

Direttore scientifico
Giuseppe Cassano

Vicedirettori
Francesco Lauri
Francesco Angelini
Francesco Barucco
Caterina Brambilla

Comitato Scientifico
Fabio Addis
Maria A. Astone
Fabio Basile
Rocco Blaiotta
Mirzia Bianca
Alberto Cadoppi
Ilaria A. Caggiano
Michele Caianiello
Giovanni Canzio
Giovanna Capilli
Andrea Carinci
Paolo Cendon
Alberto Cisterna
Renato Clarizia
Giovanni Comandè
Claudio Consolo
Cristiano Cupelli
Enrico Del Prato
Astolfo Di Amato
Filippo Dinacci
Francesco Di Ciommo
Fabio Elefante
Francesco Fimmanò
Massimo Franzoni
Tommaso E. Frosini
Alberto M. Gambino
Lucilla Gatt
Arturo Iadecola
Bruno Inzitari
Luigi Kalb
Luca Lupària
Adelmo Manna
Antonella Marandola
Pier Giuseppe Monateri
Antonio Musio
Angelo G. Orofino
Lorenzo Picotti
Nicola Pisani
Francesco Pizzetti
Dianora Poletti
Carmine Punzi
Marco Rossetti
Piero Sandulli
Maurizio Santise
Giorgio Spangher
Pasquale Stanzione
Claudio Scognamiglio
Bruno Tassone
Raffaele Torino
Giacomo Travaglino
Mario Trimarchi
Antonio F. Uricchio



RESPONSABILITA' SANITARIA RISCHIO CLINICO E VALORE DELLA PERSONA

Tomo I - Semestrale (1.10.2022)

- LINEE EVOLUTIVE DEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ IN AMBITO SANITARIO di *Giovanni Canzio*
- LA RESPONSABILITÀ CIVILE DI INIZIO MILLENNIO. IL CASO DEL NUOVO ART. 2086 C.C. IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DI IMPRENDITORE E AMMINISTRATORI (ANCHE IN AMBITO SANITARIO) di *Francesco Di Ciommo*
- DALLA *CHANCE* INDIVIDUALE ALLA *CHANCE* COLLETTIVA NELLA RESPONSABILITÀ MEDICA (E NON SOLO) di *Bruno Tassone*
- *ALL OR NOTHING* NELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA. ANALISI CRITICA di *Luigi Viola*
- CONTRATTO E COVID di *Marco Rossetti*
- SICUREZZA DELLE CURE E GESTIONE DEL RISCHIO CLINICO NELLA LEGGE GELLI-BIANCO di *Mirko Faccioli*
- DATI SANITARI NELL'ERA DIGITALE. VERSO UNO SPAZIO EUROPEO DEI DATI SANITARI di *Giovanna Capilli*
- L'ARBITRATO NEL SISTEMA ALTERNATIVO DELLE CONTROVERSIE di *Carmine Punzi*
- IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE di *Alberto Cisterna*
- RESPONSABILITA' DA *FOLLOW UP* NELLA CHIRURGIA ONCOLOGICA di *Samantha Caminiti*
- LA RESPONSABILITÀ PER "COLPA MEDICA" A CINQUE ANNI DALLA LEGGE GELLI-BIANCO di *Fabio Basile e Pier Francesco Poli*
- UNA PROPOSTA DI RIFORMA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI OPERATORI SANITARI (ART. 590-*SEXIES* C.P.) di *Cristiano Cupelli*
- SPUNTI DI RIFLESSIONE PER IL PENALISTA DI FRONTE ALL'UTILIZZO DELLA ROBOTICA NELLA MEDICINA di *Lorenzo Picotti*
- MODELLI 231 E RISCHIO BIOLOGICO NELLA STAGIONE POST-PANDEMICA di *Luca Lupària e Chiara Padovani*
- LA COLPA PENALE SUL BANCO DI PROVA DELLA PANDEMIA DA COVID-19 di *Antonella Massaro*
- NECESSITÀ SANITARIE *VERSUS* PRINCIPIO DI PRECAUZIONE NEL DIRITTO PENALE FARMACEUTICO di *Francesco G. Catullo*
- LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA SANITARIA di *Vittorio Raeli*
- TELEMEDICINA E FASCICOLO SANITARIO ELETTRONICO di *Alfonso Contaldo*
- PROFILI DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA NEL RICORSO ALLE MODALITÀ ALTERNATIVE DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE di *Arturo Iadecola*

• GLI OSSERVATORI DI GIURISPRUDENZA

CASSAZIONE CIVILE

IL MERITO CIVILE

CASSAZIONE PENALE

CONSIGLIO DI STATO E TAR

CORTE DEI CONTI

a cura di Giacomo Travaglino

a cura di Giuseppe Cassano

a cura di Francesco G. Catullo

a cura di Maurizio Santise

a cura di Arturo Iadecola

Profili di responsabilità amministrativa nel ricorso alle modalità alternative di risoluzione delle controversie

di Arturo Iadecola

Sommario: 1. La responsabilità amministrativa in genere. - 2. La risoluzione alternativa delle controversie nel quadro della responsabilità amministrativa. - 3. Il danno e la colpa grave nella transazione. - 3.1. La responsabilità per la mancata transazione. - 4. Recenti innovazioni normative.

