

STUDIO LEGALE
AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

AVV. GUIDO BARDELLI
AVV. ALESSANDRA BAZZANI
AVV. ADA LUCIA DE CESARIS
AVV. ANTONIO PAPI ROSSI
AVV. MARTA SPAINI

AVV. FRANCESCA COLOMBO
AVV. NICOLA FERRANTE
AVV. SARA GIAMPAOLI
AVV. ELEONORA GREGORI FERRI
AVV. GABRIELLA MARRONE
AVV. FRANCESCO NACCARI MILANA
AVV. TOMMASO SACCONAGHI
AVV. RICCARDO VILLA
DOTT. FILIPPO PORTA

Milano, 14 aprile 2022

Spett.le

Comune di Gallarate

Settore 2 – Finanziario, Tributi, Logistica e Contratti

Via Verdi, n. 2

21013 – Gallarate (VA)

Alla cortese attenzione del Dirigente, Dott. Michele Colombo

- a mezzo PEC protocollo@pec.comune.gallarate.va.it -

OGGETTO: Comune di Gallarate – ulteriore parere legale *pro veritate* successivo al riscontro ai quesiti formulati a seguito del parere reso in data 10 dicembre 2021 in merito agli esiti della verifica amministrativo-contabile svolta dalla Ragioneria Generale dello Stato presso l'Amministrazione comunale.

Determinazione di incarico n. 84 del 9 febbraio 2022 - richiesta di disponibilità al nuovo incarico del 27 gennaio 2022, prot. n. 5720.

I. Premessa all'analisi dei quesiti.

A seguito del nostro parere reso in data 10 dicembre 2021, che verteva sull'applicazione delle indennità di funzione degli amministratori comunali - e delle relative maggiorazioni e riduzioni - dal 2000 al 2020 avuto riguardo al rilievo n. 5 di cui alla relazione sulla verifica amministrativo-contabile svolta dalla Ragioneria Generale dello Stato (d'appresso anche la "Ragioneria") presso il Comune di Gallarate (d'appresso anche il "Comune") nell'esclusiva parte in cui l'Ispettorato Generale di Finanza ha contestato all'Ente l' "irregolare quantificazione, a partire dall'anno 2000, delle indennità di carica degli amministratori comunali" (prot. n. 58847 del 31 marzo 2021), ci sono stati sottoposti gli ulteriori quesiti inerenti al medesimo oggetto, d'appresso sinteticamente riportati.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

Prima della loro trattazione, si precisa che, così come svolto nel precedente parere, si approfondiranno gli aspetti giuridici - normativi e giurisprudenziali - relativi alle questioni da esaminare, senza però entrare nel merito delle valutazioni inerenti alla quantificazione delle somme indebitamente corrisposte, nonché alla verifica della sussistenza dei presupposti quantitativi - contabili, economici, demografici e personali/individuali - previsti dalla legge per la determinazione delle indennità di funzione e dei relativi incrementi. Già nel primo parere, infatti, evidenziato che la ricostruzione dell'esatta quantificazione delle indennità corrisposte e delle relative maggiorazioni erogate nel corso degli anni presi in esame è collegata ad una serie di dati individuali e di informazioni relative all'Ente Comune, è stata rimessa al prudente apprezzamento dell'Amministrazione in indirizzo l'individuazione dell'esatto errore di calcolo.

Inoltre, onde evitare sovrapposizioni e/o ripetizioni, nonché ingerenze nell'attività amministrativa comunale, si tratteranno i soli nuovi quesiti espressamente formulati nella richiesta di ulteriore parere legale così come d'appresso riportati, rinviandosi per il resto -anche riguardo alle valutazioni dell'Ente contenute nella richiesta- a quanto già espresso nel precedente parere.

*

II.I. Quesito n. 1.

Viene richiesta, in primo luogo, l' *"identificazione dell'organo comunale che possa richiedere la restituzione, da parte dei percettori, della quota di indennità di carica identificabile come "indebito oggettivo". In merito si ritiene che tale richiesta possa essere avanzata da organi "tecnici" dell'Ente (nota dirigenziale) che però si adeguerebbero alle conclusioni assunte e riportate negli esiti dell'ispezione in oggetto senza che gli organi collegiali di indirizzo dell'Ente (Consiglio Comunale) o con competenza residuale generale (Giunta Comunale) revochino o riformino o dichiarino superate le proprie rispettive deliberazioni sopra citate e assumano la decisione di uniformarsi ai rilievi ispettivi della RGS in parola. Nel caso invece si ritenga che tale decisione debba essere assunta da/dagli organi collegiali dell'Ente (Consiglio/Giunta) appare applicabile l'obbligo di astensione, per interesse personale, ai Componenti potenziali destinatari della richiesta di restituzione di quota delle indennità di carica percepite?"*.

Sulla controversa qualificazione della natura del credito vantato dal Comune per il caso erogazione di indennità e/o relative maggiorazioni in misura superiore rispetto a quella consentita dalla legge si rinvia al par. V), quesito iv) del precedente parere, rammentandosi che parte della giurisprudenza amministrativa ivi richiamata qualifica come "indebito oggettivo" l'errata e/o mancata applicazione della riduzione del 10% delle indennità di funzione prevista dall'art. 1, comma 54, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (c.d. Legge Finanziaria del 2006).

Alla luce di tale elemento, nonché dell'espressa (nel secondo quesito - v. *infra*) intenzione del Comune di Gallarate di riscuotere la quota del 10% delle indennità erogate, si assume che il quesito in esame concerna *«la restituzione, da parte dei percettori, della quota di indennità di carica identificabile come "indebito oggettivo"»*, ossia della quota corrispondente alla riduzione del 10% di cui all'art. 1, comma 54, l. 266/2005, ritenuta vigente anche per gli esercizi finanziari successivi al

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

2006 dalla giurisprudenza contabile (per tutte si veda Corte conti, Sez. Riunite in sede di controllo, 12 gennaio 2012, n. 1¹).

Il quesito in esame impone dunque di affrontare di seguito due questioni così distinte: *i.* se si renda necessario, al fine di richiedere la restituzione della somma corrispondente alla riduzione di cui all'art. 1, comma 54, l. 266/2005, che gli organi collegiali dell'Ente (Consiglio Comunale e Giunta Comunale) revochino o riformino o dichiarino superate le proprie rispettive deliberazioni cui è seguito il pagamento delle indennità di funzione e delle relative maggiorazioni; *ii.* quale sia l'organo comunale competente a richiedere la somma in questione.

.-

Venendo al primo tema (*sub i.*), occorre anzitutto precisare che *“l'azione di ripetizione di indebito ha come suo fondamento l'inesistenza dell'obbligazione adempiuta da una parte, o perché il vincolo obbligatorio non è mai sorto o perché è venuto meno successivamente, a seguito ad esempio di annullamento”* (Cons. Stato, sez. IV, 3 novembre 2015, n. 5010).

Occorre dunque interrogarsi, al fine di evadere il quesito posto, se l'indebito in questione, corrispondente all'ammontare della riduzione di cui all'art. 1, comma 54, l. 266/2005, si fondi su una obbligazione inesistente *ab origine* o se lo stesso si radichi in capo alle determinazioni degli Organi collegiali comunali che hanno complessivamente determinato le indennità di funzione degli Amministratori comunali.

Come noto, la riduzione del 10% delle indennità di funzione degli Amministratori comunali è stata introdotta nell'Ordinamento dall'art. 1, comma 54, l. 266/2005 e, come precisato dalla giurisprudenza contabile, *“con l'art. 1, comma 54, della legge 266/2005 le indennità venivano assoggettate ad una decurtazione del 10% [...]. Alla sua entrata in vigore la norma operava in via automatica; non era cioè necessaria l'adozione di delibere di recepimento. Ove queste fossero state adottate con un contenuto conforme al dettato normativo avrebbero avuto **mera natura ricognitiva**, altrimenti sarebbero state affette da vizio di legittimità”* (Corte dei Conti Puglia Sez. contr., 1 febbraio 2013, n. 19).

La riconosciuta “natura ricognitiva”, e non costitutiva, delle delibere comunali induce a ritenere che l'ammontare corrispondente alla riduzione in commento non era dovuto agli Amministratori comunali *ex lege* e prescindeva dall'adozione di un atto da parte dell'amministrazione, che avrebbe avuto per l'appunto mera “natura ricognitiva”.

