiare complessità dell'oggetto della specifica organizzazione e dalla predeterminazione della sua durata.*

*L'appalto pubblico di servizi rientra nella categoria dei "contratti speciali di diritto privato" connotata da una disciplina, di derivazione europea, derogatoria dei contratti di diritto comune, in ragione degli interessi pubblici sottesi e della natura soggettiva del contraente pubblico, e che trova la sua principale fonte nel cd. Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016). Non vi è dubbio che, alla stregua di tale normativa speciale, il contratto di appalto sia contraddistinto dalla necessaria "onerosità" e sinallagmaticità delle prestazioni, essendo connotato sia dalla sussistenza di prestazioni a carico di entrambe le parti che dal rapporto di reciproco scambio tra le stesse. È pertanto illegittima la lex specialis di una gara per un appalto di servizi (nella specie per l'affidamento dell'incarico per la redazione del nuovo piano strutturale comunale) che non preveda alcun corrispettivo e l'affidamento a titolo gratuito" (TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, 12 agosto 2018 n. 1507).*

## 2. LA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

Va detto, ai fini di una migliore comprensione della vicenda, che la decisione del Comune di Catanzaro di procedere all'affidamento gratuito dell'incarico di redazione del piano regolatore era stata preceduta da una richiesta di parere alla Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Regione Calabria, che si era espressa favorevolmente con delibera del 29 gennaio 2016 n. 6 (prima cioè dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50).

La sentenza del Consiglio di Stato, pur dando atto nelle premesse dell'esistenza del parere favorevole emesso dalla Corte dei Conti, non vi ha fatto riferimento nella motivazione avendo seguito un diverso percorso logico-giuridico per addivenire alla medesima conclusione in ordine alla legittimità dell'appalto gratuito.

Sia la sentenza del Consiglio di Stato che il parere della Corte dei Conti sono stati pubblicati nella Rivista Trimestrale degli Appalti, n. 1/2018, con commenti di due autorevoli magistrati (Ezio Maria Barbieri e Pier Maria Piacentini, entrambi già presidenti del TAR Milano): il primo fortemente critico nei confronti della sentenza ed il secondo favorevole (ma non troppo) nei confronti della medesima sentenza, condivisa nel dispositivo più che nella motivazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> EZIO MARIA BARBIERI, Un appalto pubblico a titolo gratuito per la stesura di un piano regolatore (pag. 175 e segg.). PIER MARIA PIACENTINI, Corte dei Conti, Autonomie locali e contratti pubblici (pag. 227) in Riv. Trim. Appalti, n. 1/2018: quest'ultimo non commenta soltanto la delibera della Corte dei Conti, ma anche la sentenza del Consiglio di Stato 3 ottobre 2017 n. 4614.



Non è il caso di soffermarsi più di tanto sul parere della Corte dei Conti: non solo perché, come appena rilevato, è stato emesso prima del nuovo codice dei contratti pubblici del 2016, ma anche perché è impostato prevalentemente sugli aspetti civilistici del contratto di prestazione d'opera intellettuale più che su quelli pubblicistici derivanti alla disciplina europea (basti osservare che nel parere non è mai menzionata la direttiva UE 2014/24 che qualifica all'art. 1.2. a gli appalti pubblici di forniture, lavori e servizi come "contratti a titolo oneroso").

La Corte dei Conti si sofferma invece sull'art. 7, comma 6 del D.Lgs 30 marzo 2001 n. 165 senza considerare che, ancor prima delle modifiche introdotte con l'art. 5 del D.Lgs n. 75/2017, prevedeva che gli incarichi individuali ad esperti estranei all'amministrazione dovessero essere conferiti previa determinazione anche del compenso della "collaborazione".

Il suddetto parere richiama la giurisprudenza della Cassazione ed in particolare la sentenza delle Sezioni Unite del 19 settembre 2005 n. 18450 che ha ritenuto valida la clausola che subordina il compenso per la progettazione di un'opera pubblica alla concessione del finanziamento per la realizzazione dell'opera, in quanto ritiene che "il compenso spettante al professionista, ancorché elemento naturale del contratto di prestazione d'opera intellettuale, sia liberamente determinabile dalle parti e possa anche formare oggetto di rinuncia da parte del professionista"<sup>2</sup>.

Stupisce che la sentenza del Consiglio di Stato richiami espressamente il quarto "considerando" della direttiva 2014/24 del 26 febbraio 2014 che all'art. 2 n. 5 definisce gli appalti pubblici come "contratti a titolo oneroso... aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi" (ed anche la definizione contenuta nell'art. 3 lett. ii) del codice n. 50/2016): e ciononostante esplicitamente riconosca di aver optato per una concezione "debole" del contratto a titolo oneroso, ritenendo che l'onerosità possa essere riconosciuta pur in assenza della "gratuità finanziaria" (espressione usata) che non andrebbe confusa con la "gratuità economica" (affermata in presenza del "potenziale ritorno di immagine", avente valenza economica).

"Debole", in verità, appare il ragionamento del Consiglio di Stato, anche in relazione alle argomentazioni usate per sostenere che l'onerosità economica (per l'amministrazione) non è un requisito indispensabile nei contratti pubblici.

Non pertinente appare il riferimento al contratto di sponsorizzazione che, pur non avendo natura onerosa per l'amministrazione, non comportando un'uscita finanziaria, "genera un interesse economico attivo per lo sponsor insito in un prodotto immateriale del valore aggiunto che va a suo vantaggio"<sup>3</sup>.

Come è stato acutamente osservato, infatti, "il punto debole dell'argomentazione posta a base della sentenza in esame è costituito, a mio avviso, dalla difficoltà di individuare la prestazione dell'amministrazione capace di dare consistenza ad un sinallagma contrattuale che consenta di qualificare il contratto non come gratuito, ma come oneroso"<sup>4</sup>.

---

2 Giurisprudenza da ritenersi superata a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs n. 50/2016 che all'art. 24 comma 8 bis (introdotto dall'art.14 del "correttivo" n. 14/2017) prevede espressamente che "le stazioni appaltanti non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata": a conferma del carattere necessariamente oneroso dell'appalto di servizi di ingegneria ed architettura".

3 L'art. 24 comma 8 ter del D.Lgs n. 50/2016 (introdotto anch'esso dal "correttivo" n. 14/2017) stabilisce che "nei contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria e architettura la stazione appaltante non può prevedere quale corrispettivo forme di sponsorizzazione o di rimborso, ad eccezione dei contratti relativi ai beni culturali, secondo quanto previsto dall'art. 151": ad ulteriore conferma del carattere necessariamente oneroso dell'appalto.

4 Così BARBIERI, op. cit., pag. 178. Anche PIACENTINI, op. cit., pag. 233, giudica fuorviante il riferimento alla sponsorizzazione stante la differenza intercorrente tra le due tipologie di contratto, pur dichiarando di condividere la soluzione data dal Consiglio di Stato in considerazione del "vantaggio, sia pure immateriale, derivante all'esecutore proprio dal ritorno di immagine", osservando che interventi del genere vengono spesso accompagnati dal nome dei loro progettisti, come la Nuvola di Fuksas a Roma o il Ponte di Calatrava a Venezia, e per quanto concerne i piani regolatori romani, il Piano Viviani del 1873 fino al Piano Giovannoni - Piacentini del 1931.

Altrettanto “debole” è il riferimento alle “figure del c.d. terzo settore” che, secondo la sentenza, sarebbero “per loro natura prive di finalità lucrative, vale a dire di soggetti che perseguono scopi non di stretto utile economico, bensì sociali o mutualistici; a loro è stato ritenuto non estensibile il principio del c.d. “utile necessario””.

Valga anche a tal proposito il rilievo che “in ogni caso l’ammissibilità chiaramente eccezionale di offerte “deboli” sembra riferibile a soggetti che riesce difficile ritenere strutturalmente e funzionalmente analoghi a professionisti, associazioni, imprese o società dediti alla programmazione urbanistica”<sup>5</sup>.

Non va poi trascurato che l’invito rivolto ad una platea indifferenziata di professionisti a predisporre gratuitamente il piano regolatore di un comune capoluogo di regione (per il quale è previsto soltanto il rimborso spese fino all’importo di € 250.000: a riprova del rilevante impegno professionale richiesto) è solo apparentemente rispettoso del principio di libera concorrenza.

Infatti la “certezza di un costoso e prolungato impegno lavorativo sommata a gratuità ed aleatorietà del prestigio ricavabile conferiscono alla proposta contrattuale dell’amministrazione un carattere economicamente escludente rispetto a tutti coloro che, pur avendo la capacità professionale per formulare ed eseguire una propria offerta, sono privi della personale potenzialità necessaria per assumere un impegno del genere, mentre lo sarebbero se alla domanda si accompagnasse una giusta retribuzione. Gratuità ed aleatorietà conferiscono dunque alla proposta dell’amministrazione un’efficacia escludente... È ben possibile infatti, che non si possano affrontare mesi o anni di lavoro gratuito, pur avendo la possibilità di dotarsi di strutture capaci di dare esecuzione alla prestazione richiesta.

Questo effetto concretamente escludente di forze presenti sul mercato e potenzialmente capaci di fornire la prestazione richiesta rende l’offerta solo apparentemente aperta al mercato; essa, però è in realtà preclusiva della concorrenza ed appetibile soltanto da soggetti dotati di una propria capacità economica...”<sup>6</sup>.

Pare a chi scrive che la critica di maggior rilievo che si può muovere al Consiglio di Stato relativamente al riferimento poco plausibile alle sponsorizzazioni ed al “terzo settore” sia che le ragioni che impongono di escludere le offerte anomale dovrebbero a fortiori condurre all’esclusione delle offerte gratuite: identico è il rischio che l’offerta anormalmente bassa o gratuita possa pregiudicare la buona esecuzione della prestazione.

Quanto al “ritorno di immagine” che, secondo il Consiglio di Stato, costituirebbe il corrispettivo non monetario della prestazione gratuita, si potrebbe allora paradossalmente sostenere l’ammissibilità delle offerte anormalmente basse proprio per il “ritorno di immagine” in capo all’appaltatore.

Pienamente condivisibili appaiono le critiche mosse alla sentenza da un autorevole giurista con un linguaggio facilmente comprensibile anche dai profani, che è il caso di riportare integralmente:

“Il ritorno di immagine per il professionista che lavora gratis per un ente pubblico è meno traducibile in cifre. In molti casi, anzi, il vantaggio indiretto potrebbe essere meno nobile e cioè potrebbe essere quello di acquisire “entrature” o rapporti privilegiati con uffici pubblici da rivendere alla clientela. Il passo può essere breve rispetto al limite del traffico di influenze illecite, millantate o meno che esse siano. In realtà, la sentenza si inserisce in un contesto generale nel quale da vari anni si sta affermando il principio della gratuità delle prestazioni rese alle pubbliche amministrazioni... Prima o poi ci si renderà conto che questa china può essere pericolosa e creare inefficienze nel lungo periodo. Intanto i professionisti avranno un

5 BARBIERI, Op. cit. , pag. 180.

6 BARBIERI, Op. cit., pagg. 181-182.

motivo in più per reclamare il ripristino dei tariffari minimi obbligatori o altre forme di equo compenso. Al di là di tutto andrebbe ricordato il noto proverbio secondo il quale “neanche il cane muove la coda per niente”<sup>7</sup>.

Considerazioni non dissimili erano state formulate in precedenza anche nel citato commento (come già detto: favorevole... ma non troppo) alla sentenza del Consiglio di Stato.

“In realtà, il vero problema che la fattispecie in esame pone è quello conseguente al fatto che, data la delicatezza dell’oggetto della progettazione, la gratuità della sua esecuzione possa indurre l’esecutore a prospettare soluzioni conseguenti a pressioni più o meno interessate. In proposito è vero che conseguenze del genere possono verificarsi anche nel caso di un contratto oneroso, ma indubbiamente la gratuità della prestazione rende più facile la possibilità di un simile evento. A questo punto, peraltro la questione finisce con l’esulare dal campo del diritto amministrativo per entrare in quello del diritto penale”<sup>8</sup>.

### 3. ASPETTI FISCALI

Non si possono sottacere le conseguenze di natura fiscale derivanti dall’affermazione del Consiglio di Stato circa la sussistenza, nel caso di specie, di un’“utilità pur sempre economicamente apprezzabile che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto” e cioè il “ritorno di immagine”: che potrebbe essere riconducibile alla produzione di un reddito.

È stato a tal proposito rilevato che la quantificazione di tale reddito, “mancando una manifestazione finanziaria, dovrebbe essere operata in base al criterio del “valore normale”. Nel caso oggetto della sentenza in rassegna, peraltro, la quantificazione non sembra presentare difficoltà, avuto riguardo all’articolazione della prestazione compiutamente descritta nel relativo disciplinare ed all’esistenza di parametri di determinazione dei compensi”<sup>9</sup>.

Come ognuno vede, dunque, al danno si aggiungerebbero anche le beffe.

### 4. L’EQUO COMPENSO

Il Consiglio di Stato non ha potuto ovviamente tener conto, con la sentenza n. 4614/2017 (decisa in Camera di Consiglio il 9 marzo 2017 e depositata quasi 7 mesi dopo: il 3 ottobre 2017) dell’introduzione del diritto/obbligo dell’equo compenso, in base alla legislazione successiva.

In effetti l’art. 13 bis della legge sull’ordinamento forense è stato introdotto dall’art. 19 quaterdecies comma 1 del D.L. 16 ottobre 2017 n. 148, convertito dalla L. 4 dicembre 2017 n. 172 (recante “disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili”: vale a dire la legge di bilancio).

In disparte la considerazione sulla singolarità della modifica dell’ordinamento forense operata in sede di conversione della legge di bilancio (come spesso accade con le leggi “omnibus” quali sono le finanziarie) va rilevato che il legislatore ha inserito nella legge finanziaria, con il consueto “maxiemendamento”, le disposizioni contenute nel disegno di legge

---

7 MARCELLO CLARICH: “Sull’affidamento gratuito il rischio sotto traccia di un rapporto di scambio” in [www.ediliziaeteritorio.it](http://www.ediliziaeteritorio.it). 5 ottobre 2017.

8 PIER MARIA PIACENTINI, Op. cit., pag. 234.  
È il caso di sottolineare che la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato considera inammissibile in via generale un’offerta economica pari a zero (sez. V, 17 gennaio 2018 n. 269) e così anche sez. III, 1 aprile 2016 n. 1307 relativamente ad un appalto di servizi, ed inammissibile altresì un’offerta indicante il costo del personale pari a zero (sez. V, 12 settembre 2017 n. 4301).

9 GIUSEPPE PIZZONIA, Prestazioni gratuite e compensi virtuali. Criticità fiscali a margine di una sentenza del Consiglio di Stato, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, fasc. 1, 2018, pag. 9: l’autore paventa anche il possibile assoggettamento ad IVA di tale reddito virtuale.

governativo sull'equo compenso nel settore delle professioni legali <sup>10</sup>, costituito da 7 articoli, poi trasfusi senza sostanziali modifiche nell'art. 13 bis introdotto, come appena ricordato, dall'art. 19 quaterdecies.

Di notevole rilievo appare la previsione della nullità (e non soltanto dell'inefficacia come disposto dall'art. 1341 cod. civ.) delle 9 clausole, considerate vessatorie, individuate al comma 5 dell'art. 13 bis [contraddistinte dalle lettere da a) a i)], ancorché siano state oggetto di trattativa e di approvazione.

Non meno rilevante è l'estensione dell'equo compenso, contenuta nell'art. 19 quaterdecies comma 2 "anche alle prestazioni rese dai professionisti di cui all'articolo 1 della legge 22 maggio 2017 articolo 81 i cui parametri sono definiti dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'art. 9 del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 17" <sup>11</sup>. Non solo, in quanto il comma 3 della dell'art. 19 quaterdecies sancisce l'obbligo della pubblica amministrazione, contenuto nel comma 3, di garantire il diritto dell'equo compenso a tutti i professionisti.

Dell'introduzione dell'equo compenso si è invece incidentalmente occupato il TAR Catanzaro con la già citata sentenza n. 1507/2018, sia pur osservando che la novella legislativa di fine anno 2017 non poteva essere applicata al bando impugnato che risale al 24 ottobre 2016: rilevando peraltro che da essa emerge "un principio volto ad assicurare non solo al lavoratore dipendente, ma anche al lavoratore autonomo, una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro".

Di qui l'affermazione, contenuta nella predetta sentenza indipendentemente dalla rilevanza nella fattispecie concreta esaminata, che "la configurabilità di un appalto pubblico di servizi a titolo gratuito si pone in disarmonia rispetto a tale affresco, tenuto conto che non ogni servizio prestato reca con sé vantaggi curriculari e di immagine tali da garantire, sia pure indirettamente, vantaggi economici tali da soddisfare il diritto ad un equo compenso".

Il legislatore del 2017 non si è dunque limitato ad introdurre l'istituto dell'"equo compenso" relativamente alla professione forense ed alle altre professioni regolamentate dai citati parametri ministeriali, ma, come già anticipato, ha statuito al comma 3 dell'art. 19 quaterdecies che "la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" (di qui, dunque, il corretto rilievo del TAR Catanzaro sull'inapplicabilità della norma ad un bando risalente al 2016).

Orbene, l'art. 13 bis della legge sull'ordinamento forense introdotto dalla legge finanziaria precisa, al comma 2, che ai fini della determinazione dell'equo compenso si debba tener conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministero della Giustizia adottato ai sensi dell'art. 13, comma 6: parametri che, in base al comma 2 dell'art. 19 quaterdecies, costituiscono il criterio per la determinazione dell'equo compenso per tutte le libere professioni.

V'è da ritenere che, a seguito della codificazione del diritto all'equo compenso a favore di tutti i professionisti, non potrà essere consentito ad una pubblica amministrazione prevedere la gratuità di una prestazione professionale: indipendentemente da quanto potrà decidere il Consiglio di Stato sull'impugnazione della sentenza del TAR Catanzaro n. 1507/2018: tanto più alla luce dell'art. 24 commi 8, 8 bis e 8 ter del codice dei contratti pubblici di cui alla nota n. 2 che precede.

---

10 Disegno di legge A.C. 4631 presentato dal Ministro della Giustizia Orlando, approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 agosto 2017.

11 La legge 22 maggio 2017 n. 81 è il cosiddetto "jobs act autonomi": il riferimento a questa legge, contenuto nell'art. 19 quaterdecies appare per la verità poco pertinente, dal momento che l'equo compenso non riguarda certo i lavoratori autonomi diversi dai liberi professionisti, ma soltanto questi (si veda anche la successiva nota 20).

È il caso di soffermarsi, da ultimo, sul comma 4 dell'art. 19 quaterdecies contenente la cosiddetta clausola di invarianza finanziaria che precisa come "dall'attuazione delle disposizioni del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Trattasi all'evidenza di una mera clausola di stile, priva di concreta rilevanza, come più volte riconosciuto in via generale dalla Corte Costituzionale con riferimento all'art. 81 comma 3, Cost., che sancisce che "ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte" (si vedano le sentenze n. 18/2013, 132/2014 e 199/2018).

Valga in proposito richiamare la sentenza del Consiglio di Stato sez. III, 3 luglio 2018 n. 4062 che, richiamando il parere n. 45 del 6 luglio 2017 della Corte dei Conti, sezione di controllo per la Basilicata, ha precisato che "Il criterio di invarianza degli oneri finanziari è fissato, infatti, con riguardo agli effetti complessivi della norma e non comporta in sé la preclusione di un eventuale aggravio di spesa purchè tale aggravio sia "neutralizzato" nei termini sopra precisati, dal momento che ben potrebbe un singolo aggravio di spesa trovare compensazione in altre disposizioni produttive di risparmi o di maggiori entrate".

Ne consegue che la clausola contenuta nel comma 4 dell'art. 19 quaterdecies (che, è il caso di sottolineare, non si riferisce specificamente al comma 3 che estende il principio dell'equo compenso alla pubblica amministrazione, ma a tutte le disposizioni dell'articolo) non può certo giustificare una deroga alla regola dell'equo compenso: ma impone "agli amministratori, che redigono la proposta di bilancio, ai responsabili finanziari e ai revisori dei conti, che sulla proposta si esprimono, giustificare che l'esercizio del potere discrezionale di previsione della spesa non alteri l'equilibrio finanziario del bilancio, consolidando e realizzando le risorse delle quali possono disporre" (Cons. di Stato n. 4062/2018 dianzi citato).

Per tornare dunque alla vicenda di Catanzaro è il caso di osservare che se un comune deve bandire una gara per affidare il "servizio" di redazione del piano regolatore, dovrà reperire nel bilancio i fondi necessari per corrispondere l'equo compenso ai professionisti che sceglierà: nel rispetto di quanto previsto dall'art. 24 comma 8 del D.Lgs n. 50/2016 sul quale ci intratteremo tra poco.

L'obbligo di garantire l'equo compenso di cui all'art. 13 l. 31 dicembre 2012 n. 247 (relativo alle professioni forensi nonché a tutti i liberi professionisti a sensi del comma 2 dell'art. 19 quaterdecies) si applica solo nei rapporti con "imprese bancarie e assicurative, nonché... imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese" e non anche nel rapporto con i clienti "normali"<sup>12</sup>.

L'estensione dell'obbligatorietà della regola dell'equo compenso anche ai rapporti tra i professionisti e la "pubblica amministrazione" di cui al comma 2 dell'art. 19 quaterdecies fa ritenere che qualunque "pubblica amministrazione" sia assimilata ai "clienti forti".

Tale obbligo grava su tutte le pubbliche amministrazioni, quali che siano le loro dimensioni (dal comune di poche centinaia di abitanti al comune di Roma) che sono tenute ad applicare l'equo compenso nei rapporti con i liberi professionisti, con riferimento ai parametri ministeriali di cui all'art. 9 del D.L. 1/2012, convertito dalla L. 27/2012: trattasi della "legge Bersani", che da un lato ha abrogato le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico, dall'altro ha previsto che "nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento ai parametri stabiliti

---

12 LEONARDO CARBONE, Il compenso dell'avvocato e i nuovi parametri forensi, nello "speciale digitale" allegato al fascicolo 11/2018 de "Il Corriere Giuridico" osserva a pag. 16 che "con la legge in questione viene ripristinato, quanto meno nei confronti dei c.d. "clienti forti", in deroga al decreto Bersani sulle liberalizzazione dei compensi agli avvocati, un compenso equo rapportato alle tabelle parametriche. Occorre, però, precisare che tale "ripristino" o meglio tale tutela, non è di applicazione generale; infatti non si applica la riferita normativa ai rapporti avvocati/cittadini "normali", ossia allorché il cliente è persona fisica e consumatore, che chieda al legale di tutelare i propri diritti contro, ad esempio, i vicini di casa. Si applica solo ai rapporti cliente/grande impresa (e pubblica amministrazione) forte dal punto di visto economico".

con decreto del Ministro vigilante”<sup>13</sup>.

È il caso di soffermarsi (anche in relazione alla vicenda del piano regolatore di Catanzaro che ha dato lo spunto per queste riflessioni) sui “servizi attinenti all’architettura ed all’ingegneria” dei quali tratta l’art. 46 del D.Lgs n. 50/2016, ai fini dell’affidamento degli incarichi di progettazione, direzione dei lavori ecc, al quale rinvia l’art. 24 del suddetto codice dei contratti pubblici.

L’art. 24 comma 8 del codice demanda al Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di approvare “le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni” per precisare che “i predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell’individuazione dell’importo da porre a base di gara dell’affidamento”.

Il decreto è stato puntualmente emanato dal Ministro della giustizia il 17 giugno 2016, con il quale sono state approvate le suddette tabelle, con la precisazione, contenuta nel comma 2, che “i corrispettivi di cui al comma 1 possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti ove motivatamente ritenuti adeguati, quale criterio o base di riferimento ai fini dell’individuazione dell’importo dell’affidamento”.

Va rilevato, a tal proposito, che l’espressione “possono essere utilizzati” era contenuta anche nell’art. 24 comma 8 del D.Lgs n. 50/2016, senonché il “correttivo” di cui al D.Lgs n. 14/2017 ha sostituito la dizione “possono” con le parole “sono utilizzati”.

