

Giuseppe Di Gaspare

CREAZIONE PER LEGGE DI UNA FATTISPECIE DI DANNO ERARIALE ? (ART 3 COMMA 59 L 244/2007- NULLITÀ DEI CONTRATTI DI ASSICURAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI A FAVORE DEGLI AMMINISTRATORI)

Sommario: 1. impossibilità di configurare la violazione della nullità disposta per legge. 2. obbligo di rimborso a carico dell'assicurazione ed impossibilità di configurare lo stesso anche quale danno erariale (ne bis in idem) 3 creazione ex nihilo del danno erariale ? 4. profili di incostituzionalità.

L'art. 3, comma 59 della legge 24 dicembre 2007, 244 ha stabilito che: *“è 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. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. 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”*.

La finalità della disposizione di cui al primo periodo del citato comma è evidentemente quella di evitare che, tramite la copertura assicurativa, gli amministratori e i dipendenti di un ente pubblico nell'*espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica*, siano tenuti indenni dai rischi derivanti dalla *responsabilità per danni cagionati allo stesso ente e allo Stato o ad altri enti pubblici e dalla responsabilità contabile*. Comminando la nullità del contratto, si vuole dunque impedire che gli amministratori degli enti pubblici si “auto-deresponsabilizzino”, ponendo a carico dell'ente pubblico la copertura assicurativa del danno eventualmente da loro provocato. La comminata nullità non riguarda solo i danni arrecati all'ente in cui gli amministratori operano ma anche quelli provocati allo Stato e agli enti pubblici in particolare regioni, province, comuni, le cui risorse, vengono normalmente impiegate, nel generale vigente quadro di finanza pubblica trasferita o federata, dagli altri enti pubblici (non economici) per lo svolgimento dei loro compiti istituzionali.

Accanto alla nullità per nuovi contratti, il secondo periodo del citato articolo e comma definisce il limite temporale dei contratti in corso stabilendo che gli stessi *cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008*.

Fin qui la norma, prescindendo da qualsiasi valutazione nel merito, è comunque chiara per finalità ed effetti.

Di difficile comprensione è, invece, il terzo periodo dello stesso articolo 3 e comma 59, che disciplina le conseguenze della violazione delle suddette disposizioni relative alla nullità dei contratti e alla cessazione dell'efficacia per quelli in essere alla data del 30 giugno 2008.

C'è da chiedersi, al riguardo ed in primo luogo, in che modo sia possibile configurare in via generale ed ipotetica la violazione della nullità, disposta con atto avente forza di legge, in via negoziale.

Si dovrebbe infatti ritenere, affinché la supposta violazione possa verificarsi concretamente, che sia possibile stipulare validamente un contratto il cui oggetto è dichiarato nullo per legge.

In realtà, per effetto della norma, qualsiasi contratto, di fatto sottoscritto dopo la sua entrata in vigore, sarebbe evidentemente nullo di diritto e eventualmente tale sarebbe anche la "prosecuzione" del contratto oltre il termine ultimo di efficacia disposto dall'art 3 comma 59, non potendo la volontà delle parti prevalere in contrasto con la espressa previsione legislativa di cessazione della efficacia.

In altri termini, il contratto, se nullo per legge, non può considerarsi suscettibile di produrre effetti giuridici.

Ne consegue che vietata, per espressa puntuale previsione del legislatore, la possibilità di copertura assicurativa, il contratto eventualmente stipulato sarebbe ad oggetto nullo per cui la posizione dei soggetti stipulanti delle parti rimarrebbe quella antecedente alla stipula non potendo la volontà negoziale prevalere su quella contraria del legislatore.

In concreto, l'alea rimarrebbe pertanto sull'amministratore "assicurato" il quale non potrebbe avvalersi, dunque, della copertura assicurativa e rimarrebbe assoggettato, nel caso di danno erariale, alla giurisdizione della Corte dei Conti e dalla quale non potrebbe certo sottrarsi invocando la copertura assicurativa nulla, con azione di responsabilità erariale dalla Corte dei Conti che lo investirebbe direttamente.

In altri termini un contratto di assicurazione, ad oggetto nullo, non avrebbe alcun effetto cautelativo e lascerebbe l'amministratore dell'ente pubblico esposto direttamente alle conseguenze sul piano della responsabilità personale del danno erariale provocato.