A conforto di tale ragionamento aggiunge la giurisprudenza che un'amministrazione procedente per la ripetizione di una somma dovuta *ex lege* agisce *“iure privatorum per la ripetizione dell'indebito rispetto a una posizione di diritto soggettivo”* (Tribunale Potenza Sez. I, 24 marzo 2021²),

¹ La recente novella portata dall'art. 1, c. 583, L. 30 dicembre 2021, n. 234, che ha innovato la modalità di determinazione dell'indennità di funzione degli amministratori locali non ha specificato nulla al riguardo ed anzi ha introdotto una disciplina che entrerà a pieno regime nel 2024, con una modulazione a partire dall'anno in corso.

² In LEGGI D'ITALIA al link: <https://www.leggiditaliaprofessionale.it/>. Nella specie si trattava di indennità di funzione di un Assessore comunale, che non era stata erroneamente dimezzata a fronte della richiesta di aspettativa (ai sensi dell'art. 23, c. 1, L. 3 agosto 199, n. 265 e, successivamente, dell'art. 82, c. 1, d.lgs. TUEL), con indebita erogazione di tale quota indennitaria.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

potendosi dunque escludere l'adozione di un provvedimento amministrativo che implichi la spendita di potere discrezionale. A tale riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'atto con cui un Ente agisce per la ripetizione della somma corrispondente alla riduzione di cui all'art. 1, comma 54, della L. n. 266/2005, nel caso in cui si tratti di amministratori con investitura politico-elettorale e non onoraria, *“si limita a dare applicazione alla normativa primaria e a disporre il recupero delle somme che si ritengono, per l'effetto, indebitamente erogate senza che possa configurarsi alcuna spendita di potere discrezionale”*, atteso che le *“indennità di funzione e i gettoni contestati nel loro ammontare sono quelli la cui previsione, come anche l'ammontare della riduzione, discendono direttamente dalla legge”* (T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 6 marzo 2017, n. 88).

Se, come visto, la riduzione delle indennità di funzione di cui all'art. 1, comma 54, della L. n. 266/2005 deriva direttamente dalla legge e l'Amministrazione non esercita alcun potere discrezionale nell'applicazione della stessa, pare potersi conseguentemente desumere che l'eventuale corresponsione della somma pari alla riduzione in questione costituisca un indebito oggettivo che si radica nell'inesistenza dell'obbligazione perché il vincolo obbligatorio non è mai sorto *ex lege*.

Da ciò consegue, ad avviso della scrivente, che il titolo del Comune a richiedere tali somme si radica nella disposizione normativa in commento e non abbisogna dell'adozione di alcun provvedimento amministrativo, ancorché di secondo grado, che comunque avrebbe mera efficacia ricognitiva e non costitutiva del credito.

Quanto detto trova ulteriore conferma nella giurisprudenza del giudice ordinario, ossia l'Autorità munita di giurisdizione per i casi di ripetizione delle quote di indennità di funzione indebitamente corrisposte secondo la giurisprudenza consultata (sul riparto di giurisdizione si vedano: T.a.r. Lazio, Roma, Sez. II bis, 26 ottobre 2018, n. 10376, analogamente, si veda T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 6 marzo 2017, n. 88).

Recentemente, infatti, il Tribunale di Brescia (Sez. II Civile, 17 aprile 2021³), nell'ambito di un giudizio instaurato da un'amministrazione comunale, proprio per la *“restituzione delle quote di indennità indebitamente percepite per la mancata applicazione delle riduzioni previste dalla [...] L. n. 266 del 2005”*, ha rigettato l'eccezione, avanzata dagli Amministratori convenuti, di *“improcedibilità della domanda attorea [...] per mancato annullamento parziale delle delibere comunali attributive delle indennità”*, ritenendo che *“gli amministratori comunali svolgono funzioni pubbliche sulla base di una investitura politico - elettorale e il trattamento economico connesso alla loro carica è espressamente disciplinato dalla legge. Le indennità di funzione trovano infatti la propria fonte primaria nell'art. 82, 8 comma, T.U.E.L. e risultano predeterminate nel loro ammontare da appositi decreti ministeriali; le delibere comunali non determinano pertanto la misura di dette indennità in via discrezionale, ma **si limitano a recepire le disposizioni normative, assumendo carattere meramente esecutivo e vincolato. Ne deriva la possibilità di ripetere le somme eventualmente attribuite in eccedenza al sindaco, al vicesindaco e agli**”*

³ In LEGGI D'ITALIA al link: <https://www.leggiditaliaprofessionale.it/>.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

assessori, senza la necessità di preventivo annullamento o disapplicazione del provvedimento amministrativo”.

Alla luce di quanto precede, in assenza di una segnalazione alla scrivente di atti e/o comportamenti ritenuti dolosi e/o colposi dall'Amministrazione nella determinazione delle indennità erogate in maggior misura, che imporrebbero considerazioni diverse ed ulteriori, si può ragionevolmente ritenere che il Comune di Gallarate possa agire nei confronti degli Amministratori comunali interessati per la ripetizione della somma indebitamente corrisposta, dall'Ente ritenuta pari alla riduzione prevista dall'art. 1, comma 54, l. 266/2005, in forza della medesima disposizione e senza un'apposita determinazione degli Organi collegiali (Consiglio e/o Giunta) volta a revocare o riformare o dichiarare superate le proprie rispettive precedenti deliberazioni, cui è seguita l'erogazione delle indennità di funzione e delle relative maggiorazioni erroneamente calcolate.

Del resto, come si è osservato nel precedente parere, dal testo della delibera del Consiglio Comunale n. 21 del 10 marzo 2008, la cui determinazione delle indennità è stata seguita fino al 2020 con eccezione del solo esercizio 2012, emerge unicamente che nel 2008 il Comune ha rideterminato le indennità di funzione spettanti ai propri amministratori adeguandole ai corrispondenti importi indicati per fascia demografica alla Tabella A del D.M. n. 119/2000. In tale atto collegiale l'Ente indica solamente gli importi fissati per le indennità, senza esplicitare, né in termini numerici né motivazionali, se e quali maggiorazioni o riduzioni sono state applicate ai valori finali indicati nell'atto collegiale. Come già rilevato, infatti, l'opacità motivazionale della delibera in commento non consente di ricostruire il percorso logico e aritmetico che il Comune ha compiuto per determinare i valori delle indennità di funzione che, a quanto emerge dalla richiesta del presente parere, paiono non essere state decurtate della riduzione del 10% prevista dall'art. 1, comma 54, l. 266/2005.

-.-

Si giunge adesso all'esame della seconda questione (*sub ii.*), ossia all'individuazione dell'organo comunale competente a richiedere le somme indebitamente corrisposte, che, per quanto in precedenza detto, vengono qui collegate alla riduzione di cui all'art. 1, c. 54, l. 266/2005.

Per comodità espositiva, si anticipa sin d'ora che l'atto di messa in mora per ripetizione dell'indebito predetto, presupponendo una valutazione tecnica e di conto che non dovrebbe implicare l'esercizio di poteri discrezionali, pare integrare il compimento di un atto di gestione scevro da profili di indirizzo e controllo politico-amministrativo, e come tale attribuito alla competenza generale della dirigenza comunale.

Come si vedrà, ciò pare confermato anche da una lettura coordinata del TUEL e del vigente Statuto del Comune di Gallarate che, a quanto consta, risulta essere quello da ultimo modificato con deliberazione di Consiglio Comunale n. 30 del 20 giugno 2013 e pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia del 14 agosto 2013, n. 33.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

E infatti, come noto, ai sensi dell'art. 42, comma 1, TUEL, *"Il consiglio è l'organo di indirizzo e di controllo politico - amministrativo"*. E ciò è quanto confermato dall'art. 13 dello Statuto comunale. Tuttavia, come detto, l'atto di messa in mora in questione, trattandosi di ripetizione di somme indebitamente corrisposte rispetto ai parametri di legge, non appare coinvolgere profili di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, sicché non può essere attratto nella competenza consiliare.

Lo Statuto del Comune, poi, prevede una competenza residuale in capo alla Giunta laddove, all'art. 18, comma 2, dispone che la Giunta *"Compie gli atti di amministrazione non attribuiti espressamente al Sindaco, al Segretario Generale ed ai Dirigenti"*.