Abstract: L'articolo, dopo aver illustrato i tratti essenziali della responsabilità amministrativa, si sofferma sul ruolo che la risoluzione alternativa delle controversie può svolgere nelle fattispecie causative di danno erariale, esaminando, in particolare, i profili del danno erariale e della colpa grave. Nella parte conclusiva sono prese in esame alcune innovazioni normative che incidono sull'elemento soggettivo della responsabilità, e, in particolare, sulla rilevanza e sugli elementi costitutivi della colpa grave.

1. La responsabilità amministrativa in genere

Il personale, sanitario o amministrativo, che opera nell'ambito di una struttura pubblica, è esposto, oltre che alla responsabilità penale e civile, anche alla responsabilità amministrativa (o amministrativo-contabile) per danno erariale¹.

Questa forma di responsabilità riguarda, più in particolare, il soggetto, legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, il quale, con una condotta contraria ai propri doveri, abbia cagionato un danno all'erario.

¹ Sulla responsabilità amministrativa, tra le trattazioni più recenti, BOLOGNINO-BONURA-CANALE (a cura di), *La responsabilità erariale*, Bari, 2022; CANALE-CENTRONE-FRENI-SMIROLDI (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, 2ª ed., Milano, 2022; TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, 6ª ed., Milano, 2022; NAPOLI-TENORE (a cura di), *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei conti*, Napoli, 2019; PILATO, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Torino, 2019; SCHLITZER-MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, 2018; OREFICE, *Diritto contabile pubblico*, Roma, 2017; ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012; GARRI (a cura di), *La Corte dei conti: controllo e giurisdizione, contabilità pubblica*, Milano, 2012; SANTORO, *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011.

L'accertamento della stessa è attribuito alla giurisdizione della Corte dei conti, la quale si articola in Sezioni giurisdizionali regionali, competenti per il giudizio di primo grado, e in Sezioni centrali, dinanzi alle quali si svolge l'eventuale giudizio di appello². L'azione di risarcimento è esercitata dalla Procura regionale³, ossia dal pubblico ministero, allo scopo di evitare che le amministrazioni danneggiate trascurino, per qualsiasi ragione, di tutelare i propri diritti.

Il primo degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità amministrativa è, per l'appunto, il danno erariale, che può consistere in un depauperamento delle pubbliche risorse (danno emergente) o in un mancato incremento delle stesse (lucro cessante). La prima figura ricorre, tra gli altri, nei casi di danno c.d. indiretto, ossia conseguente al risarcimento, da parte dell'amministrazione, del danno arrecato a terzi.

Il pregiudizio in questione deve essere legato da un nesso di causalità⁴ al comportamento, attivo od omissivo, di uno o più soggetti legati alla pubblica amministrazione da un rapporto, come si è detto, di impiego o di servizio, i quali abbiano agito nell'esercizio delle funzioni⁵ e in violazione degli obblighi istituzionali⁶.

È, infine, imprescindibile l'accertamento dell'elemento soggettivo, che - salvo quanto si dirà *infra* - può assumere le forme del dolo o della colpa grave⁷. Quest'ultima, secondo la giurisprudenza, "consiste nella evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta che siano *ex ante* ravvisabili e riconoscibili per dovere professionale d'ufficio, e che, in assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà, si materializzano nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto ovvero in una marchiana imperizia o in un'irrazionale imprudenza; (...) non ogni comportamento censurabile può configurare gli estremi della colpa grave, ma solo quelli contraddistinti da precisi elementi qualificanti, che - nella inconfigurabilità di un criterio generale - vanno accertati caso per caso dal giudice in relazione alle modalità del fatto, all'atteggiamento soggettivo dell'autore, nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l'evento dannoso"⁸.

Siffatta limitazione della responsabilità ai fatti gravemente colposi (oltre che dolosi) trova la propria giustificazione nella gravosità dei compiti posti a carico dei pubblici dipendenti, in un contesto ordinamentale non sempre chiaro, nonché nella "fisiologica disfunzione che caratterizza la p.a." e nel rischio che il timore

² Artt. 9 e 10 del codice di giustizia contabile, approvato dal d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174. Le sentenze della Corte possono essere impugnate con ricorso per cassazione unicamente per motivi di giurisdizione (art. 111, ultimo co., Cost. e art. 207 c.g.c.).

