

IL POTERE TRANSATTIVO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE: SPUNTI PER UNA RINNOVATA LETTURA ANCHE ATTRAVERSO IL PRISMA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE

di Riccardo Tuzzi (*)

Abstract: L'articolo propone una riflessione sul tema della transazione nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione, anche attraverso un esame della responsabilità amministrativo-contabile, come da ultimo modificata dal decreto Semplificazioni n. 76 del 2020. Non mancano, poi, considerazioni in merito agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie esperibili, anche in sede di esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti, alla c.d. "umanizzazione" dei principi contabili e al bilancio sociale. Il tutto sempre nell'ottica e nei limiti della conclusione di reciproche concessioni tramite l'esercizio del pubblico potere.

This paper suggests a reflection with regard to transaction between a private subject and the Public Administration along an analysis on administrative and accounting responsibility, that has been recently amended by D.L. n. 76/2020, mainly known as "Decreto Semplificazioni". Then, some reflections are given in relation to the alternative dispute resolutions that are available during the enforcement of the judgement of the Court of Audit, the so-called accounting policies "humanization" and the social financial statement. The analysis is considered from the perspective of the attainment of mutual grants through the official authority exercise and its limits.

Sommario: 1. *Pubblica amministrazione, diritto privato e il difficile equilibrio con gli strumenti transattivi.* – 1.1. *Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie sotto la lente della nuova responsabilità erariale e dell'emergenza sanitaria.* – 2. *Cenni storici sull'esercizio del potere transattivo da parte delle pubbliche amministrazioni.* – 2.1. *I limiti della transazione.* – 2.1.1. *Segue: la transazione in sede di esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti* – 2.2. *Una transazione ragionevole.* – 2.3. *Transazione e mediazione.* – 3. *Conclusioni: la facilitazione del conflitto di fronte alla "umanizzazione" dei principi contabili e al bilancio sociale.*

1. Pubblica amministrazione, diritto privato e il difficile equilibrio con gli strumenti transattivi

L'attività transattiva della pubblica amministrazione si inserisce nel più ampio sistema che coinvolge i rapporti tra diritto privato e azione amministrativa (1).

L'utilizzo di strumenti privatistici da parte della p.a. trova un radicamento nell'art. 1, c. 1-bis, della l. n. 241/1990 e nelle ambizioni che si innervano nel dibattito occorso per la riforma della Costituzione nella XIII Legislatura (2).

(*) R. Tuzzi è funzionario della Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Toscana.

(1) In argomento, *ex multis*, A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455; M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962, 1-102; A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 168; S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, II, 405; Id., *La funzione amministrativa e il diritto privato*, in S. Civitarese Matteucci, G. Gardini (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa* (Atti dell'incontro di studio, Pescara, 30 maggio 2003), Bologna, Bononia University press, 2003, 35.

(2) Come si legge nel d.d.l. n. 1281, presentato al Senato il 21 marzo 2002, in punto di modifiche e integrazioni alla l. 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa, «la disposizione relativa all'utilizzabilità degli strumenti del diritto privato, che trova il suo precedente nella disposizione votata dalla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali operante nella 13ª legislatura (articolo 106 dell'atto Camera n. 3931-A), racchiude un principio tendenziale dell'attuale ordinamento in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante poteri di imperio e atti unilaterali; in sostanza essa si inquadra nelle moderne tendenze di privatizzazione volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'"amministrare". La considerazione – peraltro ovvia – alla base della presente previsione è che il negozio giuridico di diritto privato di per sé è strumento idoneo al perseguimento dei più diversi risultati e, quindi, anche dello specifico interesse pubblico cui la pubblica amministrazione informa la sua azione. La possibilità che la pubblica amministrazione possa utilizzare lo strumento negoziale in via alternativa e, sotto certi aspetti, in modo ulteriore rispetto al provvedimento unilaterale resta comunque finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico posto che l'agire consensuale è rilevante nell'ottica funzionale e, perciò, sul fronte della migliore realizzazione del fine pubblico (la funzione amministrativa rimane pur sempre cura concreta di interessi pubblici potendo variare solo la sua forma). Ne consegue che anche all'attività amministrativa secondo il diritto comune si applicano principi di carattere pubblicistico. Dal principio di economicità, che assoggetta anche l'attività negoziale al controllo e alla giurisdizione della Corte dei conti, a quello di non discriminazione che sottopone la contrattazione pubblica ai procedimenti di selezione nella scelta dei contraenti, salve eccezioni, ai principi di trasparenza e pubblicità che accompagnano le ragioni di scelta dell'utilizzo del modulo negoziale. Principi contemplati e disciplinati dalla legislazione positiva che, ovviamente, resta ferma, salve revisioni e modificazioni di settore». Per approfondire, S.P. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme: una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1998; P. Costanzo et al., *La Commissione bicamerale per le riforme costituzionali: i progetti, i lavori, i testi approvati*, Padova, Cedam, 1998; A. D'Andrea et al., *La riforma della Costituzione nelle proposte della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali della XIII Legislatura*, Roma, Philos, 1998; P. Grauso, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, Giuffrè, 2007.

L'intenzione era quella di sottoporre l'agire della p.a. al diritto comune non solo quando l'amministrazione avesse agito *iure privatorum*, ma anche quando avesse operato nell'esercizio della funzione pubblica, ponendosi sempre in una situazione di piena parità col cittadino. In questo modo, tale precetto avrebbe relegato l'attribuzione di poteri unilaterali ed esorbitanti rispetto al diritto comune soltanto a casi eccezionali.

Nonostante un'interpolazione così concepita della l. n. 241/1990 non sia venuta alla luce, il ruolo del diritto privato nel procedimento amministrativo rimane ancora oggi altamente significativo (3), ancorché un'apertura incondizionata ai principi e agli istituti privatistici non sempre venga accolta con favore.

Lo strumento transattivo, ad esempio, è a volte invisibile ai responsabili degli uffici pubblici che vantano un credito o pretese nei confronti del privato: il pubblico funzionario, di fronte alle paventate azioni di responsabilità amministrativa promosse dalla procura contabile, non è indotto ad assumersi il rischio di essere condannato al risarcimento del danno erariale derivante dalla più esigua somma incamerata per mezzo della transazione o della conciliazione giudiziale (4).

La transazione, vieppiù, stenta a radicarsi nell'*agere* della pubblica amministrazione qualora la legge non incentivi tale contratto e lasci privo di conseguenze un comportamento che non promuove la celere conclusione di un'ipotetica azione giudiziale (5).

L'atto transattivo, del resto, rimane una prerogativa della discrezionalità della p.a. e della scelta dei pubblici uffici paralizzanti, come si suole dire, dalla c.d. "paura della firma" o dalla "burocrazia difensiva" (6).

Onde evitare un'eccessiva rigidità dell'azione pubblica e rifuggendo da un'amministrazione alla *Monssù Travet* (7), incentrata su un *modus operandi* farraginoso e rassegnato, pare opportuno valorizzare quegli strumenti che rendono la pubblica amministrazione ancor più efficiente (8), anche attraverso la risoluzione alternativa delle controversie. Ciò, si

(3) Sono molti i campi in cui i principi privatistici interferiscono con l'*agere* della pubblica amministrazione. Si pensi alle figure soggettive ibride come gli organismi di diritto pubblico o le società *in house*. I primi (art. 3, lett. d, d.lgs. n. 50/2016) hanno una veste societaria, o comunque di diritto privato, e svolgono funzioni amministrative; quindi, sono chiamati e a svolgere compiti di interesse pubblico e sono pertanto sottoposti ai principi del procedimento amministrativo. Le seconde (art. 5 d.lgs. n. 50/2016), viceversa, sono soggetti tradizionalmente pubblici che sempre più spesso operano mediante strumenti negoziali e sono assoggettate alla disciplina del fallimento (cfr. Cass. 22 febbraio 2019, n. 5346). Ancora, si veda la giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: in particolare, la responsabilità della p.a. prima dell'aggiudicazione della gara (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5); la responsabilità della p.a. da affidamento sull'adozione del provvedimento, poi non adottato (cfr. Cass., S.U., 28 aprile 2020, n. 8236); la responsabilità per danno da provvedimento illegittimo favorevole (cfr. Cass., S.U., 24 settembre 2018, n. 22435). Da ultimo, si osservi l'estensione della responsabilità dei padroni e committenti ex art. 2049 c.c. anche alla pubblica amministrazione (cfr. Cass., S.U., 16 maggio 2019, n. 13246).

(4) Così M. Giovannini, *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 831.

(5) Un incentivo si ritrova, invece, nell'art. 31 l. n. 183/2010, nella parte in cui prevede che le disposizioni degli artt. 410, 411, 412, 412-ter e 412-quater c.p.c. si applicano anche alle controversie di cui all'art. 63 del t.u. pubblico impiego. L'art. 410 c.p.c., al suo ultimo comma, promuove l'utilizzo dell'istituto della conciliazione anche nel pubblico impiego in quanto prevede che l'accordo conciliativo da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave. In argomento, F.P. Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1999, 387; G. Trisorio Liuzzi, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 991; D. Borghesi, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, in <www.judicium.it>, 15 dicembre 2010; E. Massi, *Conciliazione delle controversie di lavoro e arbitrato*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 2671; I. Pagni, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, in *Questione giust.*, 2018, fasc. 1, 176, in cui si legge che l'assenza di esoneri da responsabilità amministrativa (nel caso in esame, in tema di responsabilità medica) «non impedisce la conciliazione, ma di certo la rende più complicata (da un punto di vista "psicologico")».

(6) Cfr. Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371, in cui si evidenzia come la "paura della firma" può provocare una vera e propria stasi dello svolgimento dell'attività amministrativa e che la necessità di punire una condotta colposa all'insegna della sua gravità è preordinata al fine di evitare che il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti e inerzie nello svolgimento dell'azione delle pubbliche amministrazioni. Sullo stesso tema, M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. economia*, 2018, 625; Id., *Risorse decisionali e amministrazione difensiva: il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 35; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61; V. Valentini, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in <www.discrimen.it>, 14 settembre 2020, spec. 1 e 2, per il quale «l'attendismo degli agenti pubblici è un disservizio costoso per tutti, e generato da una variopinta moltitudine di fattori scoraggianti: i quali, pur operando a diversi livelli ed essendo introdotti da diversi fattori, convergono nel risultato». Tra i fattori dell'immobilismo l'A. individua, in particolare, «fattori legislativi, interpretativi e prasseologici, anche indiretti, anche di matrice europea: opzioni politico-criminali muscolari, ermeneutica penale eticizzante e abuso del processo; elasticità e opacità delle procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni; inadeguata distribuzione del lavoro e cattiva politica degli incentivi; sovrabbondanza, instabilità e oscurità delle regole di good e maladministration; indefinitezza dei criteri imputativi della responsabilità erariale e grossolanità dei criteri di calcolo del danno». Per un'indagine più approfondita sulla burocrazia difensiva, v. V. Piersanti (a cura di), *Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?*, in <www.forumpa.it>, 30 maggio 2017.

(7) G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, il Mulino, 1996, 64 ss.; Id., *La cultura e il mondo degli impiegati*, in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione centrale*, in *Storia delle società dall'unità d'Italia a oggi*, Torino, Utet, 1984, 332; S.F. Romano, *Breve storia della burocrazia dall'antichità all'età contemporanea*, Bologna, Cappelli, 1965, 194.

(8) Al fine di non formulare un pensiero meramente retorico, è noto a chi scrive come non possa esistere una "perfetta amministrazione", che rimane solo un'idea. Seguendo il pensiero di B. Croce, *Etica e politica*, Milano, Adelphi, 1994, 186 ss., «non vi ha niente di più sciocco e noioso dei discorsi che si fanno, si son sempre fatti e sempre si faranno col censurare l'andamento delle pubbliche amministrazioni e notare negligenze, oziosità falsità, imbrogli, ruberie, viltà, per concludere che le cose vanno male, e anzi che il mondo peggiora e corre alla rovina. Il presupposto di queste censure, chiamate a ragione "critiche facili", il presupposto da cui nasce la loro perpetuità,

badi, non significa dare l'abbrivio a qualunque tipo di negoziazione priva di criteri logici e contrastanti con il perseguimento del pubblico interesse, bensì cercare di modulare l'attività amministrativa con azioni che, scevre da pregiudizi e preconcetti, possano contribuire ad una razionale gestione delle risorse comuni.

1.1. *Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie sotto la lente della nuova responsabilità erariale e dell'emergenza sanitaria*

Le oramai annose esigenze di accelerare e sburocratizzare l'attività della pubblica amministrazione, causate anche dal dilagare dell'emergenza sanitaria e dalla crisi economica, hanno condotto alla riforma del processo di imputazione soggettiva del pubblico dipendente per responsabilità erariale.

L'art. 21 del decreto Semplificazioni n. 76/2020, convertito nella l. 11 settembre 2020, n. 120, oltre ad interpolare, nel primo comma, l'art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20, precisando che *“la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso”*, ha disposto, nel secondo comma, che, fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità amministrativa *“è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta”*. A sua volta, siffatta limitazione *“non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”*.