Nel caso di specie, però, non si ritiene necessario ricorrere alla competenza residuale della Giunta, atteso che si ritiene sussistano organi muniti della competenza all'adozione dell'atto in questione. E, infatti, come noto, ai sensi dell'art. 107, comma 1, TUEL *"[...] la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti"*, cui spettano, a mente del comma 2, *"tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108"*. Si soggiunge che, ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, *"Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: [...] d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; [...] i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco"*.

Già dalla piana lettura della disposizione normativa si rintraccia la competenza dirigenziale per il compimento degli atti di gestione e, in particolare, degli atti di gestione finanziaria e di gestione del personale, ossia le due macrocategorie che vengono in rilievo nel caso di specie, che concerne la corretta determinazione di indennità di funzioni spettanti ad Amministratori comunali.

A ciò si aggiunga che, secondo la giurisprudenza, *"Pur essendo la Giunta municipale e i dirigenti organi cui la legge attribuisce funzioni latu sensu esecutive dell'indirizzo politico, il discrimen tra le due competenze è da individuare nella diversa natura dei due organi e nel principio di separazione tra l'attività politica e l'attività gestionale, così che, mentre la Giunta è un organo di governo dell'ente locale e pertanto svolge una funzione di attuazione politica delle scelte fondamentali operate dal Consiglio, ai dirigenti compete l'attività di gestione tecnico-finanziaria-contabile e l'assunzione di tutti i provvedimenti amministrativi, o atti di diritto privato, necessari per conseguire gli obiettivi stabiliti dagli organi di indirizzo (Cons. St., sez. V, n. 20 agosto 2013, n. 4192; per la decadenza da una concessione di pubblico servizio, Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421)"* (Cons. Stato Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 76). In luce di quanto anzi detto sulla carenza di scelte che implicino profili di indirizzo e controllo politico-amministrativo nell'ambito della richiesta di pagamento dell'indebitato in questione, si ritiene confermata la competenza dirigenziale all'adozione della richiesta di pagamento di cui si discorre.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

La ricostruzione anzi svolta in punto di competenza pare trovare conferma anche nella casistica che si riscontra dalle sentenze in materia, atteso che si rintracciano casi di richieste di pagamento dei crediti di cui si discorre avanzate con **i.** Determinazione Dirigenziale del Settore Organizzazione e Gestione del Personale (T.a.r. Roma, Sez. II-bis, 26 ottobre 2018, n. 10376); **ii.** Determinazione del Settore Affari Generali e Istituzionali – U.O. Affari Generali (T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 6 marzo 2017, n. 88); **iii.** nota a firma del Segretario Comunale e del Sindaco (Corte dei Conti Sicilia Sez. giurisdiz., 10 gennaio 2011, n. 7).

Sebbene quest'ultimo caso (*sub iii.*) potrebbe indurre a ritenere che l'atto in questione possa rientrare nelle competenze degli organi di indirizzo politico (atteso che la richiesta di pagamento era stata sottoscritta dal Sindaco), giova segnalare che la Corte dei Conti, Sez. I App., il 16 settembre 2013, con sentenza n. 659 ha affrontato il tema nell'ambito di un giudizio di responsabilità in cui era stata eccepita la prescrizione dell'azione di responsabilità perché, tra le altre eccezioni, l'atto di diffida e messa in mora era *“stato adottato dal sindaco in carenza di potere spettando esso alla dirigenza amministrativa”*. Il Giudice contabile ha affrontato il tema riconoscendo implicitamente l'incompetenza del Sindaco ad adottare tale atto, ma “salvando” l'efficacia interruttiva della prescrizione dell'atto stesso nei seguenti termini: *“il Collegio ritiene di non poter condividere le osservazioni di parte appellante laddove sostiene comunque l'inefficacia dell'atto di messa in mora in quanto adottato da soggetto privo del relativo potere. In sostanza, l'atto doveva essere adottato dal dirigente e non dal vertice politico del Comune. Anche in questo caso, il Collegio condivide quanto affermato dal giudice di primo grado, con richiamo alla giurisprudenza di queste sezioni di appello (in specie, sezione seconda centrale d'appello, sentenza numero 128/2002). Sostanzialmente, quindi, ciò che rileva è che, ove di vizio dell'atto possa parlarsi, esso non era tale da impedire, poiché nullo od inesistente, la produzione dell'effetto interruttivo del decorso della prescrizione, ma tutt'al più un'ipotesi di incompetenza relativa dello stesso”*.

Si ritiene dunque confermato, e prudente, procedere come indicato sopra, attesa la potenziale, e ritenuta, incompetenza degli organi di vertice politico ad adottare l'atto di diffida e messa in mora in questione. E ciò ancorché nel caso appena analizzato il Giudice contabile abbia fatti salvi gli effetti interruttivi della prescrizione del credito di una richiesta di pagamento a firma del Sindaco, ritenendo l'atto illegittimo ma non nullo.

Anche l'esame del Regolamento per la disciplina degli Uffici e dei Servizi del Comune di Gallarate, nella versione da ultimo aggiornata con delibera di Giunta comunale n. 3 del 26 gennaio 2022, declina all'art. 8 le competenze dirigenziali individuandole, tra l'altro, nell' *“adozione delle determinazioni di spettanza del Settore, ivi comprese quelle concernenti la gestione finanziaria, sia sotto l'aspetto dell'entrata, per l'accertamento, che sotto l'aspetto della spesa, per l'impegno, unitamente a tutti gli atti consequenziali”* (lett. a) e *“l'adozione di tutti gli atti a contenuto provvedimento a rilevanza esterna”* (lett. d).

Il medesimo Regolamento attribuisce al Segretario Generale funzioni di collaborazione e assistenza giuridico amministrativa, anche nei confronti dei Dirigenti, al fine di assicurare la conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo Statuto ed ai regolamenti (art. 6, c. 4, lett. a) in coerenza a quanto previsto dall'art. 97, comma 2, TUEL. Sotto questo profilo, per completezza

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

dell'iter procedimentale, il provvedimento potrà essere sottoposto al Segretario Generale (o suo facente funzioni) per le predette verifiche.

-.-

Per esaustività della trattazione, si segnala che con ordinanza 14 dicembre 2021, n. 40004, la Cassazione, Sezione Lavoro, ha rimesso alla Corte Costituzionale *“la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 c.c., per contrarietà agli artt. 11 e 117 Cost., in rapporto all'art. 1 del Protocollo 1 alla CEDU, nella parte in cui, in caso di indebito retributivo erogato da un ente pubblico e di legittimo affidamento del dipendente pubblico percipiente nella definitività dell'attribuzione, consente un'ingerenza non proporzionata nel diritto dell'individuo al rispetto dei suoi beni”*, dato atto -nell'ordinanza di rimessione- che, *“secondo l'art. 1 del protocollo 1 alla CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, non è la semplice buona fede del ricevente ad impedire alla pubblica amministrazione di ripetere l'indebito retributivo, ma il "legittimo affidamento" del dipendente alla definitività della attribuzione, fondato sul concorso di plurime circostanze di fatto: pagamento effettuato dalla pubblica amministrazione spontaneamente ovvero su domanda del dipendente in buona fede; apparenza del titolo del pagamento; durata nel tempo dei versamenti; assenza della riserva di ripetizione; buona fede del ricevente. Inoltre - (avendo la Corte EDU riconosciuto la legittimità dell'azione di recupero e la sua rispondenza ad uno scopo parimenti legittimo) - la violazione del diritto dell'individuo ricorre solo in caso di esito negativo del test di proporzionalità sotteso alla norma convenzionale; a sua volta in tale test rilevano ulteriormente: l'esclusiva imputabilità alle autorità pubbliche dell'errore del pagamento, il pagamento delle retribuzioni indebite quale corrispettivo dell'attività lavorativa ordinaria, la situazione economica dell'accipiens al momento della condanna al rimborso (si vedano i punti 72 e 73 della sentenza della CORTE EDU in considerazione)”*.

