

Giudice contabile e decisione amministrativa di transigere: fra burocrazia difensiva e rischi percepiti

di Valentina Giomi

SOMMARIO: 1. Soluzione transattiva della conflittualità amministrativa vs burocrazia difensiva. – 2. Lo spazio discrezionale come presupposto per la (possibile) decisione transattiva. – 3. La decisione pubblica di transigere. – 4. La scelta pubblica di transigere ed i confini del sindacato contabile. – 5. Burocrazia difensiva, effetti sulle scelte transattive della p.a. e recenti antidoti normativi. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Soluzione transattiva della conflittualità amministrativa vs burocrazia difensiva*

Nell'ultimo decennio gli elementi che compongono la prevalenza delle scelte amministrative adottate all'esito di un percorso ponderativo¹, hanno subito una significativa modificazione che ne ha alterato la quasi totalità degli elementi strutturali originari, spostando (ma non diminuendo) gli equilibri delle responsabilità pubbliche, almeno sotto il profilo della percezione che di esse sviluppa l'amministrazione.

Sotto il primo aspetto è possibile notare che con sempre maggiore frequenza la decisione amministrativa², che costituisce il punto di formale emersione del volere pubblico³, trae origine, nel contesto attuale, da valutazioni discrezionali

¹ L'impiego di tale espressione presuppone il rinvio a M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, alle cui elaborazioni giuridiche in tema di discrezionalità ci si riferisce. Una interessante rilettura della discrezionalità amministrativa attualizzata ai nodi problematici dell'amministrazione che può rilevare con riferimento al tema qui indagato è offerta da G. D. COMPORI, *Il coraggio di amministrare*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoa*, II, Napoli, 2020, qui 119-120, il quale nel precisare che se "l'area della discrezionalità consustanziale alla funzione è assai ampia e copre qualunque scelta operativa rimessa all'amministrazione agente", rileva come "nella realtà delle cose, veri e propri vincoli emergono nel corso dell'azione burocratica, ovvero sono da essa stessa alimentati e creati", per concludere con acutezza che "il campo di intervento della burocrazia è, dunque, costellato di possibilità di scelta che corrispondono allo sviluppo della razionalità attivata per fronteggiare il problema sul tappeto, mentre i tanti asseriti vincoli di cui si alimentano pretese riforme moralizzatrici dei costumi pubblici, o atteggiamenti burocratici rinunciatari alla responsabilità del confronto creativo con i fatti della vita, o ancora dietro a cui si nascondono prassi giudiziarie inclini a confrontarsi solo indirettamente e da remoto con i termini fattuali della vicenda controversa, appaiono soltanto alibi immaginari che non risolvono alcunché".

² Per l'espressione impiegata, qui nel significato evocativo di un paradigma di un percorso giuridico decisionale caratterizzante la formazione e l'esternazione della volontà dell'amministrazione, vedi L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 1.

³ Sul ruolo della legge e sulla modalità di definizione normativa dell'interesse pubblico in relazione al contesto entro cui opera l'attribuzione del potere, vedi C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1998, 130; ricostruisce la parabola (involutiva) della qualificazione legislativa dell'interesse prevalente identificato dalla norma attribu-

sempre più delicate e complesse⁴, sia in ragione dello sfumare dell'interesse primario previsto dalla norma⁵, sia in ragione dell'affermarsi⁶ di nuovi strumenti

tiva del potere e il progressivo depotenziamento della primazia legislativa nella suddetta selezione, S. TORRICELLI, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità: per introdurre una riflessione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, a cura di S. TORRICELLI, Torino, 2018, 9-10 e s.

⁴ Pur limitandosi ad un breve cenno, merita ricordare come la decisione pubblica maturi sempre più spesso nell'ambito di valutazioni supportate dalla tecnica, dalla tecnologia e dalla scienza: ciò arriva ad invertire il rapporto fra tali indicazioni e la scelta amministrativa finale; la crescente complessità delle vicende socio-economico-sanitarie e la progressiva incapacità decisionale dell'amministrazione di giungere ad una scelta maturata all'interno del perimetro organizzativo che ne connota la funzione, ha trasformato il supporto scientifico ed il supporto tecnico e tecnologico, da strumenti di ausilio della ponderazione degli interessi riservata all'amministrazione a componenti attivi di una decisione ad essi affidata o da essi orientata. Senza pretesa di esaustività e mantenendo distinte le questioni, sul tema del rapporto fra tecnica ed amministrazione, vedi W. GIULIETTI, *Tecnica e politica nelle decisioni amministrative "composte"*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 327 e, sotto diversa prospettiva, per l'ingresso di elementi scientifici come compartecipi o costitutivi delle scelte amministrative, F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi*, 20, 2021, 126 ed ivi per ulteriori riferimenti dottrinari sul tema. Un diverso fenomeno è poi quello dell'impiego, nel processo decisionale, di strumenti tecnologici cui affidare (o su cui fondare) segmenti della decisione amministrativa: si è al riguardo ipotizzato, con riguardo alle decisioni automatizzate o robotizzate, una nuova forma di legalità, cosiddetta algoritmica, della quale si sono indagati presupposti e conseguenze sul piano della tutelabilità, vedi A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della legalità algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019, 1149 ed E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, 273.

⁵ In particolare, sull'ampiezza del compito ponderativo dell'amministrazione e sulla progressiva difficoltà di affinare l'interesse pubblico astratto individuato dalla norma in rapporto all'interesse pubblico concreto emerso dall'istruttoria procedimentale, anche in rapporto ai diversi interessi tutelati dall'ordinamento e meritevoli di valutazione, vedi M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 95; la difficoltà di finalizzare, in concreto, la scelta pubblica in relazione all'interesse astratto normativamente previsto, si arricchisce di ulteriori elementi problematici in relazione alla progressiva emersione di valori costituzionali che contribuiscono a costruire nuovi obblighi di azione per la pubblica amministrazione e che rendono faticosa l'elaborazione della regola del caso concreto: un rischio che impatta sia sull'ampiezza della discrezionalità della p.a., sia sulla profondità del sindacato del giudice amministrativo, su cui vedi, per i diversi profili evocati, G. D. FALCON, *Il diritto amministrativo e i principi*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2016, 191 e A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione*, in *Eccesso di potere e altre tecniche*, a cura di S. TORRICELLI, cit., 41.

⁶ Che si tratti di un perfezionamento e non di una assoluta novità è in parte comprovato dall'esistenza di (per il vero antesignani) studi sull'informatizzazione dell'amministrazione e sull'impatto dei sistemi informatici sulla decisione pubblica contemporanei all'ingresso della legge sul procedimento amministrativo, vedi A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993; tuttavia il ritardo con cui l'idea dell'impiego di strumenti informatici non soltanto per supportare la decisione amministrativa, ma vieppiù per orientarla, è penetrata nell'ordinamento italiano non impedisce di ricordare che la questione ha radici antiche, già presenti ed indagate nell'ordinamento tedesco dalla metà degli anni '50 del secolo scorso, cfr., fra alcuni dei molti studi, K. ZEIDLER, *Über die Technisierung der Verwaltung: eine Einführung in die juristische Beurteilung der modernen Verwaltung*, Heidelberg, Müller, 1959, 18; H.P. BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung*

non giuridici (ma giuridicizzabili)⁷ a supporto della scelta condotta o a determinazione della scelta condotta⁸.