Nessun dubbio, dunque, può sussistere in ordine alla vincolatività dei “corrispettivi” approvati dal ministero in attuazione dell’art. 24 del codice dei contratti pubblici, indipendentemente dall’introduzione del principio dell’equo compenso.

Merita ricordare a tal proposito la sentenza del TAR Abruzzo-L’Aquila del 9 agosto 2018 n. 331 che ha statuito l’obbligo della pubblica amministrazione di rispettare i parametri previsti dall’art. 24 comma 8 del codice dei contratti pubblici <sup>14</sup>.

## 5. L’EQUO COMPENSO E LA LIBERA CONCORRENZA TUTELATA DAI TRATTATI EUROPEI

L’introduzione del principio dell’equo compenso con riferimento ai parametri ministeriali (salutata ovviamente con favore dagli Ordini professionali) è stata criticata dai fautori della “liberalizzazione” più sfrenata in quanto ritenuta in contrasto con l’abolizione dei minimi tariffari (di cui all’art. 9 comma 1 del D.L. n. 1/2012 convertito nella L. n. 27/2012) in nome del principio di libera concorrenza.

Non è certo sufficiente rilevare che una legge successiva ben può modificare la precedente, in quanto è necessario verificare la compatibilità con la normativa europea dell’equo compenso, con riferimento ai “parametri” anziché alle “tariffe”.

---

13 L. CARBONE precisa che “la disciplina sull’equo compenso “interessa” anche la pubblica amministrazione, anche se in forma più blanda, limitandosi la norma a statuire che la pubblica amministrazione deve garantire il principio dell’equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti” (op. cit pag. 17). Non pare peraltro che l’autore metta in discussione l’obbligo per la p.a. di rispettare i parametri ministeriali.

14 Il giudice amministrativo ha annullato un bando di gara del 20 settembre 2017 per l’affidamento della progettazione e direzione lavori di restauro della Fortezza Borbonica di Civitella del Tronto e gli atti presupposti, tra i quali il provvedimento regionale che aveva stabilito di ridurre nella misura del 45,63% le spese tecniche, ancorché le stesse fossero state determinate in conformità dei parametri previsti dal D.M. 17 giugno 2016, per violazione dell’art. 24, comma 8 del D.Lgs n. 50/2016 giacché in tal modo “risulta stravolta la stessa ratio dell’art. 24 citato perché ai parametri ivi stabiliti, commisurati alla qualità delle prestazioni, la nota regionale sostituisce propri parametri, fissati percentualmente, del tutto svincolati dal livello qualitativo delle prestazioni ed attività di progettazione, né vale a ricondurli nell’alveo dell’art. 24 il fatto che gli importi a base d’asta siano stabiliti, all’interno del tetto massimo stabilito in astratto da detta nota, in ragione della natura dell’opera e dell’impegno intellettuale richiesto poiché è la stessa preventiva limitazione nel massimo che costituisce una non consentita deroga generale ed astratta ai parametri ministeriali”.

Contrariamente a quanto ritenuto da taluni, non è affatto vero che la giurisprudenza della Corte di Giustizia consideri illegittimi – sempre e comunque – i minimi tariffari perché lesivi della libera concorrenza.

Giova soffermarsi, a tal proposito, sulla recente sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 23 novembre 2017 nelle cause C-427/2016 e C-428/2016 <sup>15</sup>.

La Corte ha statuito, al paragrafo 58:

1. che il regolamento della professione forense, contenente il divieto di pattuire un onorario di importo inferiore ai minimi tariffari stabiliti dall'organizzazione di categoria degli avvocati bulgari, "è idoneo a restringere il gioco della concorrenza nel mercato interno ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE";
2. che "spetta al giudice del rinvio verificare se tale normativa, alla luce delle sue concrete modalità applicative, risponda effettivamente ad obiettivi legittimi e se le restrizioni così stabilite siano limitate a quanto necessario per garantire l'attuazione di tali legittimi obiettivi".

È opportuno sottolineare la profonda diversità del sistema bulgaro preso in considerazione della Corte di Giustizia rispetto a quello italiano, non foss'altro per il fatto – come si legge ai punti da 5 a 9 della sentenza – che le tariffe degli avvocati bulgari sono determinate dal consiglio superiore dell'ordine forense (considerato dalla sentenza alla stregua di un'"organizzazione di categoria") senza alcun intervento dello Stato e ciononostante il codice bulgaro di procedura civile e la legge sull'ordinamento forense stabiliscono l'inderogabilità dei minimi tariffari, tanto che la pattuizione di una remunerazione inferiore al minimo costituisce infrazione disciplinare.

Il citato commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE di cui alla nota 15 ricorda che questa ha già avuto modo di precisare, con la sentenza del 5 dicembre 2006 n. 94 nei procedimenti C-94/04 e C-202/04, che i motivi imperativi di interesse generale posti a fondamento del divieto di derogare convenzionalmente ai minimi tariffari devono ritenersi diretti (punto 64) da un lato alla tutela "dei consumatori, in particolare dei destinatari dei servizi giudiziari forniti da professionisti operanti nel settore della giustizia, dall'altro della buona amministrazione della giustizia" <sup>16</sup>.

In base alla giurisprudenza europea, dunque, è lecito ritenere che le norme sull'equo compenso, introdotte con l'art. 19 quaterdecies della l. 172/2017, assurgano a "motivi imperativi di interesse pubblico" tali da giustificare la restrizione della libera prestazione di servizi prevista dal combinato disposto degli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione.

Non si può sottacere la presa di posizione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che (il giorno prima del deposito della sentenza della Corte di Giustizia dianzi citata!)

---

15 La sentenza della Corte di Giustizia, pubblicata in "La nuova giurisprudenza civile commentata" n. 5/2018, pag. 620 e segg. è stata commentata da GIULIO DONZELLI con una nota dal titolo "La legittimità delle tariffe minime nella giurisprudenza della Corte di Giustizia" a pag. 626 e segg., di cui merita riportare le considerazioni riassuntive: "La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle tariffe minime, che devono ritenersi legittime se sono volte a perseguire "motivi imperativi di interesse generale" nel rispetto delle condizioni di non discriminazione, necessità e proporzionalità. Ne consegue che il divieto di derogare convenzionalmente ai minimi tariffari non integra una violazione delle regole di concorrenza dell'Unione Europea se lo Stato membro definisce i criteri di interesse generale che presidiano la fissazione delle tariffe minime ed esercita un potere di controllo e di decisione di ultima istanza.

16 Il passo citato è contenuto al punto 64 della sentenza della Corte di Giustizia n. 94/2006 relativa proprio alle tariffe forensi italiane. Rilevante è anche il punto 67:  
"Se è vero che una tariffa che fissi onorari minimi non può impedire ai membri della professione di fornire servizi di qualità mediocre, non si può escludere a priori che tale tariffa consenta di evitare che gli avvocati siano indotti, in un contesto come quello del mercato italiano, il quale, come risulta dal provvedimento di rinvio, è caratterizzato dalla presenza di un numero estremamente elevato di avvocati iscritti ed in attività, a svolgere una concorrenza che possa tradursi nell'offerta di prestazioni al ribasso, con il rischio di un peggioramento della qualità dei servizi forniti".

segnalò al Parlamento il proprio dissenso in ordine alla normativa sull'equo compenso allora in itinere per il ritenuto contrasto con i "consolidati principi antitrust nazionali e comunitari" in tema di tariffe professionali, con ciò palesando una conoscenza a dir poco superficiale della giurisprudenza europea (appena ricordata) e rivelatrice in realtà di una "posizione fortemente preconcetta dell'Autorità"<sup>17</sup>.

## 6. L'EQUO COMPENSO E GLI ARTT. 35 E 36 DELLA COSTITUZIONE

La legge sull'equo compenso (art. 19 quaterdecies l. n. 148/2017) rappresenta una tappa rilevante del percorso legislativo volto a tutelare anche i lavoratori autonomi (liberi professionisti compresi) in nome degli artt. 35 e 36 della Costituzione: ritenuti inapplicabili ai professionisti dalla giurisprudenza (si veda, da ultimo, Cass., 25 gennaio 2017 n. 1900) nonostante la Corte Costituzionale non abbia mai escluso - nelle poche sentenze emesse sull'argomento - l'applicabilità dell'art. 36 anche ai professionisti.

Si vedano a tal proposito le sentenze 7 luglio 1964 n. 75 e 25 marzo 1980 n. 36, che hanno ammesso l'astratta applicabilità ai liberi professionisti degli artt. 35 e 36 della Costituzione, ma con riferimento all'attività complessiva, indipendentemente dai singoli rapporti e dalle singole prestazioni<sup>18</sup>.

Se ci soffermiamo sui 3 interventi legislativi del 2017 (in ordine di tempo: L. 22 maggio 2017 n. 81 (jobs act autonomi)<sup>19</sup>, D.L. 16 ottobre 2017 n. 148 (equo compenso per gli avvocati) e L. 4 dicembre 2017 n. 172 in sede di conversione del precedente decreto legge (per l'estensione agli altri liberi professionisti dal lato attivo ed alla pubblica amministrazione dal lato passivo), dobbiamo rilevare che il legislatore ha compiuto un vero e proprio salto di qualità in favore dei liberi professionisti, ma non degli altri lavoratori autonomi tutelati dalla L. 81/2017.

Il diritto all'equo compenso dei liberi professionisti era stato preceduto dal riconoscimento di tale principio per i giornalisti dall'art. 1 della L. 31 dicembre 2012 n. 233, in dichiarata "attuazione dell'art. 36, primo comma, della Costituzione" relativamente ai "giornalisti titolari di un rapporto di lavoro non subordinato".

La L. 81/2017 (jobs act autonomi) ha preceduto di pochi mesi il D.L. 148/2017 e la L.

---

17 Così, testualmente, SALVATORE MONTICELLI, *L'equo compenso dei professionisti fiduciari: fondamento e limiti di una disciplina a vocazione rimediale dell'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Le nuove leggi civili commentate*, fasc. 2/2018, pag. 318. E anche ANNA ALAIMO, "Lo statuto dei lavoratori autonomi: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso un'ulteriore diversificazione delle tutele" in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 3/2018, pag. 626, contesta all'AGCM di indossare "la lente dei principi e delle disposizioni sulla concorrenza... mentre il principio costituzionale di tutela (e di regolazione) del "lavoro senza aggettivi"...art. 35 Cost. dovrebbe imporre di considerare almeno il principio di proporzionalità del corrispettivo un principio inderogabile di tutela anche di lavoro autonomo - specialmente se "economicamente dipendente" - fonte di un diritto indisponibile anche da parte dall'autonomia individuale".

18 La sentenza n. 75/1964 è relativa alla riduzione degli onorari dei notai per la compravendita di fondi rustici in favore della piccola proprietà contadina, giustificata dalla particolare disciplina della professione di notaio, caratterizzata dalla posizione di monopolio professionale, del numero chiuso delle sedi e della garanzia di integrazione mensile a carico dello Stato. La sentenza n. 36/1980 è relativa alla riduzione dell'onorario degli avvocati nelle controversie locatizie devolute alla competenza del conciliatore, giustificata dall'incidenza della materia in un settore particolarmente delicato della vita sociale.

19 ADALBERTO PERULLI, "Il jobs act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale", in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2/2017, pag. 173, rileva che "nel codice civile italiano il contratto d'opera...è qualificato come "senza vincolo di subordinazione" (art. 2222 c.c.) mentre nel diritto europeo il lavoro autonomo coincide addirittura con la nozione di impresa, onde neppure viene concepita la necessità di una tutela collettiva degli interessi di questa categoria di lavoratori". Secondo l'autore nel lavoro autonomo più che alla subordinazione si deve attribuire rilievo alla "dipendenza economica" del prestatore d'opera nei confronti dei contraenti forti (imprese e pubbliche amministrazioni) e osserva che "in materia di compenso, poi, avrebbe dovuto trovare conferma quanto previsto all'art. 1, co. 7, lett. g) l. n. 183/2014, relativamente all'estensione del salario minimo legale alle collaborazioni autonome... Il legislatore dovrebbe prevedere che il compenso del collaboratore non possa comunque essere inferiore, a parità di estensione temporale dell'attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai contratti nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza ed esperienza sia analogo a quello del collaboratore".



172/2017 ed è stata considerata l'antesignana dell'equo compenso dei professionisti, ancorchè non contenga alcuno specifico riferimento agli artt. 35 e 36 della Costituzione, né tanto meno all'equo compenso<sup>20</sup>: si applica ai rapporti di lavoro autonomo di cui agli artt. da 2222 a 2238 del codice civile (e quindi anche alle professioni intellettuali di cui trattano gli artt. 2229 e segg.) e prevede esplicitamente l'applicabilità dell'art 9 L. 18 giugno 1998 n. 1992 che vieta l'abuso dello "stato di dipendenza economica nella quale si trova...un'impresa cliente o fornitrice".

In effetti l'art. 19 quaterdecies (che ha introdotto l'art. 13 bis della legge sull'ordinamento forense) si prefigge proprio di tutelare i professionisti: specie i giovani che si trovano maggiormente esposti alla "dipendenza economica" nei confronti dei clienti "forti", come già detto, che sono dunque in grado di esercitare l'"abuso di dipendenza economica" di cui all'art. 9 della legge 192/1999<sup>21</sup>.

In linea di fatto, peraltro, la legge sull'equo compenso non tutela tutti, indistintamente, i liberi professionisti, ma solo i più deboli: come è stato sottolineato, infatti, vi sono anche professionisti "forti" che, per il prestigio acquisito anche per la loro specializzazione in particolari materie, non possono essere considerati in una situazione di dipendenza economica nei confronti dei loro clienti. Renzo Piano può permettersi di regalare il progetto del Ponte Morandi, al pari di altri professionisti affermati che ben possono operare "pro bono" a favore di enti o associazioni benefiche<sup>22</sup>.

Come ognuno vede, dunque, l'equo compenso nasce per singole categorie professionali e non per tutti i professionisti e men che meno per tutti i lavoratori autonomi (tutelati dall'art. 35 Cost.): dapprima per i giornalisti (con la L. 233/2012 di cui s'è già detto) poi per i soli avvocati con il D.L. 148/2017, ma limitatamente alle convenzioni con i "clienti forti", poi esteso agli altri professionisti con la legge di conversione 172/2017 che ha sancito l'obbligo di rispettare il principio dell'equo compenso anche in capo alle pubbliche amministrazioni.

Tutto ciò ha dato luogo a quello che eufemisticamente è stato definito un vero e proprio "groviglio interpretativo", per non dire "normativo"<sup>23</sup>.

---

20 Così ANNA ALAIMO, op. cit., pag. 589, dopo aver ricordato i precedenti tentativi diretti alla creazione di uno statuto per il lavoro autonomo, osserva che sarebbe stata auspicabile l'estensione del principio "all'intera area del lavoro autonomo e non alle sole prestazioni d'opera intellettuale" (pag. 624).

21 PIETRO PAOLO FERRARO, Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica", in *Il Corriere giuridico*, 2/2018, pag. 217 e segg., rileva che "la disciplina dell'equo compenso sembra presupporre che, nei rapporti relativi alle prestazioni professionali vi sia di regola parità di potere negoziale tra le parti, laddove in presenza di "clienti forti" si giustifica l'ingerenza del giudice di cui all'art. 19 quaterdecies". L'autore auspica l'estensione della disciplina protettiva delle "microimprese" contro le pratiche commerciali scorrette contenuta nel D.Lgs 206/2005 ai professionisti con basso reddito e studi di dimensione contenuta ed un fatturato al di sotto di determinate soglie e meno strutturati da un punto di vista organizzativo. Interessante è la ricostruzione dell'iter legislativo compiuta a pagg. 224-225, soprattutto laddove riassume i contenuti più rilevanti del disegno di legge proposto nella precedente legislatura a firma del sen. Sacconi (AS 2858) che dettava una disciplina compiuta per tutte le professioni ordinarie, prevedendo che "per compenso equo si intende la corresponsione di un compenso proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione professionale" (art. 1), dovendo presumersi "fino a prova contraria manifestamente sproporzionato all'opera professionale e non equo un compenso di ammontare inferiore ai minimi stabiliti dai parametri per la liquidazione dei compensi dei professionisti iscritti agli ordini definiti dai decreti ministeriali..." (art. 2). Tutto ciò "in attuazione dell'art. 36, primo comma, della costituzione" (art. 1).

22 P. P. FERRARO, op. cit., pag. 220: "vi sono, infatti, ipotesi ricorrenti in cui il prestatore di lavoro autonomo, specie se appartenente a determinati ordini professionali, non può essere certo definito contraente debole, ma dispone viceversa di un elevato potere negoziale (come, ad esempio, qualora sia altamente specializzato); così come vi sono categorie di professionisti, per così dire, forti o comunque più forti di altri (basti pensare ai notai).

23 A. ALAIMO, op. cit. pag. 624

## 7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Lo scritto ha preso le mosse dalla vicenda relativa all'incarico gratuito di redazione del piano regolatore di Catanzaro, che ha formato oggetto del contenzioso avanti il TAR Calabria ed il Consiglio di Stato, per soffermarsi poi sulla "sopravvenienza" (rispetto al suddetto contenzioso) costituita dall'introduzione del principio dell'equo compenso che debba valere anche per la pubblica amministrazione.

La nuova normativa va ad integrare l'art. 2233 cod. civ. che non è stato modificato laddove stabilisce che, in mancanza di accordo tra le parti spetta al giudice la determinazione del compenso.

Il riferimento, contenuto nell'art. 2233 cod. civ., alle tariffe professionali (abrogate) come s'è già ricordato, dalla "legge Bersani" del 2012, deve essere trasferito ai parametri ministeriali di cui all'art. 9 del D.L. 1/2012 convertito dalla L. 27/2012.

Al di là della nullità delle clausole vessatorie contenute nelle convenzioni con i clienti "forti", di importanza decisiva è la statuizione contenuta nel comma 2 dell'art. 13 bis della legge forense, introdotto, come già ricordato dalla legge finanziaria 2018: "si considera equo il compenso...quando risulta proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alla caratteristiche della prestazione legale, tenuto conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato a'sensi dell'art. 13 comma 6".

Del resto l'art. 9 della già ricordata "legge Bersani" prevede espressamente (beninteso per il caso di mancanza di preventivo accordo scritto) che in caso di controversia sulla misura del compenso, il giudice lo determina "con riferimento ai parametri".

È lecito pertanto affermare che la norma abrogatrice delle tariffe avesse già allora implicitamente affermato il principio dell'equo compenso (sia pure senza usare questa espressione).

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, dunque, anche in relazione al "groviglio normativo" venutosi a creare per effetto della normativa introdotta nel 2017, sarebbe auspicabile un intervento legislativo meditato che disciplini l'equo compenso in via generale per tutto il lavoro autonomo, disciplinato dagli artt. 2222-2238 del cod. civ. e non soltanto per le libere professioni.

Che dire, dunque, in ordine ai contratti di appalto di servizi gratuiti? Che, indipendentemente dall'obbligo di tutte le pubbliche amministrazioni di rispettare il principio del diritto dei professionisti (ingegneri, architetti, avvocati ecc.) ad un equo compenso per le prestazioni richieste, l'idea di perseguire ad ogni costo un risparmio di spesa - senza valutarne le conseguenze - non appare conforme ai principi di buona amministrazione.

Come è già stato ricordato, infatti: "se è gratis, c'è l'inganno"<sup>24</sup>.

---

### **Commento del Presidente Dott. Maurizio NICOLOSI**

*Veramente interessante questa relazione fatta e sviluppata all'interno di un caso particolare. Certamente, nell'ambito dell'esercizio di una pubblica potestà, diciamo, nel perseguimento dell'interesse pubblico una prestazione gratuita certamente pone dei problemi. Altro è regalare una autoambulanza ad un Comune; altro è proporre un qualcosa che l'Amministrazione di sua iniziativa deve porre in essere nell'ambito di un potere e di un servizio di altri. Quindi a monte c'è senza dubbio un criterio di trasparenza e di equità, perché nessuna prestazione può essere pretesa in senso gratuito, se non altro perché l'Amministrazione dovrebbe comunque svolgere un procedimento di gara quand'anche ci fosse un soggetto che proponesse una cosa di questo tipo. Quindi, già a monte dovrebbe essere esclusa la possibilità di questo tipo affidamento, almeno nell'ambito dei servizi e di tutta l'attività che l'Amministrazione deve gestire con procedure soggette al principio di evidenza pubblica. Passiamo subito all'ulteriore relazione. Prego il professore Avvocato Enrico Mario Ambrosetti di svolgere la relazione che gli è stata affidata. Grazie.*

---

24 Citazione da Fontamara di Ignazio Silone, di M. ALESIO, Diritto e giustizia, fasc. 157/2017 pag. 3

## ■ **ABUSO ED OMISSIONE D'UFFICIO: VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA A.N.A.C.**

Sono particolarmente grato dell'invito a questo convegno dell'Associazione Veneta degli Avvocati amministrativisti perché mi permette di ricordare la figura del Prof. Leopoldo Mazzarolli, che fu mio professore nei primi anni '80 nell'Ateneo Patavino. E vi è uno stretto nesso fra l'argomento che mi è stato assegnato e proprio una lezione del Prof. Mazzarolli che ascoltai con attenzione e interesse. Era quella dedicata all'illegittimità dell'atto amministrativo per eccesso di potere.

Entro subito in *medias res*. L'abuso d'ufficio resta una norma centrale nell'ambito dei reati contro la Pubblica Amministrazione. L'importanza di tale fattispecie penale non dipende certamente dal trattamento sanzionatorio in essa previsto (reclusione da uno a quattro anni). Come noto, le recenti novelle hanno inasprito soprattutto le pene dei delitti di corruzione. Tant'è che oggi - all'esito delle ultime riforme - la pena minima per il delitto di concussione (art. 317 c.p.), corruzione (art. 319 c.p.) e induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.) è sempre la stessa, e cioè di sei anni. Va da sé che non appare conforme al principio di proporzionalità che tre illeciti, tradizionalmente caratterizzati da un diverso disvalore di condotta, siano oggi accomunati dal medesimo trattamento sanzionatorio. Tutt'al più questo potrebbe essere giustificato con riguardo alle due odierne fattispecie di cui agli artt. 317 e 319 *quater* c.p., che erano nel disegno originario del codice penale inserite nel delitto di concussione come ipotesi di costrizione e di induzione. Questo però non vale per la corruzione, che tradizionalmente è sempre stata considerata una fattispecie meno grave rispetto a quella concussiva. E ciò anche sulla base del dato di esperienza: accanto a gravi ipotesi di corruzione vi sono episodi minori per i quali una pena minima di sei anni appare sicuramente sproporzionata.

Ciò premesso, la tradizionale importanza del delitto di abuso d'ufficio nasce dal fatto che, mediante questa fattispecie, la Magistratura penale può effettuare un penetrante sindacato nei confronti dell'attività della Pubblica Amministrazione. È questo un problema che è stato sollevato dalla dottrina penalistica già negli anni '80. Non a caso tutte le riforme intervenute dal '90 ad oggi si sono mosse nella prospettiva di rendere maggiormente determinata e tassativa la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. Non vi può essere, infatti, una coincidenza fra illegittimità dell'atto amministrativo e illiceità penale. Altrimenti, si correrebbe il rischio che il discrimine fra illegittimità amministrativa e illiceità penale si fondi unicamente sull'accertamento dell'elemento psicologico, e cioè il dolo di abuso d'ufficio.

È in quest'ottica che l'attuale fattispecie di cui all'art. 323 c.p. descrive in modo puntuale sia la condotta sia l'evento incriminato. I problemi ermeneutici principali, emersi subito dopo la riforma del 1997, non riguardano tanto la condotta che si realizza mediante un dovere d'astensione quanto quella commessa "in violazione di norme di legge o di regolamento". Come noto, nel corso di questi venti anni si sono contrapposte diverse linee interpretative: da quelle più restrittive che escludono nel concetto di violazione di legge sia il vizio dell'eccesso di potere, sia la violazione di norme di principio o programmatiche - ad esempio l'art. 97 Cost. -, a quelle oggi prevalenti nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione che ricomprendono tali vizi di legittimità in un'ampia nozione di violazione di legge.