La questione di costituzionalità in esame non si ritiene possa paralizzare l'iniziativa del Comune di Gallarate volta al recupero delle somme indebitamente corrisposte, atteso che:

- la questione di legittimità costituzionale inerisce a indebiti retributivi derivanti da contratti con la p.a., mentre nel caso di specie si discorre di somme indebitamente corrisposte a titolo di indennità di funzione;
- l'art. 1, prot. 1 della CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, di cui dà atto la stessa Cassazione, viene in rilievo laddove, tra le altre condizioni, vi sia stato uno spontaneo pagamento da parte della pubblica amministrazione e sia esclusivamente imputabile alle autorità pubbliche l'errore del pagamento; mentre, nel caso in esame, l'errore non dipende da soggetti terzi rispetto ai percettori, a prescindere dall'elemento soggettivo;
- in ogni caso, l'accertamento della buona fede del percettore e del suo legittimo affidamento alla definitività della attribuzione afferirà alle competenze degli organi giurisdizionali;
- non viene in rilievo nel caso di specie, come invece accade nel caso all'esame della Cassazione, il *“pagamento delle retribuzioni indebite quale corrispettivo dell'attività lavorativa ordinaria”*;

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

- tra gli altri, occorrerebbe un test di proporzionalità volto a mostrare la “precarietà” dell’attuale situazione economica dell’*accipiens*⁴.

Si ritiene dunque che la questione di legittimità costituzionale, di cui qui si dà atto per completezza e che peraltro non è ancora definita, e dunque non è in grado di modificare la portata applicativa dell’art. 2033 c.c., non scalfisca le valutazioni già svolte nel precedente parere e nel presente in ordine alle azioni che il Comune di Gallarate porrà in essere una volta accertato e determinato quanto indebitamente erogato a titolo di indennità di funzione.

.-

Si richiama infine quanto già osservato nel precedente parere al par. IV, pagine 9 e 10.

Si è infatti già evidenziato che l’indagine ispettiva della Ragioneria dello Stato non sostituisce le valutazioni dell’Ente sul proprio operato (cfr. T.a.r. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 17 marzo 2020, n. 59), il quale è dunque chiamato a svolgere autonome considerazioni in merito alle contestazioni della Ragioneria e ad assumere i successivi propri atti di competenza.

Da qui, ogni ulteriore valutazione al riguardo è rimessa al prudente apprezzamento del Comune in indirizzo.

*

II.II. Quesito n. 2.

Considerato che, da quanto indicato nella richiesta di parere, *“gli Amministratori in carica nel periodo 2011-2016 avevano rinunciato volontariamente al 10% dell’indennità e il Comune, a sua volta, aveva: a) applicato detta riduzione all’indennità lorda in una quota di fatto identica alla parte di cui dovremmo ora richiedere la restituzione; b) applicato in bilancio e PEG, in uno specifico capitolo destinato a iniziative sociali, la quota del 10% trattenuta e successivamente gestita dall’Ente come un ordinario stanziamento di bilancio di spesa corrente”*, **si chiede** se *“è legittima la posizione dell’Ente di ritenere comunque di procedere alla richiesta di restituzione della quota del 10% di cui all’art. 1, comma 54, della L. 266/2005 – calcolata sull’indennità di carica formale integrale spettante a ciascun Amministratore – considerato che analoga quota (e sino a concorrenza della stessa) è rimasta nell’effettiva disponibilità dell’Ente”*.

Dalla documentazione trasmessaci unitamente alla richiesta del presente ulteriore parere emerge che, come indicato nel surriportato quesito, nel corso del 2011 (con protocolli in date differenti) gli Amministratori del Comune di Gallarate hanno dichiarato *“di volere aderire alla costituzione del Fondo in oggetto [“Fondo di solidarietà per interventi di carattere sociale” – n.d.a.] devolvendo il 10%*

⁴ Nel caso analizzato dalla Cassazione in sede di rimessione, infatti, *“Sotto il profilo della situazione patrimoniale”*, la ricorrente *“sin dal ricorso introduttivo ha allegato: di essere vedova dall’anno 1994, con due figli ed i suoceri conviventi a carico; di avere sostenuto negli anni 2001/2002 le spese di ricovero del suocero in una RSA a seguito di ictus; di avere contratto un mutuo nell’anno 2002 di Euro 160.000 per l’acquisto di un appartamento, che aveva parzialmente estinto nell’anno 2010 impiegando ogni propria risorsa; di essere pensionata dall’anno 2004; di avere ancora a proprio carico una rata mensile del mutuo di Euro 605,56; di sostenere una spesa di oltre Euro 1.000 mensili per retribuire la badante della madre novantaquattrenne”*.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

degli emolumenti dovuti, per indennità o gettone di presenza, con effetto dal [...] [periodi differenti – n.d.a.] e sino a revoca”.

-.-

Fermi i profili di calcolo per la determinazione degli importi erroneamente corrisposti e trattenuti, la cui determinazione è rimessa all'Amministrazione comunale, al fine di analizzare il quesito posto occorre prendere le mosse da una pronuncia emessa dalla Sezione controllo della Corte dei conti Puglia, che ha analizzato una questione parzialmente analoga a quella in esame, ossia *“se il taglio del 10% debba essere operato con riferimento all'importo tabellare fissato dal DM 119/2000 o a quello già decurtato per effetto di un atto spontaneo della Giunta”* (Corte dei Conti Puglia Sez. contr., 1 febbraio 2013, n. 19).

In tal caso la Corte ha chiarito che *“la data del 30 settembre 2005, quale riferimento temporale dell'ammontare dell'indennità di funzione sul quale operare la decurtazione [cfr. art. 1, comma 54, l. 66/2005 – n.d.a.], era evidentemente stata scelta dal legislatore al fine di evitare che delibere incrementalì adottate successivamente alla data di presentazione al Senato del disegno di legge contenente quella disposizione potessero neutralizzarne il precetto. Anziché stabilire in maniera tranciante che le indennità dovessero essere ricondotte agli importi del DM decurtati del 10%, il legislatore ha adottato la soluzione, costituzionalmente orientata, di salvaguardare le scelte incrementalì fino a quella data fatte dagli organi degli enti locali. In tale ottica è chiaro che, nel caso l'ente avesse deliberato prima del 30 settembre 2005 di diminuire le indennità rispetto all'importo tabellare, un'interpretazione letterale del comma 54, ovvero che la decurtazione doveva essere operata sugli importi effettivamente corrisposti, avrebbe sortito l'effetto, diametralmente opposto rispetto alla volontà del legislatore, di penalizzare scelte di rinuncia a crediti pecuniari verso la p.a. che invece dovrebbero ricevere apprezzamento. Tale ratio deve guidare l'interprete nell'applicazione della norma, per cui in caso di deliberazioni di diminuzione inferiore al 10% le indennità dovevano ulteriormente essere ridotte fino a detta percentuale, mentre per diminuzioni superiori o pari a detta percentuale l'ente non doveva operare ulteriori tagli”* (Corte dei Conti Puglia Sez. contr., 1 febbraio 2013, n. 19).

Ai nostri fini occorre dunque chiedersi se il principio espresso dalla pronuncia appena citata possa ritenersi applicabile anche ai casi in cui l'ente, e nel qual caso gli Amministratori, si sia determinato *dopo* il 30 settembre 2005 nel senso di diminuire le indennità di funzione rispetto all'importo tabellare, rimettendo nella disponibilità di bilancio quel 10 % che il Legislatore aveva ritenuto di decurtare dalle indennità spettanti agli Amministratori locali.

Non riscontrandosi precedenti in termini, si ritiene opportuno verificare come la giurisprudenza ha proceduto in casi analoghi, che incidentalmente investono anche la questione che rileva nel caso di specie.

Viene ad esempio in rilievo l'applicazione della riduzione del 30 % delle indennità di funzione e dei gettoni di presenza degli amministratori, rispetto all'ammontare risultante alla data del 30 giugno 2008, prevista dall'articolo 61, comma 10, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge n. 133 del 2008, per gli enti che nell'anno precedente non avevano rispettato il patto di

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

stabilità. Nell'ambito di tali pronunce, i Giudici hanno analizzato la *ratio* da cui muove la disciplina ispiratrice della riduzione (del 30 %) in parola, trattandola in maniera speculare (ma per noi significativa ai fini del ragionamento che segue) rispetto alla riduzione del 10% di cui all'art. 1, c. 54, L. 266/2005.

In particolare, in fase applicativa ci si è chiesti se dovesse *“operarsi sull'importo dell'indennità spettante di diritto a quella data, ovvero su quello effettivamente impegnato ed erogato dall'Ente, in ragione delle posizioni lavorative degli amministratori, nonché della parziale decurtazione realizzatasi per rinuncia volontaria al trattamento”* (Corte dei Conti Piemonte Sez. contr., 16 marzo 2010, n. 20).

