

Giapeto Editore

# *Gazzetta* **FORENSE**

Rivista scientifica

Gennaio - Febbraio 2023

Le masse liquide attive e i conti speciali nella  
liquidazione giudiziale

**PIETRO PAOLO FERRARO**

---

La prelazione statutaria nelle società di capitali:  
possibili applicazioni in caso di *change of  
control* societario e rimedi a tutela dei soci

**FRANCESCA IZZO**

---

Il potere transattivo della P.a. e la connessa  
responsabilità erariale alla luce della  
giurisprudenza contabile

**FABIO ELEFANTE**

---

in collaborazione con



## Il potere transattivo della P.a. e la connessa responsabilità erariale alla luce della giurisprudenza contabile

### abstract

*The first section of the article deals with the characteristics of the transaction and examines the settlement power exercised by the Public Administration. The second part deals, in general, with the liability of the public official as recently modified by the Decree N. 77/2021 (“Decreto Semplificazione”) and, more specifically, with the liability associated with the exercise of the transaction in light of the case law.*

### keywords

*Transaction – Public Administration – Public official’s liability.*

### abstract

*Il presente contributo prende in considerazione, in una prima parte, le caratteristiche dell’istituto della transazione e, in particolare, il potere transattivo esercitato dalle Pubbliche Amministrazioni. La seconda parte ha ad oggetto la responsabilità erariale alla luce delle novità di cui al decreto semplificazioni (D.l. n. 77/2021) nonché, nello specifico, la responsabilità connessa all’esercizio del potere transattivo come definita dalla giurisprudenza contabile.*

### parole chiave

*Transazione – Pubblica Amministrazione – Responsabilità erariale.*

### sommario

**1.** La transazione. – **1.1.** Il potere transattivo della Pubblica amministrazione. – **1.2.** Le novità introdotte in materia di responsabilità erariale con il “decreto semplificazioni” e il D.l. n. 77/2021. – **2.** I limiti del potere transattivo della P.A. e la connessa responsabilità erariale alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti.

#### 1. La transazione

La disamina della tematica riguardante i limiti all’esercizio (o al mancato esercizio) del potere transattivo da parte della Pubblica Amministrazione e la connessa responsabilità erariale alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti richiede una preliminare e

sintetica analisi dell’istituto della transazione regolato dal codice civile.

La transazione, secondo quanto disposto dall’art. 1965 c.c., è un contratto attraverso il quale le parti, mediante reciproche concessioni, possono risolvere una controversia già iniziata o prevenirne una che può sorgere tra loro<sup>1</sup>. La transazione è, dunque, un contratto a titolo oneroso con prestazioni corrispettive originando, nell’una e nell’altra parte, obblighi e diritti a prestazioni reciproche, oltre ad essere eventualmente plurilaterale<sup>2</sup>. Alle parti, tramite questo istituto, è concessa l’opportunità di evitare i costi e l’esito incerto di un procedimento giudiziale rinunciando a parte delle rispettive pretese.

Presupposto necessario per addivenire ad una transazione è, in primo luogo, la sussistenza di una lite, intesa come contrasto tra l’affermazione di due posizioni giuridiche ovvero come pretesa di una delle parti e contestazione dell’altra circa la sussistenza e la misura di un diritto. Non è sufficiente, pertanto, l’esistenza di un mero conflitto economico, in quanto alla base di ogni contratto oneroso<sup>3</sup>.

La lite, inoltre, non deve essere associata solamente al contenzioso che si sviluppa all’interno di un processo, ma può identificarsi anche con una lite stragiudiziale. Ciononostante, la controversia, riguardando anche il prevenire una lite che può sorgere, deve comunque avere ad oggetto un dissenso potenziale, ancorché non esteriorizzato in una rigorosa formulazione ovvero non siano state date dalle parti alle relative tesi contrapposte la determinatezza propria della pretesa<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Secondo la dottrina prevalente, la transazione è un contratto avente natura costitutiva in quanto è potenzialmente sempre idonea a modificare la situazione giuridica sottesa al rapporto a cui si riferisce (cfr. RUGGERI L., MINERVINI E., *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in PIERLINGIERI P. (diretto da), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2016, pp. 191 ss.; SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli 1986, pp. 67 ss.).

<sup>2</sup> ANDREOLI E. (a cura di), *La transazione nella prassi interna ed internazionale*, Padova, 2000, p. 38; cfr. anche Cass. civ., sent., 22 marzo 1983, n. 2012.

<sup>3</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Lombardia, n. 26/2008.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. civ., sent., 1 giugno 1983, n. 3758; id., 19 marzo 1999, n. 2526; id., sent., 10 giugno 2005, n. 12320. Secondo un orientamento dottrinale, la lite “che può sorgere” può essere anche un conflitto potenziale di interessi che ancora non costituisce

Secondo parte della giurisprudenza, il contratto di transazione sarebbe configurabile solo in presenza dell'elemento della *res dubia*, dovendo avere la situazione giuridica controversa un carattere di incertezza, anche se fondato esclusivamente sulle valutazioni soggettive delle parti<sup>5</sup>. L'accertamento *ex post* dell'infondatezza di una delle pretese, tuttavia, non fa venir meno la presenza di tale elemento<sup>6</sup>.