Nell'ambito di questa giurisprudenza, mi permetto di segnalare due recenti pronunce. La prima è per l'appunto relativa alla violazione dell'art. 97 Cost. La Suprema Corte ha affermato il principio che *"In tema di abuso di ufficio, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 Cost., nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni. (Nella specie, la S.C. ha reputato immune da censure la decisione impugnata che aveva ravvisato, nel comportamento tenuto dai due direttori di unità operativa ospedaliera succedutisi nel tempo, una condotta penalmente rilevante, consistita nel progressivo svuotamento del carico assistenziale del medico referente dell'esecuzione di prestazioni specialistiche)."* (Cassazione penale, sez. II, 27/10/2015, n. 46096). Per quanto riguarda l'eccesso di potere, mi limito ad indicare una decisione del 2014, nella quale la Corte di Cassazione ha enunciato il seguente principio: *"Per effetto delle modifiche introdotte dalla l. n. 234 del 1997, la portata applicativa dell'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio) non si limita alle violazioni di legge in senso stretto ma vi rientrano anche le altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo: dunque, anche le ipotesi di eccesso di potere e quelle di sviamento del potere, riconoscibili se il potere pubblico è stato esercitato al di fuori dello schema che ne legittima l'attribuzione. Il requisito della violazione di norme di legge è, quindi, integrato anche dalla sola inosservanza del principio costituzionale di imparzialità della p.a. (art. 97 cost), per la parte in cui esprime il divieto di ingiustificate preferenze o di favoritismi ed impone al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio una precisa regola di comportamento di immediata applicazione (riconosciuta, nella specie, la responsabilità del sindaco di una città aver disatteso il decreto del presidente regionale e il parere del consiglio di giustizia amministrativa, nel punto in cui sanciva l'illegittimità del trasferimento di un geometra, che si occupava della gestione tecnica del territorio e di quella economica finanziaria. Il sindaco aveva, secondo i giudici, cagionato intenzionalmente un danno professionale al geometra, poiché lo stesso appariva non funzionale agli interessi economico politici dell'amministrazione comunale e del gruppo di potere politico ed imprenditoriale che la sosteneva)."* (Cassazione penale, sez. VI, 24/06/2014, n. 37373).

A fronte di questa giurisprudenza, non pare arbitrario sostenere che a distanza di vent'anni dall'ultima riforma dell'art. 323 c.p. si è ritornati alla situazione *ex ante*. Voglio chiarire subito tale assunto. Oggi che nel concetto di violazione di legge rientrano sia l'inosservanza di norme di principio sia il vizio dell'eccesso di potere è inevitabile che il sindacato del giudice penale sulla attività della Pubblica Amministrazione assuma un carattere particolarmente ampio e penetrante. In particolare, proprio con riferimento al vizio dell'eccesso di potere, il giudice penale potrà considerare rilevante agli effetti dell'art. 323 c.p. ogni condotta che egli ritenga non corrispondente al fine istituzionale dell'ente pubblico. E ciò anche nel caso in cui non vi sia stato da parte del pubblico ufficiale alcuna violazione di norme di legge o di regolamento. Ed a tale riguardo mi permetto di segnalare l'importante contributo sul tema della mia allieva Dott.ssa Chiara Silva, che ha pubblicato nella collana *"Quaderni del dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario dell'Università degli Studi di Padova"* una monografia dal titolo *"Elementi normativi e sindacato del giudice penale"*.

Fatte queste premesse, è giunto il momento di verificare quale ruolo oggi assumano le linee guida A.N.A.C. in materia di abuso d'ufficio. La risposta è assolutamente scontata. Ho esaminato alcune delle numerose linee guida che sono state pubblicate. In particolare, hanno destato il mio interesse quelle relative all'Affidamento dei servizi legali, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 907 del 24 ottobre 2018. Da una rapida lettura delle disposizioni ivi contenute, emerge chiaramente che oggi una Pubblica Amministrazione appare fortemente vincolata nelle modalità con cui ricorrere a una consulenza legale. Al paragrafo 1.1.2 delle linee guida viene stabilito che *"rientrano nella disposizione di cui all'articolo 17, comma*

1, lettera d), n. 2 i servizi di assistenza e consulenza legale preparatori in un'attività di difesa in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o giurisdizionale, anche solo eventuale". Ebbene, proseguendo nella lettura dei successivi paragrafi, si chiarisce che l'affidamento di consulenza legale può essere concesso solamente nel caso in cui questa possa "considerarsi riferita a controversia qualora sia prestata in ragione della sussistenza di un indizio concreto che la questione su cui verte la consulenza divenga oggetto di un procedimento giudiziario, arbitrale o di conciliazione e ciò ricorre quando, ad esempio, l'amministrazione abbia ricevuto un atto di diffida o messa in mora, una richiesta di accesso agli atti ai fini di tutela o, comunque, un qualsiasi atto da cui si evinca la potenziale attivazione di uno dei detti procedimenti".

In buona sostanza, dalla lettura di queste linee guida, si delinea un quadro molto chiaro. L'A.N.A.C. ha indicato i presupposti per i quali oggi una Amministrazione Pubblica può affidare una consulenza legale. Come si evince dal tenore delle linee guida, non vi è una elencazione tassativa di questi presupposti. Tant'è che vengono indicate alcune ipotesi (e ciò ricorre quando...) che sono meramente esemplificative dei casi in cui si appalesa la necessità di una consulenza preventiva. Il risultato di tale intervento dell'A.N.A.C. è sotto gli occhi di tutti. L'Autorità Nazionale Anti Corruzione viene a surrogarsi al Parlamento nell'individuare condotte che possono integrare una fattispecie penale. In altre parole, un'Autorità Amministrativa individua il confine tra lecito ed illecito in materia penale. E ciò che è paradossale è che tale individuazione non è neppure tassativa in quanto la suddetta elencazione assume un carattere esemplificativo.

Traendo le dovute conclusioni, oggi in tutti i casi di consulenza legale il giudice penale potrà ravvisare un abuso d'ufficio ogniqualvolta la Pubblica Amministrazione non si atterrà in modo puntuale a quanto prescritto nelle linee guida dell'A.N.A.C. Linee guida che – come dianzi evidenziato – non rispettano peraltro i canoni di determinatezza e tassatività. Al riguardo, è stato esattamente sottolineato da Vico Valentini in un articolo dal titolo "Abuso d'ufficio e fast law A.N.A.C. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi" (pubblicato in Archivio Penale 2018, n. 3) che la trasgressione di una norma A.N.A.C., in quanto atto amministrativo generale, non può essere ricondotta alla figura della violazione di regolamento e, perciò, integrare la fattispecie di cui all'art. 323 c.p. Tuttavia, mi permetto di eccepire che una condotta in violazione delle linee guida A.N.A.C. facilmente potrebbe essere viziata sul piano dell'eccesso di potere ovvero essere considerata in contrasto con l'art. 97 Cost. A maggior ragione, questo risultato potrebbe realizzarsi tenuto conto del fatto che l'A.N.A.C. ha una doppia veste di controllore-regolatore degli appalti e costruttore-diffusore della legalità.

Avviandomi ora alle battute conclusive, non posso che ribadire le medesime osservazioni con riguardo alla fattispecie dell'art. 328 c.p. In questo caso la norma utilizza al primo comma l'avverbio "indebitamente". Per le ragioni in precedenza esposte, appare evidente che le linee guida A.N.A.C. possono costituire un utile strumento per il giudice in ordine al comportamento "indebito" del pubblico funzionario.

In ultima analisi, è questo l'odierno stato della questione. A mio parere, non vi è dubbio che attraverso queste linee guida dell'A.N.A.C. si sta aprendo una nuova stagione in cui il giudice penale potrà sindacare ogni scelta della Pubblica Amministrazione che appaia divergente rispetto a quanto in esse previsto.

## **Commento del Presidente Dott. Maurizio NICOLOSI**

*Ringrazio il professor Ambrosetti.*

*Certamente ha dato spunti che non lascia molto tranquilli avuto riguardo alla posizione sempre più ampia che l'ANAC sta via via assumendo, nell'ambito della normazione. È a volte veramente difficile qualificare queste fonti dell'ANAC e come inquadrarle nell'ambito delle fonti del diritto. Si è parlato di Soft law, ma avendo riguardo a quanto chiarito dal professore nella sua relazione, tanto soft potrebbero non essere.*

*Mi sovviene tanti anni prima della riforma il famoso reato di abuso innominato d'ufficio, che era praticamente qualcosa di molto vicino all'eccesso di potere. Si trattava di un reato di condotta, se non ricordo male, e quindi era il terrore di tutti gli amministratori, non vorrei che si ritornasse a quei tempi.*

*Occorre andare avanti.*

*Adesso ci sono due relazioni che interessano l'aspetto più della responsabilità che cadono sotto l'attenzione della Corte dei Conti e sono affidate, appunto, a due magistrati della Corte dei Conti.*

*La prima. Prego il dottor Alberto Mingarelli di svolgere la propria relazione. Grazie.*

## ■ RESPONSABILITÀ ERARIALE ED ESENZIONE PER BUONA FEDE DEL FUNZIONARIO PUBBLICO

Buonasera a tutti, spero che siate ancora svegli perché, purtroppo, l'ora è un po' tarda non perché le relazioni che mi hanno preceduto vi hanno stancato. Sono state tutte interessantissime. Tra l'altro, il tema della sentenza che mi è stata assegnata richiama anche il ruolo dell'ANAC, qui in altra funzione, non in funzione favorevole alla Procura della Corte dei Conti, ma in funzione contraria. La questione, il caso che sono chiamato a commentare, e da cui, poi, mi allontanerò per fare qualche altra considerazione in generale sul processo della Corte dei Conti, che, come sapete, ha avuto una riforma importante con il nuovo Codice approvato nel 2016, è nella sentenza della Sezione giurisdizionale dell'Emilia-Romagna del 2018 n. 79. Essa riguarda il caso della nomina del Direttore Generale del Comune di Parma, riporta anche i nomi perché il Giudice ha ritenuto che non erano da oscurare per la particolare notorietà; venivano chiamati in causa dalla Procura sia il Sindaco del Comune di Parma, sia lo stesso Direttore Generale, perché si riteneva che l'incarico di Direttore Generale fosse inconferibile ai sensi del Decreto Legislativo n. 39/2013, ossia una delle normative che seguì dalla legge anti-corrruzione, e che riguarda il problema degli incarichi amministrativi, delle inconferibilità ed incompatibilità degli stessi. Questo Direttore Generale, prima di essere nominato in seguito ad una selezione che era stata fatta, era stato, però, Presidente di una azienda di servizi alla persona dello stesso Comune di Parma.

La tesi della Procura Regionale della Corte dei Conti era che questa sua qualità, questa sua carica posseduta nel periodo antecedente all'incarico di Direttore Generale abbia prodotto, appunto, il vizio di inconferibilità dell'incarico, e quindi la nullità dell'incarico medesimo e la stessa si sarebbe tradotta in un danno erariale legato alla retribuzione che lo stesso ha, poi, ricevuto quale Direttore Generale.

La Procura, poi, sosteneva che ci fosse anche l'elemento del dolo e che caratterizzava non solo il Sindaco che aveva conferito l'incarico, ma anche lo stesso Direttore Generale, il quale aveva prodotto una dichiarazione dove aveva affermato l'inesistenza di cause di incompatibilità e ineleggibilità, quindi aveva concorso scientemente alla sua nomina, quindi in questo senso era responsabile dolosamente del danno erariale.

La Difesa dei due convenuti eccepiva da una parte anche il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti, in quanto si diceva "nel momento in cui c'è una nullità nel conferimento, non si è creato il rapporto di servizio, per cui è il Giudice Ordinario che dovrebbe eventualmente ordinare la restituzione di quanto il direttore generale ha percepito".

Ma l'argomento su cui più fa leva anche la Difesa del Sindaco è quello dell'assenza di anti-giuridicità della condotta, cioè a dire: la corretta interpretazione dell'articolo 4 del Decreto Legislativo 39/2013 porterebbe ad escludere che il Direttore Generale all'atto della partecipazione alla procedura fosse operante il regime di inconferibilità, in quanto la norma in questione disciplina esclusivamente i rapporti tra Enti di diritto privato regolati o finanziati dall'Amministrazione conferente l'incarico e la stessa Amministrazione che conferisce l'incarico, ossia il Comune. Mentre l'azienda pubblica, di cui era in precedenza il Presidente questo Direttore Generale, era un Ente pubblico non economico, espressamente qualificato tale da

una legge regionale dell'Emilia-Romagna del 2013. Né poteva dirsi che l'azienda pubblica in questione fosse un ente finanziato dal Comune di Parma, in quanto sono previste dalla legge regionale le garanzie per le perdite, ma non un obbligo di finanziamento costante da parte del Comune.

Quindi questa era la tesi principale. Tra l'altro, viene evidenziato che prima del conferimento di questo incarico c'è stata anche una consulenza dell'ANCI e dell'Avvocatura comunale che hanno ritenuto sulla base delle interpretazioni espresse dall'ANAC non sussistente alcuna ipotesi di inconfiribilità dell'incarico al Direttore Generale, in quanto l'articolo 4 del Decreto n. 39 disciplina la diversa ipotesi di rapporti tra enti privati ed Amministrazioni Pubbliche.

Quindi anche qui si pone il problema della valenza dei pareri, delle interpretazioni date dall'ANAC. Cioè questo parere dell'ANAC è da considerare un elemento di portata normativa o è un semplice parere autorevole, come può essere quello di un qualsiasi studio legale o un professore universitario?

Il Collegio giudicante riteneva che non sussistesse il difetto di giurisdizione.

La giurisdizione della Corte dei Conti richiamava una sentenza della Sezione Unite della Cassazione del 2008, per cui quello che conta è la relazione funzionale tra l'autore dell'illecito causativo di un danno erariale e l'ente pubblico che subisce il danno, che è configurabile anche quando c'è un rapporto di servizio, diciamo, in senso lato, com'è il caso del falsus procurator o quello del funzionario di fatto. Per cui si può considerare il caso del falso medico, i casi in cui sono state condannate persone che avevano falsificato il loro titolo di laurea, per cui poi è stata riconosciuta la falsità e la Corte dei Conti ha condannato in relazione ai compensi ricevuti perché, effettivamente, il rapporto di servizio si era effettuato come se ci fosse stato un corretto rapporto nel caso concreto.

Per quanto riguarda la decisione in merito, invece, la Sezione accoglieva le richieste della Difesa, nel senso che riteneva tassative le ipotesi di incompatibilità e inconfiribilità della condotta illecita. La Sezione Giurisdizionale afferma "l'inconfiribilità deve essere posta in violazione di una specifica norma di legge che la preveda e non può essere interpretata in via analogica". Perché praticamente la Procura della Corte dei Conti aveva applicato in via analogica la normativa dell'ineleggibilità e incompatibilità per la carica di Sindaco, che evidentemente la Sezione Giurisdizionale ritiene non applicabile per il problema della inconfiribilità della carica del Direttore Generale.

Quindi, l'interpretazione che dà questa Sezione è che l'inconfiribilità valga soltanto per i casi di rapporti di soggetti che hanno ricoperto cariche in enti di diritto privato finanziati dall'Amministrazione. Nel caso di specie non ricorrendo queste situazioni la Sezione riteneva non presente l'elemento dell'illecito sostanzialmente.

A questo aggiunge poi la Sezione che anche l'aspetto dell'elemento soggettivo viene evidentemente a favore dei soggetti chiamati, in quanto loro si erano premurati di chiedere i pareri all'Avvocatura, all'ANCI che avevano indicato gli orientamenti espressi in materia dall'ANAC. Quindi questa era la vicenda.

Certo, io mi trovo sostanzialmente d'accordo con questa decisione anche se va detto che la natura dei pareri dell'ANAC non è che può essere considerata un elemento decisivo per dire se ci può essere un'interpretazione tassativa o meno, non è l'ANAC che evidentemente può dire qual è la portata di una normativa. Qual è la funzione, la ratio che era dietro a queste norme che sono state concepite in seguito alla normativa anticorruzione? Di evitare una continuità di un esercizio di un potere e di una carica, quale era quella esercitata in precedenza da questo funzionario, che poi viene nominato Direttore Generale. Il soggetto interessato attraverso quell'esercizio di funzioni anteriori (sempre frutto della nomina da parte di politici)



può avere condizionato la nomina successiva.

Ora, certamente se questo era in un ente di diritto privato la cosa rientra nei pareri, però anche il far parte di un altro ente pubblico che in qualche modo è collegato e promiscuo rispetto all'ente in cui dopo viene conferita la carica mi sembra un elemento di vizio, anche se poi arrivare a decidere la nullità, il danno erariale conseguente alla retribuzione stessa, certo, questo è un passaggio comunque abbastanza grave.

Quindi anche se la sentenza si esprime in termini molto netti, io se fossi un Sindaco prima di nominare uno che è stato Presidente del Consiglio di un'azienda pubblica del mio Comune ci penserei due volte. Questa è la mia valutazione di questa sentenza, con tutto il rispetto dell'ANCI e degli enti chiamati in causa.

Detto questo, volevo fare delle considerazioni.

Guardiamo alle ratio della norma. È quella di evitare la continuità tra cariche che in qualche modo si susseguono l'una dopo l'altra, sia pure in un ente pubblico e non in un ente privato. C'è in qualche modo un elemento di condizionamento. Che può essere stato, magari non nei termini rappresentati dall'ANAC in modo rigido. Però questa capacità dell'ANAC di stabilire quello che è bene e quello che è male a me lascia un pochino perplesso qualche volta insomma, con tutto il rispetto per il Presidente Cantone. Quindi il discorso del danno erariale in questo caso è legato ai compensi che vengono erogati al beneficiario che, però, evidentemente conserva un diritto ad un rimborso o ad un indennizzo, perché comunque se ha prodotto un'attività evidentemente non può essere considerato tutto indebito. Ma dal danno erariale, ammesso che ci fosse stata la condanna, a mio avviso, doveva essere dedotto un minimo di retribuzione, per così dire "obbligata" che questa persona doveva ricevere per le prestazioni comunque espletate. Quindi nullità, ma in senso non stretto.

Ci poteva essere un caso di reato contro la P.A. e allora in quel caso potevano nascere altri tipi di danno erariale, se ci fosse stata una condanna in sede penale, ad esempio per abuso d'ufficio o altri reati, allora si poteva ipotizzare un danno all'immagine che, però, appunto, è legato ad una sentenza passata in giudicato in sede penale.

Ci poteva essere un danno da disservizio che, invece, è un danno di creazione giurisprudenziale che prescinde di per sé dalla condanna in sede penale, ma che si lega alla presenza comunque di un illecito evidente. La Giurisprudenza ha distinto due sottospecie di danno da disservizio, c'è un danno da disservizio che viene collegato, ad una lesione del rapporto di esclusività del funzionario amministratore verso il suo ente. Cioè se risulta che questa persona ha asservito ai suoi vantaggi l'attività che ha svolto presso l'ente pubblico, il danno da disservizio, facendo rilevare questa sua illecita duplicità di scopo, di obiettivo, consiste in una parte della retribuzione percepita. Altro caso è il danno da disservizio in senso stretto, cioè quel danno che l'Amministrazione ha dovuto sopportare a causa sempre dei comportamenti illeciti di questa persona, e penso ad un caso di un Sindaco che faceva contemporaneamente il libero professionista nello stesso Comune dove era Sindaco, per cui tutti i progetti venivano in qualche modo condizionati dall'attività illecita di questo Sindaco. Quindi successivamente il Comune ha dovuto incaricare un soggetto esterno (un tecnico) che ha dovuto rivedere tutti i progetti approvati dal quel Comune all'epoca di quel Sindaco. Quindi, i compensi che il Comune deve pagare per far riesaminare tutta la documentazione progettuale precedente sono un danno di disservizio in senso stretto perché, evidentemente, quei progetti erano o non da approvare o gli oneri relativi non erano giusti, quindi tutta una serie di maggiori lavori che l'ente si è dovuto caricare.

Chiusa la parentesi sul danno di disservizio, che è comunque un tema interessante, il mio intervento si legava al problema dell'elemento soggettivo. Ecco, l'elemento soggettivo è il problema del dolo o della colpa grave, ma diciamo che l'elemento principale che viene ad evidenziarsi nel caso che mio è stato assegnato, è il problema della mancanza effettiva

di illiceità. la mancanza di chiara illiceità in qualche modo, , rende di per sé secondaria la valutazione della colpa grave o del dolo. Il Pubblico Ministero parlava addirittura di dolo, ma se siamo in un'area di mancanza dell'illecito anche la colpa grave evidentemente viene a mancare. È evidente che poi il nostro ordinamento prevede un maggiore rigore per le situazioni di dolo. Nel caso di dolo, che può essere anche di tipo civile, non necessariamente coincidente con situazioni caratterizzate da reati, si prevede ad esempio il principio della solidarietà dei soggetti chiamati, si prevede la responsabilità nei limiti di un ingiustificato arricchimento degli eredi, si prevede una diversa disciplina anche per la prescrizione, che è uno degli elementi più importanti. Il caso dell'occultamento doloso evidentemente fa spostare in avanti il dies a quo della prescrizione al momento della discovery, momento in cui il Procuratore della Corte dei Conti viene messo a conoscenza del fatto per come esso è avvenuto; quindi la decorrenza non si ha più dal momento storico in cui è stato commesso quell'atto illecito, ma dal momento in cui questo atto illecito viene scoperto e diventa di pubblico dominio, in cui il Pubblico Ministero può cominciare l'azione di responsabilità. Questo è un aspetto molto importante.

Nel caso della colpa grave, invece, c'è il principio della parziarietà, per cui il danno deve essere suddiviso tra i vari soggetti responsabili, e questa suddivisione dovrebbe partire già dal Pubblico Ministero per poi essere sancita dal Giudice.

L'elemento della buona fede è l'oggetto del mio intervento. L'elemento della buona fede riguarda una situazione di danno, a fronte di un errore scusabile, errore che evidentemente non integra la colpa grave e tanto meno il dolo, ovvero il caso del danno risultante dall'esercizio delle cosiddette scelte discrezionali. Nella mia oramai pluriennale esperienza di Procura ci sono stati vari casi di errori scusabili ritenuti tali dalla Procura o dalla decisione del Collegio. Anche recentemente si è confermato che la colpa grave consiste nella macroscopica ed inescusabile negligenza ed imprudenza nell'espletamento delle mansioni, cioè un atteggiamento di estrema superficialità, trascuratezza o scriteriato nella cura degli interessi pubblici. Per configurarsi la colpa grave alla violazione della norma giuridica deve sempre accompagnarsi un atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle funzioni, di negligenza massima e di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti. Questa è la definizione che viene data in modo ricorrente.

Ci sono, appunto, i casi di eccezione di esimente politica, insindacabilità delle scelte discrezionali. Ma anche l'ambito delle scelte discrezionali è un ambito in qualche modo da considerare con attenzione. Non basta che una scelta, un atto possa tradursi in una scelta discrezionale perché si sia esenti da responsabilità. Anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno detto, in una sentenza del 2006, (Cassazione, ss.uu. civili; sentenza 28 marzo 2006, n. 7024) hanno detto che non è che l'amministratore eletto è come il re Luigi XIV che può fare quello che vuole su tutto ciò che cammina sul territorio francese. Cioè in uno Stato di diritto (caratterizzato dalla divisione dei poteri) una scelta esente da un controllo giudiziario non può esservi. Quindi, in qualche modo la Corte di Cassazione ha detto che c'è sempre un controllo almeno di razionalità da parte della Corte dei Conti, quindi le modalità con cui viene fatta questa scelta possono essere oggetto di sindacato.

Vorrei accennare alle problematiche legate al nuovo Codice di giustizia contabile, che è stato previsto dal Decreto Legislativo 174 del 2016. Uno degli istituti più interessanti previsto dal nuovo Codice è il cosiddetto rito abbreviato, che consente per i casi diversi dal doloso arricchimento del danneggiante, su parere conforme del Pubblico Ministero, di definire il giudizio mediante il pagamento della somma non superiore al 50% della pretesa risarcitoria azionata nella citazione, mentre in appello la definizione può aversi pagando una somma non inferiore al 70% della richiesta dell'atto di citazione.