In tal caso, il giudice contabile ha ritenuto che *“la decurtazione di cui all'art. 61, comma 10, D.L. n. 112 del 2008, dovrà operare sugli importi delle indennità effettivamente percepite dagli amministratori alla data fissata dal legislatore (30 giugno 2008)”* atteso che *“Nel citato parere n. 52 del 15 dicembre 2009, questa Sezione ha avuto già modo di precisare come l'ammontare di riferimento, ovvero quello risultante alla data del 30 giugno 2008, non possa essere computato in aumento rispetto a quanto effettivamente in essere a quella data, dovendosi non neutralizzare la finalità deflattiva della disposizione. Il fatto che la concreta misura dell'indennità erogata da un dato ente sia frutto di una parziale rinuncia da parte del beneficiario non deve qui interessare, mirando la citata disposizione a cristallizzare, con evidenti finalità di controllo e di stabilizzazione, un dato livello di spesa e non certo ad avvantaggiare i singoli aventi diritto. La seguita interpretazione, fatta propria da altre Sezioni di questa Corte (Sezione Veneto parere n. 15/2009), trova conferma, anche sul piano strettamente letterale, nell'uso del solo termine "risultante" invece che "spettante" (come era invece avvenuto nell'art. 1, comma 54 della L. n. 266/2005, che si riferiva alle indennità "spettanti" ad una certa data)”* (Corte dei Conti Piemonte Sez. contr., 16 marzo 2010, n. 20).

E, infatti, *“identico problema si era presentato con la decurtazione del 10% imposta dalla legge 266/2005, dove il riferimento posto dall'art. 1, comma 54 era alle indennità “spettanti” nell'ammontare risultante alla data del 30 settembre 2005. In quell'occasione si sostenne che la disposizione di legge avesse inciso sugli importi edittali, con la conseguenza che: - ove gli enti avessero in precedenza già ridotto della stessa o di più elevata percentuale gli emolumenti ivi contemplati nessuna automatica riduzione dovesse essere operata; - ove la riduzione precedentemente operata fosse stata inferiore al 10% fino a quella percentuale dovesse essere ricondotta; [...] Il dettato legislativo, invero, appariva chiaro: l'utilizzo dell'espressione “spettante” da parte della finanziaria per il 2006 non lasciava intravedere margini interpretativi. La norma, difatti, incideva scientemente sulla misura effettivamente percepita degli emolumenti, indipendentemente dal fatto che l'ente locale avesse accolto o meno quella stabilita dal DM 119/2000. Prova ne è che la norma univa nella stessa sorte gli emolumenti dei componenti degli organi politici regionali, che, notoriamente, determinano la misura di indennità, gettoni di presenza e altre utilità in piena autonomia rispetto al legislatore nazionale. [...] Con la stessa tecnica normativa, **anche se con finalità sanzionatorie e non di puro contenimento della spesa**, il DL 112 incide su indennità e gettoni di presenza degli amministratori locali in caso di violazione del patto di stabilità. Secondo quanto esposto sopra, la decurtazione a sanzione dovrà operare, quindi nel caso specifico, per l'intero anno 2009 sugli importi effettivamente percepiti alla data fissata dal legislatore (il 30 giugno 2008)”* (Corte dei conti, Veneto Sez. contr., 12 febbraio 2009, n. 15). Tant'è che *“Particolarmente significativa appare, altresì, l'intrinseca (ed ulteriore) finalità deterrente e sanzionatoria della norma: infatti, la manovra d'estate 2008 ha reintrodotto il "taglio" delle indennità degli amministratori in modo ancor più incisivo rispetto al passato (ad es.*

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

rispetto alla Legge Finanziaria 2006), ma ciò non è avvenuto in via generalizzata, bensì come conseguenza della violazione del patto di stabilità [...]” sicché “il parametro di riferimento su cui applicare la riduzione è ragionevolmente omogeneo tra i soggetti pubblici destinatari, essendo pari al quantum percepito dagli amministratori in un medesimo momento temporale (30 giugno 2008); anzi - ut supra argomentato - sarebbero proprio eventuali aumenti di importo a compensazione di precedenti riduzioni a generare disparità di trattamento, in termini di effettività della sanzione, rispetto agli altri enti che non avevano operato in tal senso” (Corte dei Conti Lombardia Sez. contr., 16 marzo 2010, n. 373).

Sempre in luce della dichiarata natura sanzionatoria della riduzione di cui all’art. 61, c. 10, d.l. 112/2008, la giurisprudenza ha ritenuto che la sua omessa applicazione “fa sorgere un obbligazione ex lege di restituzione dell’indebito oggettivo a carico dei percettori che deve essere adempiuta a prescindere da qualsivoglia manifestazione di volontà o di rinuncia individuale che opera a compensazione di quanto dovuto agli amministratori per le annualità successive”, atteso che “l’atto di rinuncia parziale alla percezione di indennità o di emolumenti si configura quale atto unilaterale a titolo gratuito che produce esclusivamente l’effetto di ridurre il trattamento economico spettante agli amministratori per le annualità 2011, 2012 e 2013, senza che il predetto negozio abdicativo produca effetti sananti della grave irregolarità scaturente dall’erronea decurtazione delle indennità di funzione e dei gettoni di presenza, quale conseguenza sanzionatoria al mancato rispetto del Patto di stabilità per l’anno 2009” (Corte dei Conti Lombardia Sez. contr., 18 marzo 2014, n. 118).

A voler dunque seguire i ragionamenti della giurisprudenza contabile, che differenzia la *ratio* della previsione della decurtazione di cui all’art. 1, c. 54, l. 266/2005, da quella introdotta dal d.l. 112/2008, il *discrimen* per l’applicazione delle disposizioni concernenti la riduzione delle indennità di funzione rispetto alle riduzioni frutto di rinuncia spontanea da parte degli Amministratori va rintracciato nella *ratio* della disposizione medesima.

Procedendo in tal modo, si rileva come la succitata giurisprudenza determina la riduzione di cui all’art. 1, c. 54, l. 266/2005, tenendo conto delle riduzioni volontarie disposte anteriormente alla sua entrata in vigore in luce della compatibilità del calcolo rispetto alla *ratio* ispiratrice della Legge Finanziaria 2006, ossia quella di contenimento della spesa. E, infatti, quando l’importo volontariamente rinunciato è pari al valore della riduzione di legge, si avrà una medesima riduzione di spesa per l’Ente, indipendentemente dal fatto che la riduzione sia disposta dall’ente *ex lege* o sia frutto di una rinuncia volontaria degli Amministratori comunali. A ciò si aggiunga, come incidentalmente ravvisato dalla giurisprudenza richiamata, che l’art. 1, c. 54, l. 266/2005, si riferisce alle indennità “*spettanti*” ad una certa data e non a quelle “*risultanti*” alla medesima data (così come invece prevede l’art. 61, c. 10, d.l. 112/2008).

Torneremo sul punto in prosieguo, ma qui giova sottolineare il criterio interpretativo giurisprudenziale che valorizza il “risparmio” di spesa da un punto di vista oggettivo.

Per contro, la giurisprudenza analizzata preclude di tener conto delle riduzioni frutto di rinunce volontarie già applicate all’indennità di funzione nel caso in cui debba applicarsi la – diversa –

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

decurtazione di cui all'art. 61, comma 10, d.l. n. 112/2008. E ciò sulla base sia della previsione letterale della disposizione che si riferisce alle indennità *“risultanti”* alla data riferimento, sia, soprattutto, della ravvisata *ratio* sanzionatoria della riduzione per la violazione del Patto di stabilità. Tener conto di autoriduzioni spontanee, in questa diversa prospettiva, *“finirebbe per riconoscere una sorta di “margine di esenzione” in favore di alcuni enti, che avevano già effettuato pregresse riduzioni delle indennità degli amministratori, con un conseguente (aprioristico) affievolimento delle sanzioni poste dal Legislatore per la violazione del patto di stabilità, rendendo meno pregnante – per tali soggetti - la portata preceettiva di quest’ultimo (cfr. la precitata Sez. regionale del controllo del Veneto n. 15 del 11 febbraio 2009 che valorizza proprio la ratio sanzionatoria della disposizione in oggetto quale argomento per la decurtazione delle somme effettivamente percepite)”* (Corte dei Conti Lombardia Sez. contr., 16 marzo 2010, n. 373).