Sotto il secondo profilo è utile precisare, poi, come la modifica degli elementi che compongono il processo decisionale pubblico non abbia alleggerito le ricadute misurabili, sul piano interno all'amministrazione decidente, in termini di effetti a quest'ultima imputabili in rapporto alla complessa rete di responsabilità pubbliche tracciate dal legislatore⁹.

Proprio in relazione a quanto appena affermato diviene interessante soffermarci sugli effetti generati, in termini di proiezione del rischio, dal possibile intervento degli strumenti giuridici di verifica della crescente e multifunzionale responsabilizzazione dei decisori pubblici¹⁰, chiamati a misurarsi con realtà articolate e con principi dai confini giuridici sfumati¹¹.

der Verwaltung, II ed., Hamm, Grote, 1964, 67; S. SIMITIS, *Automation in der Rechtsordnung, Möglichkeiten und Grenzen*, Heidelberg, Müller, 1967, 23; di recente la questione è stata ulteriormente approfondita da E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *P.A.*, 1, 2021, 495.

⁷ In particolare si veda, per la costruzione di una legittimazione costituzionale ai nuovi strumenti utilizzati nella decisione amministrativa, A. SIMONCINI, *Profili costituzionali*, cit. 1152 e ss.

⁸ In tale prospettiva, dove l'elemento tecnologico incide nella decisione al punto da costituire la trama portante, tanto da orientare *ab origine* il potere di decidere, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, cit., 273; su tali temi, di recente vedi anche M. TRESCA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, e, con particolare riguardo alla difficile conciliazione tra potere discrezionale e intelligenza artificiale, M. SIMONCINI, *L'agire provvedimento dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, entrambi in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2021, risp. 545 e 529.

⁹ È sufficiente scorrere l'attuale versione della legge sul procedimento amministrativo per rilevare come l'incremento di nuovi compiti amministrativi responsabilizzanti, introdotti a seguito di numerose modifiche normative, abbia impattato direttamente sulla figura del responsabile del procedimento, avvicinandolo ad un ruolo di pre-decisore e così accentuandone i profili collegati alle connesse responsabilità decisionali; in merito, per ripercorrere tale evoluzione, si vedano G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, a cura di F. TRIMARCHI BANFI, Milano, 1990, 90; M. RENNA, M. SGROI, *Il responsabile del procedimento*, in *Legge 7 agosto 1990 e ordinamenti regionali*, a cura di G. PASTORI, Padova, 1995 e, in termini di confronto, con particolare riferimento a quegli studi che si soffermano sull'accentuazione della componente della responsabilizzazione nell'esercizio dei compiti pubblici assegnati a tale figura, M. IMMORDINO, M. C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2011, 434; A. MAVELLI, *La responsabilità per il procedimento tra organizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive del privato*, Roma, 2006 e S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento: evoluzione storica e prospettive della figura*, in G. PAGLIARI (a cura di), *Scritti in onore di F. Bassi*, Napoli, 2015, I, 300; da ultimo prospetta una ipotesi di responsabilità funzionale nella figura del responsabile del procedimento, R. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. amm.*, 2, 2021, che proprio in tale prospettiva analizza le conseguenze di tale responsabilità personalizzata.

¹⁰ Per un approfondimento su questo specifico aspetto G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione, e contrasto, alla cattiva amministrazione: una "mitologia giuridica" da decostruire alla luce dei dati quantitativi di riferimento*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti del Convegno preliminare AIPDA tenutosi nell'Università degli Studi di Bergamo il 7 giugno 2016*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, 2016, 47.

¹¹ Per la prospettiva da ultimo evocata, con particolare riferimento al diverso atteggiarsi

In particolare si tratta di indagare se e come l'amministrazione oggi, nel valutare, *ex ante*, le possibili ricadute dei propri processi decisionali, misurabili, in modo diretto o indiretto, sotto il profilo dell'impatto economico sul piano delle pubbliche risorse¹², abbia aggiunto uno specifico ed ulteriore elemento di ponderazione, cui attribuisce un rilievo primario: il rischio (delle conseguenze) della scelta.

L'aggiunta di tale ulteriore elemento di ponderazione, destinato a rilevare nella decisione finale da adottare, non è qualcosa di nuovo¹³.

È, piuttosto, il risultato della trasformazione di un elemento di valutazione materiale già presente in passato – seppur precedentemente collocato dall'amministrazione su un piano di rilevanza fattuale in concorso con gli altri elementi a rilievo giuridico – in un distinto e separato fattore giuridico capace di orientare l'esito della decisione finale.

La ponderazione a fini giuridici del rischio connesso alle ricadute economiche, per l'amministrazione, scaturite dal contenuto della scelta pubblica di prossima adozione va, così, ad arricchire il quadro valutativo originario appena descritto, che rappresentava una invariante già di per sé complessa¹⁴.

Non si è mai dubitato che ogni scelta pubblica varata attivasse strumenti di

dell'amministrazione e del decisore politico nella scelta della migliore modalità di soddisfacimento di bisogni collettivi a crescente complessità, in un quadro di principi che pongono al centro valori come la precauzione, la prevenzione e la responsabilità etica, vedi L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018.

¹² La corrispondenza fra l'aumento dei compiti pubblici e l'incremento delle ipotesi di responsabilità pubblica comporta l'ingresso di profili nuovi, nella valutazione dell'impatto delle decisioni da adottare sulle risorse finanziarie generali, che l'amministrazione competente è chiamata a condurre; in particolare, dopo la legge 11 settembre 2020, n. 120, tale valutazione si arricchisce di un significato cogente e di accresciuti elementi di responsabilizzazione pubblica in relazione alla corretta gestione di quelle specifiche risorse destinate agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale, laddove si prevede, ai sensi dell'art. 22, che "la Corte dei conti, anche a richiesta del Governo o delle competenti Commissioni parlamentari, svolge il controllo concomitante di cui all'articolo 11, comma 2, della legge 4 marzo 2009, n. 15, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale" e, soprattutto, che "l'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure amministrative e contabili, è immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale".

¹³ Se, tuttavia, non è nuovo il fenomeno, è invece nuova l'attenzione con cui la dottrina ne indaga i molteplici effetti, avendo riguardo ai differenti ambiti in cui essi possono attivare conseguenze giuridiche di non poco momento: per un approfondimento specifico al tema, riletto nella sua complessità, vedi *Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2021 ed ivi i contributi dei molti A.

¹⁴ Ai singoli fattori di complessità decisionale dapprima indicati si aggiunge, infine, un ulteriore elemento valutativo che si pone come presupposto generico per ogni tipo di scelta pubblica, che, come osservato in dottrina, può rappresentare o un ausilio strumentale allo sviluppo decisionale, così R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. e soc.*, 4, 2017, 647, oppure un nuovo modello di composizione della decisione pubblica, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

controllo ed inneschasse possibili meccanismi di responsabilità amministrativa, pertanto la pubblica amministrazione è sempre stata pienamente consapevole della rilevanza giuridica del possibile nocimento arrecato all'interesse finanziario dell'ente dall'illecito o non corretto¹⁵ esercizio dei compiti pubblici connessi all'esercizio della funzione amministrativa.

Ciò che invece oggi pare aver subito un processo di metamorfosi è identificabile con il diverso modo di pesare, all'esito della decisione finale, la proiezione sul piano giuridico delle ipotizzate conseguenze economiche generate dall'assetto definito al termine del processo decisionale in corso.

L'approdo di tale mutazione consiste, come premesso, nell'aver voluto dare una consistenza giuridica puntuale ad un ipotetico rischio immaginato con riguardo alla proiezione delle (possibili) conseguenze scaturite dalla generazione degli effetti collegati all'oggetto della scelta maturata.