³ Art. 12 c.g.c.

⁴ Sull'argomento, ci si permette di rinviare a IADECOLA, *Il nesso causale*, in CANALE-CENTRONE-FRENI-SMIROLDI (a cura di), *op. cit.*, 123 ss.

⁵ Art. 82, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; art. 52, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214.

⁶ Art. 18, co. 1, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

⁷ Art. 1, co. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, come modificato dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. con l. 20 dicembre 1996, n. 639.

⁸ Così, di recente, Corte conti, sez. III giur. centr. app., 13 gennaio 2020, n. 4, in www.corteconti.it, che richiama Corte conti, sez. riun., 10 giugno 1997, n. 56/A, in *Riv. Corte conti*, 1997, 6, 117.

dell'esposizione al risarcimento possa paralizzare l'attività amministrativa⁹.

È causa di responsabilità amministrativa anche la condotta che abbia arrecato un danno non al patrimonio, ma all'immagine dell'amministrazione, determinandone il discredito dinanzi all'opinione pubblica. Il danno all'immagine, tuttavia, può essere risarcito nei soli casi previsti dalla legge¹⁰.

La responsabilità amministrativa, accomunata a quella civile dal fatto che ne consegue, di regola, non l'applicazione di una sanzione, ma l'obbligazione di risarcire il danno cagionato, presenta, nondimeno, diversi elementi di specialità.

In primo luogo, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento è di cinque anni (e non dieci, come prevede in termini generali l'art. 2946 c.c.), decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta¹¹. Nelle ipotesi di danno indiretto, la prescrizione decorre dalla data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato¹².

Nei casi in cui il danno sia conseguito al comportamento di più persone, poi, l'obbligazione risarcitoria ha carattere parziario, poiché ciascuno dei danneggiati è chiamato a risarcire unicamente la quota che il giudice, valutate le singole responsabilità, pone a suo carico (l'art. 1294 c.c. pone, invece, la regola della solidarietà passiva)¹³.

Nella determinazione dell'entità del risarcimento, inoltre, il giudice deve tener conto dei vantaggi che la pubblica amministrazione o la comunità di riferimento abbiano comunque tratto dal fatto illecito¹⁴. Nel contempo, egli può condannare il responsabile a ristorare una parte soltanto del danno cagionato – lasciando la parte restante a carico dell'ente danneggiato¹⁵ – esercitando il c.d. potere riduttivo dell'addebito, che consente di adeguare la condanna a quelle circostanze del caso concreto che conducano a una valutazione meno rigorosa della responsabilità.

Infine, in caso di morte del danneggiante, la responsabilità non si trasmette agli eredi, a meno che la condotta dannosa non abbia procurato al primo, e agli eredi stessi, un illecito arricchimento¹⁶.

La responsabilità amministrativa interessa, in quanto legati all'amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, anche i medici che esercitano la propria attività nelle strutture del Servizio sanitario nazionale, in relazione ai quali si è sviluppata una copiosa giurisprudenza¹⁷. In proposito, alcune significative novità sono state apportate dalla l. 8 marzo 2017, n. 24¹⁸, con specifico riguardo al danno indiretto conseguito all'accoglimento della domanda di risarcimento proposta nei confronti di una struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica che si sia avvalsa, nell'adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti del paziente, di uno o più esercenti la professione sanitaria a essa legati da un rapporto di impiego o di servizio¹⁹.

2. La risoluzione alternativa delle controversie nel quadro della responsabilità amministrativa

In tutti gli ambiti di attività della pubblica amministrazione si manifesta, di frequente, l'opportunità di definire le controversie con altri soggetti, pubblici o privati, mediante forme di "risoluzione alternativa", che possono assumere la veste della conciliazione giudiziale o stragiudiziale, risolvendosi, in ogni caso, nella conclusione di un contratto di transazione²⁰.

La tendenza a concludere le liti pendenti o potenziali mediante accordi di questo tipo è particolarmente marcata nel settore della salute, alla luce del fatto che, da un lato, esso è interessato da una elevata quantità di richieste di risarcimento – provenienti dai pazienti o dai loro eredi, per i danni da c.d. *malpractice* – e che, dall'altro, è possibile, attraverso consolidati strumenti di valutazione e di consulenza, pervenire a ipotizzare, quanto meno in termini approssimativi, l'esito della controversia²¹.

Ai fini della responsabilità amministrativa, la transazione, per quanto emerge da un esame della giurisprudenza, può assumere rilievo sotto due distinti profili.