Tornando ora alla fattispecie che ci occupa, e atteso che l'art. 1, c. 54, L. 266/2005, fa ingresso nel nostro Ordinamento per far fronte alle dichiarate *“esigenze di coordinamento di finanza pubblica”* (cfr. primo alinea della disposizione) e che non si rintraccia alcuna finalità sanzionatoria della decurtazione, appare ragionevole sostenere che, nel caso di specie, non contravvenga alla *ratio* dell'art. 1, c. 54, L. 266/2005 ritenere proporzionalmente assolta la riduzione prevista dalla disposizione in parola a fronte di una rinuncia volontaria di quota parte dell'indennità di funzione, ancorché intervenuta successivamente all'entrata in vigore della norma.

E, infatti, pare essersi comunque configurato un risparmio di spesa per il Comune di Gallarate a fronte della rinuncia volontariamente disposta dagli Amministratori interessati. Tant'è vero che, come comunicato alla scrivente, l'importo pari alla quota di indennità di funzione rinunciata è rimasto nella disponibilità del Comune, che lo ha *“applicato in bilancio e PEG, in uno specifico capitolo destinato a iniziative sociali”* e *“la quota del 10% trattenuta e successivamente gestita dall'Ente come un ordinario stanziamento di bilancio di spesa corrente”* (cfr. richiesta di parere). Evidentemente, dunque, la somma cui gli Amministratori hanno rinunciato corrisponde ad un pari risparmio di spesa per l'Amministrazione comunale, che ha potuto disporre delle somme in parola per le finalità sue proprie. Di detto risparmio, di cui ha oggettivamente beneficiato l'Amministrazione comunale, si ritiene possa tenersi conto nell'ambito della determinazione della riduzione del 10% di cui all'art. 1, c. 54, L. 266/2005.

Un diverso atteggiamento interpretativo, che porti alla richiesta di restituzione a prescindere dalla rinuncia volontaria degli Amministratori per il periodo di tempo summenzionato, seguirebbe una lettura sanzionatoria della decurtazione, che la giurisprudenza passata in rassegna ravvisa espressamente nella diversa disposizione del d.l. 112/2008, volta a *“punire”* il mancato rispetto del pareggio di bilancio e quindi a prescindere da azioni volontarie di riduzione dell'indennità. Per questa ragione, a parere di chi scrive, la soluzione più aderente alla natura oggettiva della riduzione *ex art. 1, comma 54, L. 266/2005*, è quella precedentemente esposta.

Va da sé che occorrerà ripetere dagli Amministratori rinunciatari della quota parte della propria indennità quanto comunque eventualmente indebitamente corrisposto, ossia – se esistente – il delta risultante dalla differenza tra la somma volontariamente rinunciata e quella dovuta *ex lege* ai

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

sensi dell'art. 1, c. 54, L. 266/2005, che l'Amministrazione potrà calcolare sulla base dei dati in suo possesso.

Al riguardo, poiché esula dalla materia di diritto amministrativo la definizione del trattamento fiscale, ci limiteremo quindi all'affermazione di una regola di principio, afferente al pubblico impiego, che si trae anche dal *"consolidato indirizzo interpretativo in forza del quale il recupero delle somme indebitamente percepite dal dipendente deve essere effettuato al netto e non già al lordo delle ritenute fiscali e previdenziali. Al riguardo, fra le più recenti pronunce in tal senso, si può fare riferimento alla decisione della Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1164, secondo la quale la ripetizione dell'indebito nei confronti del dipendente, da parte dell'Amministrazione, non può non avere ad oggetto le somme da quest'ultimo percepite in eccesso, ossia quanto e solo quanto effettivamente sia entrato nella sfera patrimoniale del dipendente, non potendosi, invece, pretendere la ripetizione di somme al lordo delle ritenute fiscali (e previdenziali e assistenziali), allorché le stesse non siano mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente. Ne consegue che la P.A., nel procedere al recupero di somme indebitamente erogate ai propri dipendenti, deve effettuare tale recupero al netto delle ritenute fiscali, previdenziali e assistenziali"* (Cons. Stato, Sez. III, 4 luglio 2011, n. 3984).

In conclusione, si ritiene che della rinuncia percentuale all'indennità *"dovuta"* da parte degli Amministratori, interpretata alla luce di quanto si può evincere dalla documentazione fornitaci, possa tenersi conto in occasione della ripetizione delle somme indebitamente erogate nei termini innanzi esposti e, ciò, non emergendo dalla documentazione a nostre mani volontà diverse da parte degli Amministratori rinunciatari.

*

II.III. Quesito n. 3.

Posto, infine, nella richiesta di parere, che **i.** *"La richiesta da parte dell'Ente di restituzione di quota parte delle indennità di carica erogate parrebbe configurare – per gli Amministratori attualmente in carica anche in ruoli istituzionali diversi da precedenti – una posizione di incompatibilità ai sensi dell'art. 63, comma 1, n. 6) del D.Lgs. 267/2000"*; **ii.** *"Pare fare eccezione a tale situazione la posizione del singolo Amministratore nel caso di impugnativa del provvedimento di intimazione al versamento, in quanto rientrante nel comma 3 del citato art. 63"*; **iii.** *"L'art. 24-ter del vigente Regolamento Generale delle Entrate dell'Autotutela e degli Istituti Deflativi, approvato dal Consiglio Comunale e allegato in stralcio, prevede la possibilità generalizzata (soggetta a determinate condizioni operative, ma non ad accettazione da parte dell'Ente) per qualunque debitore nei confronti dell'Ente di dilazionare il proprio debito in più rate"*; **iv.** *"Tenuto conto dell'oggettività dell'indebito e della ritenuta assenza di qualunque elemento soggettivo dei percipienti", viene richiesto "se la mancata restituzione della quota di indennità di carica erogata e non dovuta configuri una causa di incompatibilità e, nel caso di risposta positiva in merito, se tale incompatibilità è superabile dalla restituzione rateizzata, nel rispetto del relativo ammortamento previsto, nei termini di cui al citato Regolamento"*.

--

Vengono all'esame talune fattispecie di incompatibilità a ricoprire la carica di Amministratori comunali previste dall'art. 63, d.lgs. 267/2000 (c.d. TUEL), il quale, per quanto qui viene in rilievo, così dispone al **comma 1**: *"Non può ricoprire la carica di sindaco, presidente della provincia,*

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

consigliere comunale, consigliere metropolitano, provinciale o circoscrizionale: [...] 4) colui che ha lite pendente, in quanto parte di un procedimento civile od amministrativo, rispettivamente, con il comune o la provincia [...]; 6) colui che, avendo un debito liquido ed esigibile, rispettivamente, verso il comune o la provincia ovvero verso istituto od azienda da essi dipendenti è stato legalmente messo in mora [...]; 7) colui che, nel corso del mandato, viene a trovarsi in una condizione di ineleggibilità prevista nei precedenti articoli [...]; e, al **comma 3**, così precisa: *“3. L'ipotesi di cui al n. 4) del comma 1 non si applica agli amministratori per fatto connesso con l'esercizio del mandato”.*

-.-

Lo stralcio della disposizione surriportata conferma quanto assunto dal Comune nella richiesta di parere e sopra riportato **sub i.**, ovverosia che la messa in mora da parte dell'Ente per la restituzione di quota parte delle indennità di carica erogate può integrare la causa di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL.

Affinché sussista la causa di incompatibilità in questione occorre che l'Amministrazione metta legalmente in mora l'Amministratore interessato per la restituzione di un debito liquido ed esigibile. E, infatti, *“Nella fattispecie disciplinata dall'art. 63, comma 1, n. 6 TUEL viene invece in considerazione la differente ipotesi relativa all'esistenza di un debito liquido ed esigibile dell'Amministratore, o dipendente, in favore dell'ente di appartenenza nell'intervenuta adozione da parte di quest'ultimo di un atto di messa in mora del primo. Sfugge a siffatta previsione la necessità che del debito dell'Amministrazione o dipendente pubblico si dia una solidità da "giudicato" non derivando esso all'accertamento di ragioni di responsabilità del primo verso l'Amministrazione di appartenenza per un'attività che, sua propria, egli abbia nel progresso svolta. Quanto rileva è, piuttosto, la mera esistenza di un debito liquido ed esigibile e condotta di inadempimento dell'Amministratore o dipendente, intimato.”* (Cass. civ. Sez. I, 11 dicembre 2020, n. 28329).