Anzitutto, le principali novità della riforma riguardano la modifica dell'elemento soggettivo della responsabilità erariale. Giova premettere che, già come regola generale, l'amministratore pubblico non risponde per colpa lieve ai sensi dell'art. 1 della l. n. 20/1994, ma solo per dolo o per colpa grave (9).

Il d.l. Semplificazioni prevede *ex novo* – e senza alcun limite di ordine temporale – che la prova del dolo richieda la dimostrazione della volontà del soggetto agente di cagionare l'evento dannoso. Una norma di questo tipo, per un penalista, potrebbe apparire una mera superfetazione. È evidente che il dolo è rappresentazione e volontà del fatto tipico, ivi compreso l'evento e il danno (10).

Il chiarimento del legislatore si è reso necessario al fine di superare un orientamento interpretativo, prevalente nella giurisprudenza della Corte dei conti, che ha nel tempo accolto una nozione ampia di dolo, ritenendo sufficiente ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo in questione la consapevolezza e la volontà dell'inadempimento e della violazione dei doveri di servizio, anche se non ci fosse la volontà di cagionare l'evento lesivo. Si tratta di una nozione di dolo c.d. contrattuale, di tipo civilistico, o di dolo *sui generis* erariale, per contrapporlo a quello più specificamente penalistico (11).

è la perfetta amministrazione, in cui ciascuno adempia con intelligenza perfetta e perfetta volontà il proprio dovere: cioè uno schema astratto che, come tale, non può trovare rispondenza nella realtà. Nondimeno, il filosofo prosegue affermando che da ciò non si deve trarre *“la conseguenza del lasciar correre che è quella di tutti gli inetti e i cinici [...] La conseguenza è invece il dovere di un atteggiamento, non certo impaziente, ma fermo e combattente”*. A fronte di ciò, sembra trovare una giustificazione l'affermazione per cui sia sempre necessario individuare strumenti che rendano la funzione amministrativa ancora più efficiente; proprio perché tale proposizione ha l'ambizione di porsi nell'ottica belligerante espressa dal pensiero crociano.

(9) Per una trattazione più approfondita del concetto di colpa grave nella responsabilità per danno erariale si rinvia a M. Fratini, *Compendio sistematico di contabilità pubblica*, Roma, Accademia del diritto, 2019, 471 ss.; A. Canale, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A. Canale et al. (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2019, 75 ss.

(10) Per tutti, G.P. Demuro, *Il dolo: l'accertamento*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2010; R. Giovagnoli, *Manuale di diritto penale*, Torino, Itaedizioni, 2019, 497 ss.

(11) V., sul punto, il dossier elaborato dal Servizio studi della Camera e del Senato del 21 luglio 2020, A.S. 1883, *sub* art. 21, 255, per cui la finalità dell'intervento è quella di *“considerare il dolo riferito all'evento dannoso in chiave penalistica e non in chiave civilistica, come invece risulta da alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile che hanno ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto”*. E infatti si prosegue affermando che *“il codice civile non disegna il dolo con elementi costitutivi specifici, quali quelli indicati dall'articolo 43 del codice penale, ma è comunque connesso all'intenzione del soggetto agente di ottenere un risultato in ogni caso illecito, per violazione del principio del neminem laedere o per consapevole e voluto inadempimento contrattuale”*. Con particolare riferimento alla figura del dolo c.d. erariale, v. Corte conti, Sez. III centr. app., 28 settembre 2004, n. 510, e per cui *“la consapevolezza e volontà dell'azione o dell'omissione contra legem ha riguardo alla violazione delle norme giuridiche che regolano l'esercizio delle funzioni amministrative ed alle sue conseguenze dannose per le risorse finanziarie pubbliche”*. Avendo riguardo, invece, alla figura del dolo contrattuale o civilistico, si rimanda a Corte conti, Sez. giur. reg. Sardegna, n. 294/2009, e a Cass. 16 ottobre 2008, n. 25271. Un'approfondita ricostruzione sul dolo erariale è ad opera di A. Benigni, *Prima lettura del d.l. n. 76/2020 tra formante legislativo e interpretazione costituzionalmente orientata*, in questa *Rivista*, 2020, fasc. 5, 1, secondo cui la novella normativa, in realtà, non fa che prediligere un orientamento giurisprudenziale già accolto dal giudice contabile e che *«consente di informare la nozione di dolo nei diversi settori della responsabilità civile aquiliana, penale e amministrativa, superando le perplessità che indubbiamente suscitava l'opposta impostazione, fino ad oggi invece prevalente in giurisprudenza e che aveva comportato la presenza di un dolo “semplificato” nella responsabilità amministrativa, diverso da quello previsto dagli artt. 2043 c.c. e 43 c.p.»*. Considerando il dolo in senso penalistico, e dunque anche nella sua variante di dolo eventuale, il pubblico ministero contabile potrà limitarsi a dimostrare *“che il convenuto abbia trasgredito i doveri di ufficio rappresentandosi almeno la possibilità di uno sviamento delle risorse pubbliche dalla loro corretta utilizzazione, accettandone, conseguentemente, il rischio”* (spec. 4). Mette conto evidenziare, tuttavia, che secondo la migliore dottrina e giurisprudenza penalistica non sia sufficiente la mera accettazione del rischio al fine di configurare il dolo eventuale. È invece necessario dimostrare che il soggetto, anche se avesse avuto la certezza di verificazione dell'evento, avrebbe agito allo stesso modo, in quanto l'evento costituisce il prezzo da pagare pur di conseguire lo scopo che il medesimo si è rappresentato (c.d. formula di Frank). In tema, v., per tutti, R. Giovagnoli, *op. cit.*, 519 e ss., nonché, sulla c.d. formula di Frank, Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343. V. anche, in tema, l'approfondito ed esemplificativo

In punto di responsabilità erariale omissiva temporanea invece, il d.l. Semplificazioni, come si legge nella relativa relazione illustrativa, ha voluto limitare l'esperimento dell'azione del procuratore contabile *“al solo profilo del dolo per le azioni e non anche per le omissioni, in modo che i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità in caso di non fare (omissioni e inerzie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al solo profilo del dolo”*.

Non sono certamente mancate aspre contestazioni sulla nuova norma in merito alla responsabilità erariale omissiva. Secondo l'opinione di taluni (12), questo approccio sarebbe foriero di una pletora di pubblici funzionari *“firmaioli”*, e dunque disposti a firmare qualunque cosa a totale detrimento della professionalità, del merito e della capacità. Si darebbe la stura ad una serie di incompetenti, mossi dalla logica del fare *“non importa come e con quali risultati”* (13).

Secondo talaltri (14), invece, la modifica introdotta, seppur temporanea, si sostanzia in una sorta di *“scudo erariale”* e si dubita che la *“sburocratizzazione del pachiderma pubblico”* possa essere funzionale alla realizzazione dei fini prefissati in un *“paese afflitto dal malcostume della p.a.”*.

Sempre in un'ottica critica, ma più costruttiva, le Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti (15) hanno evidenziato come *“sul concetto generale di limitazione dell'azione di responsabilità ai soli casi di condotta dolosa, concetto giustificato dal fatto che vi sarebbe un tendenziale timore degli amministratori a provvedere per non incorrere nelle maglie della responsabilità per danno erariale, va innanzitutto detto che l'assunto, nella migliore (o peggiore) delle ipotesi è vero solo in minima parte, ben concorrendo alla incapacità provvedimentale della p.a. ben altri fattori, tra i quali: la confusione legislativa, l'inadeguata preparazione professionale, l'insufficienza degli organici”*.

Anche l'organo di autogoverno della magistratura contabile (16) ha sollevato delle perplessità in merito alle modifiche apportate dall'art. 21 del d.l. Semplificazioni. Si è rilevato come *«la perseguibilità dei comportamenti dannosi nei confronti dell'erario per “colpa grave”, generalmente correlata ad un elevato grado di “imprudenza/imperizia” e/o di “sciatteria amministrativa”, costituisce la gran parte delle vertenze avviate dalle procure erariali e delle correlate sentenze di condanna, dovendosi ritenere, quindi, che i comportamenti “gravemente colposi” rechino danno alle risorse pubbliche poste a disposizione della collettività in maniera nettamente prevalente rispetto ai comportamenti “dolosi”»*.

Al contempo il Consiglio di presidenza ha suggerito al Parlamento di affiancare le interpolazioni normative che il Governo intendeva apportare con un potenziamento dei poteri costituzionalmente previsti per la Corte dei conti, quale il controllo preventivo di legittimità e l'attività consultiva in materia di contabilità pubblica (17).

Nello stesso senso va il giudizio espresso dalla Procura generale contabile in seno al giudizio di parificazione sul rendiconto generale dello Stato (18). Secondo il Procuratore generale, se le riforme dirette a snellire l'azione amministrativa sono da accogliere positivamente, non per questo è possibile pensare ad una compressione dell'azione contabile verso quei dipendenti pubblici che tengono condotte gravemente colpose, specialmente in quei settori in cui la spesa pubblica raggiunge livelli molto elevati (19).

saggio di M. Atelli *et al.*, *Il dolo contabile dopo l'art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in questa Rivista, 2020, fasc. 6, 28.

(12) L. Olivieri, *Decreto semplificazioni e responsabilità erariale: rinnegati merito e capacità*, in <www.lavoripubblici.it>, 30 giugno 2020.

(13) *Ibidem*.

(14) G.L. Gatta, *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo “salvo intese” (e la riserva di legge?)*, in <www.sistemapenale.it>, 17 luglio 2020.

(15) Cfr. Corte conti, Sez. riun. contr., *Audizione della Corte dei conti sul disegno di legge n. 1883*, 1a commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, luglio 2020.

(16) Cfr. Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, *Audizione alla 1a e 8a Commissione del Senato della Repubblica*, 28 luglio 2020.

(17) In questo modo, sostiene sempre il Consiglio di Presidenza, sarebbe possibile risolvere *«il problema delle incertezze e titubanze che colpiscono i dirigenti pubblici “responsabili unici dei procedimenti”, dando loro certezze tempestive sulla correttezza dell'azione amministrativa intrapresa, mediante pareri specifici ovvero controlli preventivi di legittimità, che rassicurino anche in prospettiva di eventuali contenziosi (quindi garantendo maggiore speditezza) ma che lascino impregiudicata la perseguibilità giudiziaria dei citati casi di “imprudenza/imperizia” e/o di “sciatteria amministrativa” talmente grave da non poter essere accettata, pur in assenza di dolo, da parte di chi assume la responsabilità di gestire risorse pubbliche, spesso ingenti, con trattamenti economici comunque correlati all'importanza del ruolo»*.

(18) Cfr. Corte conti, *Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2019*, requisitoria orale del Procuratore generale f.f. Fausta Di Grazia, udienza del 24 giugno 2020, Presidente Angelo Buscema.

(19) *Ibidem*, 18: *“ben vengano, quindi, snellimenti delle procedure farraginose che aggravano il compito delle amministrazioni e appesantiscono il privato con una serie di adempimenti, forse non indispensabili. Occorre però operare un distinguo, non si può e non si deve confondere l'intervento del Legislatore, indirizzato a fare ordine in un dedalo di norme di difficile comprensione e ostica attuazione per i cittadini e le imprese, con il dare un colpo di spugna alla responsabilità per danni inflitti all'erario dai dipendenti pubblici preposti ad attuare le norme, per condotte gravemente colpose, confinando il giudizio di responsabilità che ne deriva ai soli danni conseguenti a comportamenti connotati da dolo, come viene auspicato nel recente dibattito politico. Ciò limiterebbe fortemente l'azione del pubblico ministero contabile, tesa a reintegrare il patrimonio dello Stato per i danni cagionati dai suoi funzionari infedeli, soprattutto in settori in*

Non si nasconde, tuttavia, come la decisione del legislatore di limitare la punibilità per colpa grave dei pubblici dipendenti nel caso di condotte attive possa, nel prossimo futuro, essere oggetto di giudizi di legittimità costituzionale. Già in passato la Consulta (20) si era pronunciata sulla illegittimità di atti normativi che limitavano la responsabilità dei pubblici dipendenti alla sola figura del dolo e la escludevano, invece, per la colpa grave.

In particolare, sostiene il giudice delle leggi che un provvedimento legislativo che tipizza i casi in cui la condotta del dipendente pubblico è rimproverabile per colpa grave interferisce con le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti di cui all'art. 103, c. 2, Cost. La responsabilità per danno erariale ha proprio, quale limite minimo, quello della colpa grave: attenuare ulteriormente i casi di responsabilità per colpa grave non è conforme ai principi dell'ordinamento (21).

Non possono celarsi, poi, i dubbi relativi alla compatibilità delle modifiche apportate dall'art. 21 del d.l. n. 76/2020 con altri principi costituzionali, sia in punto di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di lesione al dettato di cui agli artt. 28 e 97 Cost., sia con riguardo alla pratica della decretazione d'urgenza quale strumento di interpretazione autentica della legge (22).