Ora, come chiarisce la stessa norma, è indubbia la funzione deflattiva dell'istituto della

giurisdizione di responsabilità e lo scopo di garantire l'incamerato certo ed immediato di somme risarcitorie dall'Erario, anche perché la statistica purtroppo dice che pure quando arriviamo dopo la seconda condanna definitiva in Appello spesso si recupera ben poco. Quindi, questo istituto in qualche modo consente di chiudere un procedimento con un recupero parziale ma immediato ed effettivo da parte dell'Erario senza inseguimenti in sede esecutiva, magari su patrimoni che nel frattempo si sono volatilizzati, salvi i casi dove abbiamo sì ottenuto il sequestro conservativo.

Si pone il dubbio, che sarebbe interessante capire dal punto di vista dottrinario, anche perché la norma è nuova, quindi ancora la giurisprudenza che se n'è occupata è abbastanza limitata, se nelle situazioni caratterizzate dal dolo, ma prive dell'arricchimento del danneggiante, possa ugualmente ammettersi l'applicazione di rito abbreviato.

Vi faccio un esempio: io ho avuto un caso dove un Assessore, senza far nomi, aveva tentato una concussione. Il tentato concusso si rivolge alla Guardia di Finanza e ai Carabinieri e gli fanno il blitz. Preparano la mazzetta... Quindi lui prima di raggiungere la mazzetta nella macchina sua, dove erano stati collocati questi soldi, viene arrestato, quindi in sostanza lui non ha mai avuto un arricchimento da questo reato. È indubbio il reato, tanto è vero che viene condannato in sede penale. Quindi, in un caso del genere può essere applicato il principio del patteggiamento, del rito abbreviato, o dobbiamo ritenere che quando c'è un dolo, in questo caso un dolo penale, peraltro, questo istituto sia precluso? Chi dice no sostiene che ci sarebbe un possibile contrasto con le norme degli articoli 28, 81, 97 e 103 dove si consenta una cospicua riduzione del danno erariale. Cioè in pratica dice che verrebbero svuotate queste norme di principio importanti ed in qualche modo, quindi, dovrebbe applicarsi, come dire, un'interpretazione restrittiva prendendo magari a modello il potere riduttivo che non è applicabile secondo la giurisprudenza nei casi di dolo.

Io qualche dubbio ce l'ho, perché comunque – ripeto - se quantomeno si ricava almeno un 50% da una situazione dove magari il rischio che tra 10-15 anni, dopo due bellissime sentenze, lo Stato non recupera nulla, io sarei per applicarlo anche ai casi di dolo sia pure, diciamo, senza l'arricchimento, però sono aperto al confronto se qualcun altro mi vuole dire il contrario sono ben contento, anche perché preferisco confrontarmi in un contesto di studio e dottrina.

L'entità del danno dipende da quant'era il danno. Il rito abbreviato può riguardare qualsiasi danno, danno all'immagine, danno di disservizio, danno patrimoniale in senso stretto.

Altro tema interessante, pure questo è un tema dottrinario che potrebbe avere qualcuno che la pensa diversamente da me: il Codice ha cancellato la chiamata iussu iudicis. O meglio, nel vecchio ordinamento del processo per danno erariale c'era la possibilità che in una situazione in cui il Pubblico Ministero aveva chiamato Tizio e Caio ritenendoli responsabili del danno erariale, ma non aveva chiamato Sempronio. Il Collegio poteva ordinare la chiamata in giudizio di Sempronio che riteneva in tutto o in parte responsabile del danno. A me è capitato in passato che, purtroppo, contro il mio avviso, una persona chiamata iussu iudicis è stata condannata due volte, pure in secondo grado. L'Ordine del Collegio poteva in qualche modo far subentrare il nuovo responsabile, scavalcando in qualche modo il Pubblico Ministero. A mio avviso questa era un'aberrazione, una violazione del giusto processo, perché, insomma, questa persona si trovava di fronte non la controparte naturale ma il Collegio giudicante che era in qualche modo predisposto contro di lui.

Sì, non c'era stata la possibilità di avere un'audizione con il Pubblico Ministero e produrre le controdeduzioni prima della citazione in giudizio, possibilità che tutti gli altri soggetti invitati a dedurre dalla Procura hanno sempre. Quindi non aveva potuto fare controdeduzioni, non aveva potuto avere l'audizione, però si trovava un Giudice che già lui sapeva che ce l'aveva con lui.

Quindi evidentemente era una norma che mi sembra un'aberrazione, però ci sono dei Collegi miei che hanno detto: no, questo è un danno per la nostra procedura in quanto è previsto dal codice di procedura civile (art. 107) da esigenze di economia processuale, mira ad evitare al terzo gli effetti pregiudizievoli della sentenza resa fra le parti, nonché la possibilità di giudicati contraddittori.

È possibile, comunque, una nuova azione verso il soggetto ritenuto responsabile dal Collegio giudicante sempre che i termini della prescrizione lo consentano, però che un Collegio possa sostituirsi ad un procuratore per dire subito (senza contraddittorio) che il colpevole è quello, a me sembra francamente un'aberrazione del diritto. Non lo so, la pensate come me o come gli altri colleghi?

L'istituto era previsto nel vecchio regolamento procedurale della Corte dei Conti del '34, quando c'era una "democrazia forte...".

Una norma, invece, che non mi piace - e questo lo dico con chiarezza - è l'articolo 67, comma 7, che è quello che riguarda il blocco dell'attività istruttoria del Pubblico Ministero dopo l'invito a fornire le deduzioni. L'invito a fornire deduzioni è un atto molto importante nel nostro processo, è un atto che teoricamente stabilisce la fine dell'attività di istruttoria preliminare.

Quindi, diciamo, dopo questo atto, il soggetto intimato può evidentemente, come dicevo prima, decidere o di non fare nulla o di essere sentito o eventualmente anche di produrre delle sue controdeduzioni al Pubblico Ministero. Può accedere agli atti del fascicolo di Procura. Adesso la legge lo dice chiaramente, prima lo diceva già la Giurisprudenza ed era abbastanza pacifico, che tutti gli atti a corredo dell'invito a dedurre fossero resi ostensibili agli Avvocati dei soggetti invitati. Quindi l'Avvocato, giustamente, dice: mi arriva l'invito a dedurre, tu richiami il parere di Tizio o la delibera di Caio, fammele vedere! Cioè devo capire da dove arrivano quelle cose che tu hai scritto. Quindi era perfettamente logico. C'era qualche collega che era contrario, però insomma a me sembrava pure questa un'altra bestialità, però la prassi comunemente seguita era di essere ostensibili e la mia personale è stata sempre questa.

Adesso c'è una norma di legge che lo sancisce, quindi questo è corretto, però qui si dice di più, praticamente l'articolo 67 comma 7 dice che "...successivamente all'invito a dedurre il Pubblico Ministero non può svolgere attività istruttorie, salva la necessità di compiere accertamenti sugli ulteriori elementi di fatto emersi a seguito delle controdeduzioni".

Ora, a me questo sembra francamente eccessivo, oltretutto potrebbe essere anche un danno paradossalmente per i soggetti invitati perché si blocca l'accertamento della verità dei fatti. Altro è dire che devi rispettare il principio del contraddittorio, cioè la norma avrebbe dovuto dire a garanzia del principio del contraddittorio "se tu fai altra attività istruttoria, poi la devi rendere ostensiva agli Avvocati...", La norma è stata scritta male, si spera che nel correttivo del decreto legislativo approvativo del Codice di Giustizia venga modificata.

Potrebbe accadere ad esempio che c'è un procedimento penale parallelo che arriva a sentenza, se l'Avvocato difensore per sua scelta non produce controdeduzioni né mi allega quella sentenza, io dovrei ignorare quella sentenza penale che riguarda quella vicenda. Il che è paradossale, cioè una sentenza penale sullo stesso fatto io la dovrei ignorare perché c'è una norma di legge che ha tirato su un muro e non posso più fare ulteriori attività di accertamento.

Altro punto finale, poi smetto, lascio la parola ai colleghi, è il problema della interruzione della prescrizione.

Anche qui c'è una norma, l'articolo 66 nel nostro nuovo Codice, che dice "... con l'invito a dedurre ai sensi dell'articolo 67 comma 8, ovvero con un formale atto di costituzione in mora ai sensi del 1219 e del 1943, il termine quinquennale di prescrizione può essere interrotto per una sola volta. Comma 2. A seguito dell'interruzione di cui al comma 1, al tempo residuo

per raggiungere l'ordinario termine di prescrizione quinquennale, si aggiunge un periodo massimo di due anni; il termine complessivo di prescrizione non può comunque eccedere i sette anni dall'esordio dello stesso".

Ora, già la prescrizione dell'azione del danno erariale è quinquennale, mentre l'azione di prescrizione ordinaria è decennale. Io non capisco, questa norma poi non è chiara se è applicabile solo per la messa in mora che può fare il Pubblico Ministero o anche per la messa in mora che eventualmente possa fare l'ente danneggiato. Ma in ogni caso a me sembra assurdo che quando si tratti di un soggetto privato una qualsiasi interruzione del periodo, cioè la messa in mora può determinare un'interruzione della prescrizione fino all'infinito, nel caso dell'ente pubblico no. Qui si sta parlando non della prescrizione penale, di cui posso capire la particolare delicatezza. Il processo penale può produrre arresti e reclusione che sono misure pesanti in paesi civili ma mi chiedo per il risarcimento perché un ente pubblico dovrebbe essere penalizzato attraverso una decorrenza prescizionale a suo danno?

E quindi adesso mi chiedo: perché questa distinzione, come se l'ente pubblico fosse un soggetto "meno soggetto" rispetto al privato? Quindi pure questa mi sembra una norma irragionevole, spero che pure questa venga tagliata o dalla Corte Costituzionale o da un giurista un pochino più consapevole. Io avrei finito.

---

### ***Commento del Presidente Dott. Maurizio NICOLOSI***

*Ringrazio il dottor Mingarelli per questa interessante panoramica su controversie reali da quanto ho capito. Certamente qualche problema, qualche interrogativo lo lascia, perché in effetti un Giudice così, che prende l'iniziativa per chiamare in giudizio, diciamo così, un altro soggetto che è estraneo al processo effettivamente qualche interrogativo lo pone.*



## ■ RESPONSABILITÀ DIRETTA DEL FUNZIONARIO OD AMMINISTRATORE ED I LIMITI DI RICONOSCIBILITÀ DEL DEBITO FUORI BILANCIO COMUNALE

### 1. DEFINIZIONE DI DEBITO FUORI BILANCIO

I debiti fuori bilancio rappresentano il principale momento di criticità per la tenuta degli equilibri di bilancio. La giurisprudenza della Corte dei Conti ha ritenuto infatti <sup>1</sup>, che con la locuzione “ debito fuori bilancio” si intende fare riferimento ad un’obbligazione pecuniaria assunta (o gravante) dall’ente al di là e/o comunque in violazione del sistema di bilancio e, quindi, indipendentemente da uno specifico impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo del bilancio di previsione ed al di fuori di qualsiasi valutazione e, quindi, attestazione in merito alla copertura finanziaria della spesa medesima: ovvero «*come quel debito costituito da obbligazioni pecuniarie, relative al conseguimento di un fine pubblico, valide giuridicamente ma non perfezionate contabilmente [...] e che, pertanto, rappresenta, sostanzialmente, una obbligazione dell’ente locale, valida sul piano giuridico, ma assunta in violazione del procedimento giuscontabile di spesa normativamente previsto*» <sup>2</sup>.

Una più risalente definizione di “debito fuori bilancio” è rinvenibile nella circolare 20 settembre 1993, n. 21 «*Problemi applicativi del risanamento degli enti locali territoriali in stato di dissesto ai sensi dell’art. 21 del decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 marzo 1993, n. 68 e del regolamento concernente le modalità applicative del risanamento degli enti locali territoriali in stato di dissesto finanziario, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 24 agosto 1993, n. 378*», in cui si sottolinea che il debito fuori bilancio è la «*obbligazione verso terzi per il pagamento di una determinata somma di denaro che grava sull’ente, non essendo imputabile, ai fini della responsabilità, a comportamenti attivi od omissivi di amministratori e funzionari, e che non può essere regolarizzata nell’esercizio in cui l’obbligazione stessa nasce, in quanto assunta in violazione delle norme gius-contabili che regolano i procedimenti di spesa degli enti locali*».

In essa si precisa come il debito fuori bilancio per essere riconosciuto deve avere i caratteri «*della certezza, cioè che esista effettivamente una obbligazione a dare, non presunta ma inevitabile per l’ente; quello della liquidità, nel senso che sia individuato il soggetto creditore, il debito sia definito nel suo ammontare, l’importo sia determinato o determinabile mediante una semplice operazione di calcolo aritmetico; quello della esigibilità, cioè che il pagamento non sia dilazionato da termine o subordinato a condizione*».

La disposizione contenuta nell’art. 194 del TUEL prevede che, con deliberazione consiliare di cui all’articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, si provveda al riconoscimento della legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da:

- 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

---

1 Corte dei Conti, Sezione Basilicata, deliberazione 76/2014

2 Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per il Veneto, deliberazione n. 461/2017/PRSP del 1 settembre 2017

l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'articolo 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'articolo 191, nei limiti degli accertati e di mostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza.

In termini generali, va premesso che il principio dell'equilibrio finanziario è strettamente subordinato a una corretta conoscenza dei conti, e a un funzionamento che sia retto dalle regole di una sana gestione finanziaria, il che impone quindi la riconduzione al bilancio di tutti i fenomeni gestori che provocano entrate e uscite. Ne è conferma esplicita la previsione della lettera e) dell'art. 194 del TUEL (che va letta in stretta correlazione con l'art. 191 del Tuel): essa, nel delineare il paradigma del debito fuori bilancio, in cui le spese vengono assunte o ordinate senza previo impegno di spesa (e perciò che tali sono accollabili direttamente al funzionario), ne consente il riconoscimento a determinate condizioni che, seppur meno restrittive rispetto a quanto sancito nella legislazione emergenziale di fine anni '80 (e ciò in quanto ha accolto con il D.Lgs. 387/1998 l'elaborazione giurisprudenziale, in particolare della Corte dei Conti, ma anche del giudice ordinario<sup>3</sup> relative a un più ampio ambito oggettivo dell'istituto, anche per gli enti locali), non di meno evidenziano il possibile vulnus all'equilibrio di bilancio fin lì conseguito<sup>4</sup>. Lo scopo quindi della norma è quello di evitare il formarsi di debiti occulti o sommersi che pregiudichino in modo sostanziale in (evidente fittizio) pareggio di bilancio conseguito in modo solamente formale. Ma non è chi non veda come tale situazione - oltre a sancire l'inattendibilità contabile della stima iniziale di bilancio - comprometta l'equilibrio (fittizio) di bilancio, imponendo la riformulazione delle previsioni complessive (ove a ciò non suppliscano i normali strumenti di flessibilità del bilancio stesso, come ad es. il prelevamento dal fondo di riserva).

Lo stesso è a dirsi a riguardo dei provvedimenti ablatori (lett. d).

Ma alla stessa "ratio" sono ispirate le disposizioni contenute nelle lettere b) e c) che denotano in particolare come il principio di pareggio - così dinamicamente inteso - si coniughi necessariamente con altri principi e segnatamente con quello della prudenza e della veridicità. Si pensi inoltre all'ipotesi in cui sopraggiungano sentenze esecutive che condannano l'amministrazione (lett. a) al pagamento di somme di denaro: una sana gestione finanziaria impone - specie nell'eventualità di esiti contrastanti, dapprima cioè favorevoli per l'ente, poi sfavorevoli - di operare prudenzialmente a favore di strumenti che eliminino o attenuino l'impatto del nuovo debito.

Tutti questi eventi sono tipizzati dalla norma dell'art. 194 Tuel, e rappresentano un vulnus evidente al principio di pareggio, in uno con quello della veridicità del bilancio: non a caso la giurisprudenza ha ritenuto che già nella riportata delineazione dell'istituto del riconoscimento di debito (in quanto dotato dei requisiti della certezza, liquidità ed esigibilità: Circolare del Ministero dell'interno 20 settembre 1993, n. F.L. 21/1993) vi è comunque contenuta l'eccezionalità della sua configurazione legislativa<sup>5</sup>. La giurisprudenza ha sottolineato inoltre il carattere tassativo delle fattispecie sopra elencate, le uniche riconoscibili con la procedura di

<sup>3</sup> Cass. civ., sez. I, 12 luglio 1996, n. 6332.

<sup>4</sup> L'ordinanza della Corte costituzionale 6 luglio 2000, n. 266, ha stabilito la piena legittimità dell'art. 37 del D.Lgs. n. 77/1995 (ora art. 194 Tuel), risolvendo positivamente il problema transitorio circa l'applicabilità retroattiva delle modifiche apportate dall'art. 5 del D.Lgs. n. 342/1997, in relazione al caso previsto dalla lett. e).

<sup>5</sup> Corte dei Conti, sez. controllo per la Regione Sardegna, parere n. 6 del 25 novembre 2005



cui all'art. 194 TUEL, non applicabile a ipotesi diverse<sup>6</sup>. E per gli stessi motivi, cioè la duplice finalità di consentire agli amministratori di «conoscere con esattezza, di volta in volta, l'entità delle risorse a disposizione»<sup>7</sup> e «nei casi previsti e tipizzati dalla norma de qua, [di] ricondurre particolari tipologie di spesa nel complessivo sistema di bilancio»<sup>8</sup> - in tal modo sanando i due presupposti: quello giuridico (obbligazione assunta in violazione della norma) e quello contabile (imputazione della spesa occorrente in capo all'ente che ha provveduto al relativo riconoscimento)<sup>9</sup>, - è stata altresì affermata la competenza, esclusiva, non derogabile e non assumibile da altri organi, del Consiglio comunale in ordine al riconoscimento dei debiti fuori bilancio<sup>10</sup>.

## 2. LE SINGOLE IPOTESI DI RICONOSCIMENTO DI DEBITO

Alcune questioni circa la esatta latitudine della norma, in riferimento alle singole ipotesi da essa delineata, sono state ripetutamente oggetto di disamina da parte della giurisprudenza contabile.

### 2.1 La previsione della lettera a dell'art. 194 del TUEL

La previsione della lett. a) dell'art. 194 del Tuel ha indotto la giurisprudenza della Corte dei Conti a ritenere<sup>11</sup>, che tale norma contempra fra le tipologie di debiti fuori bilancio che è possibile riconoscere con l'adozione di apposita deliberazione del Consiglio, anche quelle derivante da sentenze esecutive di primo grado, in virtù del disposto di cui all'articolo 282 c.p.c., come novellato dalla legge 353/1990<sup>12</sup>: e sono ascrivibili alla fattispecie contemplata dalla norma in esame anche, a seguito della modifica normativa operata dal D.Lgs. 165/2015, che ha riformulato il testo dell'articolo 69 del D.Lgs. 546/92, le sentenze sfavorevoli alle amministrazioni pubbliche emesse dal giudice tributario<sup>13</sup>.

L'atto di riconoscimento appare anzi tanto più necessario in quanto, come sottolineato dalla giurisprudenza, anche l'eventuale previsione in bilancio di uno specifico stanziamento per liti, arbitraggi, transazioni e quant'altro, non elimina la necessità che il Consiglio deliberi sulla riconoscibilità dei singoli debiti formati al di fuori delle norme giuscontabili<sup>14</sup>.

6 Corte dei Conti, sez. controllo Puglia, 27 novembre 2009, n. 106; Corte dei Conti, sez. controllo Veneto, 8 luglio 2009, n. 125; Corte dei Conti, sez. controllo Toscana, 18 dicembre 2008, 30/P; Corte dei Conti, sez. controllo Basilicata, 2 ottobre 2007, n. 16.

7 Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Liguria, deliberazione n. 99 del 12 dicembre 2016

8 Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, deliberazione n. 326 del 22 novembre 2017

9 R. Mininno, *I debiti fuori bilancio degli enti locali derivanti da provvedimenti giurisdizionali esecutivi e la facoltà di pagamento anticipato da parte dell'organo di liquidazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

10 Sezione Regionale di Controllo per la Liguria deliberazione n. 73/2018/PAR del 22 marzo 2018

11 Corte dei Conti, Sezione Basilicata, deliberazione 76/2014.

12 La Corte dei Conti Sezione Lombardia, con la deliberazione 326/2017, ha evidenziato che, di fronte ad una sentenza esecutiva, ancorché di primo grado, sussiste l'obbligo per l'ente di riconoscere il relativo debito con le modalità di cui all'art. 194, comma 1, lett. a), del Tuel. Tale obbligo decorre, in un'ottica prudenziale, dalla data del deposito della sentenza di condanna, cioè dal momento del giuridico perfezionamento della relativa pubblicazione (art. 133, primo comma, c.p.c.). È in questo momento infatti che sorge l'obbligazione giuridica, vincolante (almeno in via provvisoria) e non programmata nell'ambito del ciclo di bilancio dell'ente. La dottrina (R.Mininno, *I debiti fuori bilancio degli enti locali derivanti da provvedimenti giurisdizionali esecutivi e la facoltà di pagamento anticipato da parte dell'organo di liquidazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) ha posto in evidenza che "Con specifico riferimento alla tipologia indicata alla lettera a), l'attuale formulazione (id est, "sentenze esecutive") si differenzia da quella contenuta nell'art. 37 del previgente decreto legislativo n. 77 del 1995 (id est, "sentenze passate in giudicato o sentenze immediatamente esecutive"): in sostanza, il legislatore del 2000 ha ritenuto perfezionato l'obbligo di pagamento in virtù della mera esecutività della sentenza, a prescindere dall'intervenuta irretrattabilità della statuizione giurisdizionale discendente dal passaggio in giudicato.

La ratio della modifica operata è da rinvenirsi nel testo, così come emendato, dell'art. 282 cod. proc. civ., ai sensi del quale la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti".

13 Corte dei Conti Lombardia, deliberazione 210/2018.

14 Corte dei Conti Sez. Basilicata, del. 6/2007

Peraltro, ci si è chiesti se nelle more dell'adozione della delibera consiliare di riconoscimento, l'amministrazione possa procedere ugualmente alla liquidazione ed al pagamento del debito derivante da sentenza esecutiva, al fine di rispettare il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo previsti dall'articolo 14, del D.L. 669/1996 ai fini dell'avvio di procedure esecutive nei confronti della P.A.: ciò in quanto - come vedremo - non residua alcun margine di discrezionalità in capo al Consiglio comunale nel valutare l'an e il quantum del debito, dal momento che esso rimane stabilito nella misura indicata dal provvedimento dell'autorità giudiziaria. La giurisprudenza contabile ha tuttavia ritenuto che i 120 giorni di tempo dalla notifica del titolo esecutivo previsti dall'articolo 14, del D.L. 669/1996 ai fini dell'avvio di procedure esecutive nei confronti della P.A., costituiscono un periodo sufficientemente ampio per provvedere agli adempimenti di cui all'articolo 194 del Tuel: gli organi preposti dovranno quindi procedere con tempestività alla convocazione del Consiglio comunale per il riconoscimento del debito, in modo da impedire il maturare di interessi, rivalutazione monetaria ed ulteriori spese legali <sup>15</sup>.

### 2.1.1 I provvedimenti equiparati alle sentenze pronunciate dall'Autorità Giudiziaria

Il consolidato orientamento giurisprudenziale <sup>16</sup>, ha ulteriormente precisato che la portata precettiva dell'art. 194, comma 1, lett. a), si estende anche ai lodi arbitrali pronunciati in via rituale, in quanto provvedimenti equiparati, quanto agli effetti, alle sentenze pronunciate dall'autorità giudiziaria<sup>17</sup>; così come secondo l'univoco indirizzo della giurisprudenza, civile<sup>18</sup> e amministrativa<sup>19</sup>, l'ordinanza di assegnazione di crediti ex articolo 553 c.p.c. si qualifica come "titolo esecutivo che, munito della relativa formula, può essere portato ad esecuzione dal creditore assegnatario (già pignorante) contro il terzo pignorato", suscettibile di essere dedotto anche nel giudizio di ottemperanza, ai sensi dell'articolo 112, comma 3, lett. c) c.p.a. <sup>20</sup> ed è, senza alcun dubbio, titolo idoneo per consentire il riconoscimento di obbligazioni fuori bilancio ex articolo 194 del Tuel.