⁹ Ad es., TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in *Id.* (a cura di), *op. cit.*

¹⁰ Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355, in *Foro it.*, I, 2011, 644.

¹¹ Art. 1, co. 2, l. 20/1994.

¹² Corte conti, sez. riun., 5 settembre 2011, n. 14, in *Riv. Corte conti*, 2011, 5, 195.

¹³ Art. 1, co. 1-*quater*, l. 20/1994. Fa eccezione la posizione di coloro che hanno agito con dolo ovvero hanno conseguito un indebito arricchimento, i quali possono essere chiamati a rispondere dell'intero (obbligazione solidale), salvo il diritto di rivalsa verso i concorrenti.

¹⁴ Art. 1, co. 1-*bis*, l. n. 20/1994.

¹⁵ Art. 83, r.d. n. 2440/1923; art. 52, co. 2, r.d. n. 1214/1934, secondo il quale «la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto».

¹⁶ Art. 1, co. 1, l. n. 20/1994.

¹⁷ Sulla responsabilità amministrativa del medico ci si permette di richiamare IADECOLA-MACRI-VALLEGA-VENTURA, *La responsabilità sanitaria tra giudice civile e Corte dei conti: un'analisi dei casi concreti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 4, 1773 ss., da cui sono tratte le considerazioni esposte nel presente paragrafo.

¹⁸ Sul tema, dopo la l. n. 24/2017, v., tra gli altri: CHIAPPINELLI-IADECOLA, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa (commento all'art. 9)*, in *CARPANI-FARES* (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, Torino, 2017, 200; SMIROLDO, *Il danno da responsabilità medica*, in *CANALE-CENTRONE-FRENI-SMIROLO* (a cura di), *op.*

cit., 431 ss.

¹⁹ Sono incluse, ai sensi dell'art. 7, co. 1 e 2, della legge, le prestazioni svolte da esercenti la professione sanitaria «scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura» ovvero operanti in regime di libera professione intramuraria, nonché quelle rese nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale e attraverso la telemedicina.

²⁰ Art. 1965 ss. c.c.

²¹ Si ricorda che, a norma dell'art. 8, co. 1, della l. n. 24 del 2017, chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente, quale condizione di procedibilità, a proporre ricorso per la consulenza tecnica preventiva, ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c., o a esperire la procedura di mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Sul tema, di recente, TOPPETTI (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie mediche*, Santarcangelo di Romagna, 2020. Tra le trattazioni della responsabilità amministrativa per la conclusione di accordi transattivi: TUZZI, *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, 29; TENORE, *Danno erariale indiretto innanzi alla Corte dei conti dopo una transazione o una condanna civile della struttura sanitaria pubblica*, in *TOPPETTI* (a cura di), *op. cit.*

In primo luogo, essa può costituire un elemento (un “anello”) della serie causale che collega una precedente condotta violativa degli obblighi di servizio al danno erariale.

È il caso, ad esempio, dell'accordo conciliativo concluso da una azienda sanitaria con un paziente che assuma di essere stato danneggiato nel corso di un trattamento medico-chirurgico²². Qui la transazione integra, non diversamente da una sentenza di condanna, il titolo giuridico in forza del quale la struttura corrisponde al danneggiato la somma di denaro stabilita quale importo del risarcimento, sostenendo un esborso che rende attuale il danno erariale²³.

In secondo luogo, ed è il tema che qui maggiormente interessa, la conclusione dell'accordo può essere individuata essa stessa come condotta causativa del danno erariale.

Ciò accade quando la transazione non corrisponde all'interesse dell'amministrazione, in quanto il diritto vantato dalla controparte non sussisteva ovvero le condizioni dell'accordo risultano svantaggiose per la parte pubblica.

Così, a titolo di esempio, si è affermato che sussiste il danno erariale nell'ipotesi in cui sia stata stipulata una transazione mediante la quale il riconoscimento delle altrui pretese economiche sia stato 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 riconosciute²⁴.

Si è, del pari, ritenuto che fosse illecita la definizione transattiva delle pretese di una società di progettazione mediante il pagamento, da parte dell'amministrazione committente, del compenso calcolato in base alle tariffe professionali, senza applicare l'usuale percentuale di ribasso ordinariamente praticata per gli affidamenti delle stesse attività progettuali, con causazione di un corrispondente danno da maggiore spesa²⁵.

Analogamente, la Corte ha considerato causativa di danno la tacitazione stragiudiziale delle pretese dell'impresa originariamente pretermessa, subentrata nell'appalto ai sensi dell'art. 121 ss. c.p.a.,

mediante il pagamento di compensi aggiuntivi rispetto all'offerta da essa presentata²⁶.