L'amministrazione si prefigura, quindi, un possibile scenario di impatto della decisione che rappresenta il frutto dell'esercizio del proprio doveroso potere¹⁶ e trasforma questa proiezione in un elemento di valutazione da bilanciare con gli altri¹⁷.

Il problema sorge quando tale elemento di valutazione, da mero parametro comparativo-orientativo della scelta discrezionale¹⁸, si trasforma in elemento trascinante della scelta finale, acquisendo un ruolo determinante nella creazione della regola del caso.

Quando la auto-valutazione anticipata delle (ipotizzate) conseguenze di future scelte amministrative da adottare (o da non adottare) sconfinava oltre la naturale ponderazione dei differenti interessi in gioco, si apre la strada a quella che la dottrina amministrativistica, su mutazione di una felice formula coniata in ambito medico, ha definito come "amministrazione difensiva"¹⁹.

¹⁵ Il parametro evocato impone di ampliare la valutazione dell'attività amministrativa anche in rapporto al rispetto di ulteriori parametri di legalità definiti da nuovi regolatori del potere pubblico, investiti dal legislatore mediante strategie differenti, per rispondere ad esigenze differenti (volte, ad esempio, ad intercettare interessi alla legalità che si sviluppano intorno a fenomeni di malamministrazione), vedi, per questa prospettiva S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in P. A., 2018, 59; e più in generale su questi temi, AA. VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del convegno annuale*, Roma 7-8 ottobre 2016, Napoli, 2017.

¹⁶ La doverosità del potere non incide sul contenuto della scelta, che può, nel merito, tradursi in un provvedimento positivo o negativo per il privato destinatario dell'azione amministrativa; può però costituire, a sua volta, un elemento autonomo da valutare, atteso che la pubblica amministrazione potrebbe anche decidere di non decidere, ritenendo minore l'impatto "dell'opzione zero" rispetto all'ipotesi decisionale piena.

¹⁷ Ciò secondo il noto insegnamento gianniniano per il quale il potere di scelta presuppone una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati fra loro concorrenti e da soddisfare in rapporto al valore che "l'autorità ritiene abbia", cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 72 e ss.

¹⁸ In modo critico, evidenzia i mobili confini della discrezionalità in rapporto al depotenziamento del principio di legalità F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011.

¹⁹ Efficacemente, sul punto, vedi G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli ammi-*

A confermare l'esistenza di un generalizzato "timore del decidere" milita la costante crescita del mercato di polizze assicurative stipulate dai dipendenti pubblici²⁰ di ogni amministrazione ed in modo trasversale²¹.

La formula "amministrazione difensiva", ben analizzata da alcuni recenti studi che si sono dovuti cimentare nel non semplice compito di tradurre in termini giuridici un fenomeno psicologico dai confini incerti e dalle conseguenze spesso sottovalutate²², racchiude una pluralità di significati.

Per maggiore praticità, essa può qui essere efficacemente rappresentata facendo leva sull'aspetto più recondito e problematico del suo profilo negativo, il quale mette in luce la possibile distorsione delle scelte pubbliche in conseguenza della proiezione di future (ed incerte) forme responsabilità per l'agire pubblico²³.

nistratori e dei dipendenti pubblici, in *Analisi giur. econ.*, 1, 2020, qui 117-118, che, traslando sul piano dell'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione la originaria logica dell'aggettivazione della scienza medica in termini di attività difensiva, giunge a raffigurare la burocrazia difensiva come "il calcolo della scelta che minimizza il rapporto "rischio-decisione amministrativa"; ciò in un contesto in cui "l'attenzione al calcolo dei rischi derivanti da ciascuna delle plurime scelte amministrative" affidate alle singole competenze pubbliche è massimo e finisce con il divenire l'unico parametro della scelta finale.

²⁰ Va ricordato, però, che, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 3, comma 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il premio assicurativo che pone al riparo dal rischio di danno erariale, è corrisposto per intero dal funzionario/dipendente assicurato e non può essere posto a carico dell'ente pubblico, al quale è fatto divieto, a pena di nullità, di sottoscrivere contratti assicurativi per i propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile.

²¹ Colpisce, infatti, che a stipulare polizze assicurative non siano più soltanto funzionari nella posizione apicale e chiamati ad operare nell'ambito di alcune aree amministrative dove massime sono le responsabilità correlate alla tipologia di mansioni esercitate, bensì ogni funzionario e dipendente che, a prescindere dal ruolo ricoperto e dalla mansione esercitata, percepisca un elevato tasso di rischio nello svolgimento delle "normali" attività amministrative; a conferma di quanto affermato si può osservare come la crescita del mercato assicurativo delle attività pubbliche si sviluppi in modo rilevante proprio nell'ambito delle autonomie locali e fra quelle attività dove la necessità di svolgere compiti a contenuto tecnico è percepita come fattore moltiplicatore del rischio dell'impatto della decisione adottata, vedi ampiamente V. ITALIA, *La responsabilità amministrativa nell'Ente locale*, Milano, 2020, ma anche già S. LAZZINI, *I nuovi bisogni assicurativi nelle attività tecniche*, Rimini, 2013.

²² Al contrario, per una lettura che non si limiti a stigmatizzare la fenomenologia esistente in relazione agli effetti generati dalla "cattiva cultura dell'amministrazione" su un piano economico di più ampia dimensione (per contesto e per incisività delle conseguenze), ma che ne ripercorra le cause in cerca di possibili soluzioni future praticabili, vedi M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 187.

²³ Secondo S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in *Annuario AIPDA 2016. Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del Convegno annuale* (Roma, 7-8 ottobre 2016), Napoli, 2017, 353 fra le cause della cattiva amministrazione, esaminata su un piano morfologico, vanno annoverati i "vincoli di fonte giudiziaria, che producono meno risultati concreti e più sconcerto", restituendoci un'amministrazione "terrorizzata": l'immediatezza dell'immagine descrittiva del fenomeno è evocativa della relativa gravità.

L'approdo terminale della anticipazione di tale suddetto rischio si articola in una duplice manifestazione ad intensità degradante: a decrescere, si può assistere ad una "paralisi del fare", oppure all'adozione di una scelta amministrativa differente da quella astrattamente attesa ed auspicata.

Da un lato, quindi, si ha un imponente rallentamento decisionale che può arrivare fino all'assenza di decisione, dall'altro si ha una distrazione della decisione verso finalità più individualistiche che pongano il decisore pubblico al riparo da eventuali disutilità derivanti dall'attivazione di meccanismi di responsabilità e controlli.

Entrambe le ipotesi sono la spia di un malfunzionamento della macchina amministrativa e sono foriere di conseguenze destinate a ricadere sull'intera collettività, in termini di costo sociale in rapporto all'interesse pubblico²⁴.

La cosiddetta "paura della firma" non va poi confusa con la naturale cautela che assiste il decisore pubblico nella elaborazione di scelte ontologicamente complesse, ad elevata difficoltà (anche) tecnica e dall'esito incerto: una cosa, infatti, è l'esistenza (ineliminabile) di un rischio oggettivo (anche di perdite economiche per l'amministrazione di appartenenza) connaturato al grado di specialità / delicatezza richiesto per la predeterminazione di determinate scelte amministrative che presuppongono adeguate professionalità pubbliche²⁵; altra cosa è il suo riflesso in termini di percezione soggettiva da parte del decisore pubblico, specialmente allorché il diffuso disallineamento fra competenze disponibili e professionalità richieste dai modelli economici e produttivi adottati al livello nazionale, impegna i decisori finali in una sfida impari²⁶.

