

“Boc e le altre nuove figure tipizzate: natura giuridica e attualità storica delle stesse”

Antonio Bartolini

*Prof. Ordinario di Dir. Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Perugia*

SOMMARIO: 1. *Delimitazione dell'indagine* – 2. *L'elaborazione giurisprudenziale sulla nullità contabile* – 3. *La nullità contabile nel sistema delle nullità degli atti amministrativi: profili problematici* – 4. *La giurisdizione della Corte dei conti sulla nullità degli atti amministrativi: profili problematici* – 5. *Prospettive de iure condendo.*

1. Delimitazione dell'indagine

Nel ringraziare il Consigliere Agostino Chiappiniello, per l'invito ricevuto, premetto doverosamente che il presente intervento si limiterà ad indagare un frammento della fattispecie riguardante le figure tipizzate di responsabilità amministrativa di carattere sanzionatorio.

Difatti, la tematica della responsabilità sanzionatoria sembra essere ormai ad un buono stato di elaborazione, essendo stato chiarito in dottrina ed in giurisprudenza, che trattasi di una fattispecie che non può, comunque, prescindere dall'accertamento colposo o doloso dell'agente e sulla quale non pare essere dubbia la giurisdizione della Corte dei Conti. Altrettanto chiaro è che in siffatte fattispecie sanzionatorie non vi è la necessità di provare il danno subito dalla pubblica amministrazione cui l'agente presta servizio.

Quello che, invece, ancora oggi non mi sembra che sia pervenuto ad una chiara delimitazione e perimetrazione è il tema riguardante il regime di invalidità degli atti che danno luogo a tali fattispecie di responsabilità.

E' noto che molte fattispecie di responsabilità sanzionatoria, nel prevedere una sanzione tipizzata a carico dell'agente, dispongono pure la nullità degli atti disposti dai medesimi agenti: si pensi, a tal fine, alle delibere ed ai contratti d'indebitamento che non sono diretti a coprire spese per investimento¹; ai contratti di assicurazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni volti a coprire pure la responsabilità per danni dei propri dipendenti ed agenti ². In passato erano state previste analoghe disposizioni in materia di clausole compromissorie ed acquisti Consip.

La questione merita approfondimento atteso che nella giurisprudenza contabile sono emerse differenti posizioni sulla

¹ Si veda a tal fine l'art. 30, comma 15, legge 27 dicembre 2002, n.289: *“Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle d'investimento, in violazione dell'art. 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli. Le sezioni giurisdizionali regionali della corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione”*.

² L'art. 39, comma 59, legge 24 dicembre 2007, n. 244: *“E' nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. (...). In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo.”*.

natura e sui limiti di tali forme di nullità.

2. L'elaborazione giurisprudenziale sulla nullità contabile.

L'indagine deve necessariamente principiarsi dagli indirizzi elaborati dalla sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la regione Umbria in materia di Boc.

Con una prima pronuncia, di circa un lustro fa, per la prima volta è stata elaborata la figura della nullità contabile, nell'ambito di un giudizio di responsabilità sanzionatoria vertente, per l'appunto, sull'utilizzo delle risorse, acquisite mediante Boc, per spese correnti, anziché per investimenti³. In questo quadro, la sezione giurisdizionale, nell'accertare la violazione delle disposizioni cennate, dichiarò la nullità parziale relativa agli "atti e contratti d'indebitamento". A tal fine, si è ritenuto che l'ordinamento giuridico, nel caso in cui l'indebitamento avvenga per finanziare spese diverse da quelle per investimenti, abbia predisposto due sanzioni: da un lato, quella della nullità e, dall'altro, l'irrogazione della pena pecuniaria nei confronti di coloro che hanno assunto la deliberazione invalida che ha dato luogo all'indebitamento medesimo. Sempre secondo il giudice umbro, tra le due sanzioni vi sarebbe una stretta correlazione, sicchè la sanzione pecuniaria verrebbe a configurarsi

³ Corte conti, sez. giur.le Umbria, 23 maggio 2008, n. 87.

come diretta conseguenza rispetto all'accertamento della nullità della delibera. In questo quadro si è anche evidenziato che la nullità delle delibere possa essere totale o parziale, a seconda dell'ambito di destinazione delle risorse provenienti dall'indebitamento: difatti, se queste ultime, nel caso concreto, vengano destinate in parte a spese per investimento, ed in parte a spese correnti, gioco forza la nullità sarà parziale, nel senso che colpirà la delibera con cui si è disposto l'indebitamento limitatamente a quella parte che ha consentito il finanziamento delle spese correnti. Da ultimo il Collegio specifica correttamente che la "nullità in questione opera solo per i rapporti che siano già integralmente esauriti e per i quali, quindi, non sia più possibile eliminare tutti gli effetti ormai irretrattabilmente prodotti: *factum infectum fieri nequit*".