Un argomento che spesso viene contrapposto alle azioni di responsabilità per l'avvenuta conclusione di una transazione svantaggiosa è che, trattandosi di attività discrezionale, la stessa, per espressa previsione normativa, non sarebbe sindacabile nel merito²⁷.

La giurisprudenza, tuttavia, ha da tempo chiarito come la norma in questione non escluda del tutto la valutazione giudiziale del carattere illecito della transazione, affermando che l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali di amministratori pubblici non priva il giudice contabile della possibilità di verificare la ragionevolezza della scelta dei mezzi rispetto agli obiettivi perseguiti dall'ente, dal momento che tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità.²⁸

Vengono in rilievo, specificamente, i principi della economicità e dell'efficacia dell'azione amministrativa, il cui rispetto costituisce oggetto di un preciso obbligo giuridico per gli amministratori e i funzionari pubblici²⁹. E ciò, in coerenza con l'insegnamento della Corte di cassazione, la quale, nel delimitare l'ambito di cognizione della Corte dei conti, afferma che la citata insindacabilità non sottrae le scelte dei soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile ad ogni possibilità di controllo, e segnatamente a quello della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, potendo e dovendo la Corte dei conti verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia, rilevanti sul piano non della mera opportunità bensì della legittimità dell'azione³⁰.

Può dirsi così confermato, a tutt'oggi, il risalente orientamento per il quale, fermo restando che la natura pubblica non osta a che un ente sia legittimato a stipulare con altri soggetti, non importa se pubblici o privati, contratti di transazione per controversie in atto ovvero anche soltanto potenziali, la natura privatistica di tali negozi non esclude, di per sé, la giurisdizione della Corte dei conti sulle deliberazioni amministrative correlate ai loro concreti contenuti³¹.

²² Si vedano, *ex multis*: Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 28 aprile 2022, n. 113, in www.corteconti.it; Corte conti, sez. giur. app. Sicilia, 24 settembre 2020, n. 45, *ibidem*, secondo la quale sussiste la responsabilità amministrativa per colpa grave del medico chirurgo di un'azienda sanitaria ospedaliera per il danno erariale indiretto cagionato all'ente dal rimborso corrisposto ai familiari di un paziente deceduto a causa di una diagnosi inesatta e incompleta, a seguito di transazione civile intervenuta tra questi e l'ospedale.

²³ Corte conti, sez. riun., n. 14/2011, cit.: “l'esistenza di un'obbligazione risarcitoria e, quindi, di un debito costituente passività patrimoniale, non può dirsi che per la P.A. integri un danno certo ed attuale, tutelabile, quindi, in termine di azione di rivalsa o, *rectius*, di azione di responsabilità per danno indiretto, almeno fino a quando tale obbligazione non trovi essa stessa concreta attuazione nel soddisfacimento del terzo e, quindi, nella destinazione di risorse finanziarie pubbliche (elettivamente da considerarsi sempre acquisite e destinate al soddisfacimento di interessi ed esigenze pubbliche) a finalità di ristoro privato connesso, quest'ultimo, ad un comportamento illecito della P.A. medesima, sottraendole così alla loro naturale vocazione di perseguimento di un interesse pubblico”.

²⁴ Corte conti, sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250, in www.corteconti.it.

²⁵ Corte conti, sez. III giur. centr. app., 6 novembre 2017, n. 511, in www.corteconti.it.

²⁶ Corte conti, sez. giur. reg. Basilicata, 29 ottobre 2019, n. 49, in www.corteconti.it, secondo la quale il subentrante non può conseguire un

beneficio maggiore rispetto a quello che avrebbe avuto se fosse risultato aggiudicatario *ab initio*, sicché la sostituzione deve avvenire secondo le condizioni della gara originaria e l'offerta fatta dal subentrante in quella sede.

²⁷ Art. 1, co. 1, della l. n. 20 del 1994: “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”.

²⁸ In questo senso Corte conti, sez. giur. reg. Lazio, 19 marzo 2019, n. 135, in www.corteconti.it. Nella specie, gli amministratori di una società *in house* di trasporti non avevano adottato misure di protezione del patrimonio mobiliare e avevano stipulato transazioni “non convenienti” con la ditta fornitrice degli stessi automezzi.

²⁹ Art. 1, co. 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241: “L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”. Fa riferimento a questi principi, quali parametri di riferimento per la valutazione del contenuto dell'accordo transattivo, Corte conti, sez. giur. reg. Campania, n. 250/2012, cit.

³⁰ Cass., sez. un., ord. 22 novembre 2019, n. 30527, in www.italgiure.giustizia.it.