Ciò non di meno, l'intento del legislatore può condurre, se ben declinato nel caso concreto, alla valorizzazione e alla responsabilizzazione (23) dei funzionari più capaci e sensibili nella gestione delle risorse pubbliche anche tramite strumenti conciliativi (24). La conclusione di reciproche concessioni, come episodi recenti ci dimostrano (25), spesso è l'unica via per evitare l'instaurazione di controversie giudiziali rischiose ed eccessivamente onerose per il bilancio dello Stato, soprattutto nell'attuale periodo sanitario-emergenziale per il Covid-19 (26).

cui più alto è il livello di spesa come nella sanità, nella realizzazione di opere pubbliche e prestazione di servizi, dove più facilmente si può allungare anche la mano nera della malavita organizzata”.

(20) Cfr. Corte cost. 8 ottobre 2001, n. 340, giudizio di legittimità costituzionale della legge della provincia autonoma di Bolzano 3 febbraio 2000, recante “Responsabilità amministrativa degli amministratori e del personale della provincia e degli enti provinciali”.

(21) *Ibidem*, in particolare par. 4, per cui “la censura relativa all’art. 2, comma 3, è fondata in quanto la norma viene ad alterare il concetto di colpa grave, riducendo la portata della relativa responsabilità senza alcun riferimento al contenuto delle funzioni dei dipendenti ed amministratori e attribuzioni degli uffici. Infatti, può ritenersi ormai acquisito il principio dell’ordinamento, desumibile anche dalla collocazione dell’art. 3 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543 (Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti), convertito in legge con modificazioni dall’art. 1, comma 1, della legge 20 dicembre 1996, n. 639, secondo cui la imputazione della responsabilità ha come limite minimo quella della colpa grave (prevista, in via generale, insieme all’imputazione per dolo)”.

(22) L. Carbone, *Una responsabilità erariale transitoriamente “spuntata”*. Riflessioni a prima lettura dopo il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “decreto semplificazioni”), in <www.federalismi.it>, 4 novembre 2020. Con riferimento alla specificazione della nozione di dolo, l’A. sostiene che si dubita della ragionevolezza dell’intervento normativo “in quanto, pur rimanendo perseguibili le condotte omissive sorrette da colpa grave, risulterebbero invece esenti da responsabilità le condotte attive coperte da dolo limitatamente al solo profilo dell’azione causata del danno erariale”. Peraltro, “la dottrina costituzionalistica dubita della compatibilità tra lo strumento della decretazione d’urgenza e la funzione di interpretazione autentica, ritenendo i decreti-legge interpretativi certamente forieri di gravi squilibri ordinamentali”. Per quanto attiene alla limitazione della colpa grave alla sola condotta omissiva, potrebbero sorgere contrasti sia in merito al principio di ragionevolezza, poiché “la discrezionalità del legislatore nel dettare la disciplina della responsabilità erariale dei dipendenti pubblici deve conformarsi ai principi consacrati nelle disposizioni costituzionali che affidano allo stesso legislatore la concreta garanzia di quei principi” tra cui si rinviene l’art. 28 della Costituzione; sia in merito al principio del buon andamento e dell’efficienza della p.a. di cui all’art. 97 Cost., che verrebbe minato di fronte ad una deresponsabilizzazione introdotta con l’art. 21. Da ultimo, lo stesso A. dubita sull’utilizzo dello strumento di cui all’art. 77 Cost. al fine di addivenire ad una semplificazione dell’attività pubblica, vera ratio del d.l. n. 76/2020. In buona sostanza, “i dubbi attengono alla possibilità di ritenere configurabile l’inevitabilità dell’uso di un mezzo straordinario per il raggiungimento di fini non necessari, ovvero di misure che potevano essere in astratto adottate con legge ordinaria”.

(23) Sulla differenza tra responsabilità e responsabilizzazione, v. S. Battini, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53. L’A. considera la responsabilizzazione un termine giuridicamente ambiguo. Nello specifico, deve essere riferita “ai risultati conseguiti dal funzionario, [...], in ordine al raggiungimento degli obiettivi delle politiche pubbliche affidate all’amministrazione”.

(24) R. Lupi, *Compendio di scienza delle finanze*, Roma, Dike giuridica, 2020, spec. 109 e 124. Secondo l’A., “i principali difetti dei pubblici uffici non sono quindi il peculato, la malversazione, l’abuso, bensì la trascuratezza, la deresponsabilizzazione, l’inerzia, in sintesi la paralisi”. Ancora, le regole organizzative della pubblica amministrazione tendono “a tramandarsi nel tempo per inerzia, per ritrosia non tanto verso il mutamento quanto per rispetto della prassi consolidata, e per il timore di una nuova valutazione di opportunità [...]. L’autoprotezione e l’inerzia generano sprechi, compreso l’utilizzo inefficiente del personale che andrebbe motivato e riabituato a decidere”.

(25) Si vuole fare riferimento al parere del 28 giugno 2019 del gruppo di lavoro istituito con d.m. n. 119/2019 dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a seguito della nota vicenda del crollo del viadotto Polcevera (Ponte Morandi) e sulla necessità di revocare la concessione autostradale alla società Aspi, concessionaria della relativa rete autostradale. In particolare, il parere si vuole soffermare sui rischi connessi alla risoluzione unilaterale della convenzione unica, ritenendo opportuno “prefigurare le conseguenze sia sotto il profilo economico-finanziario, oppure preferire altre soluzioni tese a ricondurre ad equilibrio il rapporto concessorio con Aspi e fugare così i rilevanti dubbi generati dall’evento del crollo sull’efficacia complessiva del sistema di valutazione e manutenzione delle tratte autostradali affidate in concessione” (p. 54 ss.). I possibili rischi del contenzioso esaminati nel punto 11 del parere (non imputabilità dell’inadempimento; assenza della gravità dell’inadempimento; esposizione finanziaria consistente della concessionaria; richiesta di indennizzo per la revoca della concessione; corresponsione al concessionario uscente del “valore di subentro”), portano gli autorevoli scriventi a consigliare una soluzione diversa da quella giudiziale e volta, invece, alla rinegoziazione della convenzione.

(26) Il dilagare dell’emergenza sanitaria fa riflettere anche sull’applicabilità, o meno, del nuovo articolo 21 del d.l. Semplificazioni alla responsabilità dell’esercente la professione sanitaria. Partendo da un’argomentazione di tipo psicologico, va anzitutto premesso che le

2. Cenni storici sull'esercizio del potere transattivo da parte delle pubbliche amministrazioni

L'utilità di risolvere stragiudizialmente il conflitto che coinvolge la pubblica amministrazione ravviva il dibattito, oramai stratificato, sui modelli di risoluzione alternativa delle controversie che il soggetto pubblico può adottare.

Senza avere la pretesa di un approfondito riesame della cospicua letteratura in materia, nonostante il legislatore non escluda aprioristicamente la possibilità di concludere transazioni anche per la pubblica amministrazione (27), la dottrina più antica, se non ha mai posto problemi in merito agli accordi transattivi di diritto privato, non ammetteva la conclusione di tali negozi riguardo ai rapporti con oggetto pubblicistico.

Secondo l'orientamento dei classici (28), la transazione non può che riferirsi ai rapporti di diritto privato in quanto quelli di diritto pubblico non sembrano mai suscettibili di essere transatti. Del resto, poiché la transazione, secondo il dettato di cui agli artt. 1965 ss. del codice civile, rappresenta un contratto con il quale si previene una lite già sorta o futura mediante il reciproco sacrificio per entrambi i paciscenti, ciò si risolverebbe in un danno per il bene pubblico a vantaggio dell'interesse esclusivo del singolo.

Peraltro, se la pubblica amministrazione dovesse considerare il proprio provvedimento come legittimo, mancherebbe la *res dubia*, oggetto imprescindibile della transazione; se invece lo dovesse ritenere illegittimo, vi sarebbe una violazione nella buona fede in quanto si approfitterebbe dell'incertezza sulla situazione giuridica soggettiva sottesa al rapporto con il privato (29).

Da ultimo, se oggetto dell'azione amministrativa fosse un interesse della collettività, questo potrebbe essere perseguito mediante la rinnovazione, la ratifica, la revoca o l'annullamento del precedente atto, essendo tali provvedimenti di secondo grado all'uopo preposti per tutelare l'interesse pubblico sottostante: difatti, è solo l'azione amministrativa che influisce sulla volontà di dirimere o meno una lite (30).

L'approccio ostativo in merito all'utilizzo di strumenti transattivi da parte delle pubbliche amministrazioni era corroborato, inoltre, da quelle teorie che non concepivano la stipulazione di atti negoziali aventi ad oggetto questioni di diritto pubblico.

Il contratto con oggetto pubblicistico, infatti, era ritenuto inammissibile per l'impossibilità di prospettare in un unico atto la combinazione tra la dichiarazione di volontà del soggetto pubblico e del soggetto privato, avendo queste una

motivazioni che hanno indotto ad inserire nel nostro ordinamento questa disposizione riguardano un altro tipo di soggetto in rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, cioè il preposto all'adozione di atti amministrativi in senso stretto. Da un punto di vista sistematico, invece, l'art. 21 può essere inquadrato come una sorta di deresponsabilizzazione erariale dell'esercente una professione sanitaria durante il periodo dell'emergenza pandemica che, a causa di una carenza dell'organico, nella prassi ha visto impiegare il personale sanitario anche nei campi estranei alla propria specializzazione di base. Tuttavia, in un piano epistemologico, la responsabilità sanitaria della l. n. 24/2017 (Gelli-Bianco) può essere considerata una *species* del *genus* della responsabilità amministrativa, essendo trattata in maniera autonoma rispetto alla responsabilità erariale in generale. In questo senso, lo "scudo erariale" per colpa grave dell'incaricato di pubblico servizio che agisce e non rimane inerte non sarebbe applicabile anche in materia sanitaria. L'autonomia della responsabilità amministrativa del sanitario, rispetto a quella ordinaria di cui alla l. n. 20/1994, si può evincere dall'art. 9, c. 5, della Gelli-Bianco nella parte in cui si afferma che "l'azione di responsabilità amministrativa, per dolo o colpa grave, nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è esercitata dal pubblico ministero presso la Corte dei conti". La specificazione dell'elemento soggettivo nella l. n. 24/2017 consente di risolvere le ipotetiche antinomie conseguenti dalla lettura incrociata con il nuovo art. 21 del d.l. Semplificazioni.

(27) I contenuti normativi più significativi si rinvencono: nella legge sulla contabilità generale dello Stato (art. 14 del r.d. n. 2440/1923) per cui "deve essere sentito il parere del Consiglio di Stato prima di approvare gli atti di transazione diretti a prevenire od a troncare contestazioni giudiziarie qualunque sia l'oggetto della controversia, quando ciò che l'amministrazione dà o abbandona sia determinato o determinabile in somma eccedente le lire 20.000.000. Deve essere sentito il Consiglio di Stato anche per le transazioni di minore importo, quando l'amministrazione non si uniformi per esse all'avviso espresso dall'avvocatura erariale"; nel t.u. delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato (r.d. n. 1611/1933, spec. artt. 13 e 21) per cui l'Avvocatura dello Stato "predispone transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni"; nell'art. 208 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui "le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile, solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale"; nell'accordo bonario di cui all'art. 205 del d.lgs. n. 50/2016, strumento funzionale a comporre una fase precontenziosa e transattiva tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario; nell'art. 182-ter del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (nuovo art. 88 codice della crisi di impresa) che nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, rappresenta una particolare procedura transattiva tra il fisco e il debitore, avente ad oggetto la possibilità di falcidiare e/o dilazionare i crediti tributari, siano essi privilegiati, siano essi chirografari. Giova tuttavia precisare come, almeno per quanto attiene alle ipotesi transattive previste nel codice degli appalti, trattasi di accordi con oggetto privatistico e non pubblicistico, giacché, come ribadito oramai graniticamente dalla giurisprudenza, la stipulazione del contratto a seguito dell'indizione della gara segna il passaggio dal rapporto di stampo pubblicistico a quello di carattere privatistico, essendo la p.a. sullo stesso piano di un soggetto privato (cfr., per tutti, Cass., S.U., ord. 5 ottobre 2018, n. 24411).

(28) F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, Cedam, 1914, 1565; A. De Valles, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934, I, 46.

(29) A. De Valles, *op. cit.*, 47.

(30) *Ibidem*, 48.

natura differente (31), e per l'ineguaglianza giuridica tra parte pubblica, portatrice di interessi meta-individuali, e quella privata, sostenitrice di interessi a contenuto patrimoniale (32).

Malgrado gli orientamenti contrari, tuttavia, già all'epoca delle prime teorie negazioniste sulla possibilità di avvenire a reciproche concessioni con la pubblica amministrazione, altra parte della dottrina (33) ha sostenuto con particolare consenso l'utilizzo di strumenti contrattuali tesi alla mitigazione dei conflitti.

I primi autori (34) studiosi della tematica hanno ritenuto che nonostante l'attività della pubblica amministrazione sia caratterizzata dall'applicazione di norme inderogabili, tale connotato non determina anche l'intransigibilità del rapporto. Posto che ogni attività amministrativa è rivolta alla soddisfazione concreta di un interesse pubblico, la transazione è ammissibile anche sui rapporti di natura pubblicistica allorquando, dalla composizione della lite, non scaturisca un danno per la collettività (35).

In considerazione di ciò, non sussistono ragioni aprioristiche avverso l'attuazione di negozi transattivi di stampo pubblicistico, giacché può essere conveniente alla pubblica amministrazione definire consensualmente una lite già sorta o prevenire contrasti futuri (36).