Requisito caratterizzante il contratto di transazione è poi la risoluzione della controversia attraverso reciproche concessioni (*aliquid dando, aliquid retinendo*) commisurate non alla situazione giuridica sottesa alla discorde valutazione delle parti ma alle reciproche pretese e contestazioni sollevate con la lite<sup>7</sup>. Le concessioni possono dunque consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un "quid medium" tra le prospettazioni iniziali<sup>8</sup>.

Come stabilito dal secondo comma della norma richiamata, «con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti», venendo in tale ipotesi in rilievo una transazione a contenuto complesso in cui il negozio che pone termine alla lite ha un oggetto più ampio di quello della lite stessa (c.d. transazione mista)<sup>9</sup>.

Va poi ricordato che se da un punto di vista della legittimazione soggettiva le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite, questi ultimi, a pena di nullità della transazione, non devono essere, per loro natura e per espressa disposizione di legge, sottratti alla disponibilità delle

parti (art. 1966 c.c.)<sup>10</sup>. Quanto alla forma, è stabilita dall'art. 1967 c.c. la forma scritta *ad probationem*.

### 1.1. Il potere transattivo della Pubblica amministrazione

Poste queste premesse, deve evidenziarsi che anche gli enti pubblici possono transigere le controversie delle quali siano parte.

L'attività transattiva della Pubblica Amministrazione, difatti, rientra nell'orbita normativo che coinvolge i rapporti tra diritto privato e azione amministrativa e trova fondamento nell'art. 1, comma 1-*bis*, della l. 241/1990 che stabilisce l'utilizzo, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, di strumenti privatistici da parte dell'Amministrazione<sup>11</sup>, oltre che nell'art. 11 della medesima legge<sup>12</sup>.

Inizialmente una parte della dottrina dubitava della possibilità di concludere accordi transattivi aventi ad oggetto non solo rapporti di diritto privato ma anche di diritto pubblico<sup>13</sup>. Secondo un altro orientamento, invece, la P.A. avrebbe potuto concludere contratti transattivi riguardanti rapporti di natura pubblicistica laddove la risoluzione o la prevenzione di una lite sarebbe stata conveniente e non avrebbe comportato un danno per l'interesse pubblico<sup>14</sup>.

una controversia (cfr. CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 171; D'ONOFRIO P., *Della transazione* in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, sub artt. 1969-1991, Bologna-Roma, 1974, p. 226), mentre secondo un'altra opinione la lite deve costituire già un conflitto giuridico pur non essendo ancora dedotta in giudizio (cfr. DEL PRATO E., *La transazione*, Milano, 1992, 818; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 9).

<sup>5</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sent., 25 ottobre 2013, n. 24164; id., 19 ottobre 2006, n. 22480. Un altro orientamento, invece, considera irrilevante la posizione psicologica della parte sulla suddetta situazione di diritto, assumendo valore la semplice presenza di valutazioni discordanti e incompatibili in ordine ad interessi e pretese (cfr. Cass. civ., sent., 1 settembre 1995, n. 9229; si veda anche SANTORO PASSARELLI F., *op. cit.*, pp. 8 ss.).

<sup>6</sup> Cfr. Cass. civ., sent., 13 maggio 1996, n. 4448.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. civ., sent., 7 novembre 2018, n. 28448; id., 30 agosto 2017, n. 20590. Poiché la composizione della lite tramite reciproche concessioni costituisce il tratto caratterizzante il contratto di transazione, si ritiene nulla e invalida una transazione che prevede la totale rinuncia di una parte senza alcuna corrispondente concessione da parte dell'altra (si veda, *ex multis*, Cass. civ., sent., 25 ottobre 2013, n. 24169).

<sup>8</sup> Cfr. Cass. civ., sent., 1 aprile 2010, n. 7999.

<sup>9</sup> Cfr. GALLETTO T., *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 4, 2013, pp. 13 ss.

<sup>10</sup> Sono sottratte ad ogni potere di disposizione quelle situazioni soggettive accertabili, se controverse, solo dall'Autorità giudiziaria e, quindi, gli status personali, i diritti della personalità, le obbligazioni di prestare gli alimenti, le obbligazioni naturali ma non anche i rapporti giuridici a carattere patrimoniale che nascono da un diritto indisponibile: v. Corte conti, sez. contr. Lombardia, n. 26/2008.

<sup>11</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Abruzzo, n. 343/2021.

<sup>12</sup> LOPILATO V., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, p. 742, secondo il quale non vi possono essere più dubbi circa la facoltà di concludere contratti ad oggetto pubblicistico in forza dell'art. 11 che ammette la negoziabilità del potere discrezionale.