³¹ Corte conti, sez. I giur. centr. app., 19 giugno 2002, n. 203, in *Riv. Corte*

3. Danno e colpa grave nella transazione

Può essere utile, a questo punto, soffermarsi brevemente circa gli elementi che, in concreto, il giudice contabile (e, prima ancora, il pubblico ministero) dovrà prendere in considerazione al fine di valutare il carattere illecito, o meno, di una scelta transattiva.

Sotto il profilo oggettivo, ossia dell'esistenza del danno erariale, occorrerà compiere una valutazione circa il prevedibile esito della controversia, attuale o potenziale. Nel caso in cui quest'ultima, ove instaurata o proseguita, avrebbe portato a risultati maggiormente favorevoli per l'amministrazione rispetto alle condizioni stabilite in via transattiva, come il rigetto della domanda proposta nei suoi confronti ovvero il suo accoglimento per un importo minore di quello riconosciuto nell'accordo, si configurerà un danno pari all'intero esborso sostenuto dall'ente, ovvero alla differenza tra esso e la somma che, verosimilmente, il giudice avrebbe posto a suo carico.

Si tratta, dunque, di formulare una ipotesi, la quale richiede un'attenta analisi di tutti gli elementi, disponibili al momento del giudizio della Corte dei conti, che avrebbero potuto orientare la valutazione del giudice civile.

Nella materia che qui ci occupa, assumeranno rilievo le risultanze delle consulenze tecniche di ufficio e degli accertamenti tecnici preventivi eventualmente disposti, ma anche, prima ancora, i pareri dei comitati valutazione sinistri delle strutture sanitarie. Occorrerà tenere in considerazione, inoltre, l'orientamento della giurisprudenza, sia in ordine all'*an* che al *quantum debeatur*, nonché, a quest'ultimo proposito, i criteri legali o tabellari di liquidazione dei danni³².

Non appare significativo, invece, il contenuto della domanda risarcitoria, e in particolare l'ammontare del danno lamentato (*petitum*), nella misura in cui non sia supportato da idonei elementi dimostrativi; per cui non potrà ritenersi, *tout court*, vantaggiosa una transazione per il solo fatto che comporti l'accoglimento delle pretese del danneggiato in misura parziale, ove le stesse non trovino conforto nelle evidenze disponibili.

Sotto il profilo della colpa grave, occorrerà tener conto dei medesimi elementi, ma avendo riguardo, stavolta, al momento in cui è stata assunta la decisione di transigere e alle conoscenze delle persone che l'hanno assunta. Non potrà muoversi, pertanto, un rimprovero di negligenza inescusabile nei confronti dell'agente pubblico che abbia aderito a una proposta conciliativa, se gli elementi di valutazione di cui egli disponeva in quel momento lo hanno condotto, anche in considerazione delle sue competenze e

conti, 2002, 4, 104.

³² Secondo l'art. 7, co. 4, della l. n. 24 del 2017, il danno conseguente all'attività sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Quanto ai criteri elaborati dalla giurisprudenza, il valore "paranormativo" delle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano è stato riconosciuto dalla Corte di cassazione a partire dalla sentenza n. 12408 del 7 giugno 2011, in *Giur. it.*, 2012, 6, 1312.

³³ Corte conti, sez. II giur. centr. app., 17 febbraio 2022, n. 45, in *www.corteconti.it*, la quale si è occupata della transazione non in quanto individuata quale fatto causativo di danno erariale, ma in relazione all'eccezione del sanitario, chiamato a risarcire il danno indiretto, il quale aveva eccettuato la lesione del proprio diritto di difesa per non essere stato chiamato a partecipare alla definizione bonaria della controversia. In proposito, la decisione ha concluso che "il fatto che il medico non abbia

del suo livello culturale, a ritenerla vantaggiosa per gli interessi dell'amministrazione.

Così, per esempio, una recente decisione ha ritenuto ragionevole la definizione transattiva di una controversia in ragione del prevedibile esito del giudizio, come pronosticabile sulla base degli accertamenti compiuti prima dell'accordo: "a ben vedere, alla luce delle valutazioni tecniche, propedeutiche alla decisione di transigere, emerge un quadro assai poco rassicurante circa il pronosticabile esito fausto, per l'azienda sanitaria, di un eventuale contenzioso. A tanto si perviene considerando la tipologia e l'entità delle conseguenze che il paziente aveva subito in conseguenza di un intervento svolto senza assicurare, a fronte peraltro di una anamnesi preoperatoria tutt'altro che tranquillizzante, condizioni di sicurezza clinico-chirurgica. Mediante la valorizzazione di tutti gli aspetti della vicenda, debitamente soppesati negli apprezzamenti medico-legali compiuti, la scelta di transigere ed i termini della transazione appaiono tutt'altro che irragionevoli, rappresentando il prodotto di una ponderata e prudente valutazione"³³.