In ambo i casi quindi l'ente dovrà attivare la procedura di riconoscimento del debito fuori bilancio (ex art. 194, comma 1, lett. a).

La giurisprudenza ha ricondotto all'ambito oggettivo della norma in questione anche i debiti fuori bilancio derivanti da decreti ingiuntivi divenuti esecutivi <sup>21</sup>. Alla luce di quanto sopra, se ne è dedotto che l'espressione "sentenze esecutive" di cui al richiamato art. 194 comma 1 lett. a) Tuel, debba interpretarsi, estensivamente (essendo questa norma eccezionale, infatti, non è possibile procedere ad una estensione del relativo ambito applicativo, attraverso il ricorso al procedimento analogico, sub specie di analogia *iuris e legis*), riferendola a tutti i provvedimenti giudiziari esecutivi, come nel caso dei decreti ingiuntivi, da cui derivino debiti pecuniari a carico dell'ente locale <sup>22</sup>.

Le stesse considerazioni non si possono proporre a proposito dell'accordo concluso a seguito di una procedura di negoziazione assistita, introdotta dal decreto legge 12 settembre

15 Corte dei Conti Sezione regionale Puglia, deliberazione 152/2016

16 Corte dei Conti, Sezione Basilicata, deliberazione 76/2014

17 Tra le ultime Cass. civ. Sez. Unite, 25 ottobre 2013, n. 24153; Corte Costituzionale, 19 luglio 2013 n. 223. Anche il debito derivante da lodo arbitrale rituale in materia di lavori pubblici è equiparabile, quanto all'efficacia, alla sentenza (Sez. Lombardia 401/12/PAR dell'11.9.2012).

18 Cass. 18 marzo 2003, n. 3976; 3 giugno 2015, n. 11493; 10 maggio 2016, n. 9390

19 C.d.S. Adunanza plenaria 10 aprile 2012, n. 2

20 Corte dei Conti, Sezione regionale Liguria, deliberazione n. 105/2016

21 Corte dei Conti Sez. Emilia-Romagna n. 242 del 25.6.2013

22 F.Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162: la Corte dei Conti <sup>23</sup> ha avuto modo di sottolineare che «L'accordo concluso a seguito di negoziazione assistita, al pari di ogni altro accordo transattivo, non essendo riconducibile alle ipotesi tassative di cui all'art. 194 del Tuel, non può costituire il titolo per il riconoscimento di un debito fuori bilancio, con la conseguenza che gli oneri scaturenti dallo stesso, nella misura in cui siano prevedibili e determinabili dal debitore, devono essere contabilizzati secondo le ordinarie procedure di spesa».

## **2.2 I debiti fuori bilancio e l'articolo 194, comma 1, lett. b) e c), del TUEL**

### *2.2.1 Il differente ambito soggettivo delle lettere b e c dell'art. 194 del TUEL*

La previsione normativa mette in rilievo la differenza, sia sul piano oggettivo che soggettivo, tra quanto previsto dal Tuel all'art. 193 lett b) (a mente del quale "con deliberazione consiliare di cui all'articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da (...) 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'articolo 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione") e quanto invece enunciato dalla lett. c) del medesimo articolo del Tuel (in virtù del quale "con deliberazione consiliare di cui all'articolo 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da (...) 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"). Sia nel primo caso, che nel secondo caso, si è sottolineato come il legislatore non consente né prevede una indiscriminata riconoscibilità dei disavanzi come debiti fuori bilancio, ma ne subordina la possibilità a una serie tassativa di presupposti.

In termini generali, è principio condiviso quello relativo all'obbligo che fa capo agli enti partecipanti di valorizzare non solo il grado di autonomia soggettiva che caratterizza il soggetto partecipato (specialmente ove questi possieda una sua autonoma personalità giuridica), ma anche il relativo e concreto grado di autonomia patrimoniale e di gestione dagli enti partecipanti stessi, da valutare con riferimento pure alla eventuale "esposizione a rischio" per le perdite<sup>24</sup>. Ed in particolare, ove si abbia riguardo ai disavanzi di "...consorzi, di aziende speciali e di istituzioni", la copertura (al fine di rispettare il pareggio del bilancio) può avvenire solo "nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi", mentre per quanto riguarda, invece, le società, l'ordinamento riconosce la possibilità da parte dell'ente locale di provvedere alla loro ricapitalizzazione<sup>25</sup>.

La normativa in questione, per la rigidità dei presupposti, rappresenta pertanto una eccezione al normale iter di spesa, con la conseguenza che, non rientrando l'associazione non riconosciuta o una fondazione nel perimetro soggettivo di operatività della disposizione, l'ente locale non può riconoscere i debiti facenti capo a tale soggetto<sup>26</sup>.

---

23 Sezione Sicilia, Deliberazione n. 164/2016/PAR del 26 luglio 2016.

24 Corte dei Conti Sez. Umbria, Deliberazione n. 28/2017/PAR

25 Ex multis, Corte dei Conti Sezione Veneto, delibera n. 324/2011

26 Corte dei Conti, Sez. controllo Puglia deliberazione 26/2016 e Corte dei Conti sezione regionale Abruzzo, deliberazione 5/2017.

## 2.2.2 La previsione della lettera b dell'art. 194 del TUEL

La previsione della lettera b) dell'art. 194 del Tuel mette capo a una scelta di tipo legislativo a fronte della quale i debiti scaturiti dalla gestione di enti strumentali di enti locali, possono essere riconosciuti a condizione che:

- sul piano soggettivo, riguardino debiti inerenti a consorzi, aziende speciali o istituzioni, ossia a soggetti partecipati totalmente da enti pubblici (sottoposti ad uno stringente controllo da parte dell'ente locale) per lo svolgimento di funzioni o di servizi privi di rilevanza economica e disciplinati dal Tuel agli articoli 31 e 114;
- sul piano oggettivo, sia stato rispettato l'obbligo di pareggio di bilancio che l'articolo 114 del Tuel e che il disavanzo derivi da quella stessa attività di gestione su cui l'ente locale esercita il controllo, indirizzandola.

A tale ultimo proposito, ove cioè si abbia riguardo ai disavanzi di *"...consorzi, di aziende speciali e di istituzioni"*, la giurisprudenza della Corte dei Conti ha sottolineato la diversità ontologica degli altri organismi partecipati rispetto alle società: per essi è esclusa la possibilità di ricapitalizzazione, diversità che, di conseguenza, *"consente di escludere l'applicazione, anche analogica, delle disposizioni sopra menzionate, che in via eccezionale permettono a un ente pubblico di farsi carico del disavanzo di una struttura deputata alla gestione di un servizio di interesse generale"*<sup>27</sup>.

La giurisprudenza, nondimeno - pur rimarcando la cennata differenza tra quanto previsto dall'art. 193 lett b) e quanto invece contemplato dalla lett. c) del medesimo articolo del Tuel - ha già avuto modo di sottolineare l'estensione analogica alle aziende speciali e ai consorzi di taluni principi riferiti alle società *"in house"*<sup>28</sup>.

Nel caso del consorzio, a prescindere dall'ambito applicativo dell'art. 6, comma 19 del d.l. n. 78/2010 e, ora, delle disposizioni di cui agli artt. 14 e 21 del D.Lgs. 175/2016 riguardo agli enti strutturalmente in perdita, si è in ogni caso affermata - da parte della giurisprudenza della Corte dei Conti - l'esclusione di *"una razionalità economica (...) nell'accollo del debito risultante verso terzi all'esito della procedura di liquidazione"*<sup>29</sup>.

Anzi, si è ritenuto che *"il finanziamento per il ripiano di perdite gestionali di organismi partecipati dall'ente locale, diversi dal modello societario, corrisponde a criteri di sana gestione finanziaria solo se è finalizzato a sostenere piani di riequilibrio dei costi rispetto ai ricavi. Non è ammissibile nell'attuale congiuntura economica il soccorso finanziario "a fondo perduto" in favore di organismi strumentali che hanno generato e che continuano a generare cospicue perdite di gestione dalla data della costituzione sino all'ultimo bilancio approvato"*<sup>30</sup>.

Secondo il surriferito indirizzo, si *"...impone l'abbandono della logica del salvataggio a tutti i costi di strutture e organismi partecipati o variamente collegati alla pubblica amministrazione che versano in situazioni d'irrimediabile dissesto, ovvero l'ammissibilità d'interventi tampone con dispendio di disponibilità finanziarie a fondo perduto, erogate senza l'inserimento in un programma industriale o in una prospettiva che realizzi l'economicità e l'efficienza della gestione nel medio e lungo periodo (comma 19 primo periodo). I trasferimenti agli organismi partecipati sono consentiti solo se vi sarà un ritorno in termini di correttezza della prestazione a fronte dell'erogazione pubblica, ovvero la realizzazione di un programma d'investimento. Eventuali interventi in deroga, potranno essere autorizzati solo al cospetto di gravi pericoli per l'ordine e la sicurezza pubblica e la sanità e al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse (comma 19, secondo periodo)"*<sup>31</sup>.

27 Corte dei Conti, Sezione di controllo per l'Abruzzo n. 5/2017/PAR del 27 gennaio 2017.

28 Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4580/2000 e Corte conti Lombardia, delibera n. 274/2012.

29 Delibera Sez. Abruzzo, n. 279/2015.

30 Corte dei Conti, Sezione di controllo per la Lombardia deliberazione n. 274 del 2012.

31 Corte dei Conti Lombardia, deliberazioni n. 753/2010/PAR, n. 1081/2010/PAR e n. 636/2011/PAR.

### 2.2.3 La previsione della lettera c)

#### 2.2.3.1 Obblighi di accantonamento e divieti di soccorso finanziario

La previsione della lettera c) dell'art. 194 del Tuel deve essere letta in stretta connessione con le norme del Tusp che contemplano una serie di condizioni relative all'apporto di risorse finanziarie dall'ente locale alla società di capitali, finalizzate alla sola ricapitalizzazione.

In particolare, vengono in rilievo l'art. 21 del decreto legislativo 175/2016 nonché l'art. 14 comma 5 del medesimo Tusp.

La disposizione contenuta nell'art. 21 citato prevede che " Nel caso in cui società partecipe dalle pubbliche amministrazioni locali comprese nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, presentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti, che adottano la contabilità finanziaria, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. (...) L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione".

L'art. 14 comma 5 del Tusp specifica, d'altro canto, che "Le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall'Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte dei Conti con le modalità di cui all'articolo 5, che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità, su richiesta della amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell'Economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma".

Dal complesso normativo testé riportato, si può pertanto affermare che, al momento, sussista:

- *un divieto di ripiano perdite, se non all'interno di un piano di risanamento che garantisca l'equilibrio futuro dei conti della partecipata;*
- *un divieto di soccorso finanziario, anche in caso di deficit di liquidazione;*
- *la possibilità di un apporto finanziario da parte dell'ente locale unicamente alle società di capitali, e solo per interventi di ricapitalizzazione.*

### 2.2.3.2 Segue: il rapporto tra il divieto di soccorso finanziario per le situazioni di perdita finanziaria in cui versano le società e l'accantonamento all'apposito fondo.

Come si è visto, la previsione della lettera c) dell'art. 194 del Tuel concerne le sole società di capitali e contempla l'intervento pubblico unicamente in caso di ricapitalizzazione. Ci si è inevitabilmente chiesti come debbono essere considerate (e con che strumenti vanno trattate) le situazioni di perdita finanziaria in cui versano eventualmente le società in argomento.

Le prime esperienze applicative hanno evidenziato come l'adempimento dell'obbligo di accantonamento contemplato dall'art. 21 del Tusp ponga un problema di coordinamento con l'art. 14 comma 5 del T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. 175/2016) che prevede specifici limiti circa il ripiano delle perdite da parte dell'ente locale.

Va premesso che secondo le norme di diritto comune nelle società di capitali, ovvero il solo tipo di società per cui è possibile la partecipazione di un'amministrazione pubblica (art. 3, D.Lgs. 175/2016), per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio (articoli 2325, comma 1 e 2462, comma 1, Codice civile). In assenza di alcuna deroga sul punto, anche il socio pubblico, al pari di ogni altro socio, resta esposto nei limiti della quota capitale detenuta (solo in ipotesi assai particolari, il sistema prevede eccezionalmente la responsabilità illimitata del socio unico - art. 2325, comma 2 e art. 2462 comma 2, Codice civile - o del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento di cui agli art. 2497 e seguenti del Codice civile).

Alla luce delle suddette coordinate normative, la giurisprudenza<sup>32</sup> ha rimarcato che l'adempimento dell'obbligo di accantonamento di quote di bilancio, in correlazione ai risultati gestionali negativi degli organismi partecipati, non comporta l'insorgenza a carico dell'Ente socio, anche se unico, di un conseguente obbligo al ripiano di dette perdite o all'assunzione diretta dei debiti del soggetto partecipato: ciò in quanto l'introduzione del meccanismo dell'accantonamento, imposto prima dall'articolo 1, commi 550-552 della legge 147/2013 ed attualmente dall'articolo 21 del D.Lgs. 175/2016, non ha significato il venir meno dei limiti al "soccorso finanziario" nei confronti degli organismi partecipati (articoli 5, comma 1, e 14, commi 2, 3 e 4 del D.Lgs. 175/2016), né esime l'ente dalla dimostrazione, in caso di soccorso finanziario, circa la presenza di un interesse a coltivare la partecipazione nella società in perdita.

Ed anzi, occorre sempre valutare, al momento di assumere oneri per la ricapitalizzazione della società in perdita, la capacità della società di tornare in utile (previa valutazione di un piano industriale) nonché l'economicità e l'efficacia della gestione del servizio tramite il predetto organismo, piuttosto che prendere atto dell'avvenuto scioglimento della medesima, a norma dell'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.<sup>33</sup>. Ciò nell'ottica delle regole europee che vietano ai soggetti che operano sul mercato di fruire di diritti speciali o esclusivi, ma anche nel contesto delle disposizioni nazionali sui piani di razionalizzazione e dei relativi criteri dettati dalla legge, ove sono particolarmente attenzionate le società in perdita. In altri termini, l'adempimento dell'obbligo di accantonamento di quote di bilancio, in correlazione a risultati gestionali negativi degli organismi partecipati, oltre a non comportare conseguenti obblighi al ripiano di dette perdite o all'assunzione diretta dei debiti del soggetto partecipato, non ha neppure significato il venir meno del sistema di limiti individuato dalla stessa giurisprudenza con riguardo alla possibilità per gli enti locali di ricorrere a tali operazioni nell'ambito dei rapporti finanziari con le proprie partecipate<sup>34</sup>.

32 Sezione regionale di controllo della Liguria, deliberazione n. 24/2017.

33 C. conti, Sez. Liguria, deliberazione n. 19/2016/PRSE; Sez. Lombardia, deliberazione n. 269/2015/PRSE; id., deliberazione n. 15/2015/PRSE.

34 Per tutte cfr. Corte dei Conti Sezione controllo Lombardia, deliberazione n. 410/2016/PRSE e la numerosa giurisprudenza ivi richiamata; cfr. anche il referto della Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie di cui alla deliberazione n. 27/SEZAUT/2016/FRG.

Non a caso infatti il legislatore sottolinea, all'art. 21 comma 3-bis del Tusp che *“Le pubbliche amministrazioni locali partecipanti possono procedere al ripiano delle perdite subite dalla società partecipata con le somme accantonate ai sensi del comma 1, nei limiti della loro quota di partecipazione e nel rispetto dei principi e della legislazione dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato”*.

### 2.2.3.3 Segue: le caratteristiche formali dell'operazione.

Orbene, pur non ricorrendo alcuna obbligatorietà, non si può tuttavia astrattamente escludere che il Comune possa deliberare l'accollo di detti debiti<sup>35</sup>, e anzi esso, ove effettuato, rientra tra le scelte discrezionali dell'Ente<sup>36</sup>.

#### 2.2.3.3.1 Accollo del debito...

Sul piano formale, non vi è infatti dubbio che l'amministrazione locale pone in essere nella fattispecie un'operazione di accollo di debito, esistente quest'ultima anche quando l'accordo interviene solo tra debitore e terzo (c.d. accollo "interno"), il quale ultimo fornisce i mezzi per far fronte all'adempimento dell'obbligazione, obbligandosi a tanto nei confronti del solo debitore "accollato" come ampiamente sostenuto<sup>37</sup>. Per la Suprema Corte, "la figura dell'accollo interno - non prevista espressamente dal codice civile, ma riconducibile all'esercizio dell'autonomia privata per il perseguimento di interessi meritevoli di tutela - ricorre allorché il debitore convenga con il terzo l'assunzione, da parte di costui, in senso puramente economico, del peso del debito, senza tuttavia, attribuire alcun diritto al creditore e senza modificare l'originaria obbligazione, sicché il terzo assolve il proprio obbligo di tenere indenne il debitore adempiendo direttamente in veste di terzo, o apprestando in anticipo al debitore i mezzi occorrenti, ovvero rimborsando le somme pagate al debitore che ha adempiuto"<sup>38</sup>.

#### 2.2.3.3.2 ...e motivazione della scelta di pubblico interesse del comune. I limiti del riconoscimento di debito.

Purtuttavia, l'interesse pubblico che giustifica l'utilizzo di risorse di bilancio non può consistere nella sola tutela dei creditori, pena la violazione della *par condicio creditorum*. Tale interesse pubblico deve concretizzarsi in qualcosa di diverso e più specifico, comunque di portata tale da legittimare la perdita del beneficio della responsabilità da parte della pubblica amministrazione: la motivazione circa tale scelta, proprio perché comporta la rinuncia al limite legale della responsabilità patrimoniale per debiti, impone anche che si individui lo schema causale di contratto al quale ricondurre l'operazione di assunzione del debito<sup>39</sup> e che il Comune debba dar conto delle ragioni di vantaggio e di utilità che giustificano tale scelta, in sede di valutazione discrezionale, anche in dipendenza delle surriferite ragioni e condizioni finanziarie che possono effettivamente permettere tale operazione<sup>40</sup>. È evidente quindi come, nel caso di società in liquidazione, l'apporto finanziario dell'ente socio per colmare il gap fra attivo e passivo della liquidazione viene a tradursi in un accollo delle passività societarie, totalmente privo delle finalità proprie di duraturo riequilibrio strutturale.

35 Corte dei Conti Sezione Veneto, delibera n. 980 del 28.11.2012.

36 Cfr. Corte dei Conti Sezione Emilia-Romagna, delibera n. 33/2011/PAR e Sezione Basilicata, delibera n. 28/2011 nonché Sezione Veneto, delibera n. 434/2012/PAR.

37 Sul punto, ex multis dalla Cass. civ., sez. I, sentenza n. 4383 del 24.2.2014

38 Cass. civ., sez. I, sentenza n. 4383 del 24.2.2014

39 Corte dei Conti, Sezione controllo Basilicata, deliberazione n. 28/2011/PAR.

40 Corte dei Conti, Sezione controllo Veneto, deliberazione n. 980 del 28.11.2012

Per giustificare tale scelta l'ente è tenuto a dimostrare in modo obiettivo la necessità dell'operazione per il conseguimento di interessi pubblici alternativi rispetto a quelli della continuità aziendale, nonché la relativa convenienza economica rispetto alla fruizione del beneficio della responsabilità patrimoniale limitata<sup>41</sup>.

Si tratta di una dimostrazione che, seppur non impossibile, è stata riconosciuta come valida, ad esempio, in casi limitatissimi, qualora finalizzata al necessario recupero al patrimonio comunale di beni societari indispensabili per la prosecuzione dell'erogazione di servizi pubblici fondamentali, o nel caso di pregresso rilascio di garanzia dell'ente per l'adempimento delle obbligazioni della società. Al riguardo, è da escludere che il concreto interesse pubblico all'operazione possa essere identificato con la mera esigenza di soddisfare alcuni crediti sociali aventi natura fiscale, trattandosi di vantaggio che non ricade sul patrimonio dell'ente socio e neppure è neutro per gli equilibri di finanza generale<sup>42</sup>.

### 2.2.3.3.3 Il concetto di ricapitalizzazione e le situazioni elusive

Occorre pertanto marcare in modo puntuale la distinzione tra ricapitalizzazione in senso stretto e ripiano delle perdite delle società miste strumentali per l'esercizio dei servizi dell'ente: a tal proposito, occorre sottolineare che la ricapitalizzazione è una specifica operazione che presuppone una valutazione attenta sulla progettazione e sull'organizzazione dei controlli interni che deve comprendere il controllo sugli organismi partecipati e l'organizzazione del monitoraggio sull'andamento gestionale dei medesimi, e riguarda le sole società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali<sup>43</sup>. Con riguardo a tali operazioni è stato ulteriormente precisato che permane la necessità per il Comune di valutare scrupolosamente il piano industriale che (...) originerebbe la richiesta di finanziamento, al fine di appurare se i presupposti di base in esso considerati corrispondano alla realtà aziendale e del mercato, se le ipotesi di sviluppo in esse contenute siano concretamente attuabili e se esistano e permanano le condizioni di equilibrio finanziario della società<sup>44</sup>.

Il termine ricapitalizzazione identifica pertanto un'azione mirata, di ricostituzione del capitale deliberato dai soci per la costituzione della società normativamente disciplinata e non è suscettibile di interpretazione estensiva ad altre fattispecie di ripianamento di perdite d'esercizio. Al di là del nomen iuris utilizzato dal legislatore in materia, le operazioni di ricapitalizzazione mediante utilizzo dell'avanzo sono state ritenute illegittime qualora adombrino, di fatto, un ripiano delle perdite d'esercizio croniche<sup>45</sup>, o siano ripetute in un breve lasso di tempo. In secondo luogo, le citate disposizioni sugli accantonamenti vanno, necessariamente, coordinate con le norme del codice civile sull'automatico scioglimento della società il cui capitale sia sceso al di sotto del limite legale (artt. 2484, co. 1, n. 4 e 2447 c.c.). Le norme del codice civile che prevedono un intervento del socio sono rappresentate dall'art. 2446 (perdite d'esercizio superiori al terzo del capitale) e dall'art. 2447 (perdite d'esercizio che riducono il capitale sociale al di sotto del limite legale).

## 2.3 La lettera D dell'art. 194 del Tuel e I limiti del riconoscimento

La fattispecie di cui alla lett. d), fa specifico riferimento alle procedure di esproprio o di occupazione di urgenza per opere di pubblica utilità che la L. 350/03, art. 3 comma 18, lett.

41 Corte dei Conti, Sezione controllo Lombardia, deliberazione n. 106/2017.

42 Corte dei Conti, Sezione controllo Lazio, deliberazione n. 66/2018.

43 Canone 106 dei principi contabili.

44 Corte dei Conti, Sezione controllo Veneto, parere 40/2009.

45 Cfr. Corte dei Conti, sez. reg. per il controllo del Piemonte n. 15/PAR/2008



e), ha classificato come di investimento, riferendosi, ovviamente, alla sola attività fisiologica e non certo anche alle spese conseguenti a patologiche devianze della procedura, dalla quale siano, poi, scaturiti contenziosi definiti in danno della amministrazione.

Un chiarimento in tal senso, circa cioè i limiti in concreto dell'ambito oggettivo del riconoscimento del debito derivante dalla procedura espropriativa, è arrivato dalla decisione della Sezione Riunite n. 13/2016, la quale ha fornito alcune indispensabili coordinate per pervenire alla corretta individuazione delle poste riconoscibili.

Come è noto, infatti, le procedure espropriative scontano l'inevitabile lunghezza degli esiti anche giudiziali cui sono sottoposte (e comunque si concludono molti anni dopo dal perfezionamento dell'atto di esproprio), a causa tra l'altro anche delle vicissitudini normative e giurisprudenziali dell'istituto ablatorio: e la questione si intreccia inevitabilmente con quella afferente la fonte di finanziamento della somma complessiva (ovverosia se la somma complessiva sia finanziabile con mutuo, ovvero se sia finanziabile a debito solo la parte dell'indennità).

Secondo un orientamento restrittivo, in caso di debito fuori bilancio di cui alla predetta lett. d), potrà ricorrersi, ai fini del finanziamento, all'indebitamento, solo ed esclusivamente per gli oneri connessi alle fisiologiche attività di acquisizione di aree, per le quali non risulti assunto in contabilità apposito impegno di spesa e manchino, ovviamente, risorse ad altro titolo<sup>46</sup>.