<sup>13</sup> Secondo una prima opinione, i rapporti di diritto pubblico non sarebbero suscettibili di essere oggetto di transazione (CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Vol. III, Padova, 1914, p. 1565); secondo un'altra, se il provvedimento controverso fosse ritenuto legittimo dalla P.A. mancherebbe la *res dubia*, mentre se fosse ritenuto illegittimo emergerebbe una violazione nella buona fede di cui si avvantaggerebbe l'Amministrazione, anche considerato che l'interesse pubblico potrebbe essere tutelato attraverso la rinnovazione, la ratifica, la revoca o l'annullamento piuttosto che con la transazione (DE VALLES A., *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934, I, pp. 46 ss.); per altri ancora non sarebbe possibile combinare in un unico atto la dichiarazione di volontà del soggetto pubblico e quella del privato in quanto aventi natura differente oltre a perseguire interessi difformi (RANELLETTI O., *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 150; VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1956, p. 111; PERICU G., GOLA M., *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in AA.Vv., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, p. 306).

<sup>14</sup> Secondo Corte conti, sez. contr. Lombardia, n. 26/2008, «un ripensamento dottrinale e giurisprudenziale sulla natura delle obbligazioni pubbliche ha posto il problema in termini diversi, notando che l'ordinamento positivo può prevedere sia regimi giuridici differenziati per le obbligazioni pubbliche rispetto a quelle di diritto privato sia un regime giuridico unitario e che quest'ul-

La facoltà della P.A. di ricorrere alla transazione, in realtà, è stata espressamente prevista dal legislatore considerato che già con l'art. 14 del R.d. n. 2440/1923 si subordinava l'approvazione del contratto transattivo al parere del Consiglio di Stato, ove eccedente una determinata soglia di valore o quando l'amministrazione non avesse ritenuto di conformarsi al parere dell'Avvocatura erariale<sup>15</sup>, ovvero con l'art. 13 del R.d. n. 1611/1933 attraverso il quale l'Avvocatura dello Stato «predisporre transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni».

Tale facoltà, più recentemente, è stata prevista anche<sup>16</sup>: nell'art. 239, comma 1, lett. b), n. 6, del TUEL (d.lgs. n. 267/2000), ove si affida all'organo di revisione la competenza ad esprimere pareri in ordine alle transazioni; negli artt. 205, 206 e 208 del Codice dei contratti pubblici, in ordine alla possibilità di concludere un accordo bonario tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario e di transigere le liti aventi ad oggetto diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nelle ipotesi in cui

---

timo è quello vigente nel nostro ordinamento. Pertanto, quale che sia la fonte dell'obbligazione, e quindi anche se essa nasce da legge o da provvedimento amministrativo, non mutano le regole giuridiche che ad esse presiedono. Ne consegue che possono essere oggetto di transazione anche le obbligazioni pubbliche, purché naturalmente siano già venute ad esistenza con la emanazione del provvedimento amministrativo o dell'atto dichiarativo in ipotesi di obbligazioni ex leges». Si veda anche GUICCIARDI E., *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pp. 64 ss. e 205 ss.; FERRARI C., *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI; GRECO G., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 223. Secondo alcuni autori è possibile la transigibilità di questioni relative al pubblico potere, essendo superata la dicotomia tra diritti soggettivi pubblici generali e quelli speciali, aventi ad oggetto un rapporto paritario tra P.A. e privato (VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arbitrato*, 2007, p. 698). Secondo RAGANELLI B., *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012, p. 287, «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».

<sup>15</sup> Il parere del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 17, comma 25, della l. n. 127/1997, è, ad oggi, facoltativo.

<sup>16</sup> Tra gli altri casi di strumenti di composizione autonoma di conflittualità con la P.A. potenzialmente riconducibili all'istituto della transazione vi sono, per esempio, gli accordi di cessione volontaria di beni oggetto di espropriazione di cui all'art. 45 del T.U. in materia di espropriazione (v. Corte cost., 16 giugno 1993, n. 283) o gli impegni ad eliminare le condotte anticoncorrenziali di cui all'art. 14-ter della l. n. 287/90 e a prevenire controversie sulle potenziali sanzioni dell'AGCM (sulla cui natura riconducibile a contratto transattivo o sulla sua consensualità si veda GOTTI G., *Gli impegni delle imprese e le decisioni delle autorità indipendenti: la sintesi dell'accordo transattivo*, in *Dir. Amm.*, 2015, pp. 597 ss. e LIBERTINI M., *Le decisioni 'patteggiate' nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, pp. 1284 ss.).

non si possono esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale<sup>17</sup>; nell'art. 182-ter del R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (poi art. 88 del Codice della crisi di impresa), con riferimento alla procedura di transazione fiscale tra il fisco e il debitore su crediti tributari privilegiati o chirografari nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>18</sup>; nell'art. 306-bis del Codice dell'ambiente, che permette di formulare una proposta transattiva in materia di risarcimento del danno ambientale nel rispetto della procedura e dei requisiti minimi disciplinati nel suddetto d.lgs. 152/2006<sup>19</sup>.