Non potrà non essere preso in considerazione, inoltre, l'affidamento riposto dall'agente pubblico nella valutazione eventualmente compiuta da altri soggetti qualificati, come l'avvocato o l'ufficio legale che assiste la struttura³⁴, ovvero lo stesso giudice che abbia formulato una proposta conciliativa³⁵.

Gli elementi di cui l'agente pubblico ha tenuto conto ai fini della propria decisione dovranno essere riportati nella motivazione del relativo provvedimento, in osservanza del relativo obbligo di legge³⁶ e per rendere di immediata evidenza la convenienza dell'opzione transattiva rispetto alla definizione giudiziale della controversia.

2.1. La responsabilità per la mancata transazione

Infine, così come può configurarsi una responsabilità amministrativa per la decisione di aderire a una transazione non vantaggiosa, così può prospettarsi la situazione inversa, nella quale l'amministrazione trascura di coltivare o rifiuta un'ipotesi di definizione bonaria di una controversia che finisce per avere un esito più oneroso rispetto alle condizioni che sarebbe stato possibile ottenere in sede conciliativa.

I parametri di valutazione saranno, anche in tal caso, quelli sintetizzati poc'anzi, con la precisazione che, per poter qualificare come gravemente colposa la scelta di non pervenire alla transazione, sarà necessario che, nel momento in cui la stessa è stata adottata, l'agente pubblico potesse disporre di elementi tali da indurlo a ritenere sostanzialmente scontato l'esito sfavorevole del contenzioso, e dunque a non avere dubbi circa la preferibilità

contribuito alla valutazione di convenienza della definizione transattiva del lamentato danno ed alla determinazione della misura del risarcimento non si ripercuote negativamente sul diritto di difesa che il sanitario può pienamente esercitare nel giudizio per responsabilità amministrativa".

³⁴ Nel senso che non sussiste la colpa grave nella stipula di una transazione effettuata dal direttore amministrativo di un'università su conforme parere dell'Avvocatura dello Stato, Corte conti, sez. II giur. centr. app., 26 giugno 2002, n. 212, in *Riv. Corte conti*, 2002, 4, 184. In altre decisioni, peraltro, si è evidenziato come il parere cui l'amministrazione aderisce debba presentare comunque un certo livello di approfondimento, non essendo sufficiente un avviso "generico ed apodittico"; così Corte conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921, in *www.italgiure.giustizia.it*.

³⁵ Art. 185-bis c.p.c.

³⁶ Art. 3 della l. n. 241 del 1990.

dell'opzione conciliativa. Appare, ad ogni modo, doverosa, da parte dell'amministrazione, una posizione di apertura a eventuali soluzioni non conflittuali, tanto più quando prospettate dal giudice, piuttosto che una "condotta volontariamente deresponsabilizzata e agnostica" potenzialmente pregiudizievole per i suoi interessi³⁷.

Merita di essere segnalata, a questo proposito, una recente pronuncia della Corte dei conti, nella quale si è affermato 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 del (...) generale principio in base al quale il limite all'insindacabilità delle scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione risiede nella «esigenza di accertare che l'attività svolta si sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici»".

Nella specie, una azienda sanitaria, resistente in un giudizio giuslavoristico, aveva ritirato la propria adesione a un accordo transattivo già raggiunto tra le parti, che avrebbe consentito un contenimento dei costi pari alla differenza tra la somma che l'ente aveva dovuto versare ai ricorrenti in esito alla soccombenza e quella, notevolmente inferiore, che era stata pattuita per definire la controversia. Individuato il danno erariale in tale importo differenziale, il giudice contabile ha ritenuto irragionevole il comportamento descritto, anche in considerazione del fatto che l'avvocato della struttura, in una nota indirizzata ai vertici aziendali, aveva espresso il proprio convincimento circa la convenienza dell'accordo e il rischio cui l'azienda si sarebbe esposta qualora la causa fosse stata definita, come poi avvenuto, con sentenza³⁸.

3. Recenti innovazioni normative

L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, in relazione al danno erariale causato da transazioni svantaggiose, è stato, di recente, oggetto di una più puntuale definizione da parte del legislatore.

La legge-delega per la riforma del processo civile prevede che il decreto legislativo che modificherà le procedure di mediazione e la negoziazione assistita dovrà rispettare, tra l'altro, il principio secondo il quale per i rappresentanti delle pubbliche amministrazioni – incluse quelle del Servizio sanitario nazionale – la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile (*rectius*, amministrativa), salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, "consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti"³⁹.