Pertanto, affinché venga in rilievo la causa di incompatibilità in esame devono sussistere i seguenti requisiti:

- la liquidità del credito, che *“è una caratteristica oggettiva del credito - la determinazione del suo ammontare in una quantità definita, o la sua determinabilità mediante meri calcoli aritmetici in base ad elementi o criteri prestabiliti dal contratto o dalla legge”* (Cass. civ. Sez. I, 29 novembre 2006, n. 25365);
- l'esigibilità del credito *“nel senso proprio di non assoggettamento a condizione o termine in favore del debitore”* (Cass. civ. Sez. I, 29 novembre 2006, n. 25365);
- che il debitore sia stato *“legalmente messo in mora”* (così l'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL). Tale inciso, in assenza di specificazioni da parte del Legislatore, va ricondotto al concetto civilistico di messa in mora del debitore di cui all'art. 1219 c.c., in forza del quale *“Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto”*. Al riguardo si precisa, anche al fine di fornire le modalità per procedere correttamente, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, *“in materia di interruzione della prescrizione ex art. 2943 c.c., ha statuito che un atto, per avere efficacia interruttiva, deve contenere, oltre alla chiara indicazione del soggetto obbligato (elemento soggettivo),*

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

l'esplicitazione di una pretesa e l'intimazione o la richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto, nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora (elemento oggettivo). Quest'ultimo requisito non è soggetto a rigore di forme, all'infuori della scrittura, e, quindi, non richiede l'uso di formule solenni né l'osservanza di particolari adempimenti, essendo sufficiente che il creditore manifesti chiaramente, con un qualsiasi scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, la volontà di ottenere dal medesimo il soddisfacimento del proprio diritto. Ne consegue che non è ravvisabile tale requisito in semplici sollecitazioni prive di carattere di intimazione e di espressa richiesta di adempimento al debitore (Cass. 17123/2015, 3371/2010)" (Cass. civ., sez. VI, 14 giugno 2018, n. 15714).

Alla luce di quanto esposto, gli Amministratori comunali che saranno legalmente messi in mora dal Comune di Gallarate per la restituzione dell'indebito in questione, che verrà quantificato nell'atto di messa in mora medesimo, si espongono alla causa di incompatibilità prevista dall'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL. A ciò consegue, venendo alla soluzione della **prima parte del quesito in esame**, che la mancata restituzione della quota di indennità di carica erogata e non dovuta, richiesta dal Comune mediante messa in mora, integra la causa di incompatibilità in commento.

Si soggiunge in proposito che, come condiviso dalla giurisprudenza (Corte d'Appello Catanzaro Sez. I, Sent., 27 gennaio 2020⁵), a tale fattispecie di incompatibilità si applica l'art. 69 TUEL, ai sensi del quale *“quando successivamente alla elezione si verifichi qualcuna delle condizioni previste dal presente capo come causa di ineleggibilità ovvero esista al momento della elezione o si verifichi successivamente qualcuna delle condizioni di incompatibilità previste dal presente capo il consiglio di cui l'interessato fa parte gliela contesta. L'amministratore locale ha dieci giorni di tempo per formulare osservazioni o per eliminare le cause di ineleggibilità sopravvenute o di incompatibilità”*.

Al ricorrere della causa di incompatibilità in esame, dunque, il Comune dovrà procedere ai sensi del citato art. 69 TUEL.

-.-

Contrariamente a quanto ritenuto nella richiesta del presente parere e sopra richiamato **sub ii**, si deve segnalare che la causa di incompatibilità in questione non è soggetta all'esimente di cui all'art. 63, comma 3 TUEL.

Invero, il giudizio instaurato per la corresponsione della indennità di funzione prevista per gli amministratori comunali non concerne propriamente un *“fatto connesso con l'esercizio del mandato”*, quanto una lite di natura personale, difettando così i presupposti di legge per l'applicazione dell'esimente in commento, come chiarito dalla giurisprudenza.

Al riguardo, infatti, si segnala che la Cassazione ha *“affermato il seguente principio di diritto: “Il giudizio instaurato per la corresponsione della indennità di funzione prevista per gli amministratori comunali va annoverato tra le liti di cui al D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 63, comma 1, n. 4, la cui pendenza costituisce causa di incompatibilità alla carica di consigliere comunale, non applicandosi ad esso la esimente, di cui allo stesso art. 63, comma 3, della connessione con l'esercizio del mandato”*, e ciò poiché *“La ratio della ed. esimente è*

⁵ In LEGGI D'ITALIA al link: <https://www.leggiditaliaprofessionale.it/>.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

ancorata alla necessità di evitare che liti pretestuose o strumentali possano prendere spunto da comportamenti tenuti dal consigliere nell'esercizio del mandato, e finalizzati al perseguimento degli interessi generali che l'espletamento di quel mandato comporta, per creare una (fittizia) causa d'incompatibilità (v. Cass., sent. n. 26673 del 2007). Il fatto idoneo ad escludere l'incompatibilità deve essere correlato agli interessi della collettività, nel senso che deve essere rispondente, come già chiarito da questa Corte (cfr. sent. n. 6426 del 2002), a detti interessi e non ad interessi riconducibili alla sfera personale dell'amministratore o di altri soggetti privati. In questo quadro, la pretesa di riscossione della indennità di carica, quale assessore comunale non può qualificarsi fatto connesso con l'esercizio del mandato. Il compenso o indennità di carica attiene ad una situazione giuridica a contenuto patrimoniale che riguarda la persona dell'amministratore comunale. La riscossione di quella indennità trova occasione nell'esercizio del mandato, ma non si traduce in espletamento delle funzioni istituzionali del consigliere e non è finalizzata a perseguimento d'interessi generali dell'ente territoriale o della collettività" (Cassazione civile, sez. I, 27 febbraio 2008, n. 5211).

.-

Come rappresentato nella richiesta di parere (cfr. sopra **sub iii.**), il vigente "Regolamento generale delle entrate, dell'autotutela e degli istituti deflativi" del Comune di Gallarate, da ultimo modificato con delibera del Consiglio Comunale n. 10 del 26 maggio 2020 prevede, all'art. 24-ter, le modalità per "la dilazione dei termini di pagamento" per i soggetti debitori nei confronti dell'Ente.

In tale disposizione, fatta eccezione per i debiti derivanti da "imposte e tributi comunali in genere" (comma 7), si prevede che, previo espresso riconoscimento del debito ed autorizzazione del debitore all'addebito mensile delle rate (comma 5), "la dilazione dei pagamenti si intende concessa nel caso di presentazione della domanda con apposito modulo predisposto dall'Ente, integralmente compilato e completo delle modalità di pagamento", fatta salva l'eventuale comunicazione di diniego del Comune alla richiesta di dilazione laddove ricorrano i presupposti di cui al comma 6, secondo alinea.

Ebbene, la **seconda parte del quesito in esame** verte sull'applicazione di tale disposizione e, in particolare, si richiede se l'incompatibilità (ex art. 63, c. 1, n. 6 TUEL) degli Amministratori costituiti in mora dal Comune per il pagamento dell'indebito in questione sia "superabile dalla restituzione rateizzata, nel rispetto del relativo ammortamento previsto, nei termini di cui al citato Regolamento".

Considerato che una fattispecie di incompatibilità viene meno solamente laddove sopravvenga la carenza della causa d'incompatibilità nei tempi di cui all'art. 69 TUEL, è evidente che la rateizzazione del debito in sé non faccia venire meno la causa di incompatibilità dell'Amministratore interessato, atteso che essa consiste nell'esistenza di "un debito liquido ed esigibile" per il quale è stato legalmente messo in mora l'Amministratore.

Il quesito pare voglia più correttamente intendere se perduri l'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL quandanche l'Amministratore interessato acceda alla rateizzazione del debito ai sensi dell'art. 24-ter del Regolamento comunale in parola.