²⁴ Su questo aspetto si veda C. E. GALLO, *Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione*, in *Annuario AIPDA 2016*, cit., 143, che richiama ad un corretto funzionamento del criterio di "socializzazione del danno" per scongiurare che il moltiplicarsi di forme di responsabilità sanzionatorie aggiuntive alla responsabilità amministrativa "ordinaria", generi l'effetto di esporre l'amministrazione al rischio di una "responsabilità continuativa e senza limiti".

²⁵ A tale grado di elevata specializzazione della scelta amministrativa, generalmente si associa (o dovrebbe associarsi) l'elevata professionalizzazione richiesta in capo al funzionario chiamato ad adottare quella scelta; sul tema, non nuovo, vedi già S. CASSESE, *A che serve la formazione dei dipendenti pubblici?*, in *Pol. dir.*, 1989, 432; oggi, in una prospettiva attualizzata, ma sempre in termini critici, con particolare riferimento a L. SALTARI, *La formazione e la selezione dei dirigenti pubblici nell'ordinamento statale, negli ordinamenti regionali e negli altri Stati*, in *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, a cura di B. G. MATTARELLA, Roma, Edizioni SSPA, 2010.

²⁶ Il tema è centrale anche nell'ambito delle nuove prospettive di riforma della p.a. varate con il secondo PNRR approvato dal Governo Draghi: indispensabile per riacquistare "la capacità di implementare investimenti pubblici e privati" e per "fornire strutturalmente beni e servizi pubblici adeguati alle esigenze di cittadini e imprese", oltre che per "realizzare in maniera efficace ed efficiente i progetti di riforma e di investimento previsti dal Piano", diviene agire dall'interno e dall'esterno, risolvendo il vuoto creato dal mancato ricambio generazionale e colmando il gap della inappropriata competenza, atteso che soltanto una "capacità amministrativa stabile e strutturata" può assicurare la ripresa economica del sistema-Paese. Adeguamento delle competenze, percorsi di selezione delle persone che consentano di reclutare le migliori professionalità, formazione del personale per mantenere elevati standard di qualità costituiscono le leve di forza dell'intero disegno riformatore.

Sotto un diverso aspetto, infine, il progressivo potenziamento del ruolo di (pre) decisore del responsabile del procedimento²⁷, se, da un lato, ne esalta la dimensione costruttiva nei confronti della decisione finale²⁸, dall'altro disvela una forma di responsabilità funzionale connessa alla soggettivizzazione della figura, con ciò implementando la personalizzazione della decisione a scapito di possibili forme di de-responsabilizzazione mediante il ricorso a coperture organizzative²⁹.

Pertanto, pur essendo sempre in presenza di un generale rischio connaturato all'esercizio di qualunque attività amministrativa volta alla costruzione di una decisione amministrativa³⁰ la quale, a gradazione differenziata, innesca precisi percorsi di responsabilità pubbliche³¹, investendo la Corte dei conti della funzione giurisdizionale a tutela delle risorse erariali³², non è sempre semplice misurare ed isolare la quota di rischio "reale" da quella di rischio "percepito"³³.

²⁷ Si veda, in tale direzione, R. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, cit., qui 392 e s., del quale si condividono le conclusioni raggiunte, anche in relazione ai profili qui rilevanti per la prospettiva analizzata: in tale senso si propende per la valorizzazione del ruolo del responsabile del procedimento sia come figura di coordinamento organizzativo che, soprattutto, come costruttore del nucleo essenziale della decisione e attualizzatore dell'interesse pubblico dell'amministrazione procedente all'esito della ponderazione della pluralità degli interessi confliggenti.

²⁸ In tale senso, come già osservato, anteriormente alle recenti modifiche della figura del responsabile del procedimento ad opera delle ultime novelle, da A. TRAVI nella *Relazione introduttiva*, in AA. VV., *L'attuazione della legge n. 241/1990*, Atti del convegno di Macerata, 21-22 giugno 1996, Milano, 1997, 69, la correlazione fra responsabilità dell'istruttoria e contenuto del provvedimento finale costituisce un nesso connaturato all'idea che presiede alla stessa figura del responsabile.

²⁹ Sulle criticità connesse alla de-responsabilizzazione della figura del responsabile del procedimento in conseguenza della mancanza di una adeguata responsabilità funzionale che leghi l'organizzazione alla fase applicativa del procedimento, A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e problemi*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677.

³⁰ Il punto, ma in relazione alla prospettiva prescelta dall'A., è approfondito da M. CAFAGNO, *La stima di perdite e vantaggi occorrente all'accertamento del danno erariale tra atto ed attività*, in *Giust. Amm.*, 2012, 9.

³¹ Sul tema, ampiamente S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 53.

³² Per una rilettura attualizzata, ma sempre necessaria, della Corte dei conti come giudice speciale funzionalizzato alla tutela delle risorse pubbliche, M. ANDREIS, *La giurisdizione contabile nella prospettiva storica: tra controllo e tutela*, in *Cattiva amministrazione*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 9.

³³ Tale prospettiva è quella prescelta da G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, nella puntuale indagine casistica condotta per analizzare lo squilibrato rapporto, nell'agire pubblico, fra la misura del rischio reale occorso, che deriva da fattispecie di responsabilità amministrativa concretamente accertabili (e accertate) in sede giuscontabile con le modalità proprie di questo giudice, e la misura del rischio percepito, che deriva dalla proiezione, non sempre corretta, delle suddette responsabilità per come l'agente pubblico se le rappresenta; una conferma di quanto rilevato è rinvenibile anche dalla differenza fra il numero di indagini avviate dalle Procure regionali ed il minor numero dei rinvii a giudizio del giudice contabile, cui corrisponde un numero ancora decrescente di pronunce di condanna, per un ammontare complessivo di somme da versare a titolo risarcitorio ulteriormente decurtato per effetto del potere riduttivo del giudice contabile e per la *compensatio lucri cum damno*.

In altri termini: il disallineamento fra l'effettivo rischio di rispondere del proprio operato – a titolo di responsabilità amministrativo-contabile – concretamente posto a carico di funzionari e dipendenti ed il timore, non realistico³⁴, di dover rispondere dell'idea di un maggior rischio, si ripercuote in modo negativo e condizionante sull'esercizio dell'attività amministrativa, inducendo ad un agire pubblico cauto e fin troppo prudentiale.

2. *Lo spazio discrezionale come presupposto per la (possibile) decisione transattiva*

Tracciate tali premesse è possibile ricondurre il problema del corretto inquadramento della “amministrazione difensiva” ad una maggiore nitidezza: se per un numero sempre crescente di scelte amministrative, non sempre caratterizzate da elevato tasso di complessità ponderativa³⁵, la percezione di un timore decisionale diventa una componente stabile del processo decisionale, l'agire amministrativo, già complicato, in negativo, dall'instabilità normativa, dall'incertezza degli effetti³⁶ e dai limiti all'esercizio delle funzioni³⁷, ne risulterà inevitabilmente influenzato.

Lo sforzo maggiore diviene, allora, quello di riportare il fenomeno descritto entro confini giuridici adeguati.