A seguito della remissione operata dalla sezione regionale per le Marche con delibera 63/2016, le Sezioni Riunite hanno chiarito che l'atto di riconoscimento, finanziabile attraverso anche con l'accensione di un mutuo, concerne non solo l'indennità di esproprio, ma anche gli interessi e la stessa rivalutazione monetaria, in virtù di un collegamento dettato da un'ottica economico-patrimoniale tra le voci. Non è fuor di luogo ricordare al riguardo che in precedenza la Cassa depositi e prestiti, con la circolare 1280/2013, aveva già sottolineato le somme qualificabili come rivalutazione e interessi fossero ricomprese nell'ambito dell'atto di riconoscimento effettuato dall'ente e che esse fossero finanziabili con indebitamento.

Il limite del riconoscimento concernerà quindi unicamente gli interessi moratori che saranno calcolati successivamente alla data di assunzione del provvedimento e fino al momento dell'effettivo pagamento e che pertanto non saranno nemmeno finanziabili con il mutuo.

## **2.4 La previsione della lett. e) dell'art. 194 del TUEL**

### *2.4.1 Le due condizioni preliminari per il riconoscimento: la qualità della spesa e il fine cui essa è destinata*

La norma dell'art. 194 lett e) del Tuel individua la possibilità per l'ente locale di operare il riconoscimento di debito nel caso dell'avvenuta acquisizione irrituale di beni e servizi (in violazione cioè delle procedure di impegno di spesa contemplate dai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 191 del Tuel), purchè ciò avvenga, da un lato, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, e, dall'altro, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza<sup>47</sup>.

Dal dettato normativo è agevole desumere l'estrema rigidità dei presupposti oggettivi per esercitare l'azione di arricchimento senza causa nei confronti della Pubblica amministrazione, alla luce della norma contenuta nell'art. 194 del D.Lgs. 267/2000, e su cui ci soffermeremo successivamente, atteso che la responsabilità diretta del o dei dipendenti che hanno

---

<sup>46</sup> Corte dei Conti, Sezione controllo Marche parere 65/2013.

<sup>47</sup> F.Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

consentito la fornitura sorge soltanto per la (e se vi sia una) *"parte non riconoscibile ai sensi dell'articolo 194, 1° comma, lett. e)"* del TUEL (art. 191, comma 4, cit.).

Dallo stesso enunciato normativo, si ricava, inoltre, l'individuazione di due condizioni preliminari perché sia possibile procedere al riconoscimento dei debiti fuori bilancio: una concerne il tipo e la qualità della spesa (acquisizione di beni e servizi), e l'altra il fine a cui è diretta la stessa (espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza dell'ente locale).

## 2.4.2 *I casi particolari*

### 2.4.2.1 A) debito fuori bilancio e forma scritta ad substantiam del contratto

Ci si è chiesti se sia applicabile l'art. 194 del Tuel in materia di riconoscimento di un debito fuori bilancio, in assenza di contratto redatto in forma scritta, anche qualora si sia verificato un evidente arricchimento dell'Ente nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni: l'opzione negativa è stata affermata dalla Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per il Trentino Alto Adige nel parere n. 35 del 25 luglio 2018, partendo dalla fondamentale considerazione secondo cui i contratti con la P.A. richiedono necessariamente la forma scritta.

Come è noto infatti, l'art. 32, c. 14 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "Codice dei contratti pubblici", sancisce espressamente che "il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedure negoziate ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri".

Secondo quanto sostenuto dalla Suprema Corte, la forma scritta, "assolve una funzione di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa, permettendo d'identificare con precisione il contenuto del programma negoziale, anche ai fini della verifica della necessaria copertura finanziaria e dell'assoggettamento al controllo dell'autorità tutoria" (Cass. n. 20690/2016). Ne consegue, secondo gli intendimenti della Cassazione, che in assenza della forma scritta "...non si è in presenza di un "contratto", ancorché invalidamente concluso, ma a un comportamento di fatto privo di rilievi di sorta, sul piano giuridico, mancando - in radice - quell'"accordo" tra le parti, presupposto dall'art. 1321 c.c. anche per il costituirsi di un contratto invalido o non opponibile ai terzi" (Cass. n. 20033/2016). Chiarito che i contratti dei Comuni richiedono la forma scritta ad substantiam, la mancanza di questo elemento determina la deficienza strutturale dell'atto, ossia la mancanza e l'impossibilità originaria di un elemento costitutivo. La nullità del contratto per difetto di forma comporta la definitiva inidoneità dello stesso a produrre gli effetti suoi propri nei confronti dell'amministrazione pubblica. Come ha statuito la Corte costituzionale, nell'ambito delle gestioni degli enti locali "gli atti di acquisizione di beni e servizi in esame (n.d.r. adottati in difformità alle procedure di spesa) solo apparentemente sono riconducibili all'ente locale, mentre, in effetti, si verifica una vera e propria scissione del rapporto di immedesimazione organica tra agente e Pubblica amministrazione" (Sentenza Corte cost. n. 295/1997). Anche secondo la Corte di cassazione la condotta dell'amministratore o funzionario in violazione delle regole contabili (ed a maggior ragione quelle di diritto sostanziale) nelle procedure di effettuazione dei lavori e di acquisizione dei beni e servizi, comporta "una vera e propria frattura o scissione operata dal rapporto di immedesimazione organica tra i suddetti agenti e la Pubblica Amministrazione, con conseguente esclusione della riferibilità a quest'ultima delle iniziative adottate al di fuori dello schema procedimentale previsto dalla norma c.d. ad evidenza pubblica". La conseguenza che ne deriva è che il "rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della contropre-

stazione e per ogni altro effetto di legge tra il privato fornitore e l'amministratore o il funzionario che abbiano consentita la fornitura". (Cass. Civ., Sez I, Sent. 04.01.2017, n. 80). È quindi pacifico che il difetto di forma scritta nei contratti con il Comune determina la mancata costituzione dell'obbligazione contrattuale nei confronti dell'amministrazione con la conseguenza che non vi può essere "debito" fuori bilancio da riconoscere. Si è già più sopra ricordato che la disciplina dell'art. 194 Tuel per la riconoscibilità del debito presuppone l'esistenza di un'obbligazione giuridicamente perfezionata nei confronti dell'ente locale, obbligazione che difetta dell'osservanza delle procedure contabili poste a garanzia del rispetto del principio di programmazione della spesa e dell'universalità del bilancio, nonché a presidio degli equilibri finanziari complessivi (art. 119, comma 1, Cost.). La funzione della delibera del Consiglio, di riconoscimento del debito fuori bilancio, è complessa "poiché è diretta ad accertare se il debito rientri in una delle tipologie individuate da detta norma e, quindi, a ricondurre l'obbligazione all'interno della contabilità dell'ente, individuando anche le risorse necessarie per farvi fronte, nonché ad accertare le cause che hanno originato l'obbligo, anche al fine di mettere in luce eventuali responsabilità" (Corte dei Conti, Sezione contr. Lombardia, parere n. 522 del 28 aprile 2010). Ed ancora la Magistratura contabile afferma che "il debito fuori bilancio è ogni debito non preventivamente previsto nel bilancio dell'ente e, quindi, impegnato nelle forme di legge, in coincidenza con l'assunzione di un'obbligazione giuridicamente perfezionata" (Sezione contr. Puglia, delibera n. 26 del 22 gennaio 2016). Proprio perché il contratto che difetta di forma scritta ad substantiam nei termini più sopra illustrati non costituisce un'obbligazione giuridicamente perfezionata, "non risulta applicabile l'art. 194 TUEL che rappresenta una disciplina eccezionale, relativa ad ipotesi tassative e di tendenziale stretta interpretazione" (ex multis Sez. Contr. Lombardia, parere n. 65 del 22 febbraio 2013). La Suprema Corte (Sent. Cass. Civ., Sez. I, 14 febbraio 2017, n. 3844) afferma infatti che "il riconoscimento di un debito fuori bilancio... costituisce un procedimento discrezionale che consente all'ente locale di far salvi nel proprio interesse - 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 di copertura contabile, ma non introduce una sanatoria per i contratti nulli o, comunque invalidi - come quelli conclusi senza il rispetto della forma scritta "ad substantiam".

#### 2.4.2.2 B) incarichi legali, forma scritta del preventivo di spesa e riconoscimento del debito

Gli stessi principi sono stati enunciati dalla giurisprudenza a proposito del particolare caso in cui gli onorari richiesti dal legale siano di maggiore importo rispetto all'impegno contabilmente assunto. La necessità della forma scritta ha indotto la giurisprudenza contabile<sup>48</sup> a ribadire la necessità di un preventivo di massima che indichi la misura del compenso, oggetto tra l'altro di specifica previsione da parte della normativa che ha abrogato le tariffe professionali (art. 9, D.L. 1/2012) e che attualmente disciplina i compensi, tra l'altro, degli avvocati.

Nello specifico tale principio, che viene espressamente contemplato dal Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria (All. n. 4/2 al D.Lgs. n. 118/2011) proprio "al fine di evitare la formazione di debiti fuori bilancio", non solo prevede, in deroga al principio della competenza potenziata, l'imputabilità dell'impegno assunto con il conferimento dell'incarico all'esercizio in cui il contratto è firmato, garantendo, in tal modo, la copertura della spesa, ma impone, altresì, all'ente di chiedere ogni anno al legale di confermare o meno il preventivo di spesa sulla scorta del quale è stato assunto l'impegno originario (ciò in consi-

48 Corte dei Conti, Sezione controllo Veneto, deliberazione n. 375/2016.

derazione della probabile reimputazione ad altro esercizio, ossia quello nel quale l'obbligazione viene effettivamente a scadenza, del residuo passivo formatosi proprio per effetto del meccanismo di imputazione previsto dal principio suddetto).

Tuttavia, la carenza iniziale nella stima del costo della prestazione non può influire sulla esistenza ed entità dell'obbligazione sorta per effetto dell'espletamento dell'incarico, che deve trovare, ovviamente nei limiti della effettiva spettanza e nel rispetto delle norme e dei principi che regolano il riconoscimento dei debiti fuori bilancio, la dovuta rappresentazione contabile nelle scritture dell'ente, allo scopo di consentirne il regolare adempimento.

In particolare, ove la stima non sia stata adeguata ed effettivamente i compensi maturati dal legale eccedano l'impegno assunto, l'alternativa è il riconoscimento del debito, secondo la procedura disciplinata dall'art. 194 del Tuel ovvero, nell'ipotesi di non riconoscibilità del rapporto obbligatorio per la accertata assenza dei presupposti ivi previsti, l'imputazione diretta del rapporto medesimo all'amministratore, funzionario o dipendente che abbiano consentito l'acquisizione della prestazione in assenza dell'impegno e della necessaria copertura (art. 191, 4° comma, del Tuel).

### 3. LA NATURA GIURIDICA DELL'ATTO DI RICONOSCIMENTO DI DEBITO

#### 3.1 *La tesi della riconduzione dell'atto di riconoscimento di debito alla previsione dell'art. 1988 CC*

Ci si è interrogati sulla natura dell'atto di riconoscimento consiliare del debito fuori bilancio.

Secondo una parte della giurisprudenza, assolutamente minoritaria, si tratta di un provvedimento di puro riconoscimento di debito accostabile all'art. 1988 c.c. secondo cui la ricognizione di debito non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma ha solo l'effetto confermativo di un preesistente rapporto fondamentale, "venendo ad operarsi, un'astrazione meramente processuale della "causa debendi", comportante una semplice "relevatio ab onere probandi" per la quale il destinatario della promessa è dispensato dall'onere di provare l'esistenza del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria, ma dalla cui esistenza o validità non può prescindere sotto il profilo sostanziale, con il conseguente venir meno di ogni effetto vincolante della ricognizione di debito, ove rimanga giudizialmente provato che il rapporto fondamentale non è mai sorto o è invalido o si è estinto"<sup>49</sup>. In tale ottica, la Suprema Corte ha, anche, ritenuto che "il riconoscimento del debito fuori bilancio non costituisce fattispecie idonea a produrre i medesimi effetti negoziali riconducibili alla (sottostante, ndr.) fattispecie legale (cfr. Cass. civ., sez. I, sent. n. 7966 del 27 marzo 2008)" (Sezione regionale di controllo per la Campania, deliberazione n. 15/2013. Lungi dall'equiparare "sic et simpliciter" la fattispecie di cui all'art. 194 del TUEL a quella di cui all'art. 1988 c.c., la Corte ha evidenziato gli elementi di analogia, in relazione ai possibili effetti che il riconoscimento del debito ai sensi dell'art. 194 del TUEL potrebbe avere, ipoteticamente e soltanto ove ricorrano tutti gli elementi propri del negozio unilaterale recettizio di cui al cit. art. 1988 c.c., in un giudizio impugnatorio, ai fini della prova di un preesistente rapporto fondamentale. Proprio, in tale ottica, il parere sopra citato, opportunamente richiama l'orientamento della Suprema Corte che "ha, anche, ritenuto che "il riconoscimento del debito fuori bilancio non costituisce fattispecie idonea a produrre i medesimi effetti negoziali riconducibili alla (sottostante, ndr.) fattispecie legale (cfr. Cass. civ., sez. I, sent. n. 7966 del 27 marzo 2008)". Va, a fortiori, evidenziato che, stante la natura di negozio unilaterale recettizio, la presunzione "iuris tantum" - che riguarda la sola "causa debendi" e non anche i presupposti costitutivi del negozio ricognitivo

<sup>49</sup> cfr. in tal senso, ex multis, Cass. civ. sez. II, sent. n. 18259 del 22 agosto 2006; nonché Cass. civ. sez. lav., sent. n. 17423 dell'8 agosto 2007

(i quali vanno viceversa compiutamente dimostrati da chi lo deduce in giudizio) - può essere invocata soltanto qualora la dichiarazione unilaterale, con la quale ci si riconosca debitori, sia rimessa direttamente dall'obbligato al creditore, senza intermediazioni, e vi sia lo specifico intento del primo di costituirsi debitore del secondo, da ciò conseguendo la sua efficacia nel momento in cui venga a conoscenza del promissario la volontà del mittente di obbligarsi nei suoi confronti. Ne deriva che nessuna presunzione può sussistere a beneficio del preteso promissario nel caso in cui la ricognizione ed il riconoscimento del debito siano avvenuti per interposta persona, restando irrilevante che il documento che li contenga venga ugualmente a conoscenza, seppure indirettamente, del presunto creditore<sup>50</sup>. Non può, pertanto, ravvisarsi riconoscimento del debito in una dichiarazione rivolta a un terzo sebbene dette dichiarazioni possano assumere valore probatorio dell'asserito rapporto debitorio ed essere valutate dal giudice del merito con apprezzamento insindacabile in sede di legittimità, né può attribuirsi efficacia di ricognizione di debito a un atto interno della P.A.<sup>51</sup>.

### 3.2 La tesi della riconduzione dell'atto di riconoscimento di debito alla ipotesi dell'art. 2041 CC

La giurisprudenza assolutamente prevalente configura peraltro l'atto di riconoscimento di debito come strumento di reintegrazione patrimoniale: in quanto tale esso assume non carattere risarcitorio o di corrispettivo, bensì di mero indennizzo, nei limiti della minore esposizione tra l'incremento patrimoniale verificatosi per l'Amministrazione e la diminuzione patrimoniale sofferta dalla controparte. Si tratta in realtà dell'estremo rimedio che il legislatore ha configurato in aiuto di chi altrimenti nessuna tutela avrebbe ricevuto dall'ordinamento: esso "è (...) atto negoziale, con il quale l'Amministrazione, nei casi in cui un incremento di ricchezza si sia verificato senza giusta causa in proprio favore, e con correlativo pregiudizio di altro soggetto, unilateralmente accerta l'utile *versum*, vale a dire l'entità dell'arricchimento"<sup>52</sup> ed è pertanto configurato nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza sulla base del principio enunciato dall'art. 2041 cod. civ..

La giurisprudenza<sup>53</sup> oltre a ribadire il carattere di sussidiarietà dell'azione di indebito arricchimento (art. 2042 c.c.), ha posto in evidenza che il riconoscimento, da parte della P.A., 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".

La sussidiarietà dell'azione di indebito arricchimento, che comporta la non esperibilità dell'azione medesima nell'ipotesi in cui il danneggiato disponga di un altro rimedio per farsi indennizzare il pregiudizio subito (art. 2042 c.c.), infatti, oltre ad attenersi ad un ambito processuale e di tutela giurisdizionale - del tutto diverso da quello, di natura contabile, al quale è riconducibile la problematica della gestione della spesa pubblica - comunque non esclude l'imputabilità dell'obbligazione direttamente all'ente, qualora si sia verificato un arricchimento, percepibile come tale e suscettibile di riconoscimento.

Diversamente, 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 arricchirsi, quindi, ingiustamente, a scapito di terzi (professionista ovvero dipendenti), in violazione del generale principio secondo cui *nemo lucupletari potest cum aliena iactura*<sup>54</sup>.

50 Cassazione civile, sez. III, sent. n. 2104, del 14 febbraio 2012

51 Consiglio di Stato, sez. III, sent. n. 848 del 15 febbraio 2007

52 Cons. Stato, Comm. spec., 14 giugno 1966, n. 537, in "Il Consiglio di Stato", 1967, I, 1720. Cass. 17 marzo 1994, n. 2544.

53 SS.UU., sentenza n. 10798/2015

54 Corte dei Conti, Sezione controllo Veneto, deliberazione n. 375/2016.

Ove, invece, si ritenga non sia ravvisabile né comprovabile alcuna utilità ed arricchimento per l'ente a seguito della spesa effettuata in assenza del preventivo impegno in contabilità, non potrà procedersi al relativo riconoscimento quale debito fuori bilancio.

### 3.3 *Le conseguenze circa la quantificazione dell'esborso della P.A.*

Sulla scorta di tale ultima coordinata ermeneutica, si può operare la quantificazione dell'indennizzo, i cui criteri sono ispirati a quelli determinati in sede di azione generale di arricchimento di cui all'art. 2041 c.c..

In proposito vale la pena ricordare che un primo orientamento, prevalente fino al 2008, aveva operato un calcolo dell'indennizzo da liquidare ai sensi dell'art. 2041 cc in favore del soggetto impoverito, parametrato ai corrispettivi previsti nei contratti invalidi o inefficaci, ponendo, in definitiva, l'imprenditore "impoverito" nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato laddove il contratto fosse stato pienamente valido ed efficace<sup>55</sup>.

Tale orientamento è stato rivisitato dalla sentenza delle sezioni unite della Cassazione, n. 23385/08, che ha sottolineato l'illogicità della lettura in chiave contrattuale delle ipotesi di arricchimento ingiustificato in esame che avevano, in pratica, operato una traslazione della disciplina propria della responsabilità contrattuale: e soprattutto per quel che qui rileva, eludendo nella sostanza, le regole cogenti di normativa di contabilità pubblica poste a presidio della regolare formazione della volontà contrattuale della P.A. (in quanto, come è stato osservato, «l'azione della Pubblica Amministrazione non è nella disponibilità del singolo ente, ma è funzionale a garantire alla collettività di riferimento che detta azione si svolga nel rispetto del principio di legalità»: Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, deliberazione n. 326 del 22 novembre 2017).

#### 3.3.1 *La limitazione dell'indennizzo (da corrispondere dalla p.a. al terzo) alla sola diminuzione patrimoniale*

L'indennizzo, dunque, secondo il principio di diritto affermato dalle SSUU in argomento, dovrà essere parametrato alla sola "diminuzione patrimoniale" subita dal terzo, senza avere in alcuna considerazione il "guadagno sperato", ovvero sia il cd "utile di impresa".

In altri termini, occorrerà, quindi, ove comprovata la utilità e l'arricchimento per l'ente, procedere dal punto di vista prettamente operativo al riconoscimento del debito, al netto del cd. "utile di impresa": quest'ultimo invece potrà eventualmente essere recuperato dal creditore, agendo direttamente nei confronti del funzionario che ha disposto l'ordine in assenza del preventivo impegno di spesa registrato ai sensi dell'art. 191 del Tuel<sup>56</sup>.

#### 3.3.2 *La quantificazione dell'utile di impresa (da richiedere al funzionario)*

La giurisprudenza della Corte dei Conti ha fatto riferimento, ai fini della quantificazione del predetto "utile di impresa", - da richiedere al funzionario che ha ordinato o acconsentito alla fornitura in spregio alle regole giuscontabili e per la parte non riconosciuta - ai criteri stabiliti in tema di danno alla concorrenza, ed in particolare alla L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. 'F', art. 245<sup>57</sup>, sottolineando come esso sia da quantificare in "una percentuale del valore dell'appalto, 10% o 5% a seconda che si tratti di appalto di lavori o di forniture di beni e

55 F. Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

56 F. Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

57 F. Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

servizi. Trattasi del criterio liquidatorio dell'utile d'impresa, che viene mutuato dalle cause di risarcimento per equivalente, nel caso in cui non sia possibile la reintegrazione in forma specifica della pretesa dell'impresa ricorrente vittoriosa. Esso muove dal presupposto della spettanza, al privato contraente a causa dei vizi della procedura ad evidenza pubblica, del solo arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale. In applicazione di tale criterio, il danno (alla concorrenza), nel giudizio di responsabilità, viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, sicché l'utile di impresa rappresenta la misurazione di tale eccedenza<sup>58</sup>.

#### 4. LE CONSEGUENZE DEL RICONOSCIMENTO DI DEBITO E DEL SUO MANCATO RICONOSCIMENTO. LIMITI DI RICONOSCIBILITÀ DEL DEBITO E RESPONSABILITÀ DIRETTA DEL FUNZIONARIO OD AMMINISTRATORE

##### 4.1 *Le conseguenze e gli effetti del riconoscimento di debito. discrezionalità e vincoli dell'atto di riconoscimento*

###### 4.1.1 *La discrezionalità dell'atto di riconoscimento*

Come si è visto in precedenza, l'elencazione prevista dalla norma dell'art. 194 del Tuel contempla una serie di ipotesi, tassative in quanto derogatorie rispetto all'ordinario procedimento di spesa, in cui è possibile procedere al riconoscimento del debito.

Il riconoscimento dei debiti fuori bilancio è pertanto attività dell'organo consiliare in chiave non solo di sanatoria di una o più spese assunte senza rituale impegno, ma anche di verifica di assenza di pregiudizio per gli equilibri di bilancio: e obbedisce alla esigenza di valutazione discrezionale e politica circa la riconduzione in bilancio di spese non autorizzate nei documenti di programmazione che comportano una diversa modulazione in bilancio delle risorse programmate o l'utilizzo di nuove risorse. La questione è centrale e nevralgica: nel momento in cui l'ente locale assume apposita deliberazione di riconoscimento della legittimità del debito, da un lato esclude la responsabilità patrimoniale del soggetto agente, dall'altro fa sorgere in capo all'amministrazione stessa (componenti del consiglio comunale che hanno adottato la deliberazione, il responsabile del servizio interessato nonché il responsabile del servizio finanziario) la possibilità di soggiacere al giudizio della Corte dei Conti<sup>59</sup>, ai sensi dell'art. 23, comma 5, legge 289/2002 (il quale stabilisce che i provvedimenti di riconoscimento di debito posti in essere dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs 165/2001, sono trasmessi agli organi di controllo ed alla competente Procura della Corte dei Conti).

Una volta operata positivamente la valutazione preliminare e rigorosa dei presupposti su cui si fonda il riconoscimento del debito, necessita quindi che sia garantita nell'atto deliberativo, attraverso l'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione, trasfuso nella motivazione, la dimostrazione dell'utilità verso ovvero la valutazione in concreto da parte dell'ente locale della utilità dell'opera e del servizio effettivamente realizzati dalla controparte<sup>60</sup>, che può concretizzarsi in qualunque vantaggio e anche soltanto in un risparmio di spesa<sup>61</sup>.

Peraltro, a differenza degli altri casi, nell'ipotesi di cui alla lettera a dell'art. 194 del Tuel, ovvero sia di sentenza esecutive di condanna, il Consiglio comunale non ha alcun margine di discrezionalità nel valutare l'an e il quantum del debito, poiché l'entità del pagamento rimane

58 Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia n. 598/2009.