## 1.2. Le novità introdotte in materia di responsabilità erariale con il "Decreto semplificazioni" e il D.l. n. 77/2021

Con l'art. 21 del D.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto semplificazioni"), convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, e, successivamente, con il D.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, il legislatore ha modificato la disciplina riguardante l'elemento soggettivo di cui alla responsabilità erariale dei funzionari pubblici, limitando i casi in cui questi possono essere chiamati a rispondere del proprio operato.

La *ratio* dell'intervento legislativo è da ricercare nel tentativo di disincentivare la c.d. "burocrazia difensiva" o "paura della firma", per far sì che «i pubblici dipendenti abbiano maggiori rischi di incorrere in responsabilità amministrativa in caso di non fare (omissioni o inezie) rispetto al fare, dove la responsabilità viene limitata al dolo»<sup>20</sup>.

L'intento del legislatore è così quello di perseguire quell'assetto normativo, richiamato dalla Corte costituzionale, in cui «il timore delle responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inezie nello svolgimento dell'attività amministrativa» e «di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della re-

---

<sup>17</sup> D'ANGIOLELLA R., *La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti di soluzione alternativa delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre*, in *Riv. Arb.*, 2018, pp. 345 ss.; DELSIGNORE M., *La transazione e l'arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Arb.*, 2019, pp. 361 ss.; RAMAJOLI M., *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, pp. 557 ss.

<sup>18</sup> Cfr. ALLENA M., *La transazione fiscale nell'ordinamento tributario*, Padova, 2017; CARDILLO M., *La transazione fiscale: problemi e possibili soluzioni*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2012, pp. 1128 ss.

<sup>19</sup> MELI M., *La nuova disciplina delle transazioni nelle procedure di bonifica dei siti inquinati e di riparazione del danno ambientale concernenti i siti di interesse nazionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 456 ss.

<sup>20</sup> Cfr. relazione illustrativa al D.l. n. 76/2020. Si veda anche CANALE A., *Il Decreto Semplificazioni e il regime transitorio in tema di responsabilità amministrativo-contabile: i chiaro-scuri della riforma*, in *www.giuristidiamministrazione.it*, 26 marzo 2021.

sponsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo”<sup>21</sup>.

In merito alle modifiche alla responsabilità erariale dei dipendenti pubblici, occorre premettere che l’art. 1 della L. n. 20/1994 dispone che “La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l’insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali”<sup>22</sup>.

Con l’art. 21 del d.l. n. 76/2020, il legislatore è intervenuto, sotto un primo profilo, inserendo un apposito periodo all’art. 1, comma 1, della l. 20/1994 per chiarire che “la prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso”.

La necessità di tale precisazione deriva dall’esigenza di superare l’orientamento prevalente della giurisprudenza contabile che non accoglieva la nozione penalistica di dolo, preferendogli il dolo c.d. contrattuale o erariale che, ai fini della responsabilità del dipendente pubblico, richiede la consapevolezza e volontà dell’inadempimento o della violazione degli obblighi di servizio ma non anche la dimostrazione della volontà di produrre l’evento dannoso<sup>23</sup>.

Sotto un secondo profilo, il secondo comma del richiamato art. 21 ha introdotto una disciplina transitoria, limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del decreto (16 luglio 2020) e fino al 31 dicembre 2021, per la quale la responsabilità di

cui all’art. 1 della l. n. 20/1994 “è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta”. La limitazione, tuttavia, “non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente”, dal momento che, come visto, si è inteso disincentivare rallentamenti ed inerzie causate dal timore di incorrere in responsabilità mantenendo più alto il rischio per i dipendenti pubblici di essere condannati per non aver fatto piuttosto che per aver fatto. Si consideri che il termine del 31 dicembre 2021 è stato prorogato al 30 giugno 2023 con l’art. 51, comma 1, lett. h), del D.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. 108/2021, recante “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”<sup>24</sup>.

In relazione alla suddetta limitazione di responsabilità sono state sollevate alcune critiche in merito all’efficacia dello “scudo erariale” a realizzare i fini indicati dal legislatore<sup>25</sup>.

La Corte dei conti (tanto le Sezioni riunite in sede di controllo che il Consiglio di Presidenza che la Procura generale), ha evidenziato che l’assunto per il quale le inefficienze della P.A. derivano principalmente dal timore dei funzionari pubblici di incorrere in ipotesi di future responsabilità erariale “è vero solo in minima parte, ben concorrendo alla incapacità provvedimento della p.a. ben altri fattori, tra i quali: la confusione legislativa, l’inadeguata preparazione professionale, l’insufficienza degli organici”<sup>26</sup>, che la gran parte delle vertenze azionate dalle procure erariale riguardano condotte gravemente colpose<sup>27</sup> e che lo snellimento delle procedure farraginose devono essere distinte dal dare un colpo di spugna a condotte gravemente colpose limitando l’azione erariale in settori in cui è più alto il livello di spesa e dove più facilmente agisce la malavita organizzata<sup>28</sup>.