Così come non era escluso di principio il potere transattivo della pubblica amministrazione, tuttavia, non era riconosciuta allo stesso una portata indiscriminata: il limite per concludere l'atto di reciproche concessioni si rinveniva in quelli che un tempo erano definiti “*diritti pubblici generali*” (37).

Questi ultimi, incidendo su *status*, diritti di libertà, diritti politici o sui diritti di supremazia dello Stato, non potrebbero mai essere oggetto di transazione; al contrario dei diritti pubblici speciali, che invece sorgono a favore del cittadino di fronte all'amministrazione, o viceversa, e hanno sempre a loro fondamento la volontà dei soggetti.

Ad esempio, non si escludeva già in passato la conclusione di accordi su aspetti che attualmente vedono coinvolgere copiosamente il contenzioso della pubblica amministrazione, come avviene per la responsabilità da fatto illecito (38).

Avendo riguardo ad una impostazione dottrinale più moderna (39), invece, una volta che si sia pervenuti al riconoscimento dell'istituto transattivo e alla sua applicabilità anche ai rapporti di diritto pubblico, è superabile la dicotomia tra ciò che un tempo rientrava nella categoria dei diritti soggettivi pubblici generali e dei diritti soggettivi pubblici speciali, per i quali sussiste un rapporto paritario tra p.a. e privato: precipitato logico di questa affermazione è la transigibilità, anche in concreto, di questioni connesse al pubblico potere (40).

In un'ottica evolutiva, ciò si evince anche dalla sostenibilità di un contratto ad oggetto pubblicistico a seguito della positivizzazione, con la l. n. 241/1990, dell'art. 11, rubricato “*Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*” (41).

(31) O. Ranelletti, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1937, 150; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1956, 111. Per quest'ultimo, “non si può avere un incrocio contrattuale di facoltà eterogenee quali sono, da un lato, i diritti soggettivi dei privati e, dall'altro, la pubblica potestà dell'organo pubblico” poiché “le due manifestazioni di volontà sono dotate di natura diversa e, come tali, non essendo omogenee, non possono fondersi in un unico atto”. V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2020, 740.

(32) G. Pericu, M. Gola, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, vol. II, 306.

(33) Un lungimirante contributo sulla transazione degli enti pubblici è di E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64 ss. e 205 ss. Sull'ammissibilità della transazione con oggetto pubblicistico, v. anche M. La Torre, *Nozioni di diritto amministrativo*, Roma, Stamp. nazionale, 1949, 5ª ed., 249-250; E. Miele, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, vol. II, 509; C. Ferrari, voce *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI; G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223; M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, Bononia University press, 2007; S. Pizzuti, *Le transazioni nella pubblica amministrazione*, in *Nuova rass.*, 2008, 840.

(34) E. Guicciardi, *op. cit.*, 118 ss.

(35) *Ibidem*, 131.

(36) E. Miele, *op. cit.*, 512.

(37) E. Guicciardi, *op. cit.*, 135.

(38) *Ibidem*, 151.

(39) C. Ferrari, *op. cit.*, spec. 5. Sullo stesso tema, L. Penasa, *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, spec. 1302 ss.; M. Delsignore, *L'arbitrato nei servizi di pubblica utilità*, *ivi*, 2001, 479, secondo cui la indisponibilità della funzione amministrativa può non conservare intatta la propria autoritatività (spec. 490 ss.); S. Di Martino, *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 115; F. Goisis, *La compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243 ss., spec. 262, in cui al termine “disponibilità” di cui all'art. 1966 c.c. non si potrebbe dare un senso esclusivamente privatistico in modo da denegare rilevanza alla capacità pubblicistica dell'amministrazione.

(40) G. Verde, *Nuove riflessioni su arbitramento e pubblica amministrazione*, in *Riv. arbitrato*, 2007, 698; A. Romano Tassone, *Giurisdizione amministrativa e arbitramento*, *ivi*, 2000, 249.

(41) V. Lopilato, *op. cit.*, 742. L'A. afferma che “i contrasti [sull'ammissibilità di un contratto con oggetto pubblicistico] sono stati definitivamente risolti quando il legislatore [...] ha introdotto nel nostro ordinamento una previsione di carattere generale (art. 11) che si presta ad essere intesa quale attribuzione alle parti della possibilità di concludere accordi concernenti direttamente l'esercizio di poteri amministrativi, ammettendo l'astratta negoziabilità del potere discrezionale”. Per approfondire, v. E. Sticchi Damiani, *Attività*

Da ultimo, in base all'analisi del nuovo c. 1-bis dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, la fungibilità tra l'esercizio del potere pubblicistico e di quello privatistico da parte della pubblica amministrazione non mutano la sostanza dello strumento transattivo, ma sono funzionali a un nuovo metodo di amministrazione (42) più efficiente ed efficace.

Alla possibilità di concludere una transazione non osta nemmeno il principio di legalità dell'azione amministrativa, poiché questo non deve essere considerato come un limite, ma un “*immanente criterio*” (43) a cui si deve ispirare l'esercizio del pubblico potere e della discrezionalità nella composizione delle liti.

2.1. I limiti della transazione

Gli argomenti sopra delineati, tuttavia, conducono ad approfondire alcuni veti nella conclusione di accordi transattivi. Il suddetto potere negoziale non può, difatti, essere esercitato *ad libitum*.

Oltre al fatto che i presupposti del ricorso alla transazione da parte degli enti pubblici sono quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico (la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto), e quelli specifici di diritto pubblico (la natura del rapporto tra privati e pubblica amministrazione), la transazione si caratterizza, almeno in linea generale, per la presenza di una *res dubia* (44) e di un sacrificio economico bilaterale (45). Una parte della giurisprudenza contabile (46) ha riconosciuto la responsabilità per la stipulazione di transazioni che in realtà non comportano un sacrificio per la controparte, ma soltanto degli oneri a carico della pubblica amministrazione o rinunce a delle spettanze pacificamente acclarate. Il mancato ottenimento di una reciproca concessione, invero, genera una responsabilità per colpa grave a carico dell'ente che ha semplicemente evitato di acquisire quei crediti certi, liquidi ed esigibili e ha, invece, concluso una parziale rimessione del debito.

Altra peculiarità della transazione che vede parte la p.a., come ribadito più volte in via giurisprudenziale, è la validità di quest'ultima solo se ha ad oggetto posizioni giuridiche soggettive disponibili (art. 1966 c.c.) e cioè quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale (47). È nulla, dunque, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite sono sottratti al potere dispositivo delle parti (48).

amministrativa consensuale e accordi di programma, Milano, Giuffrè, 1992; E. Bruti Liberati, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. V; C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2002.

(42) V., in questo senso, M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche*, cit., 194 ss., spec. nota 49. Secondo l'A., “*l'indisponibilità tout court delle situazioni giuridiche soggettive che, volendole chiamare interesse legittimo, rispecchiano rapporti di diritto pubblico non è più sostenibile e non appare più in linea con il diverso modo di amministrare che caratterizza l'esperienza giuridica contemporanea, fondato su una concezione del rapporto tra potere e cittadino radicalmente diversa rispetto al passato*”.

(43) B. Raganelli, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, Giappichelli, 2012, 287. Prosegue l'A. adducendo che “*pur nel rispetto di alcuni limiti derivanti dalla legge, la transazione sui rapporti di diritto pubblico è ammissibile nell'ordinamento italiano anche quando incide con effetto costitutivo, modificativo o estintivo sui poteri pubblici, non solo discrezionali, ma anche vincolati e caratterizzati dall'esercizio della discrezionalità tecnica*”.

(44) La necessità di una *res dubia* al fine di configurare una transazione, nondimeno, è un tema discusso e non sempre avallato in dottrina e giurisprudenza. Sul punto, ampia ricostruzione, anche storica, è ad opera di T. Galletto, *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1379. L'A. valorizza l'aspetto per cui “*l'essenziale funzione della transazione è il superamento della lite (sorta o che sorgerà)*”, piuttosto che l'esistenza di una *res dubia*. La tematica della *res dubia* connessa alla transazione sarà analizzata anche nei successivi paragrafi, in particolare in materia di accordi transattivi in sede di esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti.

(45) V., *ex multis* sulle caratteristiche civilistiche della transazione, F. Flumene, *Causa e dissoluzione del negozio transattivo civile*, Sassari, Stamperia della libreria italiana e straniera, 1928; G. Stolfi, *La transazione*, vol. I, Napoli, Siem, 1931; R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali Univ. Messina*, 1934; E. Valsecchi, *La transazione*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1954; F. Carresi, *La transazione*, Torino, Utet, 1954; E. Del Prato, *Superamento della lite e transazione*, in *Riv. arbitrato*, 2002, 366; Id., *La transazione*, Milano, Giuffrè, 1992; F. Santoro Passarelli, *La transazione*, Napoli, Jovene, 1963; M. Franzoni, *La transazione*, Padova, Cedam, 2001; F. Arangio, *La transazione*, Torino, Utet, 2004.; M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, Accademia del diritto, 2019, 1733 ss.

(46) S. Pizzuti, *op. cit.*, 845, per cui per verificare se la delibera di una giunta relativa ad una transazione sia legittima o meno è necessario accertare: “*a) l'eventuale inizio di una lite o il protrarsi di quella già iniziata può avere un esito incerto, che potrebbe comportare un aggravio di spesa. In tal caso sarebbe opportuno che l'amministrazione pubblica si procuri un parere legale, interno o esterno, cioè una relazione giustificativa che dimostri che l'oggetto del contendere costituisca una res dubia; b) l'entità delle prestazioni dedotte dalle parti nel contratto di transazione deve essere equa anche se non equivalente. È evidente che senza reciproche concessioni non sussiste vera e propria transazione, bensì si verifica, da parte del creditore, la remissione parziale del debito, cioè della pretesa, a norma dell'art. 1236 c.c.*”.

(47) J. Polinari, *La possibile deflazione delle controversie amministrative. Transazione e altri mezzi di prevenzione e/o risoluzione. Premesse ad uno studio sull'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Rass. avv. Stato*, 2010, fasc. 4, 268. Per l'A., “*ferma restando l'indisponibilità dell'interesse pubblico, e della attribuzione del potere in astratto, che afferiscono a valutazioni di esclusiva competenza del legislatore, le concrete modalità di esercizio del potere discrezionale sono invece disponibili per l'amministrazione*” (spec. 288).

(48) Cfr., *ex multis*, Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 1116/2009. Il giudice contabile precisa peraltro che “*il potere punitivo dell'amministrazione e le misure afflittive che ne sono l'espressione appartengono al novero delle potestà e dei diritti indisponibili, in merito ai quali è escluso che possano concludersi accordi transattivi con la parte privata destinataria degli interventi sanzionatori*”. Sulla stessa linea, v. Cons. Stato 10 dicembre 1998, n. 1747, in *Studium iuris*, 1999, 338.

La pretesa della controparte deve, poi, essere munita di causa: pena la responsabilità erariale per aver deliberato un accordo transattivo per debiti inesistenti, causando una spesa assolutamente priva di fondamento (49).

Così come, del resto, sussiste colpa grave quando la transazione con il privato scaturisce da un provvedimento amministrativo impugnato fuori termine (50).

Il negozio transattivo deve altresì essere adottato soltanto in presenza di interessi economici di diritto pubblico, costituendo, nel caso contrario, fonte per l'esperibilità dell'azione della procura contabile. La noncuranza e la trascuratezza mostrata dalla p.a. nella salvaguardia delle risorse finanziarie dell'ente si palesa con la formalizzazione di un atto transattivo adottato in assenza di logica e di motivi economici d'interesse pubblico (51).

Peraltro, è un dato oramai acclarato che, nonostante la decisione dell'amministrazione nella stipula del negozio conciliativo *de quo* non sia di per sé sindacabile nel merito, rientrando tale valutazione nella piena discrezionalità amministrativa, ciò non di meno, la transazione, oltre a dover essere congruamente motivata (52), non fa stato nel giudizio di responsabilità amministrativa, spettando al giudice contabile, a prescindere dagli accordi intervenuti, una autonoma valutazione attinente non solo all'*an debeatur*, ma anche al *quantum* da porre a carico del dipendente che ha generato il danno (53).

La Corte dei conti, infatti, se non può travalicare le competenze decisorie dell'amministrazione, può comunque apprezzare *ex ante* la compatibilità della scelta discrezionale della p.a. e gli interessi erariali (54), malgrado i pareri favorevoli alla stipula dell'accordo (55).

(49) Cfr. Corte conti, Sez. II giur. centr., 27 novembre 1997, n. 230, in questa *Rivista*, 1998, fasc. 2, 103. La pretesa, oltre che munita di causa, deve essere anche provata, altrimenti “*sussiste il danno erariale nell'ipotesi in cui sia stata stipulata una transazione mediante la quale il riconoscimento delle altrui pretese economiche sia effettuato in assenza della documentazione attestante l'attività rispetto alla quale sono state riconosciute le somme dedotte in transazione e senza un'adeguata valutazione della congruità delle somme riconosciute*” (cfr. anche Corte conti, Sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250).

(50) Cfr. Corte conti, Sez. centr., 2 aprile 1997, in questa *Rivista*, 1997, 71-72.