59 Al riguardo, v. S. Pilato, La responsabilità nei debiti fuori bilancio, in Rivista della Corte dei Conti, n.1/2003, pag. 390 e segg.

60 Cass. 17 marzo 1994, n. 2544.

61 Cass., sez. un., 10 febbraio 1996, n. 1025

stabilita nella misura indicata dal provvedimento dell'autorità giudiziaria. Di conseguenza, il valore della delibera del Consiglio in questa fattispecie non è quello di riconoscere la legittimità del debito che già è stata verificata in sede giudiziale, bensì di ricondurre al sistema di bilancio un fenomeno di rilevanza finanziaria che è maturato all'esterno di esso <sup>62</sup>.

#### 4.1.2 Vincoli e limiti del riconoscimento del debito

##### 4.1.2.1 A) l'attività vincolata afferente il rigoroso accertamento dei presupposti oggettivi

Purtuttavia, l'estrema rigidità dei presupposti oggettivi per esercitare l'azione di arricchimento senza causa nei confronti della Pubblica amministrazione, alla luce della norma contenuta nell'art. 194 del D.Lgs. 267/2000, fa sì che l'accertamento della sussistenza dei presupposti, come già più volte ricordato dalla giurisprudenza contabile <sup>63</sup>, è obbligatorio e non può essere automaticamente ed implicitamente ricondotto alla semplice adozione della deliberazione di riconoscimento, in quanto vi può essere una parte del debito non riconoscibile ai sensi dell'art. 191 comma 4 del D.Lgs. n. 267/00. Come osservato dalla Suprema Corte di Cassazione, il riconoscimento del debito fuori bilancio «può avvenire solo espressamente, con apposita deliberazione dell'organo competente, e non può essere desunto anche dal mero comportamento tenuto dagli organi rappresentativi, insufficiente ad esprimere un apprezzamento di carattere generale in ordine alla conciliabilità dei relativi oneri con gli indirizzi di fondo della gestione economico-finanziaria dell'ente e con le scelte amministrative compiute»<sup>64</sup>.

Va ricordato, inoltre, che il riferimento ad opera dell'art. 194 comma 1 del TUEL ad adempimenti periodici e temporalmente cadenzati testimonia come l'adempimento in questione, in presenza dei presupposti di legge, costituisca un atto dovuto e vincolato per l'ente, in quanto consente di far emergere eventuali passività insorte nel corso dell'esercizio, in applicazione dei principi di veridicità, trasparenza e pareggio di bilancio, nonché di adottare le misure necessarie al ripristino dell'equilibrio della gestione finanziaria.

La delibera di riconoscimento di debito assolve quindi a una duplice funzione: una prettamente giuscontabilistica, in quanto finalizzata ad assicurare la salvaguardia degli equilibri di bilancio attraverso la riconduzione al sistema di bilancio di un fenomeno di rilevanza finanziaria che è maturato all'esterno di esso, con conseguente ripristino della fisiologia della fase della spesa; un'altra garantista, in quanto funzionale all'accertamento delle cause che hanno originato l'obbligo al fine dell'individuazione di eventuali responsabilità amministrativo-contabili<sup>65</sup>.

##### 4.1.2.1.1 Segue: l'accertamento dei singoli presupposti

L'operatività della norma è dunque subordinata alla duplice condizione preliminare dell'accertamento sia dell'utilità pubblica del bene acquisito in relazione alle funzioni ed ai servizi di competenza dell'ente, sia dell'arricchimento dell'ente (che corrisponde al depauperamento patrimoniale sofferto senza giusta causa dal privato contraente ai sensi dell'art. 2041 cc.). In questo contesto, la delibera consiliare ha pertanto il compito di:

- riscontrare e dimostrare che il debito rientra in una delle fattispecie tipizzate dall'art.194 del TUEL;
- accertare e documentare puntualmente se ed in che misura sussistano i presupposti dell'utilità e dell'arricchimento;

<sup>62</sup> Corte dei Conti, Sezione regionale Puglia, deliberazione 152/2016.

<sup>63</sup> cfr. Sezione Veneto delibere 156/2009/PRSP e 107/2009/PRSP

<sup>64</sup> Cass. civ., Sez. I, sentenza n. 24860 del 9 dicembre 2015

<sup>65</sup> Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Puglia, deliberazione n. 180 del 23 ottobre 2014



- accertare, conseguentemente, se vi sia una parte del debito non sorretta da entrambi questi presupposti, e dunque non riconoscibile (per la quale, ai sensi dell'art. 191 comma 4 del TUEL, il rapporto obbligatorio intercorre tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la prestazione in favore dell'ente);
- ricondurre l'obbligazione all'interno della contabilità e del sistema di bilancio dell'ente;
- individuare le risorse per il finanziamento;
- accertare le cause che hanno originato l'obbligo, anche al fine di evidenziare eventuali responsabilità.

#### 4.1.2.2 B) il vincolo afferente la doverosa esclusione del riconoscimento di alcune spese (imputabili solo al funzionario)

Una apposita, puntuale e analitica verifica deve concernere il correlato accertamento della parte del debito non sorretta da questi presupposti, e dunque assolutamente non riconoscibile.

Si tratta delle voci di spesa che non comportano alcuna utilità e arricchimento per l'ente, di cui dovranno rispondere coloro che quel danno hanno determinato<sup>66</sup>: spese ed oneri per interessi, spese giudiziali, rivalutazione monetaria e, in generale, maggiori oneri conseguenti a ritardato pagamento di forniture, che per l'appunto non sono minimamente riconoscibili e determinano la responsabilità erariale del funzionario.

Non c'è dubbio che nell'ipotesi in cui la delibera di riconoscimento sia stata adottata in spregio ai requisiti ex lege, la responsabilità fa capo all'organo deliberativo, senza possibilità di invocare - data la competenza specifica ed esclusiva dell'organo consiliare in materia - l'esimente politica di cui all'art. 1, comma 1 - ter della legge 20/1994.

## 4.2 Le conseguenze e gli effetti del mancato riconoscimento di debito

### 4.2.1 A) mancato riconoscimento di debito ed evocazione in giudizio del funzionario da parte del terzo

Per converso, il mancato riconoscimento rileva ai fini della imputabilità della condotta del funzionario all'ente locale. La previsione dell' art 191, comma 4 D.Lgs. 18.08.2000, n. 167 (a mente del quale in caso di acquisizione di beni e servizi in assenza di preventivo impegno di spesa in contabilità, da assumere nel rispetto delle procedure di cui ai commi 1, 2 e 3 della medesima norma, "il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'art 194, comma 1, lett. e, tra il privato fornitore e l'amministrazione, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura. Per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni") determina, in pratica, una interruzione immediata, imposta *ex lege* in presenza delle richiamate violazioni di legge, del rapporto di immedesimazione organica tra l'amministrazione, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura e l'ente in nome e per conto del quale hanno agito<sup>67</sup>.

La mancata formazione del vincolo contrattuale nei confronti dell'ente recherà con sé, come effetto, l'imputabilità del rapporto negoziale al funzionario, nei cui confronti il terzo potrà esperire un'azione diretta ad accertare l'eventuale inadempimento contrattuale, mentre nei confronti dell'ente non sarà, quindi, ravvisabile alcun valido presupposto essenziale per validamente incardinare nei confronti dello stesso il rimedio contrattuale, né tantomeno l'azione a titolo di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 cc.

<sup>66</sup> Corte dei Conti, App. I, 7.5.2012, n. 238.

<sup>67</sup> F.Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

#### 4.2.2 B) mancato riconoscimento ed evocazione in giudizio dell'amministrazione?

La rigorosa valutazione dei presupposti di fatto per l'adozione della delibera di riconoscimento del debito fuori bilancio vale ad escludere l'esperibilità dell'azione ex art 2041 cc, per ingiustificato arricchimento nei confronti della P.A. mancando, in tal caso, il requisito della sussidiarietà. Tale ultima azione, infatti, in quanto meramente residuale, può essere fatta valere solo ed esclusivamente allorquando il soggetto "impoverito"<sup>68</sup> non abbia altro rimedio per ripristinare l'equilibrio turbato dall'ingiustificata prestazione e conseguente indebito arricchimento fruito dal destinatario della stessa<sup>69</sup>.

#### 4.2.3 C) mancato riconoscimento ed ammissibilità dell'azione surrogatoria da parte del privato nei confronti dell'ente locale?

Una parte della dottrina ha comunque sostenuto l'ammissibilità interpretativa di un sistema trilaterale complesso di tutela, che deriva dall'esperibilità dell'azione speciale ex art. 191 T.U.E.L. (da parte del privato-impoverito verso il funzionario); dell'azione generale ex art. 2041 c.c. da parte non del privato impoverito (per difetto di sussidiarietà), ma del funzionario verso l'ente locale; dell'azione in via surrogatoria ex art. 2900 c.c. da parte del privato-impoverito verso l'ente locale<sup>70</sup>.

Come si è visto, in caso di fornitura richiesta al di fuori della procedura prescritta nell'art. 191 T.U.E.L., l'amministratore (o il funzionario), che abbia agito, non è più legato dal rapporto di immedesimazione organica con l'ente pubblico; ne consegue che gli atti di acquisizione di beni e servizi effettuati in via illegittima non sono riconducibili all'ente locale e che il terzo contraente è titolare di una azione diretta e personale contro il funzionario (o l'amministratore) che abbia autorizzato la spesa fuori bilancio.

Sulla base delle anzidette coordinate, ed alla luce delle conclusioni cui era pervenuta la Corte costituzionale nel sistema previgente al Tuel<sup>71</sup>, si è ritenuto, pertanto, che *Il funzionario (o l'amministratore), a sua volta, se convenuto dal fornitore - terzo contraente - può agire nei confronti dell'ente locale, ex art. 2041 c.c., purché sussistano le condizioni che legittimino questo tipo di azione. Il terzo contraente privato è legittimato ad agire contro l'ente locale solo in via surrogatoria ex art. 2900 c.c., sostituendosi all'amministratore (o al funzionario) suo debitore rimasto inerte*<sup>72</sup>.

Peraltro, va sottolineato in senso contrario che la Corte di Cassazione<sup>73</sup> ha escluso l'ammissibilità della esperibilità dell'azione ex art. 2041 c.c. da parte del funzionario verso l'ente locale per il recupero dell'arricchimento rilevando che, ove si ammettesse l'azione di indebito arricchimento nei confronti della P.A. da parte del funzionario (o dell'amministratore), che non abbia osservato per l'impegno di spesa fuori bilancio le prescritte procedure, si svuoterebbe, in relazione al valore sostanziale assunto dal principio di legalità, la stessa ratio della normativa che giustifica la responsabilità esclusiva degli stessi.

68 F.Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

69 F.Capalbo, *I debiti fuori bilancio alla luce delle più recenti pronunce delle sezioni di controllo della Corte dei Conti*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

70 V. Cingano, *L'indennizzo per l'arricchimento senza causa conseguito dall'ente locale*, *Danno e Resp.*, 2017, 5, 539

71 Corte cost. 24 ottobre 1995, n. 446 su cui cfr Tiziano Tessaro, "Il D.Lgs.vo 77/1995, le sue recenti modifiche e le procedure di spesa", in "Comuni d'Italia", n. 5/1998;

72 V. Cingano, *L'indennizzo per l'arricchimento senza causa conseguito dall'ente locale*, *Danno e Resp.*, 2017, 5, 539

73 n. 9447/2010

## 5. IL TEMPO DELL'ATTO DI RICONOSCIMENTO DEL DEBITO

Le caratteristiche più sopra descritte dell'atto di riconoscimento del debito si palesano anche sotto il profilo temporale: il riconoscimento dei debiti fuori bilancio dei quali sia riconosciuta la legittimità con deliberazione consiliare adottata ai sensi dell'art. 194, primo comma e 193, terzo comma, del Tuel, mette in evidenza la stretta connessione della delibera di riconoscimento dei debiti fuori bilancio a quella di salvaguardia degli equilibri, e risponde all'evidente constatazione che i debiti fuori bilancio per la loro natura possono determinare gravi squilibri nel bilancio. Alla luce di ciò, la Sezione Autonomie della Corte dei Conti ha sottolineato come "Ai fini di una corretta gestione finanziaria, l'emersione di un debito non previsto nel bilancio di previsione deve essere portata tempestivamente al Consiglio dell'ente per l'adozione dei necessari provvedimenti, quali la valutazione della riconoscibilità, ai sensi dell'art. 194 comma 1, del TUEL ed il reperimento delle necessarie coperture secondo quanto previsto dall'art. 193 comma 3, e 194 commi 2 e 3 del medesimo testo unico"<sup>74</sup>.

La normativa richiamata (e segnatamente l'art. 194, comma 1, del Dlgs. n. 267/00, che nella vigente formulazione, dispone che "con Deliberazione consiliare di cui all'art. 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai Regolamenti di contabilità, gli Enti Locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio") impone infatti una verifica necessaria al 31 luglio di ciascun anno, pur facendo salva, in aggiunta a quella inderogabile, la "... diversa periodicità stabilita dai Regolamenti di contabilità".

Peraltro, circa il tempo dell'atto di riconoscimento del debito, sussistono alcune questioni interpretative su cui vale la pena soffermarsi *funditus*.

### 5.1 A) tempestività del riconoscimento dei debiti fuori bilancio e meccanismi elusivi conseguenti al loro riconoscimento tardivo

Il mancato rispetto del principio di tempestività in esame può causare in primo luogo non marginali problemi di contabilizzazione dei saldi rilevanti ai fini dell'osservanza dei vincoli di finanza pubblica. La questione è stata oggetto della pronuncia n. 11 del 29 marzo 2018 della Corte dei Conti, Sezione Riunite, la quale, dopo aver chiarito che il concetto di "elusione" deve essere riferito alla "causa reale" dell'operazione economica complessivamente realizzata, dando rilevanza determinante al presunto "intento oggettivamente unico" perseguito, pone in evidenza come il ritardo con il quale il Comune ha proceduto al riconoscimento dei debiti fuori bilancio emersi nell'ultimo periodo del 2015 e nel 2016 rappresenta un elemento oggettivamente probante ai fini della valutazione della fattispecie di elusione contestata: includendo una ripartizione non consentita in più esercizi dei debiti negoziati con i fornitori, il ritardato riconoscimento dei debiti nel 2016 ha generato una violazione del saldo obiettivo del finanza pubblica. La pronuncia fa riferimento alla circostanza afferente la nuova formulazione dell'art. 183, comma 5, del Tuel (a mente del quale l'impegno deve essere registrato in bilancio "... quando l'obbligazione è perfezionata con imputazione all'esercizio in cui viene a scadenza): in particolare, in relazione ai debiti fuori bilancio, che costituiscono obbligazioni perfezionate e scadute ma non registrate in bilancio tempestivamente ai sensi dell'art. 183 del Tuel, viene in rilievo il Principio della contabilità finanziaria 9.1, dell'Allegato n. A/2 del Dlgs. n. 118/11, il quale dispone testualmente che "l'emersione di debiti assunti dall'Ente e non registrati quando l'obbligazione è sorta comporta la necessità di attivare la procedura amministrativa di riconoscimento del debito fuori bilancio, prima di impegnare le spese con imputazione all'esercizio in cui le relative obbligazioni sono esigibili. Nel caso in cui il riconoscimento intervenga successivamente alla scadenza dell'obbligazione, la spesa è impegnata nell'esercizio in cui il debito fuori bilancio è riconosciuto". La spalmatura

<sup>74</sup> delibera 21/2018

del debito in più esercizi operato dal Comune, oltre a violare il principio suddetto, può cagionare pertanto l'elusione dei vincoli di finanza pubblica, in quanto gli accordi di rateizzazione riguardano i soli tempi di pagamento ed hanno effetto esclusivamente sulla cassa.

Il principio è stato ulteriormente precisato dalla Sezione Autonomie che ha sottolineato come "Gli impegni di spesa per il pagamento dei debiti fuori bilancio riconosciuti e già scaduti devono essere imputati all'esercizio nel quale viene deliberato il riconoscimento. Per esigenze di sostenibilità finanziaria, con l'accordo dei creditori interessati, è possibile rateizzare il pagamento dei debiti riconosciuti in tre anni finanziari compreso quello in corso, ai sensi dell'art. 194, comma 2, del TUEL, a condizione che le relative coperture, richieste dall'art. 193, comma 3, siano puntualmente individuate nella delibera di riconoscimento, con conseguente iscrizione, in ciascuna annualità del bilancio, della relativa quota di competenza secondo gli accordi del piano di rateizzazione convenuto con i creditori"<sup>75</sup>.

Peraltro, secondo l'impostazione data, "Nel caso in cui manchi un accordo con i creditori sulla dilazione di pagamento, la spesa dovrà essere impegnata ed imputata tutta nell'esercizio finanziario in cui il debito scaduto è stato riconosciuto, con l'adozione delle conseguenti misure di ripiano".

## 5.2 B) La possibilità di pagare debiti fuori bilancio scaturenti da sentenze esecutive in assenza di previo riconoscimento in consiglio comunale

In secondo luogo, c'è da chiedersi se la procedura di riconoscimento assolva o meno ad una funzione meramente ricognitiva: la questione concerne in altri termini la possibilità o meno, per gli enti locali, di procedere in via diretta al pagamento dei debiti fuori bilancio, in special modo di quelle derivanti da sentenze esecutive (art. 194 lett. a) Tuel), prescindendo dalla procedura del previo riconoscimento in sede consiliare.

Un primo indirizzo giurisprudenziale propende palesemente per la natura dichiarativa dell'atto di riconoscimento, in cui l'assenza di profili di discrezionalità in capo all'ente comporta l'obbligo di procedere senza indugio all'effettivo pagamento, prescindendo dal previo riconoscimento consiliare<sup>76</sup>. Secondo le Sezioni Riunite, «il riconoscimento del debito fuori bilancio derivante da un provvedimento giurisdizionale esecutivo, a differenza delle altre ipotesi elencate dal legislatore alle lettere da b) ad e), non lascia alcun margine di apprezzamento discrezionale al Consiglio Comunale», il quale non è legittimato a vagliare l'an e il quantum dell'obbligazione pecuniaria, «non potendo, in ogni caso, impedire il pagamento del relativo debito»<sup>77</sup>.

Un diverso indirizzo maggioritario impone, sempre e comunque, il previo riconoscimento del debito da parte del consiglio comunale, al fine di consentirne, poi, l'effettivo pagamento, nei casi in cui manchi, naturalmente, un preventivo impegno di spesa assunto: in caso, dunque, di spese che fuoriescano dalle procedure rituali, occorre in ogni caso il rico-

<sup>75</sup> delibera 21/2018

<sup>76</sup> Cfr. Corte dei Conti, Sez. controllo FVG, del. 6/2005; SS.RR. controllo Sicilia n. 2/2005 e Sez. controllo Sardegna n. 12/2006. Con la deliberazione n. 73/2018/PAR del 22 marzo 2018 la Sezione Regionale di Controllo per la Liguria ha sottolineato come «in questo caso, l'obbligazione debitoria si impone all'ente "ex se", in virtù della forza imperativa dell'atto proveniente dal giudice che vincola chiunque, e quindi tanto un soggetto privato quanto un'Amministrazione pubblica, ad osservarlo ed eseguirlo (articolo 2909 del codice civile): in altri termini, trattandosi di obbligazioni che «si perfezionano senza il concorso della volontà dell'amministrazione», l'ente locale «è tenuto a saldare detti debiti effettuandone il pagamento, indipendentemente da qualsivoglia manifestazione di giudizio in ordine alla loro legittimità, che è già implicita nella fonte da cui promanano».

<sup>77</sup> Sezioni Riunite della Corte dei Conti per la Regione siciliana in sede consultiva, deliberazione n. 2 del 11 marzo 2005: da cui discende la conseguenza, di ordine pratico, che l'organo amministrativo, una volta accertata l'esistenza del provvedimento giurisdizionale esecutivo, può procedere al relativo pagamento «anche prima della deliberazione consiliare di riconoscimento (che, è opportuno ripetere, non potrebbe in alcun modo impedire l'avvio delle procedure esecutive per l'adempimento coattivo del debito)».

noscimento in sede consiliare. La giurisprudenza della Corte <sup>78</sup>, ha quindi ribadito che il riconoscimento consiliare del debito deve necessariamente avvenire prima del pagamento, in quanto l'articolo 194 del Tuel richiede e presuppone una previa valutazione, specifica e concreta, da parte del Consiglio comunale <sup>79</sup>. E ciò in quanto l'attività gestionale, affidata dalla legge ai dirigenti, rappresenta espressione di un momento necessariamente successivo e, quindi, inevitabilmente consequenziale rispetto alla decisione dell'Organo cui è intestata la responsabilità politica dell'azione amministrativa: la fase gestionale, di natura prevalentemente esecutiva, non potrebbe dunque validamente allocarsi in un segmento temporale anteriore rispetto all'attività decisionale del Consiglio, senza che ne risulti sovvertita la fondamentale distinzione tra attività di indirizzo politico ed attività gestionale. Anche laddove il pagamento sia imposto, come nel caso delle sentenze esecutive contemplato dalla lett. a), le procedure esecutive ai danni di una P.A. non possono essere intraprese prima del passaggio di 120 gg dalla notifica del titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 14 D.L. 31.12.1996 n. 669, tale cioè da consentire, in modo sufficientemente ampio, l'espletamento degli adempimenti di cui all'art. 194 e la riconduzione della spesa al bilancio <sup>80</sup>. La Sezione delle Autonomie, con la deliberazione 28.03.2018 n. 4, ha da ultimo precisato che «la procedura da seguire per ricondurre nella contabilità dell'Ente i debiti fuori bilancio consiste nel riconoscimento, in via esclusiva e non delegabile, da parte dell'organo consiliare di quest'ultimo che, con apposita delibera, accerta o autorizza la riconducibilità del debito ad una delle fattispecie previste dal legislatore, le cause della sua formazione e le eventuali responsabilità, individuando, quindi, le risorse necessarie per provvedere al relativo pagamento», sottolineando inoltre come «*la copertura del debito avvenga con il riconoscimento di legittimità, in qualsiasi momento questo si determini*»: ciò vale anche per le sentenze esecutive, essendo il consiglio l'unico organo competente a poter disporre il pagamento.

### 5.3 C) *La possibilità di disporre pagamenti per "le obbligazioni derivanti da provvedimenti giurisdizionali esecutivi" durante l'esercizio provvisorio*

In terzo luogo, la giurisprudenza contabile ha evidenziato che l'articolo 163 del Tuel, come modificato dal D.Lgs. 126/2014, consente la possibilità di disporre pagamenti per "le obbligazioni derivanti da provvedimenti giurisdizionali esecutivi" durante l'esercizio provvisorio<sup>81</sup>, ancorché tuttavia solo a seguito del preventivo riconoscimento del debito da parte dell'Organo consiliare<sup>82</sup>.

### 5.4 D) *Le conseguenze della violazione del principio*

La violazione del principio di tempestività è espressamente contemplata dal legislatore, determinando conseguenze dissolutorie ove non si provveda al finanziamento dei debiti fuori bilancio: infatti, ai sensi dell'art 193, c. 4, *la mancata adozione dei provvedimenti di riequilibrio resi necessari anche per il ripiano degli eventuali debiti fuori bilancio è equiparata ad ogni effetto alla mancata approvazione del bilancio di previsione di cui all'art. 141, con applicazione della procedura prevista dal c. 2 del medesimo articolo.*

*Qualora l'ente non possa far validamente fronte a debiti fuori bilancio con le modalità previste dagli artt. 193 e 194, versa in stato di dissesto finanziario (art. 244 Tuel), in questo caso trattandosi di*

78 Corte dei Conti, sezione controllo Campania, deliberazione 236/2015.

79 Corte dei Conti, sez. controllo Campania, del. n. 15/2013; sez. controllo Sicilia, del. 177/2015.

80 Corte dei Conti, sez. controllo Puglia, n. 9/2012.

81 Corte dei Conti, sez. controllo Sicilia, del. n. 18/2016.

82 Corte dei Conti, sez. controllo Sicilia, del. n. 80/2015.

*squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario, l'Ente può ricorrere, con deliberazione consiliare alla procedura di riequilibrio finanziario pluriennale prevista dall'art. 243-bis del Tuel".*

## 6. LE MODALITÀ DI FINANZIAMENTO DEI DEBITI FUORI BILANCIO

Una diversa – ancorchè connessa - questione concerne le modalità di finanziamento del debito oggetto di riconoscimento: in primo luogo, è possibile provvedere alla copertura del debito fuori bilancio mediante l'applicazione dell'avanzo di amministrazione disponibile nel pieno rispetto dei presupposti previsti dall'articolo 187 del Tuel, secondo il quale *"la quota libera dell'avanzo di amministrazione dell'esercizio precedente, accertato ai sensi dell'art. 186 e quantificato ai sensi del comma 1, può essere utilizzato con provvedimento di variazione di bilancio [...] per la copertura dei debiti fuori bilancio [...]"; il comma 3 bis, aggiunge che "l'avanzo di amministrazione non vincolato non può essere utilizzato nel caso in cui l'ente si trovi in una delle situazioni previste dagli articoli 195 e 222, fatto salvo l'utilizzo per i provvedimenti di riequilibrio di cui all'articolo 193"*<sup>83</sup>.