Perplessità sono emerse anche in ordine alla conformità della esclusione della responsabilità per col-

<sup>21</sup> V. Corte cost., sent., 20 novembre 1998, n. 371. Sul fenomeno della c.d. burocrazia difensiva si veda anche LORENZONI L., *La responsabilità amministrativa in relazione al fenomeno della cosiddetta burocrazia difensiva*, in *Lav. nelle p.a.*, 2021, 4, pp. 761 ss.; CAFA GNO M., *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, p. 35.

<sup>22</sup> V. LONGAVITA F.M., *Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa e le specificità rispetto a quella penale. In particolare il danno erariale*, in *www.contabilitapubblica.it*, 14 settembre 2018; ALTIERI A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012; CANALE A., *L’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in CANALE A., CENTRONE D., FRENI F., SMIROLO M. (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2019, pp. 75 ss.

<sup>23</sup> V. D’URSO M.T., *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. “decreto semplificazioni”)*, convertito dalla legge n. 120/2020, in *Riv. Corte conti*, 2021, 2, pp. 24 ss.; ATELLI M., CAPALBO F., GRASSO P., MONTELLA U., PERROTTA D., SCHÜLMERS VON PERNWERTH R., *Il dolo contabile dopo l’art. 21 del decreto-legge semplificazioni fra contraddizioni e incoerenze di sistema*, in *Riv. Corte conti*, 2020, 6, pp. 28 ss. Quanto al dolo c.d. contrattuale, in giurisprudenza, si veda Corte conti, sez. I centr. app., 29 maggio 2017, n. 340; id., sez. III centr. app., 9 febbraio 2017, n. 74; id., sez. giur. Sardegna, n. 294/2009. Quanto al dolo c.d. penalistico si veda Corte conti, sez. I centr. app., 13 marzo 2014, n. 401; id., 14 novembre 2011, n. 516; id., 22 marzo 2010, n. 198. Quanto al dolo c.d. erariale si veda Corte conti, sez. III centr. app., 28 settembre 2004, n. 510, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2004, 2988, con note di CASO L., *Il dolo comune e il dolo erariale*, e di VENTURINI L., *Il dolo erariale: natura ed incidenza; il potere sindacatorio: limiti e fine*.

<sup>24</sup> Le prime sentenze emesse dal giudice contabile hanno ritenuto che l’art. 21 del decreto semplificazione non sia applicabile ai giudizi pendenti avendo esso carattere sostanziale. V. Corte conti, sez. I centr. app., 2 settembre 2020, n. 234, id., 8 ottobre 2020, n. 263.

<sup>25</sup> V. GATTA G.L., *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo “salvo intese” (ela riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*, 17 luglio 2020; OLIVIERI L., *Decreto semplificazioni e responsabilità erariale: rinnegati merito e capacità*, in *www.lavoripubblici.it*, 30 giugno 2020.

<sup>26</sup> V. Corte conti, sez. riun. contr., *Audizione sul disegno di legge n. 1883*, Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, 28 luglio 2020, 8 ss.

<sup>27</sup> V. Consiglio di Presidenza della Corte dei conti, *Audizione alla 1<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> Commissione del Senato della Repubblica*, 28 luglio 2020.

<sup>28</sup> 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.

pa grave dei pubblici dipendenti alla normativa costituzionale ed europea. Le Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti hanno, per esempio, evidenziato le proprie critiche in merito alla proroga al giugno 2023 del termine di cui all'art. 21 del Decreto semplificazioni: *“L'articolo 22 del regolamento (UE) 2021/241 (40° Considerando) richiama il concetto di 'sana gestione finanziaria': 'L'attuazione del dispositivo dovrebbe essere effettuata in linea con il principio della sana gestione finanziaria, che comprende la prevenzione e il perseguimento efficaci della frode, ivi compresi la frode fiscale, l'evasione fiscale, la corruzione e il conflitto di interessi'. Si pone allora il problema dell'effettività e dell'efficacia degli strumenti di tutela degli interessi finanziari dell'Unione, sicché la sostanziale eliminazione della colpa grave quale presupposto per la responsabilità erariale per gli interventi legati al PNRR non risulta coerente con il diritto dell'Unione europea e con i valori espressi dalla Carta Costituzionale agli articoli 3, 28, 81, e 97”*<sup>29</sup>.