(51) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 16 aprile 2018, n. 92. Nel caso di specie il concessionario di alcuni spazi pubblici aveva omesso di versare, per alcuni anni, i canoni locatizi e concessori, nonostante gli atti di diffida e messa in mora notificati dall'ente. Il dirigente competente, anziché insistere per il pagamento dei canoni e per la liberazione dei locali, aveva sottoscritto una transazione, scomputando dall'intero importo dovuto a titolo di indennità di occupazione già maturata il valore delle opere di manutenzione e messa in sicurezza realizzate dal concessionario.

(52) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2011, n. 4083. Il giudice amministrativo ha espresso la “*necessità che la transazione sia preceduta da una congrua motivazione, nella quale siano esaminati e valutati i rischi connaturati a simile fattispecie, legati ad esempio alla prevedibile durata ed al prevedibile (o imprevedibile) esito di un contenzioso già pendente*”. In tema di una motivazione coerente e logica e di sindacabilità dell'azione amministrativa, v. M.S. Giannini, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, 1977; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987; F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011; F. Aperio Bella, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli, (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017; C. Deodato, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'Anac*, in <www.federalismi.it>, 25 gennaio 2017. Sulla proporzionalità dell'azione amministrativa, v. F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361.

(53) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Veneto, 31 luglio 2019, n. 132.

(54) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467.

(55) Deve essere distinto il parere per la stipulazione della transazione reso a favore delle amministrazioni statali, o comunque patrocinate dall'Avvocatura dello Stato, e quello reso a favore degli enti territoriali, i quali, senza una apposita delibera o regolamento non sono di per sé patrocinati dall'Avvocatura dello Stato (tranne le regioni a statuto speciale, che seguono le regole del patrocinio obbligatorio dell'avvocatura *de qua*). Nel primo caso, come ricorda il giudice contabile (cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 26/2008), “*per le amministrazioni centrali o comunque patrocinate dall'Avvocatura dello Stato, è prescritto un iter procedimentale articolato, con parere obbligatorio ma non vincolante dell'Avvocatura dello Stato e del Consiglio di Stato ex artt. 14 r.d. 2440/1923 e 13 r.d. 1611/1933*”. Nel secondo caso invece “*per gli enti territoriali non è previsto alcun particolare iter procedimentale e, salvo una diversa disciplina contenuta nei regolamenti di autonomia, l'organo dell'ente al quale è attribuito la competenza a stipulare il contratto ne è anche legittimato. Naturalmente l'ente può ricorrere in relazione alla questione da risolvere a parere facoltativi e, ove l'ente sia dotato di una propria avvocatura sarebbe opportuno che la stessa fosse investita della questione in analogia e negli stessi termini previsti dal citato art. 14 della legge di Contabilità di Stato*”. Ne consegue che per le transazioni concluse dagli enti territoriali con la propria avvocatura, può essere censurabile, se improntato a superficialità e negligenza, “*il comportamento di alcuni amministratori di un ente pubblico che hanno stipulato una transazione sulla base di un parere, generico ed apodittico, mentre sarebbe stata necessaria un'approfondita analisi, all'uopo chiedendo il parere di un organo a ciò deputato dall'ordinamento quale l'Avvocatura generale dello Stato*” (cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921). Si tenga tuttavia presente che il nuovo art. 69 del codice del processo contabile (d.lgs. n. 174/2016) al c. 2 prevede una valvola di sfogo al sistema di imputazione della procura contabile nel caso di parere rilasciato dalle sezioni di controllo della Corte dei conti o dal medesimo organo in via consultiva. Infatti “*il pubblico ministero dispone altresì l'archiviazione per assenza di colpa grave quando l'azione amministrativa si è conformata al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi*”.

Nonostante, dunque, l'insindacabilità nel merito della transazione (56), rientrano nel vaglio del giudice contabile quei contratti pattuiti secondo modalità abnormi e secondo ragioni totalmente scisse dalle logiche di mercato (57), anche qualora a stipularli sia stata una società *in house*, la cui struttura operativa impinge su modelli tipicamente privatistici (58).

Inoltre, la transazione non costituisce un elemento interruttivo del nesso causale fra un precedente comportamento illecito che abbia causato le pretese di soggetti terzi, oggetto di un bonario componimento, e il danno erariale conseguito per le finanze dell'amministrazione (59).

2.1.1. Segue: la transazione in sede di esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti

La parte VII del codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174) è dedicata all'esecuzione delle sentenze di condanna al risarcimento del danno erariale emesse dalla Corte dei conti.

Trattasi, come ha avuto modo di evidenziare parte della dottrina (60), di una procedura molto delicata che coinvolge anche le energie delle procure della Corte dei conti, le quali detengono il potere di iniziativa, nonché di vigilanza e di monitoraggio sulla corretta esecuzione del dispositivo giudiziale.

Gli artt. 213 ss. del codice, infatti, descrivono il rapporto osmotico che deve instaurarsi tra le procure contabili e le amministrazioni pubbliche, essendo queste ultime coloro che devono personalmente addivenire al recupero delle somme oggetto della sentenza di condanna.

La comunicazione tra le procure e gli enti danneggiati deve avvenire, allora, con sinergia, sì da realizzare il più celere recupero del credito erariale, tanto in via amministrativa (art. 215 c.g.c.), quanto mediante l'esecuzione forzata innanzi al giudice ordinario (art. 216 c.g.c.), nonché per mezzo dell'iscrizione a ruolo (art. 214, c. 5, lett. c).

Alcune delle problematiche connesse all'esecuzione, oltre a quelle inerenti al difetto di una proficua comunicazione nel binomio procura-amministrazione, possono attenersi anche all'eventuale incapienza del responsabile condannato dalla sentenza della Corte dei conti. In tale evenienza, è possibile riflettere sulla opportunità di concludere, anche *in executivis*, una transazione che consenta, almeno, il recupero parziale del credito.

Le critiche che contrastano con l'opinione favorevole alla transazione in sede di esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti riguardano principalmente due aspetti: il primo attiene al fatto che la transazione necessiti ontologicamente di una *res dubia* al fine di concludere un accordo di reciproche concessioni, mentre la sentenza di condanna ha per oggetto un credito certo, liquido ed esigibile; il secondo profilo, invece, riguarda il tema dell'indisponibilità del credito erariale.

La risposta a tali critiche è già stata in parte affrontata nei capitoli precedenti, ma conviene soffermarsi ancora sulla portata argomentativa delle tesi che sostengono l'intransigibilità del debito erariale.

Quanto al primo argomento, l'ermeneutica che considera la *res dubia* quale elemento costitutivo della transazione, in realtà, viene smentita proprio dalla relazione del Guardasigilli al codice civile del 1942, in cui si spiega come il presupposto dell'accordo transattivo sia in realtà solo l'esistenza di una lite.

Il par. 772 della relazione al codice civile spiega infatti come “*la dottrina di gran lunga dominante riteneva necessario il presupposto dell'incertezza; ma è sembrato praticamente più opportuno, allo scopo di impedire discussioni postume sull'efficacia delle transazioni e di mantenere fermo l'effetto, di grande rilievo dal punto di vista sociale, della*

(56) Cfr. Corte conti, Sez. III centr. app., 20 aprile 1999, in *Foro amm.*, 2000, 664, per cui in materia di canoni di concessione “*il sindacato del giudice contabile nel merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione è limitato alla compatibilità della scelta medesima con gli interessi dell'ente, alla congruità del mezzo prescelto con il fine dichiarato, alla verifica del contenimento della spesa nei limiti della capienza. Non è sindacabile da parte del giudice contabile la singola clausola di un atto di transazione allorché la scelta discrezionale di comporre un rapporto conflittuale tra amministrazione e privato si basa su rapporti di fatto e di diritto ed è ispirato a motivi razionali e logici*”. Sulla stessa linea si colloca Corte conti, Sez. centr. app., 17 luglio 2007, n. 204/A, per cui “*una transazione operata dall'amministrazione non inibisce al giudice contabile di pronunciarsi sul risarcimento, salva la possibilità di tener conto in sede esecutiva di quanto versato per rifondere il danno*”.

(57) Sull'illogicità della scelta transattiva, cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, 30 settembre 2013, n. 41. Il giudice trentino, pur non discutendo sulla “*astratta esperibilità del rimedio transattivo nelle controversie che vedano coinvolti enti pubblici*”, ha condannato gli amministratori di un comune, che avevano accettato la proposta transattiva di un dipendente in sede di collegio di conciliazione, nonostante fossero consapevoli della illegittimità e della non congruità dell'accordo.

(58) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Lombardia, 19 luglio 2019, n. 196. Questa interessante pronuncia prende le mosse da una transazione conclusa da una società *in house* in occasione dell'Expo del 2015. Sul punto, la sentenza afferma che “*un ente pubblico e una società in house non godono di un arbitrio transattivo, riconoscibile ad un privato, ma devono pur sempre avere come parametro l'equilibrio di bilancio che impone una attenta e oculata valutazione delle poste in transazione*”.

(59) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Puglia, 5 giugno 2003, n. 490.

(60) M. De Paolis, *L'esecuzione delle sentenze di condanna al risarcimento del danno erariale*, in *Azienditalia*, 2020, fasc. 1, 137. L'A. definisce l'esecuzione “*un complesso di attività dirette a realizzare il comando così come formulato nel provvedimento giurisdizionale emesso dal giudice a seguito delle risultanze processuali e in relazione al singolo caso concreto oggetto di causa*”. In tema di esecuzione, v. anche M. Sciascia, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, Giuffrè, 2018, 925 ss.

composizione convenzionale della lite, considerare presupposto necessario e sufficiente della transazione solo l'esistenza della lite, qualunque sia il grado di incertezza in cui possono versare le parti transigenti" (61).

Più che una transazione su una *res dubia* si tratta, in questo caso, della stipulazione di un *pactum quo minus solvatur* tra amministrazione e debitore incapiente, cioè un negozio atipico mediante il quale il creditore, al fine di ottenere un incameramento, seppur parziale, del debito erariale cristallizzato in un titolo giudiziale incontestato, e pertanto non dubbio, conviene con il debitore la riduzione degli importi oggetto del titolo (62).

Il secondo argomento che si contrappone alla transazione si concentra, invece, sulla indisponibilità del debito erariale, valorizzando il fatto che, comunque, il codice di giustizia contabile già prevede degli strumenti premiali per il debitore in sede di esecuzione della sentenza, come la possibilità di concludere un piano di rateizzazione (art. 215 c.g.c.).

Anche tali deduzioni, se si fondano su mere petizioni di principio, possono essere superate inquadrando il dibattito su un piano sistematico, ma comunque funzionale a tutelare l'amministrazione nel recupero delle somme liquidate a titolo di danno erariale.

Le poste di danno su cui la sentenza della Corte dei conti statuisce, seppur caratterizzate da una natura pubblicistica, in conseguenza della commissione di un fatto doloso o gravemente colposo, appartengono alla sfera risarcitoria dell'amministrazione e hanno, dunque, una funzione riparatorio-compensativa. Non si tratta, allora, di un credito tributario o scaturente dall'applicazione di disposizioni sanzionatorie, per cui si potrebbe, in astratto, porre un conflitto con il principio di indisponibilità, in quanto emolumenti connessi allo *ius imperii* esercitato dallo Stato.

Peraltro, proprio in tema di credito tributario, e nell'ottica di avallare la prassi della transazione anche in sede di esecuzione delle sentenze di condanna, il principio di indisponibilità dei crediti che appartengono allo Stato trova una smentita nella valorizzazione della disciplina della transazione fiscale riportata anche nel nuovo codice della crisi di impresa (art. 182-ter l. fall. e artt. 63 e 88 nuovo codice della crisi) (63).

Conviene allora ripensare, come già in passato ha sostenuto autorevole dottrina, al dogma dell'indisponibilità degli interessi oggetto della tutela giudiziaria contabile e alla necessità di giungere all'integrale soddisfazione del credito delle pubbliche amministrazioni (64).

Ulteriore considerazione favorevole alla transazione durante l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti si può evincere anche dal dettato normativo attraverso cui sono formulati alcuni commi dell'art. 214 del codice di giustizia contabile. Il terzo comma, ad esempio, dispone che l'amministrazione o l'ente titolare del credito erariale ha l'obbligo di avviare immediatamente l'azione di recupero del credito ed effettuare la "*scelta attuativa ritenuta più proficua, in ragione dell'entità del credito, della situazione patrimoniale del debitore e di ogni altro elemento o circostanza a tale fine rilevante*". Il testo di legge, dunque, sembra lasciare spazio alla discrezionalità amministrativa attraverso cui la p.a. può condurre l'azione di recupero, prediligendo, tenuto conto del caso concreto, anche lo strumento transattivo.

Ad adiuvandum, poi, sovviene il comma sesto del medesimo articolo, per cui il pubblico ministero può indirizzare all'amministrazione, anche a richiesta di quest'ultima, apposite istruzioni circa il tempestivo e corretto svolgimento dell'azione di recupero, tanto in fase amministrativa, quanto in fase giurisdizionale.