In secondo luogo, circa la possibilità di procedere alla copertura del debito mediante l'assunzione del mutuo, le Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei Conti, con la deliberazione n. 13/2016, hanno chiarito che sono finanziabili con mutuo i debiti fuori bilancio derivanti da procedure espropriative – oltre ovviamente all'indennità di esproprio – relativamente alle somme eventualmente liquidate, con il provvedimento conclusivo, per rivalutazione monetaria e interessi fino al deposito della sentenza – ugualmente qualora il procedimento ablatorio si concluda con provvedimento o accordo tra le parti. In particolare, rivalutazione monetaria ed interessi sono da considerare come parte integrante del corrispettivo globalmente e concretamente determinato, dovuto al creditore dell'ente espropriante per l'acquisizione al proprio patrimonio del bene espropriato. Diversamente, non sono qualificabili come spesa di investimento gli interessi moratori che, dunque, devono essere esclusi dalla copertura finanziaria attraverso mutuo.

Al fine della elencazione delle fonti di finanziamento cui può farsi, a tal uopo, ricorso, si può sottolineare come: *"...possono essere utilizzate le seguenti risorse nell'ordine di priorità indicato : a) riduzione di spese correnti o utilizzo di nuove entrate, per le quali l'ente può modificare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di propria competenza; b) applicazione dell'eventuale avanzo di amministrazione disponibile; c) utilizzo di disponibilità derivanti dall'adozione di un piano triennale di riequilibrio di cui all'art. 193 c. 3; d) vendita di beni del patrimonio disponibile con riferimento a squilibri di parte capitale; e) contrazione di mutuo passivo esclusivamente per spese di investimento"*<sup>84</sup>.

In particolare, però, per i proventi di cui alla indicata lett d), derivanti alla vendita di beni del patrimonio disponibile, non è superfluo sottolineare che secondo quanto previsto dalla legge 24 dicembre 2012 n. 228 art. 1 comma 444, a decorrere dal 1° gennaio 2013, questi possono *"essere destinate esclusivamente alla copertura di spese di investimento ovvero, in assenza di queste o per la parte eccedente per la riduzione del debito"*.

## 7. DIFFERENZE ED ANALOGIE CON ALTRI ISTITUTI

### 7.1 A) Debiti fuori bilancio e negozi transattivi

Un altro evento potenzialmente lesivo degli equilibri di bilancio – ma che deve essere tenuto distinto dai debiti fuori bilancio - è rappresentato dalle transazioni concluse dall'Ente, ai sensi dell'art. 1965 c.c.

<sup>83</sup> Corte dei Conti, Sez. controllo Lombardia, del. n. 77/2016.

<sup>84</sup> Corte dei Conti, sezione regionale di controllo Piemonte, pronuncia n. 354/2013

### 7.1.1 *La differenza tra transazioni e debiti fuori bilancio*

Va nuovamente sottolineato che le fattispecie di debito fuori bilancio, analiticamente indicate nell'articolo 194, comma 1, del D.Lgs. 267/2000, devono considerarsi tassative e non suscettibili di estensione ad altre tipologie di spesa, in considerazione della "...natura eccezionale di detta previsione normativa finalizzata a limitare il ricorso ad impegni non derivanti dalla normale procedura di bilancio...". Il principio contabile n. 2, lett. f), adottato dall'Osservatorio presso il Ministero dell'Interno in data 12 marzo 2008, prevede, al punto 104, che "gli accordi transattivi non sono previsti tra le ipotesi tassative elencate all'articolo 194 del Tuel e non sono equiparabili alle sentenze esecutive di cui alla lettera a) del comma 1 del citato articolo". Precisa, inoltre, il punto 104 che la fattispecie degli accordi transattivi non può essere ricondotta al concetto di debito fuori bilancio e che gli accordi transattivi presuppongono la decisione dell'Ente di pervenire ad un accordo con la controparte, per cui è possibile per l'Ente "definire tanto il sorgere dell'obbligazione quanto i tempi dell'adempimento. In ogni caso tale decisione è assunta sulla base di una motivata analisi di convenienza per l'ente di addivenire alla conclusione dell'accordo". Più dettagliatamente in ordine alla transazione (art. 1965 c.c. e ss.) la Corte dei Conti ha stabilito che: «la Sezione non può che limitarsi a ribadire l'ormai consolidato orientamento contrario alla riconducibilità delle transazioni alla fattispecie di cui alla lettera 'A' dell'articolo 194 Tuel. Secondo la costante giurisprudenza, infatti, l'elencazione contenuta nella predetta norma ha, come detto, carattere tassativo, sicché non è possibile riconoscere debiti fuori bilancio che non rientrano nelle tipologie individuate: l'accordo transattivo non può essere ricondotto al concetto di sopravvenienza passiva e dunque alla nozione di debito fuori bilancio sottesa alla disciplina in questione. Gli accordi transattivi, infatti, presuppongono la decisione dell'Ente di pervenire ad un accordo con la controparte, per cui è possibile prevedere, da parte del Comune, tanto il sorgere dell'obbligazione quanto i tempi per l'adempimento. Pertanto, con riferimento agli accordi transattivi l'Ente può attivare le ordinarie procedure contabili di spesa, rapportando ad esse l'assunzione delle obbligazioni derivanti dagli accordi stessi»<sup>85</sup>. Ciò che difetta nelle transazioni rispetto alle ipotesi di cui all'art. 194 TUOEL è la riconducibilità al concetto chiave di sopravvenienza passiva, in quanto l'ente ben può prevedere sia il sorgere dell'obbligazione che le modalità adempitive. Pertanto, nell'ambito delle fattispecie normative di riconoscimento dei debiti fuori bilancio, non può considerarsi incluso l'istituto contrattuale della transazione <sup>86</sup>.

### 7.1.2 *La competenza alla adozione delle transazioni*

A differenza dei debiti fuori bilancio (chiaramente riconducibili al concetto di sopravvenienza passiva in quanto, in assenza di una specifica previsione nel bilancio di esercizio in cui i debiti si manifestano, esse prescindono necessariamente da un previo impegno di spesa), gli accordi transattivi presuppongono la decisione dell'ente di pervenire ad un accordo con la controparte, per cui è possibile prevedere, da parte del Comune, tanto il sorgere dell'obbligazione quanto i tempi per l'adempimento.

Ne deriva che l'ente locale, in tali casi, si trova nelle condizioni (ed ha l'obbligo) di attivare le normali procedure contabili di spesa (stanziamento, impegno, liquidazione e pagamento) previste dall'art. 191 del Tuel e di correlare ad esse l'assunzione delle obbligazioni derivanti dagli accordi transattivi.

---

<sup>85</sup> Corte dei Conti, sez. Piemonte, delibere n. 383 del 12.11.2013 e n. 4 del 11.05.2007, nonché Sezione Calabria, delibera n. 406 del 3.08.2010.

<sup>86</sup> Corte dei Conti, sez. Umbria, del. n. 123/2015; sez. Lombardia, del. n. 181/2017.

Qualora ricorrano ipotesi transattive che comportino il finanziamento di operazioni contrattuali in più esercizi finanziari, la competenza a provvedere spetterà al Consiglio comunale che, ai sensi dell'articolo 42, comma 2 lett. i) del TUEL, adotta qualsiasi atto che comporti l'assunzione, da parte del Comune, di "...spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, escluse quelle relative alle locazioni di immobili ed alla somministrazione e fornitura di beni e servizi a carattere continuativo..."<sup>87</sup>.

### 7.1.3 I principi valevoli in tema di transazioni

In proposito occorre affermare i seguenti principi:

- i limiti del ricorso alla transazione da parte degli Enti pubblici sono quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico, e cioè la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto, e quelli specifici di diritto pubblico, e cioè la natura del rapporto tra privati e pubblica Amministrazione. Sotto quest'ultimo profilo va ricordato che, nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici, l'attività degli Enti territoriali è finalizzata alla cura concreta di interessi pubblici e quindi alla migliore cura dell'interesse intestato all'Ente. Pertanto, i negozi giuridici conclusi con i privati non possono condizionare l'esercizio del potere dell'Amministrazione pubblica sia rispetto alla miglior cura dell'interesse concreto della comunità amministrata, sia rispetto alla tutela delle posizioni soggettive di terzi, secondo il principio di imparzialità dell'azione amministrativa;
- la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. Uno degli elementi che l'Ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, da valutarsi in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti giurisprudenziali;
- ai fini dell'ammissibilità della transazione è necessaria l'esistenza di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico), che sussiste o può sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata. Di conseguenza il contrasto tra l'affermazione di due posizioni giuridiche è la base della transazione in quanto serve per individuare le reciproche concessioni, elemento collegato alla contrapposizione delle pretese che ciascuna parte ha in relazione all'oggetto della controversia. Si tratta di un elemento che caratterizza la transazione rispetto ad altri modi di definizione della lite; la transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili (art 1966, co 2 c.c.) e cioè, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale. È nulla, infatti, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite siano sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge;
- requisito essenziale dell'accordo transattivo disciplinato dal codice civile (artt. 1965 e ss. C.c.) è, in forza dell'art 1321 dello stesso codice, la patrimonialità del rapporto giuridico; - inoltre, come affermato dalla giurisprudenza civile (cfr., ex multis, Cass.

---

<sup>87</sup> Corte dei Conti, sez. Piemonte, del. n. 345/2013 e sez. Puglia, del. n. 181/2013.



6 maggio 2003 n. 6861<sup>88</sup> ), costituisce transazione solo quell'accordo che cade su un rapporto che, oltre a presentare, almeno nell'opinione delle parti, carattere di incertezza, è contrassegnato dalla reciprocità delle concessioni. Oggetto della transazione, quindi, non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o possa dar luogo e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni. Quanto ai termini (soggetto e oggetto) del contratto di transazione va ancora rammentato che i soggetti devono essere dotati non solo di capacità giuridica ma devono avere anche la legittimazione intesa come potere di agire in ordine ai rapporti sui quali incide la transazione. Sotto questo profilo vengono in rilievo per gli enti pubblici le procedure che prevedono le modalità di formazione ed espressione della volontà amministrativa<sup>89</sup> .

## 7.2 B) *Debiti fuori bilancio ed armonizzazione: il parallelismo tra l'esercizio dell'attività consultiva da parte dell'organo di revisione nelle fattispecie potenzialmente violative del principio di equilibrio finanziario e nella costituzione dei fondi accantonati previsti dalla normativa*

Le considerazioni che precedono consentono di trarre utili indicazioni, tracciando importanti parallelismi tra istituti dettati in chiave di tutela di valori finanziari scaturenti dalle procedure di spesa: ciò in quanto in quanto «l'azione della Pubblica Amministrazione non è nella disponibilità del singolo ente, ma è funzionale a garantire alla collettività di riferimento che detta azione si svolga nel rispetto del principio di legalità»<sup>90</sup>.

Più specificamente, è possibile osservare come per alcune materie “calde”, il legislatore appronta una tutela, per così dire, preventiva e una successiva, a consuntivo.

In molti di questi casi finora trattati, come nel caso delle transazioni, dei debiti fuori bilancio, delle delibere in tema di organizzazione dei servizi pubblici locali, si assiste alla previsione da parte del legislatore - oltretutto di istituti che sterilizzano in via cautelare gli effetti pregiudizievoli sul bilancio - di pareri obbligatori dell'organo di revisione (art. 239 Tuel), in ragione del potenziale vulnus agli equilibri di bilancio che l'adozione dell'atto deliberativo di riconoscimento del debito comporta.

Le ipotesi contemplate dalla norma dell'art. 194 del Tuel appaiono quindi il *pendant* a valle degli analoghi istituti che il legislatore dell'armonizzazione ha contemplato per sterilizzare i rischi derivanti da eventi pregiudizievoli degli equilibri di bilancio. Si tratta quindi di fattispecie strettamente collegate peraltro alla individuazione di fondi che hanno formato oggetto di previsione da parte della normativa contabile: in particolare, il Fondo per la perdita degli organismi partecipati, o il Fondo rischi per contenziosi.

---

88 Corte dei Conti, sez. controllo Umbria, del. n. 123/2015; sez. controllo Lombardia, del. n. 181/2017.

89 La giurisprudenza della Corte dei Conti (Sez. Lombardia, deliberazione n. 396/2015) ha precisato che l'accordo concluso a seguito di una procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, introdotta dal d.l. 132/2014 e che si inserisce nel più ampio quadro dei mezzi di risoluzione alternativa delle controversie (c.d. alternative dispute resolution) ossia degli strumenti atti a consentire una composizione stragiudiziale delle liti con finalità deflative del contenzioso giudiziario, al pari di ogni altro accordo transattivo, non può essere ricondotto al concetto di sopravvenienza passiva e dunque alla nozione di debito fuori bilancio. In determinate materie la procedibilità della domanda giudiziale è subordinata al previo esperimento della predetta procedura, consistente nell'invito rivolto all'altra parte di stipulare una convenzione di negoziazione assistita. La cooperazione concordata per effetto della predetta convenzione può pertanto portare alla conclusione di un accordo che compone la controversia fra le parti e a cui l'articolo 5, comma 1, del d.l. 132/2014 attribuisce l'efficacia di titolo esecutivo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Come confermato dalla dottrina processualciviltistica, tale accordo, in quanto rimesso alla disponibilità delle parti che consensualmente decidono di comporre e regolare i rispettivi interessi senza rimettersi alla decisione di un terzo, può essere ricondotto funzionalmente al contratto di transazione. L'espletamento della procedura di negoziazione assistita, qualora abbia buon esito, consenta infatti al debitore di concordare e quindi di prevedere i tempi e i modi della prestazione dovuta allo stesso modo della transazione, rimanendone pertanto escluso quel carattere di sopravvenienza passiva che legittima il riconoscimento del debito fuori bilancio.

90 Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Lombardia, deliberazione n. 326 del 22 novembre 2017

La normativa ha assegnato pertanto specifici oneri in capo all'organo di revisione sia in occasione del verificarsi patologico della situazione, sia ancor prima in occasione del momento della costituzione - con funzione cautelativa - del relativo fondo.

Non a caso infatti, se, come si è visto, è richiesta la necessaria formulazione del parere da parte dell'organo di revisione in occasione della adozione della delibera di riconoscimento del debito fuori bilancio, per ciò che concerne il profilo afferente la costituzione del fondo per i rischi derivanti da contenzioso, la Sezione delle Autonomie con deliberazione n. 14/2017/Inpr contenente "Linee di indirizzo per la relazione dei revisori dei conti dei comuni, delle città metropolitane e delle province sui bilanci di previsione 2017-2019 per l'attuazione dell'art. 1 comma 166 e seguenti della legge 23 dicembre 2005 n. 266", ha evidenziato come "particolare attenzione deve essere riservata alla quantificazione degli altri accantonamenti a fondi, ad iniziare dal Fondo contenzioso, legato a rischi di soccombenza su procedure giudiziarie in corso. Risulta essenziale procedere ad una costante ricognizione e all'aggiornamento del contenzioso formatosi per attestare la congruità degli accantonamenti, che deve essere verificata dall'Organo di revisione".

Analogamente, per il fondo per le perdite da organismi partecipati, il legislatore richiede l'intervento dell'organo di revisione, quanto meno a esprimere il parere di congruità e attendibilità sulle specifiche previsioni di bilancio (art. 239 del Tuel).

---

### ***Commento del Presidente Dott. Maurizio NICOLOSI***

*Grazie dottor Tessaro, è stata sinceramente un'interessantissima esaustiva e chiara esposizione. Ho ricordi scolastici per quanto riguarda la contabilità, ma questi approfondimenti, al di là di quelli che sono gli interessi culturali di ciascuno, me ne sono un po' qualche volta occupato, ma non con questa profondità. Sicuramente per quanto mi riguarda è stato veramente un ascolto molto positivo.*

## ■ RELAZIONE DI SINTESI

Confronto e dibattito estremamente articolato quello odierno: hanno parlato Avvocati e hanno colloquiato Magistrati. Ritengo, per meglio esplicitare gli spunti ricevuti, possano essere accorpate le relazioni della prima fase della giornata con lo spunto del Professor Volpe, soffermandoci sull'analisi del professor Ambrosetti.

Verrò anche a sintetizzare l'intervento dei rappresentati della Procura della Corte dei Conti.

Occorre muovere dall'indicazione della Suprema Corte di Cassazione, la quale, in ordine al risarcimento del danno subito a seguito nell'annullamento, in via giurisdizionale o in via di autotutela, del provvedimento satisfattivo rilasciato al privato, ha posto, comunque, un chiaro paletto rispetto alla previgente ondivaga giurisprudenza in tema di giurisdizione.

Si è detto praticamente: andate tranquilli, perché a partire dal momento della adozione della sentenza la giurisdizione non è più del Giudice Amministrativo, ma diviene giurisdizione del Giudice Ordinario: e questo è già un punto fermo.

Rispetto a siffatta prospettazione, ha sottolineato giustamente il professor Calegari che occorre sempre dimostrare la responsabilità della Amministrazione muovendo dall'elemento psicologico riscontrabile in capo alla stessa o al privato, e dall'accertamento di una oggettiva responsabilità della P.A., attenuata, se del caso, dal comportamento del soggetto privato beneficiario del provvedimento rilasciato. Si è posto l'accento sul fatto che non deve sussistere un comportamento erroneo od omissivo del privato tale da indurre la Pubblica Amministrazione a presumere che quell'atto, che essa ha rilasciato, appaia conforme ai principi di correttezza e liceità.

È evidente, lo ha sottolineato il professor Lodovico Mazzaroli, che grava sulla Pubblica Amministrazione un onere maggiore nel verificare il comportamento del privato, senza trascurare che l'istruttoria condotta dalla Pubblica Amministrazione si incanala nel binario condizionato dalla prospettazione dei fatti offerta dal privato.

Va, quindi, invocata una attenuazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione, laddove il comportamento del privato l'abbia indotta a rilasciare un determinato provvedimento risultando, conseguentemente, condizionata e riducibile la responsabilità dell'Amministrazione.

La relazione di alto livello della dottoressa De Felice attesta la presenza in seno al Tar Veneto di validi Magistrati, che garantiscono un confortante livello scientifico.

È stata, ripeto, una relazione bellissima: non solo individuando le possibili azioni risarcitorie, ma ponendo l'accento sull'ampio panorama delle azioni esercitabili ex articoli 30 e 34 del nostro C.P.A.. Ciò che si pretende sempre di più, e che va a tutela della Amministrazione, è la prova della effettiva responsabilità, la quale non può scaturire da una mera presunzione.

E compiutamente satisfattivo anche il collegamento tra l'articolo 114 del nostro Codice rispetto agli articoli 2 e 2 bis della Legge 241. Sulla base dell'articolo 114, l'azione è esperibile a fronte del mancato adempimento della sentenza passata in giudicato, garantendo una tutela piena al soggetto che ha agito in via cognitoria. Le due fasi, annullamento e ottemperanza, si saldano tra loro.

In questo quadro si pone anche l'analisi esperita dall'avv.to Primo Michielan, il quale ponendo a confronto il dettato degli articoli 33, 44, 42 bis del Testo Unico sulle espropriazioni,

ha evidenziato l'opportunità, sulla scorta di una evoluzione del diritto e della salvaguardia delle posizioni del cittadino, della risarcibilità del danno ingenerato da un atto ancorché legittimo.

Veniamo alla seconda tornata di questo seminario. L'avv.to Borella si è soffermato sull'aspettativa del professionista ad un giusto ed equo compenso. L'equo compenso rappresenta un margine che neppure la Pubblica Amministrazione può aggirare.

Non può essere neppure la Corte dei Conti a pretendere che il professionista espliciti la propria attività senza beneficiare di una giusta retribuzione, surrogata dal feticcio inappagante di un ritorno di immagine.

È evidente che il ritorno dell'immagine non costituisce elemento anche latamente economico: altrimenti arriviamo a deprimere il giusto compenso che non solo l'Avvocato, ma qualsiasi professionista deve ricevere, e deve ricevere nell'interesse della stessa Amministrazione. Laddove il professionista sia stato scelto sulla base di determinate referenze nell'ambito di un coordinamento generale, è chiaro che la possibilità di beneficiare di una remunerazione equa garantisce anche all'Ente pubblico la ragionevolezza della scelta operata e la effettività di una piena, idonea e responsabile prestazione.

Non cerchiamo di nasconderci dietro il simulacro del risparmio. Alla fin fine, come non ci si recherebbe da un medico contattato sulla base della mera richiesta economica, deve al contrario effettuarsi di volta in volta una scelta del professionista basata sul rapporto fiduciario, non scardinabile dal mero dato economico ridotto al minimo quale presupposto inderogabile ed unico della scelta così operata.

Ha ingenerato un qualche turbamento l'analisi in ordine all'attuale orientamento giurisprudenziale sull'abuso d'ufficio, giusta la relazione del Professor Ambrosetti. Appare acclarato che il travalicamento delle funzioni riservate al Giudice Penale si è codificato non tanto e non solo a seguito di una interpretazione distorta dell'istituto dell'abuso d'ufficio, ma nel momento in cui si è accettato che il Giudice Penale possa disapplicare l'atto amministrativo e conseguentemente effettuare la propria valutazione al di fuori della discrezionalità e delle scelte dell'Amministrazione, sindacandone sotto ogni profilo il comportamento.

Allora, certamente gli Avvocati di fronte a questa deriva giustizialista devono tentare di porre un argine; sarà un argine molto problematico, perché tra tutti i tre poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, si assiste, anche per la debolezza dell'apparato politico, ad un sovradimensionamento di autotutela da parte del Giudice Penale.

E allora questo è l'elemento più preoccupante. Mi è piaciuto l'intervento del dottor Mingarelli, soprattutto in tema di patteggiamento esperibile innanzi al Giudice erariale beneficiando della riduzione della somma inizialmente sanzionata: il che induce a maggiormente e preventivamente colloquiare con la Procura Contabile e con il Giudice Erariale.

E molto, molto dettagliata è stata la relazione del dottor Tessaro, che ha analizzato il combinato disposto degli articoli 194 e 191, richiamando l'attenzione sul fatto che ogni nostra pretesa, anche professionale, deve trovare il supporto in una contrattazione non verbale, ma scritta, raccomandando l'invio necessitato al destinatario dei preliminari, con l'onere di riverli di momento in momento, di anno in anno.

Da tale relazione sono emerse precise indicazioni, senza disconoscere che l'Amministrazione e i pubblici funzionari rimangono, come noi Avvocati, estremamente perplessi nel compimento delle loro funzioni.

Io mi rivolgo alla Procura Erariale, non intendo rivolgermi perché non ne ho né la capacità né l'autorevolezza alla Procura Penale: occorre essere prudenti, consapevoli che l'inerzia ingenerata dalla preoccupazione di alimentare molteplici e cogenti iniziative della Procura è molto più disdicevole e lesiva, in ragione della mancata risposta alle richieste del cittadino, del comportamento attivo teoricamente sanzionabile; quanto alle generali considerazioni sul compimento di un atto illegittimo: occorre saper distinguere tra atto illecito ed atto illegittimo, questo è il doveroso distinguo che deve salvaguardare gli operatori pubblici. Grazie.