Con una seconda e più recente pronuncia, il Collegio umbro ha chiarito ulteriormente l'ambito di applicazione della nullità contabile (sempre in materia di Boc)⁴. Al fine, peraltro, di comprendere la *ratio decidendi*, occorre preliminarmente avvertire che nel caso di specie la Corte ha ritenuto che, pur essendo stato deliberato l'indebitamento per spese diverse da quelle per investimenti, non vi fossero i presupposti per irrogare la pena pecuniaria nei confronti degli amministratori (per mancanza di colpa grave). La specificità del

⁴ Corte conti, sez. giur.le Umbria, 16 dicembre 2011, n. 184.

nuovo arresto è data, dunque, dal fatto che quel rapporto di complementarità tra sanzione–invalidante e sanzione pecuniaria nel caso concreto non sussiste.

Con questa dovuta premessa, si può ora passare all'analisi del *decisum*. All'uopo il giudice di prime cure, si premura, innanzitutto, di verificare se il medesimo abbia, o meno, la giurisdizione sull'azione di nullità contabile. In questo ambito, il collegio rammenta che la Corte dei conti, in base all'art. 103 Cost., "ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge". Sicchè sulla base del disposto costituzionale, il giudice umbro ha ritenuto che in forza della giurisdizione attribuita alla Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica, rientri nella cognizione di quest'ultima l'accertamento in via diretta della *nullità contabile*, ovvero della "*nullità ... limitata ai profili ... esclusivamente ... contabili*", ovvero quelli "*riguardanti le modalità della copertura di ciascun atto di spesa*". Di converso, la Corte dei Conti non avrebbe giurisdizione su profili d'invalidità differenti da quelli contabili.

Il Collegio, inoltre, si preoccupa di enucleare pure le conseguenze derivanti dall'accertamento di siffatta tipologia di nullità. In questo quadro, viene affermato che "al verificarsi della dichiarazione giudiziale consegue che all'Ente incomba l'obbligo di provvedere ad una diversa copertura finanziaria degli atti in questione". Precisando

come “la dichiarazione di nullità contabile implica che l’Ente – fermi i suoi poteri di emanare gli atti comportanti l’assunzione di spese e di emanare, altresì, gli eventuali atti di secondo grado ad essi connessi, compresi quelli in via di autotutela – si trovi obbligato a non procedere all’esecuzione della spesa deliberata, almeno in quei termini di copertura finanziaria, e debba provvedere, per le spese già eseguite in forza di delibere nulle, a rideterminare virtualmente, ora per allora, la differenza di risultato dei documenti contabili, a ragione delle disposte nullità, assegnando ad economia le risorse provenienti da indebitamento utilizzate illegittimamente (così da poterle utilizzare per le consentite ‘spese di investimento’) ed a riportare a disavanzo (o minor avanzo), nel rendiconto, le uscite destinate a corrispettivo dei contratti con i quali siano state pagate spese correnti, la copertura delle quali deve essere assicurata mediante altre, consentite ...”.

La pronuncia si occupa, pure, degli effetti che discendono sui contratti a valle. Sul punto il Collegio precisa che la legge collega la sorte dei due atti giuridici (delibera e contratto) “in guisa tale che *simul stabunt, simul cadent*, non lasciando spazio ad alcuna discrezionalità del giudice, ma innescando un automatismo che determina il venir meno del secondo alla dichiarazione di nullità del primo”. Conseguentemente per il giudice umbro sono pure nulli i

contratti che sono stati stipulati in applicazione delle delibere nulle. In questo contesto, peraltro, viene precisato che la “nullità in questione opera solo per i rapporti che non siano già integralmente esauriti e per i quali, quindi, non sia più possibile eliminare tutti gli effetti ormai irretrattabilmente prodotti: *factum infectum fieri nequit*”. Interessanti sono anche i profili processuali affrontati con la sentenza. Infatti, nel corso del processo si era eccepito che un giudizio avente ad oggetto l'accertamento della validità di un atto dell'amministrazione, comporta come conseguenza la necessità di estendere il contraddittorio all'amministrazione nei cui confronti viene fatta valere la nullità. Il giudice umbro, tuttavia, rigetta l'eccezione sostenendo che la pronuncia giudiziale di accertamento della nullità non produce effetti pregiudizievoli e contrari agli interessi dell'amministrazione autrice dell'atto nullo. Difatti, nella sentenza si esprime la convinzione che il *decisum* sulla nullità viene reso “non contro l'Ente che ha emanato gli atti travalicanti i limiti ivi contenuti, ma a ‘tutela’ dell'Ente stesso, quale soggetto partecipante al sistema della finanza pubblica nel rispetto dell'equilibrio di bilancio quale bene-valore prioritario che la legge ha inteso tutelare”.