La nullità, essendo sempre eccezionale da (e nei confronti di) entrambe le parti, da chiunque vi abbia interesse o vi sia tenuto in ragione del suo ufficio (contabili, revisori dell'ente pubblico, e revisori e liquidatori della compagnia di assicurazione) darebbe luogo inevitabilmente alla ripetizione delle prestazioni indebitamente corrisposte da parte dell'ente pubblico con correlato obbligo di restituzione delle somme illegittimamente percepite da parte della compagnia di assicurazione. Quest'ultima, d'altro canto, rimarrebbe esonerata da qualsiasi obbligo di copertura assicurativa in caso di danno. La nullità e la cessazione degli effetti non consentono pertanto di considerare alcuna qualsivoglia nuova o perdurante efficacia del contratto neppure tra le parti

2 obbligo di rimborso a carico dell'assicurazione ed impossibilità di configurare il rimborso stesso anche quale danno erariale (ne bis in idem)

Ne consegue che, in caso di stipula di tale un contratto nullo, l'assicuratore sarebbe sempre tenuto al *rimborso* delle somme eventualmente percepite anche ai sensi dell'art. 2033 c.c. .

In questo senso non si riesce assolutamente a comprendere a quale titolo il rimborso, sicuramente dovuto dall'assicurazione in quanto indebitamente percepito, venga altresì messo a carico, in quanto tale, cioè in quanto *rimborso*, anche all'*amministratore* dell'ente pubblico (che si presume abbia sottoscritto o autorizzato la sottoscrizione dell'atto) e del beneficiario, se diverso dall'amministratore che peraltro è un soggetto terzo estraneo all'atto nullo, e destinato a rimanere comunque tale in quanto, per effetto della disposta nullità, non sarebbe beneficiario di alcunché. Il "beneficiario" sarebbe così doppiamente responsabile in caso di danno: per i danni arrecati senza potere invocare, per effetto della nullità, alcuna copertura assicurativa a scagionarlo dai danni conseguenti all'illecito. Sarebbe inoltre responsabile del danno ulteriore derivante dalla sottoscrizione dell'atto nullo stipulato da soggetti terzi anche se a suo favore.

Un cumulo e trasferimento di responsabilità che appare piuttosto ardito.

Ed in effetti, se ovvio corollario della nullità è la restituzione dell'indebito da parte della compagnia di assicurazione, ne consegue che, ottenuto il *rimborso*, non è astrattamente configurabile alcun danno derivante all'ente pubblico dall'esecuzione *contra legem* del contratto nullo.

Se questa conclusione è logicamente e giuridicamente esatta, non si comprende allora la ragione per cui il *rimborso* debba essere effettuato anche da un soggetto diverso da quello che ha percepito la somma ed il motivo per cui inoltre lo stesso venga qualificato dalla legge *a titolo di danno erariale*.

Per le ovvie ragioni esposte, è facile rilevare la mancanza di qualsiasi fondamento risarcitorio di tale ulteriore "*rimborso*" aggiuntivo a quello cui la assicurazione sarebbe naturalmente tenuta, posto a carico dell'amministratore e/o del beneficiario. Da qui anche la conseguente impossibilità di configurarlo *a titolo di danno erariale*.

Si dovrebbe allora ritenere che "*il rimborso*" - se corrisposto come dovuto dall'assicuratore - non possa essere considerato tale a carico dell'amministratore o del beneficiario e che altresì impropriamente sia qualificato *a titolo di danno erariale*. Esso, in realtà, non sarebbe altro che il quantum di una sanzione amministrativa che colpisce il comportamento materiale in quanto tale, stante l'impossibilità, per le comminate nullità e cessazione di *ex lege*, che il comportamento illegittimo, consistente nel tentativo di porre *in essere* o comunque di prorogare *il contratto di assicurazione*, sia in grado di produrre effetti giuridici.

Si tratterebbe dunque di una sanzione amministrativa liquidata presuntivamente e in via definitiva in una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo".

Ma anche così interpretando la fattispecie normativa, rimarrebbe il fatto che la qualificazione del rimborso *a titolo di danno erariale* varrebbe comunque ad attribuire, anche **in assenza di danno effettivo**, alla giurisdizione della Corte dei Conti, l'applicazione per via giurisdizionale su di una sanzione amministrativa a carattere inibitorio. Saremmo allora di fronte alla attribuzione di una competenza giurisdizionale che esula palesemente dalla materia del danno erariale su cui poggia la giurisdizione di responsabilità amministrativa e contabile di cui all'art. 103 della Costituzione.