Si è anche osservato che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, la suddetta limitazione potrebbe ritenersi illegittima per interferenza con le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti ex art. 103, comma, 2, Cost. nonché con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e di quanto di sposto dagli artt. 28 e 97 Cost.<sup>30</sup>

Sul punto, tuttavia, deve evidenziarsi che la riforma introdotta con il decreto semplificazione limita significativamente la possibilità che un dipendente della P.A., quantomeno fino al 2023, possa incorrere in un giudizio erariale dal momento che le novità legislative subordinano l'accertamento di un tale profilo di responsabilità all'emersione di condotte fraudolente e non più alle maggiori consistenti e prevalenti ipotesi di colpa grave. Tale circostanza, nell'ambito dei contratti transattivi, potrebbe effettivamente avere riflessi sulla c.d. “paura della firma” e, di conseguenza, sul venir meno del timore a concludere tali accordi, visto che i

<sup>29</sup> V. Corte Conti, sez. riun. contr., *Audizione sul decreto-legge n. 77/2021*, 1<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> Commissione della Camera dei Deputati, giugno 2021, pp. 8 ss.

<sup>30</sup> Cfr. Corte cost., 8 ottobre 2001, n. 340, giudizio di legittimità costituzionale della legge della Provincia autonoma di Bolzano 3 febbraio 2000, con la quale è stata dichiarata incostituzionale la norma che ha limitato esclusivamente al dolo l'elemento soggettivo di cui alla responsabilità dei funzionari pubblici, ritenendosi «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)». Si veda anche CARBONE L., *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, e RIVOSECCHI G., *La Corte dei conti ai tempi del “Recovery plan”: quale ruolo tra responsabilità amministrativa-contabile, semplificazioni e investimenti*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 17 novembre 2021, pp. 8 ss.

dipendenti pubblici non possono più essere chiamati a rispondere del danno causato da condotte gravemente superficiali e a risarcire la minore somma ottenuta dalla P.A.

## 2. I limiti del potere transattivo della P.A. e la connessa responsabilità erariale alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti

La scelta dell'Amministrazione di concludere (o di non concludere) una transazione è soggetta ad alcuni limiti evidenziati dalla giurisprudenza contabile specialmente nei giudizi sulla responsabilità erariale dei dipendenti pubblici.

In primo luogo, occorre rilevare che i limiti alla stipulazione della transazione da parte di 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<sup>31</sup>.

La conclusione di un contratto transattivo, come già visto, necessita della presenza della forma scritta *ad substantiam*<sup>32</sup>, di una controversia, di una *res dubia* e di un sacrificio economico bilaterale, oltre a dover avere ad oggetto posizione giuridiche soggettive disponibili che non siano sottratte al potere dispositivo delle parti<sup>33</sup>. La scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa costituisce, tuttavia, una scelta discrezionale dell'Amministrazione e come tale è sottratta al sindacato giurisdizionale, anche di responsabilità (art. 1, comma 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20)<sup>34</sup>.

La Corte dei conti, ciononostante, può comunque sindacare la transazione ove illegittima o illogica, dannosa ovvero diseconomica, escludendo la responsabilità erariale ove il giudizio prognostico relativo ad un contenzioso presenti oggettivi elementi di incertezza tali da rendere ragionevole la conclusione di un accordo transattivo<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Lombardia, 12 aprile 2018, n. 108.

<sup>32</sup> Cfr. TAR Latina, sent., 1 aprile 2022, n. 319.

<sup>33</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Lombardia, n. 26/2008; si veda anche Corte conti, sez. contr. reg. Lombardia, n. 1116/2009 secondo la quale «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».

<sup>34</sup> Corte conti, sez. contr. Piemonte, n. 20/2012, nella quale si riconosce un sindacato limitato alla rispondenza della transazione a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. È stato affermato dalla giurisprudenza contabile, poi, che la conclusione della transazione non è elemento interruttivo del nesso di causalità tra una precedente condotta illecita sulla quale si basano le pretese dell'altra parte (oggetto di composizione) e il danno erariale subito dall'Amministrazione, v. Corte conti, sez. giur. Puglia, 5 giugno 2003, n. 490.

<sup>35</sup> V. Corte conti, sez. giur. Piemonte, 25 gennaio 2022, n. 7. Nel

La Pubblica Amministrazione ha, quindi, l'onere di spiegare quali sono «le ragioni di convenienza e la soddisfazione dell'utilità pubblica raggiunta – in coerenza con gli interessi pubblici superiori – attraverso la soluzione adottata, che deve essere congrua rispetto al contesto reale in cui si interviene», conformando il proprio agire ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.<sup>36</sup>. Per tali ragioni 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»<sup>37</sup>.

Uno degli elementi che la P.A. deve considerare è la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio che non deve essere assoluta ma relativa, valutata in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa ed alla presenza di eventuali orientamenti giurisprudenziali<sup>38</sup>. L'azione dell'Amministrazione, al riguardo, deve essere volta a recuperare il massimo importo possibile<sup>39</sup>.