La corretta trasposizione giuridica di tale atteggiamento psicologico ha spinto ad interrogarsi sulla delimitazione del concetto di “amministrazione difensiva” attraverso la enucleazione di specifiche fattispecie in cui si inverte; ad isolare le

³⁴ Lo scarso realismo dell'ipotizzata funzione deterrente del giudice contabile induce parte della dottrina a rileggere la funzione preventiva del giudizio contabile attraverso la decostruzione di una “mitologia giuridica”, cfr. G. BOTTINO, *La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione, e contrasto, alla cattiva amministrazione: una “mitologia giuridica” da decostruire, alla luce dei dati quantitativi di riferimento*, in *Cattiva amministrazione*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 47.

³⁵ La compressione del tasso di discrezionalità delle scelte amministrative ha differenti matrici e può avvenire attraverso distinte tecniche; quanto all'ultimo aspetto, stando ad un recente distinguo operato dalla dottrina, la determinazione legislativa dello spazio decisionale dell'amministrazione è diversamente ripartita fra tecniche di attribuzione dirette o indirette, cfr. S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento*, in *P.A.*, 1, 2018, 59; quanto al primo profilo, non va dimenticata la centralità del diritto europeo, in grado, ad esempio, di condizionare le scelte di politica legislativa nazionali idonee a configurare ipotesi di decisione semplificata, laddove, per una maggiore garanzia di concretezza ed effettività del rispetto dei principi europei, sia ritenuto più opportuno richiedere un percorso procedimentale predisposto allo sviluppo della discrezionalità ponderativa, su tale punto, in particolare, G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 265, la cui analisi della ratio sottesa al problema prospettato rimane attuale anche a contesto normativo mutato.

³⁶ Per una lettura in chiave critica dell'attuale immagine della p.a., vedi *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Astrid*, n. 6/2021.

³⁷ Per una ricostruzione trasversale dei principali limiti al corretto svolgimento delle funzioni amministrative, *I nodi della pubblica amministrazione*, a cura di L. TORCHIA, Napoli, 2016.

cause che inducono una simile risposta amministrativa³⁸ e, infine, ad ipotizzare alcuni rimedi per arginarne le ricadute negative sull'interesse pubblico³⁹.

Il quadro emerso è, nel complesso, piuttosto preoccupante.

Gli effetti generati, sull'intero processo decisionale amministrativo, dal legame fra percezione del rischio e conseguente mutamento delle scelte condotte in sede di esercizio dell'attività amministrativa, non sono di poco momento.

L'evidenza è piena in alcuni settori dell'agire pubblico nei quali più immediato è il legame con l'impiego di risorse pubbliche⁴⁰, in considerazione del fatto che il destinatario dell'esercizio del potere pubblico è spesso un operatore economico che agisce sul mercato ed in regime di mercato (concorrenziale).

Tuttavia l'effetto non è meno impattante in altri settori nei quali più sfumata è l'entità del possibile danno erariale connesso alla responsabilità amministrativo-contabile esigibile per quell'attività decisionale, perchè l'impegno economico dell'amministrazione deriva da scelte spesso coperte da valutazioni di merito, quindi difficilmente sindacabili in sede giuscontabile⁴¹.

³⁸ In realtà sembrerebbe più corretto parlare di "reazione amministrativa", riservando la escludendo che

³⁹ Il tema è ampiamente trattato da S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 293.

⁴⁰ Il punto è analizzato anche da M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 35, per il quale un antidoto alla "tossina dell'amministrazione difensiva" potrebbe essere proprio una lettura degli scopi delle norme orientata agli effetti, così da stimolare un'azione adeguata.

⁴¹ All'art. 1, comma 1, legge 14 gennaio 1994, n. 20, si legge infatti che rimane esclusa dall'accertamento della personale responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti per fatti e omissioni commessi con dolo o con colpa grave, l'indagine nel merito delle scelte discrezionali, che si profilano sempre insindacabili: tale previsione è stata introdotta nell'ottica di evitare che il magistrato, attraverso il sindacato delle scelte discrezionali, realizzi una valutazione nel merito e si trasformi in amministratore, travalicando così lo spazio di azione definibile come riserva di amministrazione (Atti seduta della Camera dei Deputati 18 dicembre 1996, n. 109, nonché Corte dei conti, Sez. I d'App., sent. n. 292, del 23 settembre 2005, Cass. Sez. Un. 29 gennaio 2001, n. 33); precisa ulteriormente la giurisprudenza contabile, che "l'agire libero degli amministratori e dipendenti pubblici entro gli spazi normativamente assentiti, si traduce in una condotta giuridicamente consentita, perciò in un requisito positivo del comportamento, finalizzato a tradurre una scelta, tra più opzioni di merito tutte ugualmente lecite e legittime, in un provvedimento decisorio destinato all'attuazione di un determinato fine di pubblico interesse, rispondente alla causa del potere esercitato", Corte conti, I centr. App., 29 marzo, 2019, n. 61. Per circoscrivere la portata preclusiva di tali limiti entro lo stretto necessario, la giurisprudenza ha costantemente precisato che "La disposizione circa l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude, nel giudizio contabile, la valutazione delle scelte discrezionali che, eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinano nell'arbitrio e siano perciò viziate da illegittimità per eccesso di potere, è consentita la piena sindacabilità delle scelte discrezionali quando si sia agito in contrasto con prescrizioni dell'ordinamento disattendendo in modo palese canoni di razionalità e di adeguatezza funzionale; l'oggetto del giudizio può riguardare la razionalità e congruità dell'azione amministrativa nonché il corretto perseguimento dell'interesse pubblico" (*ex multis*, C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 7 gennaio 2004, n. 1; C. conti, sez. II giur. centr. app., 19 novembre 2003, n. 320/A).

Al riguardo, poi, mentre nel primo caso, anche in ragione della rilevanza del fenomeno sull'assetto economico del nostro Paese⁴², l'attenzione del legislatore è stata massima e si è cercato, con interventi continui, di arginare, in via preventiva, il rischio della burocrazia difensiva ora riducendo la portata della responsabilità amministrativa attraverso la contrazione dell'ampiezza della discrezionalità⁴³ ora introducendo forme tipizzate di responsabilità sanzionatoria⁴⁴, nel secondo caso, al contrario, la gestione legislativa dell'impatto della burocrazia difensiva è stato sottovalutato o non adeguatamente delimitato.

Ciò anche in ragione della minore frequenza con cui l'amministrazione compie questo tipo di scelte amministrative caratterizzate da una certa sporadicità in ragione della peculiarità del contenuto.

Ad una minore frequenza non sarebbe però corretto far corrispondere una incidenza più sfumata dei possibili effetti di una amministrazione che abbia agito "in modalità difensiva", condizionata dal timore che dal proprio operato possano derivare conseguenze pregiudizievoli indagate dalla Corte dei conti.

Così è senza dubbio accaduto in tutti quei casi in cui la scelta amministrativa, maturata in un tale contesto di timore per le conseguenze giuscontabili, abbia avuto ad oggetto la decisione in ordine all'impiego di strumenti per giungere ad una soluzione consensuale del conflitto amministrativo in essere o ipotizzato nel futuro imminente.

In particolare, l'attenzione si rivolge a quelle decisioni pubbliche che hanno indotto l'amministrazione a concludere accordi transattivi con i privati, per porre fine o evitare, mediante reciproche concessioni che soddisfino vicendevoli bisogni ed interessi, un contenzioso giurisdizionale in ordine ad una questione controversa.