3. *La nullità contabile nel sistema delle nullità degli atti amministrativi: profili problematici.*

La sentenza esaminata va ascritta a pieno titolo a quell'indirizzo tendente a pubblicizzare la figura della nullità dei provvedimenti ed atti amministrativi.

In tal senso va, innanzitutto, rammentato che è il medesimo legislatore ad aver seguito questo *trend* con l'introduzione del termine di decadenza per l'azione di nullità da proporre innanzi al giudice amministrativo (art. 30, CPA).

Oppure si pensi ad una recente pronuncia del Consiglio di Stato ove si è affermato che "il provvedimento amministrativo, ancorchè nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia 'interinale' (fin tanto che la nullità non venga accertata), la quale rende possibile la stessa definizione dell'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari)" (CdS, IV, 28 ottobre 2011, n. 5799). Senza scendere nel merito circa l'esattezza della posizione assunta dai magistrati di Palazzo Spada, preme in questa sede sottolineare come, nel caso di specie, sia insita una significativa torsione diretta a pubblicizzare l'istituto della nullità (che trae la propria disciplina di base dal diritto comune): difatti, sia in sede di teoria generale del diritto, sia nel diritto civile (ma con l'eccezione delle c.d. nullità speciali) è noto che la caratteristica fondamentale dell'atto nullo sia quella di essere improduttiva *ab origine* di effetti giuridici, differenziandosi, così,

dall'annullabilità che è una fattispecie provvisoriamente produttiva di effetti. Nel caso di specie, pur in assenza di alcuna previsione espressa, il g.a. forza il dato ontologico e strutturale della nullità, ritenendo che nel caso dei provvedimenti nulli, questi ultimi abbiano una propria efficacia interinale fin tanto che la nullità non sia stata accertata.

Anche la nullità contabile costituisce altra chiara manifestazione di siffatta torsione pubblicistica: peraltro ci pare che il giudice nel fondare la propria giurisprudenza pretoria dovrebbe tener conto dei dati provenienti dal diritto positivo ed in primis dalla disciplina sulla nullità degli atti amministrativi contenuta nell'art. 21-*septies*, legge n. 241 del 1990 e nell'art. 30, CPA.

In altri termini, preme evidenziare come il diritto positivo (valevole per tutti gli atti amministrativi, anche in materia contabile) abbia introdotto nel nostro ordinamento il principio di derivazione francese del *pas de nullité sans texte*.

Sicché la nullità degli atti e provvedimenti amministrativi è sottoposta ad uno stretto principio di tipicità (l'art. 21-*septies*, difatti, recita che: l'atto è nullo ... nei casi espressamente previsti dalla legge), ragion per cui non possono essere elaborate categorizzazioni al di fuori dello stretto dettame legislativo.

E nell'ordinamento vigente non esiste alcuna disposizione che

prevede ed introduca la figura della nullità contabile, con i caratteri (di nullità parziale) e gli effetti (in termini di obbligo di porre in essere le misure per ritornare all'equilibrio di bilancio) descritti nella sentenza in esame.

In particolare non sembra essere corretto l'assunto di fondo da cui parte il giudice del caso, ovvero che l'ordinamento, nell'introdurre il regime di responsabilità sanzionatoria fondata sulla nullità degli atti, abbia voluto introdurre due sanzioni tra loro inscindibilmente collegate, ovvero la sanzione in forma specifica della nullità delle delibere e dei contratti a queste collegate, e quella in forma pecuniaria, fondata su una quantificazione forfettaria che prescinde dall'effettivo (che può essere, pure, mancante) danno.