Al riguardo deve segnalarsi che, prescindendo dalla questione relativa alla compatibilità di cui all'art. 63 TUEL, a date condizioni è ammessa la rateizzazione in fase di ripetizione delle somme indebitamente corrisposte dall'Amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, 24 novembre 2010, n.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

8215 e T.a.r. Campania, Sez. VII, 15 dicembre 2010, n. 27382), nonché, nello specifico, anche dei debiti derivanti da indennità corrisposte nella misura superiore a quella dovuta. E infatti, “*nel caso siano state corrisposte indennità nella misura superiore a quella dovuta, l'ente locale dovrà ripetere, con contestuale costituzione in mora, le somme indebitamente corrisposte agli amministratori (c.d. indebito oggettivo) ai sensi dell'art. 2033 c.c.. Come giurisprudenza amministrativa costante ha affermato, la buona fede del percettore "non può rappresentare un ostacolo all'esercizio da parte dell'amministrazione del recupero dell'indebito (ex pluribus, C.d.S., sez. IV, 12 maggio 2006, n. 2679; VI, 12 luglio 2004, n. 5067; 3 dicembre 2003, n. 7953; 7 luglio 2003, n. 4012; 17 ottobre 2005, n. 5813), neppure quando intervenga a lunga distanza di tempo dall'erogazione delle somme, comportando in capo all'Amministrazione solo l'obbligo di procedere al recupero stesso con modalità tali da non incidere significativamente sulle esigenze di vita del debitore (Cons. Giust. Ammin. Sicilia, Sez. giurisd., 14 ottobre 1999, n. 517; C.d.S., IV, 22 settembre 2005, n. 4964)"*”(Consiglio di Stato sent. 24 maggio 2007, n. 2651)” (Corte dei Conti Puglia Sez. contr., 1 febbraio 2013, n. 19. Per un’ipotesi in cui si dà atto dell’avvenuta rateizzazione del debito corrispondente a quota parte di indennità indebitamente erogata si veda Tribunale Potenza, sez. I, 24 marzo 2021⁶).

Per accedere alla rateizzazione, dunque, occorre che l’Amministrazione riscontri sia la buona fede del percettore (come pare abbia riscontrato il Comune di Gallarate *sub iv.*), sia che la rateizzazione si renda necessaria per “*non incidere significativamente sulle esigenze di vita del debitore*”. Il ché, nel caso di specie, non consente di ritenere applicabile l’automatica dilazione del debito di cui al Regolamento comunale succitato, occorrendo piuttosto l’adozione di un provvedimento espresso con cui il Comune accerti la sussistenza dei suddetti requisiti per la rateizzazione del debito.

Tuttavia, ferma l’astratta possibilità di concordare il pagamento dilazionato delle somme di cui si discorre ed al ricorrere delle condizioni di cui si è appena detto, occorre interrogarsi se l’ipotesi di incompatibilità di cui all’art. 63, c. 1, n. 6 perduri allorché l’Amministratore (debitore) acceda alla rateizzazione del suo debito.

Al fine di rispondere al quesito posto, occorre evidenziare con la giurisprudenza che “*la ratio della causa di incompatibilità di cui si tratta [art. 63, comma 1, n. 6 del D.Lgs. n. 267 del 2000 – n.d.a.] vada ricercata nell'esigenza di scongiurare il rischio di un non corretto esercizio delle funzioni inerenti alla carica di amministratore locale da parte dell'eletto, il quale, **essendo debitore** verso l'ente, si trovi a rivestire una posizione di potenziale conflitto di interessi con l'ente locale*” (Cass. civ. Sez. I, 27 maggio 2015, n. 10947).

La causa di incompatibilità in esame, dunque, è strettamente connessa alla posizione debitoria dell’Amministratore interessato; posizione che non verrebbe meno a fronte di un accordo di dilazione del debito con rate che superino le tempistiche previste dall’art. 69 TUEL. E infatti, la posizione di “*debitore*” viene meno solamente con il pagamento integrale del debito, che per non integrare la causa di incompatibilità dovrà giungere, al massimo, nel rispetto degli stringenti tempi di cui all’art. 69 TUEL.

⁶ Già citata *supra*.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

La questione è stata posta, in via consultiva, alla Corte dei conti, che ha tuttavia reputato inammissibili i quesiti (cfr. Corte dei Conti Lazio Sez. contr., 21 dicembre 2018, n. 84). Deve invece segnalarsi che il Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno si è recentemente pronunciato sulla parallela causa di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL per debiti tributari, sostenendo *“quanto alla rateizzazione, che l'obbligo di pagare il debito è correlato al sorgere del diritto di credito in favore del comune **ed a nulla rileva la concessione da parte dell'ente di un piano di rientro al fine di far venire meno la sussistenza della causa di incompatibilità**. In caso di concessione della rateizzazione, infatti, **è solo il pagamento dell'ultima rata del piano ad estinguere il debito** e, dunque, a far cessare il conflitto d'interesse derivante dalla contestuale posizione di amministratore dell'ente e debitore dello stesso”* (cfr. parere Territorio e autonomie locali, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno, 1 ottobre 2021. Analogamente, quanto a debiti derivanti da contravvenzioni al Codice della Strada ed imposte comunali, si veda parere Territorio e autonomie locali, Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno, 24 febbraio 2015).

Il principio espresso dal Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno, ancorché afferisca ai debiti di natura tributaria, riguarda precipuamente l'ipotesi di incompatibilità per debito pendente e, considerato che il regime di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL non prevede incompatibilità differenti in base alla sola natura e/o origine del rapporto di debito/credito, deve ritenersi applicabile alla fattispecie in esame.

-.-

Conclusivamente, da quanto esposto *supra* emerge che:

- incorrono in una fattispecie di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL gli Amministratori comunali che il Comune costituirà in mora per il pagamento dell'indebito in questione;
- un eventuale giudizio avente ad oggetto la corresponsione delle indennità di funzioni non rientra tra le liti cui è applicabile l'esimente di cui all'art. 63, comma 3 TUEL poiché la giurisprudenza ritiene che l'oggetto della lite difetti del presupposto del fatto connesso con l'esercizio del mandato, attesa la natura personale della situazione giuridica a contenuto patrimoniale fatta valere in giudizio;
- ancorché, al ricorrere delle condizioni suindicate, sia astrattamente dilazionabile il pagamento dei debiti derivanti da indennità corrisposte nella misura superiore a quella dovuta, ciò costituisce solamente una modalità di pagamento, che non fa venire meno la posizione di *“debitore”* da cui dipende la causa di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL, che verrebbe meno solo con l'estinzione totale del debito.

*

III. Conclusioni.

AMMINISTRATIVISTI ASSOCIATI

Alla luce di quanto precede si riassumono d'appresso partitamente le conclusioni ai quesiti come sopra formulati:

- (i) quanto all'individuazione del soggetto competente alla richiesta di restituzione delle somme indebitamente corrisposte in violazione dell'art. 1, c. 54, L. 266/2005, si osserva che secondo l'orientamento della giurisprudenza la decurtazione prevista dalla citata norma rappresenta una somma dovuta *ex lege*, la cui applicazione non richiede valutazioni discrezionali e, quindi, rientra negli atti di gestione di competenza dirigenziale;
- (ii) quanto al caso degli Amministratori che hanno volontariamente rinunciato alla quota del 10% dell'indennità, si ritiene che – alla luce della giurisprudenza della materia – la oggettiva messa a disposizione dell'Ente delle somme in questione possa essere tenuta in considerazione in occasione della ripetizione delle somme indebitamente erogate nei termini esposti nel parere;
- (iii) quanto alla tematica dei potenziali profili di incompatibilità degli Amministratori ai sensi dell'art. 63 TUEL, si riportano le conclusioni sopra esposte, da cui emerge che:
 - incorrono in una fattispecie di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL gli Amministratori comunali che il Comune costituirà in mora per il pagamento dell'indebito in questione;
 - un eventuale giudizio avente ad oggetto la corresponsione delle indennità di funzioni non rientra tra le liti cui è applicabile l'esimente di cui all'art. 63, comma 3 TUEL poiché la giurisprudenza ritiene che l'oggetto della lite difetti del presupposto del fatto connesso con l'esercizio del mandato, attesa la natura personale della situazione giuridica a contenuto patrimoniale fatta valere in giudizio;
 - ancorché, al ricorrere delle condizioni suindicate, sia astrattamente dilazionabile il pagamento dei debiti derivanti da indennità corrisposte nella misura superiore a quella dovuta, ciò costituisce solamente una modalità di pagamento, che non fa venire meno la posizione di "debitore" da cui dipende la causa di incompatibilità di cui all'art. 63, c. 1, n. 6 TUEL, che verrebbe meno solo con l'estinzione totale del debito.

* * *

In quanto sopra è l'ulteriore parere *pro veritate* che ci è stato chiesto di rendere a seguito del precedente rilasciato in data 10 dicembre 2021.

Restiamo a disposizione per eventuali esigenze di chiarimento sui profili trattati e cogliamo l'occasione per porgere i nostri più cordiali saluti.

Avv. M. Alessandra Bazzani

Firmato digitalmente da: Maria Alessandra Olga Bazzani
Data: 14/04/2022 13:29:27