⁴² L'indissolubile legame fra funzionamento dell'apparato amministrativo, dinamiche dell'attività amministrativa e grado di sviluppo economico è da anni al centro del dibattito dottrinario, rappresentando, ex post, il miglior indicatore per la valutazione degli effetti delle riforme pubbliche realizzate, ex ante, la miglior spinta verso la costruzione ragionata di riforme utili; di recente, sul punto e da differenti prospettive, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2020, 159; L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in G. DELLA TORRE, *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Atti del 64° Convegno di Studi Amministrativi su *Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie*, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, Milano, 2019, 141.

⁴³ La innegabile connessione fra riduzione del tasso di discrezionalità e decrescita della responsabilità innesca, però, perniciose conseguenze in termini di inefficacia amministrativa, che diventa l'elemento disfunzionale da parametrare alle conseguenze del possibile danno erariale, secondo quanto evidenziato da S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, cit., 312.

⁴⁴ Sul tema della responsabilità sanzionatoria in capo al giudice contabile si vedano S. CIMINI, *Tipizzazione dell'illecito erariale e limiti all'attribuzione del potere sanzionatorio al giudice contabile*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, A. DI SCIASCIO, Napoli, 2016, 99 e M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il dir. econ.*, 3, 2017, 919.

La preferenza per tale ambito d'indagine non è casuale: la decisione amministrativa di impiegare strumenti di risoluzione alternativa delle controversie che impegnano immediatamente risorse pubbliche a questo scopo, investe l'amministrazione dell'obbligo di operare valutazioni ad alto tasso di discrezionalità, nelle quali le ragioni che conducono all'approdo finale assumono contenuti variabili e modulabili anche in base alla ponderazione di possibili rischi futuri di incorrere in giudizi di responsabilità.

La prospettiva privilegiata si propone di valutare, previa verifica dell'esistenza del fenomeno tracciato, peso ed effetti della componente cautelativa – maturata in ragione di una proiezione anticipata del rischio di responsabilità futura – sull'impiego di accordi transattivi pubblici, quali strumento di risoluzione consensuale della conflittualità amministrativa.

Tale aspetto poco indagato della “burocrazia difensiva” se trascurato potrebbe porsi in contrapposizione con le nuove linee guida dettate dal PNRR in tema di rinnovamento del sistema di giustizia⁴⁵, costituendo un freno allo sviluppo di obiettivi che mirano ad incentivare e potenziare l'impiego di quelle forme alternative al ricorso alla funzione giurisdizionale in caso di res controversa che vede coinvolta una pubblica amministrazione nell'esercizio di una funzione istituzionale mai depotenziata.

Questo assume un significato ancora più pregnante in un momento in cui all'attenzione alla contrazione dei costi per l'organizzazione ed il funzionamento delle strutture giurisdizionali, già incrementato per garantire lo svolgimento dei compiti istituzionali in sicurezza, si unisce un sempre maggiore bisogno di una tutela effettiva, differenziata ed efficace.

3. *La decisione pubblica di transigere*

Per procedere nella direzione di indagine tracciata due precisazioni appaiono opportune.

La prima è di ordine metodologico; la seconda di ordine sistematico.

Quanto al metodo, l'impostazione del tema prescelto rende necessario, sul piano formale, circoscrivere l'interesse a quei rimedi alternativi alla giurisdizione esterni al

⁴⁵ Il riferimento è alle cosiddette “Riforme orizzontali” di cui al punto 2 del PNRR, che investono trasversalmente pubblica amministrazione e giustizia; per il vero, la centralità di questo asse di riforma emerge solo in parte dalle indicazioni racchiuse nel documento nazionale, che costituisce il punto terminale di un intenso iter interlocutorio avviato fra la Commissione europea ed il nostro Governo (Ministero dell'Economia) proprio con specifico riferimento alla riforma della giustizia, in vista di obiettivi “più sfidanti” di quelli proposti in ipotesi, il punto è messo in luce da L. CASINI, nella propria *Relazione* rinvenibile in Atti del Convegno AIPDA *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, disponibile sul sito AIPDA.

procedimento e, fra essi, a quei rimedi nei quali la soluzione al conflitto amministrativo (potenziale o reale) è formalizzata con un negozio giuridico i cui tratti essenziali sono già noti al legislatore⁴⁶, che caratterizza questo rapporto negoziale affidando il nuovo equilibrio fra le posizioni delle parti confliggenti alla volontà delle medesime ed a ciò che esse ritengono soddisfacente in relazione alle contestazioni insorte.

Esulano dall'indagine, quindi, sia le modalità consensuali di determinazione dell'assetto degli interessi convergenti ma confliggenti nell'ambito del procedimento⁴⁷, sia i differenti strumenti extragiudiziali alternativi al giudice a cui le parti in via (non sempre)⁴⁸ convenzionale affidano la composizione della lite, mediante il deferimento ad un soggetto terzo della funzione di dirimere il conflitto, che elabora la soluzione in rapporto alle posizioni giuridiche coinvolte nella lite e mediante specifiche regole di diritto⁴⁹.

Quanto alle prime, perchè la sede procedimentale, in quanto naturale sede giuridica di manifestazione delle relazioni fra posizioni soggettive contrapposte (anche di terzi)⁵⁰, costituisce sempre un terreno dialettico, ma ciò non implica assegnare in automatico la qualificazione giuridica del conflitto alla dialettica in essere⁵¹; il proce-

⁴⁶ Per una originale costruzione della disciplina applicabile al negozio transattivo amministrativo, che muove da una rilettura critica delle categorie ordinarie e da una nuova impostazione della fattispecie come operazione transattiva di determinazione della formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia, A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Torino, 2020.

⁴⁷ Si esclude, quindi, che possano essere esaminati, sotto questa prospettiva, gli strumenti della consensualità amministrativa o gli strumenti per il coordinamento dell'attività amministrativa, giungendo ad estromettere anche gli accordi di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto ritenuti non causalmente fondati sulla res controversa e sulla necessità di comporre il conflitto. Per una analisi delle ADR pubblicistiche impostata proprio da tale distinzione, F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in www.giustamm.it, 2007.

⁴⁸ Occorre ricordare, infatti, che in molti casi è la stessa legge ad imporre, al momento dell'insorgenza della lite, una via stragiudiziale tipica, anche ai fini dell'accesso alla tutela per la soluzione della situazione controversa, come accade per mercati liberalizzati affidati alla regolazione delle autorità indipendenti, sul punto vedi S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013; a diverse conclusioni non si giunge neppure quando il vincolo legislativo cade sulla connotazione dello strumento alternativo al giudice cui ricorrere per la composizione del conflitto nella specificità del contesto di riferimento, in tema vedi M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 389 e B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 423.

⁴⁹ La differenziazione è ripresa dalla partizione sistematica operata nell'ambito processualciviltistico dalla migliore dottrina, cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019.

⁵⁰ Sul tema per un inquadramento generale, cfr. G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016; più di recente, per una rilettura della partecipazione alla luce della modalità decisoria finale, L. TORCHIA, *Garanzie partecipative e decisioni amministrative imparziali*, in *Astrid, Rassegna*, 1, 2019.

⁵¹ Tale precisazione diviene di particolare utilità in un momento in cui le aperture partecipative hanno trasformato lo stesso procedimento amministrativo, in termini fra i molti, V. MOLASCHI, *Arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli 2018; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016.

dimento, al massimo, può divenire il presupposto per l'insorgenza della eventuale situazione di conflitto.

Quanto ai secondi, perchè difetta, nella fattispecie indicata, l'autonomia decisionale delle parti in contesa che mantengono integra, nella transazione, la volontà di costituire, mediante il confronto reciproco finalizzato a vicendevoli concessioni e previa estinzione del conflitto, un assetto in grado di modificare la realtà su cui inciderà.