Ebbene, il confronto tra procure contabili e amministrazioni danneggiate potrebbe anche risolversi, vagliati attentamente i presupposti del caso concreto, nella scelta di procedure transattive proprio al fine di perseguire il tempestivo e il corretto svolgimento dell'azione di recupero.

(61) Prosegue la relazione affermando che uno dei limiti alla transazione rimane la temerarietà "*alla quale de iure condito dottrina e giurisprudenza erano concorsi nel negare validità, e alla quale non si può usare un trattamento diverso senza distruggere quel minimo etico che è condizione di vita di ogni sano ordinamento giuridico*". Sul tema, *funditus*, T. Galletto, *op. cit.*

(62) In questo senso, M. Guzzo, *La transazione fiscale: excursus fra novità legislative, indisponibilità del credito tributario e strumenti di tutela concessi*, in *Riv. dir. ec., trasp. e amb.*, 2019, fasc. 17, spec. 284 ss. Sul *pactum quo minus solvatur*, v. anche A. Guarino, *Pactum quo minus solvatur*, in *Aa.Vv., Studii in memoria di Bernardino Scorza*, Roma, Foro italiano, 1940.

(63) Sul tema, v. L. Mandrioli, *La transazione fiscale*, in S. Bonfatti, L. Panzani (a cura di), *La riforma organica delle procedure concorsuali*, Milano, Ipsoa, 2008; M.T. Moscatelli, *Moduli consensuali e istituti negoziali nell'attuazione della norma tributaria*, Milano, Giuffrè, 2007, 403 ss. Si osservi anche la circ. n. 34 del 29 dicembre 2020 dell'Agenzia delle entrate, per cui l'istituto della transazione "*è apparso del tutto innovativo nell'ordinamento tributario, poiché ha permesso un parziale superamento del principio di indisponibilità del credito erariale, in ragione della necessità di tutelare altri interessi di pari rilievo costituzionale*".

(64) Così S. Auriemma, *Definizione del giudizio di appello su richiesta della parte. Art. 1, commi 231-233, legge 266/2005: problematiche teorico-pratiche*, in *Atti del seminario di aggiornamento sul tema "Recenti interventi legislativi sul giudizio di responsabilità"*, Roma, 29-31 marzo 2006. L'A. prosegue affermando che sia necessario rifuggire da queste presunzioni per due motivi: «1) nell'ordinamento giuridico generale sono state, da tempo, introdotte ed esistono varie forme o istituti comunemente definiti di "giustizia negoziata" (es. patteggiamento penale, conciliazione giudiziale tributaria). Detti istituti hanno attraversato indenni, più volte, scrutini di costituzionalità, nonostante anch'essi coinvolgano interessi pubblici non disponibili e costituzionalmente protetti, come l'interesse punitivo dello Stato ed il credito d'imposta dell'erario; 2) nel più ristretto ordinamento giuscontabile, da un lato l'esistenza del potere riduttivo (esercitato talvolta in maniera intensa o addirittura irrazionale, persino in appello e, quindi, con assoluta impossibilità di un'ulteriore revisio tramite cui far valere l'irragionevolezza), dall'altro la grave e seria situazione degli scarsissimi recuperi in sede esecutiva, rappresentano due circostanze di forte e innegabile risalto, che dovrebbero consigliare più realistiche e meno enfatiche riflessioni sul carattere pienamente soddisfacitivo della tutela contabile».

2.2. Una transazione ragionevole

A fronte di quanto esposto discende che, quantunque la risoluzione bonaria del conflitto tra privato e pubblica amministrazione sia, in certe occasioni, ostacolata da interpretazioni restrittive in merito all'oggetto contenuto nelle reciproche concessioni, la transazione può comunque essere funzionale per gli interessi perorati in concreto dai singoli paciscenti.

È possibile, anzitutto, interrogarsi su quale sia il presupposto che, in astratto, giustifichi la prosecuzione di un contenzioso fino alla naturale conclusione, piuttosto che il raggiungimento di un accordo transattivo e definitorio della controversia prima della pronuncia giudiziale.

Come ricordano le sezioni di controllo della Corte dei conti (65), *“uno degli elementi che l'ente deve considerare è la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio”*. Tale incertezza non deve essere intesa in senso assoluto, bensì relativo, e deve essere valutata in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e alla presenza di eventuali orientamenti giurisprudenziali.

La scelta se proseguire il giudizio o se addivenire ad una transazione (66) costituisce l'estremo opposto della eventualità che l'amministrazione aneli a tutti i costi ad una pronuncia giudiziale e rischi, di conseguenza, di adottare un comportamento processuale di resistenza temeraria. L'abuso del processo è stato stigmatizzato più volte dalla procura contabile, la quale potrebbe ravvisare in siffatta condotta il presupposto per l'insorgenza del danno erariale. E infatti, anche la scelta dell'amministrazione, in sé insindacabile, di non addivenire ad una transazione, ma di resistere ostinatamente e *sine causa* nel processo *“non può essere spinta fino al punto da costituire un'area entro la quale ogni atto o fatto di amministrazione attiva possa essere sottratto al sindacato giurisdizionale”* (67).

Non sarebbe poi condivisibile l'assunto per il quale una transazione senza reciproche concessioni, e dunque con il sacrificio della sola amministrazione, sia sempre inammissibile (68). In assenza della sinallagmaticità della prestazione il negozio risulta una remissione parziale del debito di cui all'art. 1236 c.c. e, nonostante gli amministratori pubblici non possano rinunciare ai propri crediti, il problema potrebbe porsi nel caso in cui il debitore sia del tutto incapiente. Tale situazione dà origine a ulteriori costi per il recupero delle somme da ripetere, senza tuttavia apportare, in potenza, un effettivo introito del *quantum debeatur*.

Si deve considerare come la volontà dell'amministrazione di addivenire alla transazione non deve contrastare *“con le finalità proprie dell'amministrazione, né con i principi di razionalità, logicità ed economicità”* (69). L'individuazione dell'interesse pubblico concreto deve compiersi dunque secondo criteri di ragionevolezza, dal momento che la

(65) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 26/2008, cit.

(66) *Ibidem*, ricorda infatti la stessa Corte che *“la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali è sottratta al sindacato giurisdizionale, anche di responsabilità (art. 1, co. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20). In sostanza, il vaglio delle scelte di merito degli amministratori non è consentito, se non limitatamente alla rispondenza delle stesse a criteri di razionalità e congruità rilevabili dalla comune esperienza amministrativa al fine di stabilire se la scelta risponda ai criteri di prudente apprezzamento ai quali deve ispirarsi sempre l'azione amministrativa”*.

(67) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 21 febbraio 2006, n. 249, in merito alla valutazione della condotta di amministratori pubblici che hanno deciso di resistere ad un'azione legale avviata contro il comune da essi rappresentato o persistere in una lite giudiziale mediante il ricorso ai successivi gradi della giurisdizione. Ritiene il collegio che *“la scelta di insistere in una vertenza giudiziaria non costituisce certo l'oggetto di un atto vincolato a cui gli amministratori non possono sottrarsi e, conseguentemente, è certo che la costituzione in giudizio di un ente locale esprima un atto di amministrazione attiva che, al pari degli altri, senz'altro impone una attenta, quanto prudente ponderazione degli interessi in gioco al solo fine di prevedere le possibili conseguenze in termini di vantaggi e di svantaggi patrimoniali per il comune. Sotto questo profilo non v'è dubbio che la condotta degli amministratori sia suscettibile di una verifica da parte del giudice contabile onde appurare, a fronte di un danno erariale derivante dalla soccombenza in giudizio del comune, se il preminente valore costituito dall'integrità patrimoniale dell'ente sia stato tenuto nella dovuta considerazione dagli amministratori nel momento in cui hanno deciso di costituire l'ente in giudizio”*. Per approfondire, v. anche V. Tenore, *Liti temerarie dell'amministrazione finanziaria, danno erariale e responsabilità dei funzionari dell'amministrazione*, in *Rass. trib.*, 1998, 1048.

(68) In questo senso, v. M. Russo, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati: il presupposto essenziale del pubblico interesse, l'intervento della Corte dei conti, le difficoltà dei tardivi rimedi* (Nota a sentenza Corte conti AB, sez. giur., 28 giugno 2007, n. 598), in *Pqm*, 2007, 158. Autorevole contributo sulla rinunciabilità del potere amministrativo è di L. Raggi, *Contributo alla dottrina delle rinunce nel diritto pubblico*, Roma, Athenaeum, 1914, 84 ss. L'A. critica l'impostazione dottrinale sulla irrinunciabilità dei diritti pubblici da parte dello Stato in quanto conferiti al fine di tutelare l'interesse pubblico collettivo *“perché allora sembrerebbe coerente che lo Stato possa rinunciare quando la rinuncia agli stessi diritti si ravvisasse più consona alla soddisfazione degli interessi collettivi”*.

(69) Cfr. Corte conti, Sez. II centr. app., 20 marzo 2006, n. 127. Nello stesso senso, cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 65/2020, secondo cui *«come più volte evidenziato dalla magistratura contabile, difatti, la scelta di un ente pubblico di addivenire ad una transazione deve essere riconducibile ai canoni di razionalità, convenienza, logica e correttezza gestionale, avendo sempre riguardo ad una imprescindibile valutazione della “cura concreta di interessi pubblici”. [...] sarà, dunque, foriera di potenziale responsabilità erariale una transazione che abbia ad oggetto, a titolo esemplificativo, una pretesa, nei confronti di una pubblica amministrazione, manifestamente infondata, oppure una transazione riguardante un credito prescritto o, ancora, una transazione caratterizzata da condizioni manifestamente svantaggiose per l'amministrazione»*. Per approfondire, v. anche M. De Paolis, *Responsabilità per transazione nell'attività della PA*, in *Azienditalia*, 2015, fasc. 5, 427. L'A., nell'incipit del suo lavoro, spiega come *“la transazione rappresenta lo strumento negoziale attraverso cui la p.a., al pari dei soggetti privati (persone fisiche e giuridiche), pone fine o previene costose liti in sede giudiziaria tutelando l'interesse pubblico e salvaguardando al contempo l'erario a condizione che vengano rispettati i canoni della razionalità, della logica, della convenienza e della correttezza gestionale”*.

scelta della p.a. deve essere logicamente aderente alle premesse costituite sulla base della fattispecie concreta plasmata dal potere amministrativo.

Anche nell'ambito del processo esecutivo, il giudice contabile ha talvolta escluso la sussistenza del danno erariale, allorché il ricorso all'istituto risultasse programmato al fine di evitare maggiori esborsi da parte dell'amministrazione, consistenti nel pagamento delle spese di giustizia, degli interessi legali e della rivalutazione monetaria (70).

Nella conclusione di reciproche concessioni su una controversia complessa o qualificata da somme importanti, peraltro, è ragionevole una transazione qualora si siano ponderati in maniera approfondita gli interessi in gioco e si siano raccolti i pareri dei revisori dei conti e dell'avvocatura interna all'amministrazione anche prima di rifiutare la transazione (71).

In conformità agli indirizzi più recenti tesi a valorizzare una transazione ragionevole, il giudice contabile ammette ulteriormente che *«pur costituendo la transazione uno strumento che si presta ad abusi, la giurisprudenza della Corte dei conti è ormai consolidata nel ritenere pienamente ammissibile il ricorso a tale strumento, ove risulti conveniente per l'amministrazione, anche in riferimento a fattispecie rispetto alle quali non sia legislativamente previsto il tentativo obbligatorio di mediazione»* (72).

Ciò nondimeno, *“occorre la massima prudenza da parte dell'ente, nonché una dettagliata motivazione che dia conto del percorso logico seguito per giungere alla definizione transattiva della controversia, anche sulla base di un giudizio prognostico circa l'esito del contenzioso”* (73).

La ratio degli orientamenti soprarichiamati ha quale *Grundnorm* il principio del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.: l'attività della p.a. è infatti sempre *“finalizzata alla cura concreta di interessi pubblici e quindi alla migliore cura dell'interesse intestato all'ente”* (74). Per tali motivi la stipulazione di negozi giuridici, come la transazione, non può comunque condizionare *“l'esercizio del potere dell'amministrazione pubblica sia rispetto alla miglior cura dell'interesse concreto della comunità amministrata, sia rispetto alla tutela delle posizioni soggettive di terzi, secondo il principio di imparzialità dell'azione amministrativa”* (75).

In definitiva, il modello transattivo, dentro gli schemi sinora evidenziati, non può che realizzare un fenomeno di *“pace sociale”* (76) e di contenimento della spesa pubblica. L'incontro delle opposte posizioni a cui l'amministrazione acconsente costituisce un vero e proprio doveroso *“autolimita”* (77) dell'esercizio del potere amministrativo. Questa demarcazione può avere un contenuto proteiforme sino ad abbracciare opzioni di rinuncia all'esercizio dell'azione giurisdizionale (78).

2.3. Transazione e mediazione

Lo spirito con cui il legislatore europeo ha emanato la direttiva 2008/52/Ce, primo passo per l'adozione del d.lgs. n. 28/2010, è stato quello di garantire un miglior accesso alla giustizia e di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione. Una delle finalità che ha determinato l'emissione di una disciplina unitaria della mediazione in ambito europeo è stata, giustappunto, quella di una maggiore celerità nella definizione delle controversie. Ciò rinvia il suo fondamento dall'enunciazione del considerando n. 6 della stessa direttiva, per cui *“la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti”*.