³⁷ L'espressione è tratta da Trib. Roma, ord. 25 maggio 2020, citata da Tuzzi, *op. cit.*, 42 s., ove si censura l'indifferenza di una amministrazione parte in causa 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, del d.lgs. 28/2010. Il giudice civile ha ipotizzato, quale conseguenza di tale condotta, "la possibile sussistenza di un danno erariale causato sia sotto il profilo del maggior esborso (...) 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".

³⁸ Corte conti, sez. giur. reg. Umbria, 25 febbraio 2022, n. 9, pubblicata in questa rivista. Il risarcimento del danno è stato posto per due terzi in capo al direttore generale in carica al tempo dell'ipotesi di accordo, e per un

In attesa di esaminare il testo definitivo del decreto di attuazione, si può sin d'ora osservare come la norma, evidentemente ispirata alla *ratio* di favorire le procedure conciliative, rischi di risultare insoddisfacente. A ben guardare, infatti, essa, una volta che l'agente pubblico non sia incorso in errori di diritto ovvero in una inesatta conoscenza dei fatti, non sembra consentire un giudizio di colpa grave basato sulla negligente valutazione, da parte sua, della vantaggiosità dell'accordo rispetto al prevedibile esito del giudizio. Altra novità consiste nella previsione per la quale, con riguardo ai fatti commessi dal 17 luglio 2020 e fino al 30 giugno 2023, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta, salvo che per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente⁴⁰.

La norma, dichiaratamente intesa a superare la c.d. paura della firma, ha temporaneamente abolito la responsabilità per colpa grave in relazione alle condotte commissive, lasciandola permanere per le sole condotte omissive.

La conclusione di una transazione, giudiziale o stragiudiziale, si estrinseca in una sequenza di atti amministrativi e di comportamenti attivi: il provvedimento di autorizzazione, la dichiarazione di adesione raccolta in un verbale, la sottoscrizione dell'accordo. Ciò nondimeno, ci si può interrogare se non si rientri nell'ambito dell'omissione – e quindi, del giudizio di colpa grave – quando il profilo di rimprovero attenga proprio alla mancata adozione di accorgimenti o cautele che, secondo il minimo *standard* di diligenza, avrebbero dovuto precedere quegli atti o comportamenti, come l'esame delle evidenze istruttorie, la richiesta (ove necessario) di un parere legale e così via. È invece sicuro che la responsabilità per colpa persiste per i comportamenti omissivi di altri organi, solitamente investiti di funzioni consultive, che hanno fornito un contributo causale alla decisione di transigere, come, ad esempio, la mancata formulazione di rilievi, da parte dell'ufficio legale, in relazione a uno schema di accordo, svantaggioso per l'amministrazione, che il dirigente competente abbia sottoposto a esso per eventuali osservazioni.

Quanto alla mancata transazione, occorre necessariamente una valutazione caso per caso. Se non vi è dubbio che la mancata risposta a una proposta di accordo, ovvero la mancata adozione di una iniziativa in tal senso, costituiscano omissioni, la qualificazione non è altrettanto pacifica quando la volontà di non venire a patti sia esplicitata in un rifiuto contenuto in un atto formale o in una comunicazione indirizzata al proponente.

terzo in capo allo stesso avvocato, dirigente dell'unità organizzativa affari legali. Secondo la Sezione, il primo si era disinteressato del processo in generale e, specificamente, della comunicazione del difensore in merito alla convenienza dell'ipotesi transattiva. Il secondo, pur avendo fornito tale avviso, avrebbe dovuto "attivarsi con maggior premura, se del caso sollecitando ulteriormente i vertici aziendali (...); la formalizzazione di una mera comunicazione, la quale sembra abbia avuto essenzialmente lo scopo di precostituire una circostanza da voler utilizzare a propria discolpa, non può infatti ritenersi sufficiente né adeguata".

³⁹ Art. 1, co. 4, lett. g) della l. 26 novembre 2021, n. 206.

⁴⁰ Art. 21, co. 2, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120. Per un commento, tra le trattazioni più recenti, BOLOGNINO, *L'elemento soggettivo: dolo e colpa grave (evoluzione normativa e giurisprudenziale)*, in BOLOGNINO-BONURA-CANALE (a cura di), *op. cit.*, 103 ss.

In dottrina, peraltro, non si è mancato di evidenziare il rischio che la norma, per come è formulata, induca il personale chiamato a valutare la convenienza della definizione stragiudiziale a optare per quest'ultima, piuttosto che ad attendere lo sviluppo del giudizio. Una simile tendenza, tuttavia, potrebbe ripercuotersi sul personale sanitario convenuto nel giudizio di risarcimento insieme all'azienda sanitaria, il quale potrebbe vedersi addossato il prevalente peso economico dell'episodio lesivo⁴¹.

⁴¹ IADECOLA-MACRI-VALLEGA-VENTURA, *op cit.*, 1791 s.