La giurisprudenza contabile, quindi, può sindacare una transazione ove irragionevole, altamente diseconomica o contraria ai fini istituzionali<sup>40</sup> e ciò anche se

relativa ad una società *in house*<sup>41</sup>.

A questo riguardo, è stata ritenuta nulla e invalida la transazione che prevede la totale rinuncia di una parte senza alcuna corrispondente concessione dell'altra<sup>42</sup>, sussistendo la responsabilità erariale ove le concessioni sottese al contratto siano state poste a carico della sola Amministrazione<sup>43</sup>.

È stato accertato un danno erariale anche in presenza di accordo transattivo avente ad oggetto debiti inesistenti<sup>44</sup> o un provvedimento amministrativo impugnato fuori termine<sup>45</sup>, una pretesa manifestamente infondata, un credito prescritto o, ancora, condizioni manifestamente svantaggiose per l'Amministrazione<sup>46</sup>.

Non risulta illegittimo il contratto transattivo, invece, quando, in un processo esecutivo, è stata composta la lite anche al solo fine di evitare maggiori spese a carico della P.A. quali il pagamento delle spese di giustizia, gli interessi legali e la rivalutazione monetaria<sup>47</sup> mentre non sussiste responsabilità erariale quando sono stati verificati attentamente gli interessi in gioco e sono stati raccolti i pareri dei revisori dei conti e dell'avvocatura interna all'amministrazione prima di rifiutare la transazione<sup>48</sup>.

La responsabilità erariale del dipendente pubblico

caso in esame è stato condannato il dirigente che ha concluso una transazione nonostante la legittimità dell'operato pubblico e in assenza di alcuna preventiva istruttoria o parere legale o intervento del giudice in sede di tentativo di conciliazione tale da indurre a ritenere la possibile fondatezza del giudizio azionato dalle parti private contro l'Amministrazione. Secondo la Corte conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 26 aprile 2017, n. 75, «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».

<sup>36</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Abruzzo, n. 343/2021. Secondo TAR Sardegna, sez. I, 18 settembre 2017, n. 586 l'Amministrazione deve necessariamente e preliminarmente adottare apposita deliberazione amministrativa munita di motivazione puntuale circa la necessità e l'opportunità della transazione stessa, così da salvaguardare il fondamentale valore della certezza dei rapporti pubblicistici e scongiurare il rischio di inutili esborsi di denaro pubblico, se non addirittura di accordi illeciti.

<sup>37</sup> Corte conti, sez. contr. Lombardia, 14 maggio 2020, n. 65.

<sup>38</sup> Corte conti, sez. contr. Lombardia, n. 26/2008. In tale parere viene anche ricordato che «per le Amministrazioni centrali è prescritto un iter procedimentale articolato, con parere obbligatorio ma non vincolante dell'Avvocatura dello Stato e del Consiglio di Stato. 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 attribuita la competenza a stipulare il contratto ne è anche legittimato. Naturalmente l'ente può ricorrere in relazione alla questione da risolvere a parere facoltativo 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».

<sup>39</sup> Corte conti, sez. contr. Abruzzo, n. 343/2021.

<sup>40</sup> Cfr., *ex multis*, Corte conti, sez. giur. Lombardia, sent., 31 luglio 2016, n. 127; id., sez. giur. Campania, sent., 29 febbraio 2012, n. 250; sez. giur. Abruzzo, sent., 5 gennaio 2012, n. 1.

Secondo Corte conti, sez. giur. Veneto, 31 luglio 2019, n. 132, la transazione non fa stato nel giudizio relativo alla responsabilità erariale visto che il Giudice può valutare non solo l'*an debeat*, ma anche il *quantum* relativo al danno a cui sarà condannato il dipendente che lo ha causato.

<sup>41</sup> Secondo Corte conti, sez. giur. Lombardia, 19 luglio 2019, n. 196 «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».

<sup>42</sup> Cons. St., sez. V, sent., 22 giugno 2018, n. 3888.

<sup>43</sup> PIZZUTI S., *Le transazioni nella pubblica amministrazione*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 2008, p. 840 secondo il quale in assenza di reciproche concessioni si verificherebbe una remissione parziale del debito *ex art.* 1236 cc. In senso contrario è stata ritenuta legittima una transazione nella quale il sacrificio è della sola Amministrazione laddove la rinuncia ad un credito eviterebbe alla P.A. di sopportare ulteriori costi derivanti dal recupero di somme da un debitore incapiente: TUZZI R., *Il potere transattivo della pubblica amministrazione nella risoluzione alternativa delle controversie: spunti per una rinnovata lettura anche attraverso il prisma della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 1, p. 40, e RAGGI L., *Contributo alla dottrina delle rinunce nel diritto pubblico*, Roma, 1914, pp. 84 ss.