Nelle fonti normative soprarichiamate non emergono disposizioni che escludono la pubblica amministrazione dall'ambito di applicazione della disciplina introdotta. Ergo, la materia della mediazione può essere estesa anche al settore pubblico.

Ciò ha portato il Dipartimento della funzione pubblica all'emanazione di linee guida per l'omogenea attuazione del d.lgs. n. 28/2010 anche alle pubbliche amministrazioni. Con la circolare n. 9/2012, avente ad oggetto *“Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali”*, il suddetto dipartimento ha consigliato

(70) Cfr. Corte conti, Sez. II centr. app., 21 luglio 1997, n. 154. La fattispecie riguardava un comune che era pervenuto ad una transazione con un'impresa riconoscendogli il debito relativo a lavori eseguiti senza la prescritta copertura finanziaria in cambio della rinuncia a proseguire una lite giudiziaria, a seguito della quale l'impresa aveva già ottenuto un decreto ingiuntivo dal giudice civile che intimava all'amministrazione di pagare l'intera somma per la prestazione già effettuata.

(71) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 30 gennaio 2018, n. 27, in questa *Rivista*, 2018, fasc. 1-2, 154, con nota di richiami.

(72) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Emilia-Romagna, 26 aprile 2017, n. 75, *ivi*, 2017, fasc. 1-2, 175, con nota di richiami.

(73) *Ibidem*.

(74) Cfr. Corte conti, Sez. contr. reg. Lombardia, n. 108/2018.

(75) *Ibidem*.

(76) In questo senso, v. G. Greco, *op. cit.*, 259.

(77) M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche*, cit., 205. Precisa l'A.: *“si tratta cioè di una scelta solo istituzionalmente dovuta, che l'amministrazione persegue (auto)imponendosi una riduzione delle proprie facoltà. Si tratta, in definitiva, di una scelta autolimitativa effettuata alla luce di un criterio di doverosità”*.

(78) *Ibidem*. L'A. ritiene di poter ammettere che la pubblica amministrazione possa vincolarsi in anticipo alla devoluzione, in una sede alternativa di conciliazione, della risoluzione delle controversie *“rientranti nell'ambito dei parametri precedentemente fissati”*.

all'amministrazione di procedere alla valutazione in concreto sulla convenienza a partecipare al procedimento di mediazione provvedendo, ove non intenda intervenire, a formalizzare la propria scelta del tutto discrezionale comunicandola all'organismo di mediazione (79). Il Dipartimento della funzione pubblica, poi, ritiene che nell'ambito della procedura di mediazione l'amministrazione formuli motivata richiesta di parere all'Avvocatura dello Stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia e, considerando il particolare rilievo della stessa, la materia che ne costituisce l'oggetto e gli effetti, in termini finanziari, che ne potrebbero conseguire, anche in riferimento alle controversie ulteriori che potrebbero derivare.

Da un punto di vista funzionale, si sottolinea come la mediazione può valorizzare e migliorare la qualità dell'azione amministrativa, elevando gli standard di democraticità dei procedimenti e rafforzando la tutela del cittadino e degli interessi pubblici (80).

Con la mediazione ne uscirebbe rafforzato anche il procedimento amministrativo in sé poiché il parallelismo tra queste due procedure è in grado di produrre conseguenze positive sia in chiave collaborativa, sia in chiave difensiva (81), così che l'amministrazione possa perfezionare la propria acquisizione di interessi.

Anche i riflessi che possono derivare in punto di responsabilità erariale della p.a., che non abbia saputo o voluto intravedere la via di soluzione in una certa vicenda, in astratto, è un falso problema, risolvendosi in una maggior consapevolezza amministrativa che si attua nel confronto (82).

Proprio con riferimento al rapporto tra danno erariale e mediazione, la giurisprudenza del giudice contabile caldeggia questo strumento di risoluzione alternativa delle controversie quando sia necessario addivenire ad una rapida conclusione della lite, sia per evitare i maggiori costi relativi al contenzioso civile (spese legali e consulenze tecniche), sia per rimediare al notevole danno di immagine subito a causa del clamore mediatico suscitato. Sarebbe poi irrilevante la circostanza che la mediazione sia stata attivata pur non essendo obbligatoria giacché non appare censurabile, né frutto di scriteriatezza, la scelta dell'amministrazione di giungere ad una soluzione transattiva (83).

Peraltro, viste le opportunità che si creano attraverso l'istituzione di un confronto più ravvicinato con il cittadino in mediazione, non può sempre considerarsi come valida la decisione aprioristica dell'ente pubblico di non partecipare alla mediazione, ciò non potendo essere giustificato dal timore di incorrere nel danno erariale in caso di conciliazione (84).

Per converso, la mancata partecipazione al primo incontro di mediazione può esporre l'ente alle conseguenze della responsabilità erariale soprattutto nel caso di mediazione demandata di cui al c. 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 o di rifiuto immotivato dell'accordo conciliativo di cui all'art. 185-bis c.p.c. (85).

(79) Secondo l'orientamento tralazizio della giurisprudenza fiorentina, invece, «ai fini della condizione di procedibilità, già nel corso del primo incontro, superata e conclusa la fase dedicata all'informativa delle parti, si de[ve] procedere ad effettiva mediazione avendo difatti il primo incontro di mediazione natura essenzialmente "bifasica", la prima informativa, sulle modalità e funzioni della mediazione, e la seconda di mediazione effettiva» (ex multis, Trib. Firenze 8 maggio 2019). Ciò significa che le parti devono aver avviato concretamente, e nel merito, il dialogo di fronte al mediatore, senza aver interrotto la procedura al primo incontro informativo. In argomento, v. anche P. Lucarelli, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in <www.judicium.it>, 5 maggio 2014; Id., *La sentenza della Corte di cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*, *ibidem*, 1 aprile 2019.

(80) In questo senso, B. Raganelli, *op. cit.*, 268. Secondo L'A. «anche la mediazione può svolgere una dinamica funzione transattiva e svolgersi con efficacia. A sua volta la transazione può trarre beneficio dalla mediazione, quale soluzione proposta e avallata dal mediatore, anziché esclusivamente frutto delle trattative isolate tra la pubblica amministrazione e il privato, esposte a vari rischi, primo fra tutti quello di corruzione».

(81) Così F. Cintioli, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, spec. 979 ss. Per quanto attiene all'approccio collaborativo «la guida di un procedimento conciliativo svolto da un terzo che sappia, con la dovuta autorevolezza, esplorare i confini del conflitto e soppesarne i possibili esiti ben può aiutare [...] alla scoperta dell'interesse pubblico concreto». Dal punto di vista difensivo, invece, «la puntualizzazione che proviene dal mediatore potrà essere valorizzata anche dal cittadino nei confronti dell'amministrazione procedente [...]. Potrebbe il cittadino trarre vantaggio dal fatto che l'analisi compiuta dal mediatore abbia finito per svelare un concreto profilo di irragionevolezza, non proporzionalità del potere». In questo caso, secondo l'A., non si porrebbero nemmeno questioni problematiche in merito alla riservatezza in quanto è necessario bilanciare questo obbligo con l'esigenza di riequilibrio delle posizioni della p.a. e del cittadino.

(82) F. Cintioli, *op. cit.*, 980.

(83) Cfr. Corte conti, Sez. giur. reg. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719, in cui si precisa come «il collegio tenuto conto che il risarcimento dei danni patrimoniali e morali agli eredi di un congiunto deceduto è frutto di stratificazioni giurisprudenziali, nonché di un giudizio prognostico circa l'esito di un lungo contenzioso civile che avrebbe comportato aggravio di costi per spese legali, consulenze tecniche, oneri accessori, ritiene congruo l'importo liquidato a seguito della stipula della transazione, non ritenendolo frutto di scelte incongrue o contra legem».

(84) Cfr. Trib. Roma, Sez. XIII, ord. 2 marzo 2020.

(85) Sul tema, Trib. Roma ord. 22 giugno 2015, per cui «l'eventuale deprecata scelta di una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata dell'amministrazione pubblica potrebbe esporre a danno erariale sotto il profilo delle conseguenze del mancato accordo sulla proposta del giudice e/o dell'invio in mediazione comparativamente valutato rispetto al contenuto della sentenza. Conseguenze che, in relazione alle circostanze del caso concreto, sarebbe doveroso segnalare agli organi competenti (Corte dei conti)». Sull'invio alla procura della Corte dei conti per possibile danno erariale per violazione dell'ordine di comparire in mediazione, v. Trib. Roma ord. 25 maggio 2020, in cui si prende atto «della condotta volontariamente deresponsabilizzata e agnostica dell'ente territoriale nei

La risoluzione alternativa delle controversie consente viepiù di sviluppare la cultura dell'incontro tra interessi pubblici e privati. L'attivazione di una comunicazione efficace fra la pubblica amministrazione e il cittadino nella gestione del conflitto, anche attraverso l'utilizzo da parte del giudice della mediazione demandata, ha l'effetto di conquistare la fiducia del secondo nei confronti della prima grazie all'ascolto ricevuto e alla gestione in comune dei problemi (86).

Ulteriore criterio per convincere il giudice a scegliere la strada della mediazione demandata attiene anche al rapporto di fiducia tra le parti, nel caso in cui il conflitto si instauri tra privato e pubblica amministrazione, nell'ottica del principio di buon andamento.

La sede stragiudiziale della risoluzione del conflitto può consentire all'amministrazione di instaurare un dialogo più ravvicinato con il privato, in funzione del principio di solidarietà del pubblico agire, e di beneficiare, in potenza, di un notevole risparmio di cassa in ordine al maggior costo che fisiologicamente importa la prosecuzione del giudizio.

3. Conclusioni: la facilitazione del conflitto di fronte alla “umanizzazione” dei principi contabili e al bilancio sociale

Le osservazioni in merito all'opportunità che la pubblica amministrazione adotti modelli di risoluzione alternativa delle controversie nei casi in cui non sia necessaria la prosecuzione di un conflitto, valutando attentamente le conseguenze antieconomiche che una condotta contraria possa occorrere, suggerisce una visione individualizzante dell'amministrazione, come una specie di persona capace, al pari dell'uomo, di agire, di essere titolare di diritti e doveri, di manifestare una sua volontà.

Tale antropomorfismo, che si accompagna al processo di rinnovamento della pubblica amministrazione in un senso manageriale e aziendalistico (87) e all'estensione dei principi privatistici anche al soggetto pubblico, si ritrova, invero, anche in materia di contabilità pubblica.

Recentemente la dottrina (88), rileggendo con particolare attenzione alcune pronunce del giudice costituzionale, parla di “umanizzazione” dei principi contabili: la materia finanziaria è “viva” (89) e non ha per oggetto algebrici dati contabili, ma diritti dei cittadini da correlare al perseguimento dell'interesse pubblico (90).

Il bilancio è infatti un “bene pubblico” (91) a cui si devono accompagnare scritture contabili che diano conto dei risultati da raggiungere.

Nonostante dal 2012, a seguito del *Fiscal compact*, si sia voluto rafforzare il meccanismo di sorveglianza del bilancio dello Stato e di *spending review*, imponendo dei vincoli ancor più stringenti ai singoli Stati anche al fine di prevenire

confronti dell'ordinanza del giudice che aveva disposto insieme ad una proposta ex art. 185-bis c.p.c. un percorso di mediazione demandata ai sensi dell'art. 5 co. 2 d.lgs. 28/2010 e della conseguente mancata ingiustificata partecipazione di Roma Capitale al procedimento di mediazione demandata” e si ritiene “la possibile sussistenza di un danno erariale causato sia sotto il profilo del maggior esborso dovuto da Roma Capitale conseguente alla sentenza di condanna rispetto sia alla conciliazione che alla proposta che la propiziava; e sia in relazione alle somme da pagare in dipendenza della condanna ex art. 96, co. 3, c.p.c. ed al contributo unificato, direttamente ed esclusivamente dipendenti da tale censurata condotta deresponsabilizzata”.

(86) Uno strumento teso alla gestione del conflitto tra cittadino e pubblica amministrazione ha preso l'abbrivio grazie all'attivazione da parte del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Firenze e il Laboratorio “Un altro modo” del progetto “Giustizia semplice”. Quest'ultimo, avviato nel Tribunale civile di Firenze già dal mese di febbraio 2018 nell'ambito della terza sezione e sezione imprese, ha inizio nel mese di giugno 2019 con riferimento alla seconda sezione civile. La suddetta sezione tratta in particolare sia materie in cui il tentativo di mediazione è previsto in via obbligatoria dalla legge (controversie in materia di condominio, diritti reali, procedure di convalida di sfratto a seguito del mutamento del rito ai sensi dell'art. 420 c.p.c., ecc.), sia materie attinenti alla più ampia categoria della responsabilità extracontrattuale e della responsabilità medica. Progetto vincitore del premio Forum PA 2019 per la categoria “Giustizia, trasparenza, partenariati”, Giustizia semplice è finalizzato alla implementazione delle procedure di invio in mediazione delle parti in lite, in conformità a quanto previsto dalla disciplina vigente e in applicazione dei principi di qualità, efficacia ed efficienza delle procedure. Per approfondire, v. P. Lucarelli (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, Torino, Utet, 2019.