E' personale convinzione dell'autore che la misura della nullità prevista dalle previsioni in commento, prescinda e possa prescindere dal regime della responsabilità sanzionatoria per due ordini di ragioni. E', innanzitutto, il caso di specie a dimostrare come l'irrogazione della nullità (anche se in detta evenienza, per le ragioni che si vedranno, il giudice contabile non sembra che ne abbia il potere) non dipenda dall'irrogazione della sanzione pecuniaria: difatti la sentenza del giudice umbro, pur avendo accertato la nullità delle delibere, non ha potuto condannare gli autori delle medesime delibere, poiché non è stata ravvisata nel caso concreto una

condotta gravemente colposa. Di converso la fattispecie di responsabilità non richiede necessariamente l'accertamento in via principale della nullità dell'atto, in quanto l'invalidità dell'atto si pone come frazione della fattispecie di responsabilità, che non postula la dichiarazione autonoma d'irrelevanza dell'atto, ma, anzi, l'applicazione dell'invalidità medesima attraverso il suo accertamento incidentale (ma su questo v. *amplius infra*).

Inoltre – ed è questa la ragione più importante – la prospettiva volta ad inquadrare il regime della nullità contabile all'interno della logica sanzionatoria appare essere parziale, poiché la ricostruzione non si muove all'interno del disegno più ampio che ha mosso il legislatore nel prevedere la nullità degli atti e provvedimenti amministrativi a tutela del principio costituzionale di buon andamento (art.97, Cost.).

Come noto la nullità degli atti e provvedimenti amministrativi, posta a presidio del buon andamento, è stata prevista non solo all'interno della moderna logica della 'responsabilità sanzionatoria', ma anche al di fuori: si pensi alle svariate ed innumerevoli ipotesi di nullità previste per le assunzioni avvenute senza concorso, a quelle per provvedimenti di spesa privi di copertura finanziaria o per la violazione del divieto (da parte dei Comuni) di adesione multipla alle forme associative previste dal Tuel.

In tutti questi casi la *ratio* del legislatore non è quella di irrogare una

sanzione in via diretta, ma quella di consentire la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, laddove l'attore od il ricorrente fondino una pretesa di carattere monetario o comunque un diritto di credito sulla base di un titolo (provvedimento) nullo: in questo caso il giudice rilevata d'ufficio la nullità del titolo su cui si fonda il diritto di credito azionato, respinge la domanda in quanto fondata su un titolo (accertato in via di eccezione come) invalido.

L'altro motivo perché il legislatore introduce la nullità a presidio del buon andamento è quello che la nullità è l'unica forma d'invalidità non sanabile: ragion per cui s'impedisce all'amministrazione di sanare in via di autotutela atti contrari al principio di buon andamento.

Non vi è, dunque, alcun collegamento tra la previsione della nullità e quella della responsabilità sanzionatoria, poiché le due previsioni corrispondono (seppur entrambe tendenti a tutelare il buon andamento) a due logiche distinte anche se coordinabili: la nullità è volta a rendere insanabile la validità dell'atto e a consentire al giudice di rilevarla d'ufficio *ope exceptionis*, la responsabilità sanzionatoria è, volta, per un verso, a dissuadere gli agenti dall'adottare delibere invalide, e, dall'altro, a sanzionarli nel caso in cui la portata dissuasiva non abbia sortito effetti.

4. La giurisdizione della Corte dei conti sulla nullità degli atti

amministrativi:

profili problematici.

Ulteriori profili problematici ci vengono dal riparto di giurisdizione e dallo stesso principio di distinzione tra amministrazione e giurisdizione.

A tal fine occorre partire dalla considerazione che il sistema legislativo tende a limitare fortemente l'ingerenza del giudice contabile sulle scelte più propriamente politiche. E' noto, difatti, che con la legge 20 del 1994 è stata prevista l'insindacabilità del merito delle decisioni di carattere politico. Ed è altrettanto indubbio che il processo contabile è funzionalmente collegato a sanzionare i comportamenti illeciti degli agenti, ma non ha mai assunto la funzione di conformare l'azione amministrativa (che semmai spetta alla funzione di controllo della Corte dei conti e per di più con carattere collaborativo). La funzione di conformazione dell'attività amministrativa è, invece, attribuita alla giurisdizione amministrativa (sugli interessi legittimi) e per di più con una serie di limiti all'azione di adempimento, che è sostanzialmente ammessa solo in base alla pregiudiziale di annullamento e nel caso di esercizio di attività vincolata o nei casi in cui la discrezionalità si è ridotta *auf Null*.

In altre parole alla giurisdizione contabile non mi sembra che sia

attribuita una funzione di conformazione del potere amministrativo, ed a maggior ragione nel caso in cui (come nel caso di specie) sono coinvolte funzioni politiche connesse alle *policies* della gestione del bilancio, e, quindi, delle entrate e delle spese. Insomma la funzione giurisdizionale della Corte dei Conti è (essenzialmente) quella di sanzionare, non di prescrivere.