Sul piano sostanziale lo strumento transattivo ben si presta a costituire un valido terreno di analisi per l'insorgenza di possibili manifestazioni di un'amministrazione che agisce in forma difensiva e per la valutazione dell'impatto che da esse è generato.

E ciò in conseguenza del configurarsi di possibili ipotesi di responsabilità amministrativa connesse alla scelta di transigere la lite condotta dal decisore amministrativo ed alle ricadute economiche che sono derivate per l'amministrazione a seguito della generazione degli effetti dell'assetto convenuto in fase transattiva.

Se concentriamo l'obiettivo sulla pubblica amministrazione, l'idea di fondo che possa esistere un condizionamento amministrativo fra la scelta del "se", del "come" e del "quomodo" comporre un conflitto mediante lo strumento transattivo è giustificata da almeno due ragioni.

La prima è legata al cennato elemento ponderativo che connota sia la specifica scelta, fra tutte le soluzioni praticabili per la composizione della lite, di risolvere il conflitto attraverso questa peculiare via stragiudiziale; sia la discrezionalità usata dall'amministrazione nella definizione dei presupposti e dei contenuti di un accordo transattivo che deve rispondere sempre a logiche di funzionalizzazione.

In questa direzione ben si presta il fenomeno transattivo ad essere analizzato in termini di "operazione transattiva" comprensiva "dell'attività che determina la formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia"⁵², dal momento che l'accordo finale che riceve esplicita disciplina normativa non può essere l'unico momento ad essere riletto col filtro giuridico.

La seconda, strettamente correlata ad essa, origina dalla considerazione che sia proprio l'esistenza del suddetto spazio decisionale a costituire il presupposto necessario per il possibile (auto)condizionamento dell'amministrazione che valuta (o esclude) la possibilità di approcciarsi ad una soluzione transattiva.

In altri termini, sembra ravvisarsi un parallelismo necessario fra la scelta amministrativa di un possibile utilizzo dello strumento transattivo e l'ampiezza della discrezionalità spettante all'amministrazione che, proprio nello spazio ponderativo di cui dispone, matura la decisione di risolvere un conflitto reale o

⁵² L'espressione è mutuata, anche con riferimento al significato giuridico che assume in questo contesto derivato, da A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 24, del quale si condivide l'idea che acquisisca un autonomo rilievo giuridico l'attività di predisposizione alla formazione del consenso delle parti verso la composizione del conflitto che sfocia nel contratto transattivo.

potenziale mediante un percorso non giurisdizionale, ma, comunque formalizzato.

La valutazione prognostica delle conseguenze generate – sotto il profilo delle responsabilità pubbliche per danno erariale – dall'accordo transattivo eventualmente siglato, può svilupparsi con maggiore intensità laddove sussistano differenti elementi idonei a supportare la determinazione del consenso pubblico (ritenuto possibile oppure no).

In particolare, l'attività prodromica al negozio transattivo costituisce, per l'amministrazione, il luogo di analisi dei rischi (reali o percepiti) di ricadute, sull'onere finanziario derivato per l'ente pubblico, degli effetti della successiva transazione.

Tale filtro prodromico, se "inquinato" da timori e "paure del fare", si presta ad influenzare la scelta ed il futuro contenuto della eventuale decisione di transigere.

La soluzione proposta appare particolarmente meritevole di attenzione perchè offre il vantaggio di cogliere il fenomeno transattivo nella sua completezza, mettendo in autonomo rilievo proprio la fase prodromica alla scelta di comporre la lite stragiudizialmente mediante un accordo negoziale atto a definire assetti futuri fra le parti in conflitto.

Sull'attività di maturazione del consenso si innerva il peso di una futura rilettura dell'operato in termini di responsabilità amministrativa.

Diviene pertanto ovvio immaginare che le valutazioni maturate nel contesto preparatorio alla scelta di transigere si riverseranno nella determinazione dell'oggetto e delle condizioni dell'accordo transattivo da parte dell'amministrazione ed aiuteranno a meglio evidenziare il peso di possibili atteggiamenti difensivi dell'amministrazione nell'addivenire a quella specifica decisione pacificatrice.

Nell'ottica seguita il *focus* si sposta sul momento della composizione dei termini della relazione fra le parti, perchè è lì che possono germogliare quegli elementi che orienteranno le valutazioni pubbliche destinate a sfociare in decisioni formali.

L'assetto convenuto, con cui si rimedia stragiudizialmente al conflitto in modo soddisfacente per gli interessi reciproci, costituisce lo strumento di manifestazione, ma non il luogo di formazione di una burocrazia difensiva eventualmente esistente ed incidente su valutazioni amministrative "ingabbiate" dal peso di rischi futuri.

Per tale ragione si propone una rilettura che anticipi il baricentro all'origine dell'operazione transattiva.

La retrocessione del momento in cui si sviluppa la scelta amministrativa di comporre la lite in modo autonomo, impegnando l'ente in una valutazione che investe, per il tramite del rapporto costi/benefici generati, profili che possono essere indagati dalla procura contabile in una eventuale azione di responsabili-

tà amministrativa, consente di rileggere col filtro giuridico ogni passaggio che caratterizza il complesso iter formativo della decisione pubblica di impiegare lo strumento transattivo in luogo della rimessione del conflitto al giudice.

L'estensione di tale filtro giuridico anche ad elementi che l'amministrazione pubblica decide di valutare nella maturazione della determinazione di transigere, permette di dilatare lo spazio d'indagine riservato al requirente contabile e di offrire a quest'ultimo una conoscenza più approfondita ed integrale della logica seguita dall'amministrazione nella ponderazione del peso attribuito ai differenti aspetti venuti in rilievo in rapporto a tale scelta.

In altri termini, la determinazione a transigere si pone, per l'amministrazione, come l'ultimo atto di un percorso logico-giuridico con cui la stessa amministrazione che transige conforma, in una progressione graduale e crescente di differenti aspetti valutativi, l'utilità pubblica ipotizzata in relazione al ricorso a tale peculiare sistema risolutivo della conflittualità amministrativa; dall'approdo di tale intero processo dipende la scelta (positiva o negativa) di concludere, transigendo, un conflitto con i privati, al fine di ricercare la soluzione più favorevole all'amministrazione o, ancora, al fine di scongiurare l'inverarsi di un esito infuosto per l'ente al termine di un iter giurisdizionale.

L'operazione transattiva diventa, quindi, lo spazio giuridico nel quale si raccolgono fatti e si maturano riflessioni che, in un doveroso confronto con l'interesse pubblico concreto, orienteranno la decisione amministrativa di ricorrere al suddetto strumento risolutivo del conflitto pubblico, del quale, in tale fase, si definiscono l'oggetto, i confini e la portata in rapporto alla specifica utilità pubblica perseguita funzionalmente dall'amministrazione.

Sebbene la coincidenza di questo spazio con il procedimento amministrativo non sia né necessaria, né, ancor meno, scontata⁵³, ciò non impedisce di attribuire ad esso un rilievo giuridico primario in relazione all'indagine contabile volta a ricercare i possibili indizi dell'elemento soggettivo della responsabilità pubblica⁵⁴.

Quanto affermato induce ad una ulteriore precisazione, di ordine più generale e di carattere sistematico.