(87) Sullo sviluppo di un sistema manageriale e aziendalistico della p.a., v. in particolare M. Meneguzzo, *Managerialità, Innovazione e Governance. La pubblica amministrazione verso il 2000*, Roma, Aracne, 1999; E. Borgonovi, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, Milano, Egea, 2002; G. Valotti, *La riforma delle autonomie locali: dal sistema all'azienda*, Milano, Egea, 2001.

(88) M. Bergo, *Coordinamento della finanza pubblica e autonomia territoriale. tra armonizzazione e accountability*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 195 ss.; Id., *Democrazia e principi contabili: una lettura (critica) del progetto Epsas per un dialogo costruttivo fra istituzioni*, in <www.federalismi.it>, 3 luglio 2019; F. Sucameli, “Patto di stabilità”, *principi costituzionali ed attuazione politica: la legge di bilancio 2019 e l'art. 9 della l. n. 243/2012 attraverso il prisma della giurisprudenza del Giudice delle leggi*, *ibidem*, 31 luglio 2019, spec. 38.

(89) Cfr. Corte cost. 11 ottobre 2017, n. 247, per cui «la materia finanziaria è “viva” e sottoposta a una notevole quantità di variabili che non consentono, se non casualmente, il raggiungimento e il mantenimento di una situazione stabile e definitiva».

(90) Così indicato anche nel Giudizio di parifica sul rendiconto generale della regione Toscana per l'esercizio finanziario 2019, Requisitoria del Procuratore regionale Acheropita Mondera, udienza del 24 luglio 2020: “Al centro dell'attività svolta da ogni ente pubblico, dallo Stato fino al più piccolo comune, c'è il bilancio, che la Corte costituzionale ha qualificato come bene pubblico. L'amministrazione di una collettività dipende sostanzialmente da come vengono gestite le pubbliche risorse e, pertanto, il giudizio di parificazione non ha ad oggetto freddi dati contabili, ma i diritti dei cittadini, strettamente collegati alle scelte finanziarie dell'ente”.

(91) Cfr. Corte cost. 21 giugno 2016, n. 184: «occorre ricordare che il bilancio è un “bene pubblico” nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale, sia in ordine all'acquisizione delle entrate, sia alla individuazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche, onere inderogabile per chi è chiamato ad amministrare una determinata collettività ed a sottoporsi al giudizio finale afferente al confronto tra il programmato ed il realizzato».

gravi crisi come quella che investirono il mercato finanziario nel 2008 (92), la Consulta ha stabilito che le misure statali di coordinamento della finanza pubblica tra gli enti territoriali e locali non possono avere come unico obiettivo il contenimento della spesa pubblica, ma anche quello di indirizzarla verso un maggior efficientamento del sistema (93) e di ridurla allorquando risulti improduttiva (94).

Dalla concezione di bilancio come bene pubblico e dalle finalità perseguite per il coordinamento della finanza pubblica, si può avallare, *mutatis mutandis*, quel modello di risoluzione alternativa delle controversie che fonda la propria *ratio* proprio sulla riduzione di sprechi nel maneggio di risorse pubbliche. La funzione sociale del bilancio e il riorientamento della spesa pubblica per una complessiva efficienza del sistema appartengono alla stessa logica del negozio transattivo, il cui scopo è anche quello di gestire una lite dispendiosa sia dal punto di vista economico, sia sotto un profilo prettamente umano.

Il rendiconto della pubblica amministrazione non è, dunque, soltanto un insieme di numeri apatici, da considerare singolarmente, bensì un aggregato rappresentato anche dal punto di vista “*morale*” (95) e collegato ai profili sociali dell’amministrazione locale.

Su questa scia, è apprezzabile l’utilizzo del bilancio sociale da parte degli amministratori pubblici, quale strumento per la valutazione dell’impatto delle politiche erariali (96).

Il bilancio sociale è definibile come il documento, da realizzare con cadenza periodica, nel quale l’amministrazione riferisce, a beneficio di tutti i suoi interlocutori privati e pubblici, le scelte operate, le attività svolte e i servizi resi, dando conto delle risorse a tal fine utilizzate, descrivendo i suoi processi decisionali ed operativi (97). Si tratta di un bilancio volontario che consente all’amministrazione di descrivere l’impatto delle sue azioni in un determinato ambito territoriale e verso una circoscritta collettività. Questo genera un potente mezzo di comunicazione che favorisce sia la trasparenza dell’azione amministrativa, sia la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica e ha lo scopo di elaborare una valutazione sulla gestione delle risorse pubbliche in termini di monitoraggio dell’efficacia e dell’efficienza dell’*agere* pubblico (98).

(92) Per maggiori approfondimenti sul tema dell’evoluzione della gestione finanziaria dello Stato, v. M. Fratini, *Compendio sistematico di contabilità pubblica*, cit., 47; G.F. Ferrari, E. Madeo (a cura di), *Manuale di contabilità pubblica*, Milano, Giuffrè, 2019, 41 ss.

(93) Cfr. Corte cost. 1 dicembre 2015, n. 272: «la materia del “coordinamento della finanza pubblica”, infatti, non può essere limitata alle norme aventi lo scopo di limitare la spesa, ma comprende anche quelle aventi la funzione di “riorientare” la spesa pubblica (come nel caso dell’art. 41, comma 2, del d.l. n. 66 del 2014), per una complessiva maggiore efficienza del sistema».

(94) Cfr. Corte cost. 20 giugno 2017, n. 192: «la pertinenza del “coordinamento della finanza pubblica” non è esclusa dal rilievo che il meccanismo complessivamente delineato dalle norme in questione ha come obiettivo principale non tanto il contenimento della spesa di per sé, ma piuttosto l’incremento della sua efficienza, definita e valutata secondo parametri uniformi, con riguardo alle singole strutture. Infatti, la materia del “coordinamento della finanza pubblica” non è limitata alle norme aventi lo scopo di limitare la spesa pubblica, ma comprende anche quelle aventi la funzione di orientarla verso una complessiva maggiore efficienza».

(95) In tema di rendiconto morale, v. A. Carosi, *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Capalbo (a cura di), *Il controllo di legittimità-regolarità della Corte dei conti* (Atti del Convegno, Università degli Studi di Napoli Parthenope), Napoli, Edizioni scientifiche, 2018. Secondo l’A., «il problema più sentito a livello politico, normativo e giurisprudenziale è oggi quello di rendere “giuridici” i parametri numerici dei bilanci [...] Ciò sia con riguardo al buon andamento individuale dei conti delle amministrazioni pubbliche (art. 97, primo comma, primo periodo, Cost.) sia con riguardo agli equilibri di finanza pubblica allargata».

(96) Sul bilancio sociale, v. C. Rogate, *Esperienze e riflessioni critiche sul bilancio sociale nel settore pubblico*, in *Azienda pubbl.*, 2002, 691; G. De Santis, A.M. Ventrella, *Il bilancio sociale dell’impresa*, Milano, Angeli, 1980; S. Salvemini, *A che punto siamo con il bilancio sociale*, in *Sviluppo e organizzazione*, 1978, maggio-giugno, 5; G. Rusconi, *Il bilancio sociale d’impresa. Problemi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1988.

(97) Secondo le linee guida sul bilancio sociale per le pubbliche amministrazioni, emanate dal Dipartimento per la funzione pubblica e dal Formez (approvate il 30 giugno 2005), il bilancio sociale può contribuire a migliorare: la dimensione contabile, in quanto può integrare e rivitalizzare il sistema di rendicontazione dell’uso delle risorse economico-finanziarie già adottato secondo le diverse discipline normative vigenti; la dimensione comunicativa, ponendosi, per il suo contenuto, al centro delle relazioni con i portatori di interesse; la dimensione della responsabilità politica, poiché si inserisce nel sistema della rappresentanza, attraverso una maggiore trasparenza e visibilità delle scelte politiche e una possibilità di valutazione della capacità di governo; la dimensione di funzionamento, in quanto responsabilizza le amministrazioni alla sostenibilità della spesa pubblica con riferimento ai nuovi vincoli posti dal patto di stabilità europeo e dalle azioni di risanamento del deficit pubblico; la dimensione strategico-organizzativa, come strumento efficace per riorientare, nell’ottica del cittadino, i processi di pianificazione, programmazione e controllo e per ripensare l’assetto organizzativo dell’ente; la dimensione professionale, in quanto orienta l’organizzazione del lavoro alla consapevolezza e al miglioramento dei risultati prodotti per i destinatari, valorizzando e sviluppando le competenze e le professionalità e fornendo nuove occasioni di motivazione e di responsabilizzazione degli operatori.

(98) La finalità del bilancio sociale è quella di individuare i sistemi con cui l’amministrazione è maggiormente in relazione e che hanno maggiore influenza sull’agire amministrativo (principali *stakeholder*); identificare i fattori critici di successo relativamente a ciascuna tipologia di *stakeholder*, i quali rientrano nella sfera d’azione di competenza dell’organizzazione; istituire un dialogo permanente con i propri interlocutori privilegiati, attraverso il quale ottenere un costante *feedback* circa i bisogni che potrebbero, peraltro, indurre un adeguamento della *mission*, delle strategie e dei valori fondanti l’organizzazione; definire gli indicatori di misurazione delle performance. Per approfondire, <www.qualitapa.gov.it>.

La risoluzione alternativa delle controversie, quantunque comporti, in astratto, minori introiti per la pubblica amministrazione, può nondimeno apportare in concreto benefici alla società nell'ottica della diminuzione della conflittualità e di una maggiore predisposizione al dialogo (99).

L'incontro degli interessi in un comune accordo costituisce un metodo di comunicazione nell'ambito della gestione dei conflitti circa i bisogni che potrebbero, per l'appunto, indurre un adeguamento della *mission*, delle strategie e dei valori fondanti l'organizzazione dell'ente pubblico.

La dimensione della responsabilità politica dell'amministrazione, attraverso una maggiore trasparenza e visibilità delle scelte e una possibilità di valutazione della capacità di governo, è la stessa che si coglie nell'utilizzo di strumenti transattivi quale dato di natura politica per carpire le esigenze dell'elettorato a fronte delle maggiori disponibilità che la pubblica amministrazione offre al privato (100).

Il tutto avviene in funzione di nuove modalità di gestione delle risorse pubbliche, soprattutto di quelle destinate dal bilancio al pagamento degli oneri e delle spese di giustizia, al fine di ottimizzare la complessa macchina amministrativa e, magari, pensare ad un rinnovato modello di controllo concomitante sulla gestione da parte degli organi e delle istituzioni deputate a farlo, valorizzando la cultura del risultato sociale (101).

* * *

(99) M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche*, cit., 200-201, puntualizza come la transazione possa evitare una collettivizzazione del conflitto e di arrecare un danno all'intera comunità. Per l'A. «è necessario quindi individuare altre vie attraverso le quali – facendo tendenzialmente salva la volontarietà della procedura – “indurre” le amministrazioni a percorrere la via conciliativa». Alla dimensione individuale del rapporto conflittuale “se ne aggiunge una ulteriore, a carattere collettivo, (in)direttamente interessata dal conflitto individuale, o meglio, dagli effetti collettivi prodotti dal singolo conflitto”. Secondo lo stesso A., peraltro, il problema relativo alla possibilità che la Corte dei conti agisca sul piano della responsabilità erariale a seguito della risoluzione alternativa delle controversie potrebbe essere evitato nelle «ipotesi in cui l'attività conciliativa risulta “coperta” a monte da una convenzione tra l'amministrazione e la Camera di conciliazione, da cui sia possibile desumere l'interesse pubblico perseguito, le caratteristiche delle controversie da conciliare e un eventuale tetto massimo delle somme da corrispondere. Perché in questo caso un'eventuale azione di responsabilità dovrebbe in prima istanza passare attraverso il sindacato sulla convenzione medesima, con conseguente de-responsabilizzazione del soggetto agente» (ibidem, p. 211-212).

(100) Sull'utilizzo della transazione come strumento di cattura del consenso elettorale, v. sempre M. Giovannini, *Amministrazioni pubbliche*, cit., secondo cui “non sembra infatti che l'elettorato possa restare insensibile ad un atteggiamento scientemente ostile da parte delle istituzioni del governo locale, né tanto meno indifferente [...] rispetto all'ammontare delle risorse complessive e del valore dichiarato nei capitoli di bilancio dedicati alle spese legali, la cui crescita è comunque realizzata a scapito del cittadino elettore: in via diretta, a livello processuale e in via indiretta, a livello contributivo”.

(101) C. Rogate, *op. cit.* L'A. espone come “l'esigenza di rendere conto dei risultati raggiunti e, in generale, della delega ricevuta, genera per l'azienda pubblica nuovi fabbisogni informativi e richiede di sviluppare capacità di [...] orientare la gestione ai risultati ottenuti non solo in termini finanziari, come verifica del rispetto degli stanziamenti di spesa, ma di coerenza con il mandato: il passaggio dalla logica del procedimento formale alla cultura del risultato richiede la trasformazione da un sistema di controllo preventivo di legittimità ad un più complesso sistema di controlli (a priori, in itinere e a posteriori) sugli effetti dell'attività amministrativa”.