<sup>44</sup> Cfr. Corte conti, sez. II giur. centr., 27 novembre 1997, n. 230 e id., sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250. Secondo Corte conti, sez. contr. Lombardia, 12 aprile 2018, n. 108 l'Amministrazione prima di aderire ad un accordo transattivo che la obbliga al pagamento di una somma di denaro deve accertarsi che la prestazione dell'altra parte sia stata effettivamente svolta nei suoi confronti, legittimandola a concludere il contratto.

<sup>45</sup> Cfr. Corte conti, sez. centr., 2 aprile 1997, in *Riv. Corte conti*, 1997, pp. 71 ss.

<sup>46</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Lombardia, 14 maggio 2020, n. 65.

<sup>47</sup> Cfr. Corte conti, sez. II centr. app., 21 luglio 1997, n. 154.

<sup>48</sup> Cfr. Corte conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 30 gennaio 2018, n. 27.

e il sindacato del giudice contabile, inoltre, può riguardare anche il mancato esercizio del potere transattivo.

In particolare, è stato evidenziato come l'insindacabile decisione dell'Amministrazione di non voler risolvere la lite in via transattiva ma esclusivamente 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”*<sup>49</sup>. Pertanto, *“il medesimo principio trova applicazione nella fattispecie qui in esame nel senso che, così come è sindacabile la scelta di addivenire ad una transazione palesemente svantaggiosa per l'amministrazione, altrettanto sindacabile è la scelta di non concludere una transazione palesemente vantaggiosa, in applicazione dell'ancor più generale principio in base al quale il limite all'insindacabilità delle scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione risiede nell'esigenza di accertare che l'attività svolta si sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici”*<sup>50</sup>.

Quanto alla possibilità della P.A. di addivenire ad una transazione a seguito di procedimento di mediazione, la giurisprudenza della Corte dei conti ritiene del tutto legittima tale scelta sul presupposto che permette all'Amministrazione di concludere rapidamente la lite, di evitare i maggiori costi relativi al contenzioso civile (quali, ad esempio, quelli relativi alle spese legali e alle consulenze tecniche), e di rimediare al notevole danno di immagine subito a causa del clamore mediatico suscitato<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Secondo Corte conti, sez. giur. Calabria, 21 febbraio 2006, n. 249, *“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”*.

<sup>50</sup> Corte Conti, sez. giur. Umbria, sent., 24 febbraio 2022, n. 9. Nella fattispecie in esame sono stati condannati al pagamento del danno consistente nella maggiore somma sostenuta dall'Amministrazione due direttori generali di una AUSL e l'avvocato incaricato di rappresentarla a causa del ritiro della propria adesione ad un accordo transattivo, valutato dagli stessi conveniente e che avrebbe permesso di contenere i costi sostenuti dall'ente. Si veda anche Corte dei conti, sez. III, sentt. 9 luglio 2019, n. 132 e 30 luglio 2019, n. 147; id., sez. II, sent., 13 febbraio 2017, n. 91.

<sup>51</sup> V. Corte conti, sez. giur. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719. Nel caso di specie un medico è stato condannato al pagamento della somma sostenuta dall'azienda ospedaliera a seguito di componimento bonario di una vertenza con gli eredi di una paziente morta a causa della condotta gravemente colpevole del suddetto dottore, respingendo la tesi difensiva per la quale l'ente avrebbe accettato di corrispondere somme incongrue, dal momento che «il collegio tenuto conto che il risarcimento dei danni patrimo-

La P.A., inoltre, ha la facoltà di utilizzare tale strumento, ancorché potenzialmente idoneo a prestarsi ad abusi e ove risulti conveniente, anche in riferimento a fattispecie rispetto alle quali non sia legislativamente previsto il tentativo obbligatorio di mediazione, non risultando censurabile, né frutto di scriteriatezza, la scelta dell'amministrazione di giungere ad una soluzione transattiva<sup>52</sup>.

Sulla base di tali ragioni è stato evidenziato che è proprio la scelta aprioristica di non partecipare al procedimento di mediazione a poter essere ritenuta illegittima, non potendosi giustificare con la paura di essere chiamati a rispondere del danno erariale a seguito di conciliazione<sup>53</sup>. Di qui la possibilità, al contrario, di incorrere nella responsabilità erariale ove non si partecipi al primo incontro di mediazione, in particolare quello ex art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 28/2010, ovvero si rifiuti immotivatamente l'accordo conciliativo di cui all'art. 185-bis c.p.c.<sup>54</sup>.

niali 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».

<sup>52</sup> Corte conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 26 aprile 2017, n. 75 e Corte conti, sez. giur. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719.

<sup>53</sup> Cfr. Trib. Roma, sez. XIII, ord. 2 marzo 2020.

<sup>54</sup> Sul punto si veda Trib. Roma ord. 25 maggio 2020 laddove si stigmatizza la «condotta volontariamente deresponsabilizzata e agnostica dell'ente territoriale nei 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» posto che tale condotta potrebbe essere causa di un danno erariale «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».