Né a tal fine (come è avvenuto nella sentenza del Collegio umbro) sembra invocabile l'art. 103 Cost., sostenendo che la Corte abbia una giurisdizione esclusiva sulle materie di contabilità pubblica. La disposizione costituzionale non pare attribuire (come invece sostenuto nella sentenza) una piena ed assoluta giurisdizione sugli atti contabili: altrimenti se la tesi fosse portata alle estreme conseguenze comporterebbe che su qualsiasi invalidità rientrante nella materia contabile vi sarebbe giurisdizione della Corte dei Conti. In realtà la disposizione costituzionale costituisce un parametro per verificare se il legislatore nell'attribuire espressamente la giurisdizione alla Corte dei conti, abbia rispettato il limite della materia contabile.

In altre parole l'art. 103, sembra essere un limite, piuttosto che il fondamento alla giurisdizione contabile.

Invero per gli atti amministrativi, vale il riparto, sempre costituzionalizzato, fondato sulla distinzione tra diritti ed interessi

legittimi, e, quindi, tra giudice ordinario ed amministrativo.

Non pare, dunque, sussistere (in mancanza di una attribuzione espressa in via legislativa) una giurisdizione del giudice contabile sulle azioni che sono volte a far valere in via principale con forza di giudicato la nullità delle delibere di indebitamento non dirette a finanziarie le spese per investimento.

5. La nullità degli atti come frammento della fattispecie

“responsabilità sanzionatoria”.

Del resto, l'ipotesi delineata in questa sede è avvalorata da altra e diversa giurisprudenza contabile. A tal fine, va segnalata una pronuncia (di poco successiva a quella umbra) della Corte dei conti campana⁵, secondo cui la giurisdizione contabile è limitata alla possibilità di adottare “una pronuncia di mero accertamento incidentale della nullità parziale senza idoneità al passaggio in giudicato della relativa statuizione, sia del provvedimento amministrativo, sia del contratto di mutuo”. Ne consegue che “la limitata efficacia delle statuizioni giurisdizionali contabili ... determina la stabilità effettuale della delibera di assunzione del mutuo e del contratto di finanziamento consequenziale”. Inoltre sempre secondo il Collegio campano l'accertamento della nullità potrebbe “stimolare

⁵ Corte dei conti, sez. giur.le per la Campania, 30 dicembre 2011, n. 2185 (segnalata dal dott. Pasquale Principato).

processi autocorrettivi dell'Amministrazione danneggiata che potrebbe determinarsi a porre in essere atti di autotutela decisoria (annullamento d'ufficio della delibera di assunzione del finanziamento) e di rinegoziazione o risoluzione del contratto di mutuo, riportando l'attività amministrativa nella legalità finanziaria".

Siffatto orientamento sembra essere da accogliere con favore, poiché più coerente con il sistema di tutela sostanziale e processuale sopra delineato.

In questa sede va ulteriormente aggiunto che la soluzione proposta dal collegio campano ha un ulteriore vantaggio pratico.

Non bisogna, difatti, dimenticare che l'amministrazione ben difficilmente potrebbe opporre la nullità del contratto ai propri creditori (sia i finanziatori che coloro che hanno stipulato un contratto finanziato con l'indebitamento) poiché sono terzi rispetto alla pronuncia del giudice contabile, sicché la medesima non pare loro opponibile. Invece, nel caso di annullamento d'ufficio o comunque in forza di un riesame volto a dichiarare la nullità delle delibere di indebitamento, i contratti, secondo la giurisprudenza più recente, verrebbero travolti automaticamente in forza dell'effetto caducante (nei confronti del contratto a valle) prodotto dal provvedimento di secondo grado (CdS, V, 7 settembre 2011 n. 5032). Si tratta come noto di un principio che è stato applicato agli *swap*, ma che potrebbe

essere esteso anche ai Boc. Peraltro le problematiche poste dagli *swap* ci porterebbero in altro campo, già affrontato nel presente Convegno.

Affidarsi, peraltro, all'autotutela dell'amministrazione che ha dato luogo alla nullità non risulta, tuttavia, un rimedio risolutivo, in quanto, allo stato, non esiste un obbligo giuridico per l'amministrazione di attivarsi in via di autotutela in forza di un accertamento incidentale non coperto dal giudicato.

Sicchè, se si vuole attivare una forma di tutela specifica, tramite l'esperimento di un'azione diretta volta a far valere la nullità contabile di fronte alla Corte dei conti, non resta altro che appellarsi ad un intervento del legislatore *de iure condendo*, che attribuisca espressamente al giudice contabile la giurisdizione sulle azioni volte a far valere in via diretta la nullità contabile.