Siamo in questo ipotetica fattispecie al di fuori di qualsiasi azione risarcitoria. Ed in effetti, il verificarsi del danno (ad es. artt. 1218 e 2043 c.c.), è il presupposto necessario ed ineliminabile per la promozione di qualsiasi azione di responsabilità per danno, anche amministrativa, essendo tale

azione naturalmente volta *ex post* al risarcimento tramite la condanna del soggetto dal cui comportamento è derivato materialmente il danno.

Solo considerando il danno effettivamente prodottosi, si potrebbe ritenere la sussistenza della giurisdizione di responsabilità amministrativa e contabile in quanto essa è notoriamente connotata da una “combinazione di elementi restitutori e di deterrenza “ (cfr: ,ad esempio, Corte Cost. n. 371 -98)

In altri termini senza danno non ci può essere azione di risarcimento.

Ne consegue, nel caso in specie, la intrinseca contraddittorietà della previsione di una sanzione amministrativa irrogata *a titolo di danno erariale* senza che questo si sia effettivamente verificato.

3 creazione ex nihilo del danno erariale?

Una diversa interpretazione della norma in esame, più aderente al testo letterale, perviene ad un risultato ancor più paradossale di quella di cui al precedente paragrafo. Bisognerebbe ritenere che per effetto della suddetta disposizione l'assicuratore sarebbe esonerato dall'obbligo di restituire quanto illegittimamente percepito in esecuzione del contratto nullo.

Tale interpretazione poggia sul fatto testualmente “*il rimborso*” è posto a carico degli amministratori e dei beneficiari (benché solo virtuali della copertura amministrativa). Su questa base, in applicazione del principio del *ne bis in idem*, si dovrebbe ritenere che il rimborso, posto espressamente a carico di terzi, non sarebbe più esigibile nei confronti della compagnia di assicurazione, alla quale sarebbe pertanto concessa la facoltà di trattenere la somma illegittimamente corrisposta. Conseguentemente non potrebbe essere proposta alcun azione restitutoria da parte dell'ente pubblico nei confronti dell'assicuratore, il quale rimarrebbe comunque liberato, per la nullità dell'oggetto del contratto, da qualsiasi controprestazione assicurativa.

Da questo punto di vista, e solo da questo punto di vista prenderebbe corpo il danno erariale.

Si spiegherebbe, così, il motivo per cui il *rimborso* sarebbe dovuto *a titolo di danno erariale*, in quanto tale danno verrebbe ad essere effettivamente prodotto come conseguenza dell'impossibilità per l'ente pubblico di ottenere, dalla compagnia di assicurazione. la ripetizione dei premi indebitamente corrisposti.

Coerentemente, si dovrebbe allora concludere che il danno erariale in tanto sussiste in quanto disposto dal legislatore stesso, che lo crea *ex nihilo*, avendo precluso all'ente pubblico l'esercizio dell'ordinaria azione di ripetizione dell'indebito, lasciando nella disponibilità dell'assicurazione quanto indebitamente percepito e determinando così il presupposto per la configurazione del danno erariale e la conseguente attivazione della giurisdizione della Corte dei Conti.

4. profili di incostituzionalità.

Conclusivamente sul punto.

Sotto il profilo sanzionatorio, il carattere fortemente vessatorio della sanzione “*rimborso*” nei confronti dell'*amministratore* e gratuitamente vessatorio nei confronti *del beneficiario* diverso dall'amministratore, la responsabilità oggettiva posta a carico di quest'ultimo, la mancanza di proporzionalità, la disparità, in caso di violazione della norma, della posizione dell'assicuratore il quale, benché parte del contratto, è tenuto assolutamente indenne dalle conseguenze sanzionatorie della violazione del divieto di contrarre - come se l'assicuratore non fosse un contraente professionale particolarmente qualificato - l'assoluto annichilimento del contraddittorio processuale e la rigida precostituzione legislativa dell'ammontare della sanzione, rilevano anche per la violazione del principio costituzionale del giusto processo *ex art. 111 Cost.* e sotto vari, connessi e convergenti profili di incostituzionalità ad iniziare ovviamente dall'art. 103 sulla giurisdizione contabile.

Inteso *il rimborso* quale misura risarcitoria *a titolo di danno erariale*, rilevano profili ulteriori di incostituzionalità in termini di eccesso di potere legislativo, violazione del principio della tutela dei propri diritti ed interessi in giudizio, violazione del principio costituzionale di uguaglianza e di pari trattamento in giudizio per effetto della discriminazione tra soggetti egualmente responsabili del mancato rispetto del medesimo divieto legislativo.