Il mutamento del contesto giuridico-ordinamentale in cui il tema della transigibilità delle controversie in cui fosse parte la pubblica amministrazione, sia su questioni patrimoniali, sia nei rapporti di diritto pubblico, era assistito da mol-

⁵³ Su tale peculiare riferimento al rapporto fra operazione transattiva e procedimento amministrativo, vedi A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 218 e ss.

⁵⁴ Lo spazio giuridico attribuito all'operazione transattiva offrirà, infatti, elementi utili per indagare il grado di una eventuale colpevolezza in rapporto ad un danno pubblico generato da una scelta inappropriata di transigere, originata, ad esempio, da una erronea valutazione dei presupposti fondanti la tale scelta, dall'inadeguata determinazione del contenuto del rapporto transattivo, ecc.

teplici dubbi in dottrina⁵⁵, ha reso possibile, oggi⁵⁶, l'impiego di negozi bilaterali in funzione transattiva con lo scopo di ricomporre rapporti controversi fra la p.a. ed i privati, altrimenti risolvibili solo con la via giurisdizionale.

La praticabilità della soluzione transattiva nell'ambito di conflitti maturati in tutti i rapporti che coinvolgono la pubblica amministrazione, può essere ammessa senza distinguere fra gli accordi transattivi aventi ad oggetto questioni suscettibili di valutazione patrimoniale e questioni relative all'esercizio di potestà amministrative⁵⁷.

Ciò comporta un ampliamento di impiego della transazione.

Non solo.

Se l'accordo transattivo soddisfa al meglio le parti, migliora di conseguenza anche la stabilità degli effetti giuridici generati dai rapporti siglati in funzione pacificatrice, con ciò riducendo l'idea di incertezza spesso associata all'intervento della giurisdizione amministrativa⁵⁸.

⁵⁵ Ci si limita, qui, ad un formale inquadramento delle posizioni dottrinarie che si sono succedute, senza accedere al dettaglio delle tesi sostenute, cfr. A. DE VALLES, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro It.*, 1934 e E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, che per primi analizzarono sul piano teorico l'operabilità della transazione nel diritto amministrativo, traendone conclusioni divergenti, ma orientate ad una forte limitazione nell'utilizzo; per una progressiva apertura alla transazione nei rapporti pubblicistici, vedi G. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987.

⁵⁶ Sempre seguendo la logica della sommaria ricostruzione formale, si distinguono, sulla scia del solco di Guicciardi, E. FERRARI, *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994 e G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Dir. Amm.*, 2005; differenti, per modalità di impostazione del tema, sia lo studio di P. STELLA RICHTER, P. CHIRULLI, *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, che i lavori di M. D'ORSOGNA, *Gli accordi transattivi*, in *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO, Milano, 2010, entrambi orientati all'esame della transazione pubblicistica in un confronto con la disciplina degli accordi tracciata dalla legge sul procedimento amministrativo. Occorre segnalare, infine, il recente lavoro monografico di A. Cassatella che, previa ricostruzione critica delle precedenti studi in materia, ha offerto una rilettura sistematica ed attuale della transazione amministrativa, valorizzandone le potenzialità.

⁵⁷ Ciò, secondo la prospettiva di A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 105, costituisce l'elemento identificativo unificante e specializzante che spinge a teorizzare un modello di transazione amministrativa che l'A. tipicizza e costruisce in modo unitario, superando la originaria dicotomia fra contratto transattivo (su rapporti privatistici) e accordo transattivo (su rapporti pubblicistici)

⁵⁸ Per una lettura prospettica della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, L. TORCHIA, *La giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo alla prova dell'evoluzione*, in *L'Amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, a cura di P.L. PORTALURI, Napoli, 2016. Il tema dell'evoluzione della giurisdizione amministrativa, cui qui si accenna brevemente per ragioni di specificità tematica, merita, come è ovvio, uno sguardo orizzontale molto più ampio ed approfondito, rispetto al quale, senza pretesa di esaustività, si rinvia almeno a G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. e Soc.*, 2016, 2, 203 e, più di recente, *Id.*, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in giustizia-amministrativa.it, 2020; ancora

Gli incentivi al potenziamento di questa strada divengono allora molteplici ed eterogenei.

Nella scelta amministrativa di percorrere una strada alternativa al ricorso al giudice sono contenuti molti elementi a carattere positivo, in un momento storico in cui, da un lato, la centralità catalizzatrice della giurisdizione amministrativa vacilla⁵⁹ e dall'altro l'ampliamento dell'accesso alla giurisdizione amministrativa⁶⁰ ha generato un incremento esponenziale di controversie radicate nelle sedi giudiziarie competenti, con la conseguenza che la stessa giurisdizione amministrativa debba considerarsi come una risorsa preziosa, della quale si auspica un utilizzo ponderato⁶¹.

Senza trascurare che lo sfondo di un contesto sociale ed economico segnato da una profonda crisi globale, acuita dalla recente situazione pandemica, costituisce un terreno – non neutrale – entro cui svolgere ogni riflessione in ordine alla utilità di potenziare strumenti di risoluzione non giurisdizionale del conflitto, sia per abbattere i costi di giustizia, sia per migliorare la qualità delle risposte al conflitto.

Entro tale contesto si sviluppa l'ulteriore tendenza che mira a rileggere con una certa organicità il fenomeno⁶², in parte anche contrastando una certa ritrosia del legislatore a riordinare sul piano sistematico e generale un utilizzo regolare delle ADR nel diritto amministrativo⁶³, oggi ridotto entro una clausola normativa di generica impiegatezza di alcuni strumenti entro certe condizioni⁶⁴.

Proprio il ricorso alla strada della transazione, allora, se mantenuta entro i limiti giuridici di praticabilità ed adeguatezza, offre una concreta soluzione ben

centrale su tale tema, R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, 369; per una visione d'insieme del problema dell'effettività (non sempre raggiunte) della giustizia amministrativa, si vedano i numerosi scritti in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol VII, a cura di G.D. COMPORI, in *A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, Firenze, 2016, con particolare attenzione a I. PAGNI, *La giurisdizione fra effettività ed efficienza*, 85 e, più di recente, ID., *Processo amministrativo «sull'atto» e processo civile a confronto. Considerazioni di un processualcivilista*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2020, 1486.

⁵⁹ M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso*, in *Riv. arb.*, 2017, 521.

⁶⁰ Fra i molti studi che hanno attentamente analizzato i confini della giurisdizione amministrativa in rapporto al profilo dell'accesso alla tutela e dell'esercizio del diritto di difesa, limitatamente ad i contributi più recenti, vedi G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2021; F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 529;

⁶¹ M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2020, 19

⁶² Per una visione d'insieme del fenomeno delle ADR nell'ambito pubblicistico, M. DELSIGNORE; M. RAMAJOLI, *ADR e Pubblica Amministrazione*, in *ADR una giustizia complementare*, a cura di F. DANNOVI, F. FERRARIS, Torino, 2018, 240.

⁶³ Per una ricostruzione recente dello stato dell'arte si veda V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 55.

⁶⁴ Si pensi all'art. 12 del cpa, su cui si rinvia alle riflessioni di N. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giur. it.*, 2019, 1243.

aderente alle pretese soggettive delle parti in conflitto⁶⁵, scongiurando il rischio di una futura frattura del rapporto, salvo che accadimenti patologici imputabili alle parti la rendano disfunzionale⁶⁶.

Più nello specifico, ma senza voler eccedere in riflessioni politologiche⁶⁷, è possibile convenire, con ragionevole tranquillità, sul fatto che la transazione rappresenti, per l'amministrazione, una valida strada di realizzazione dell'interesse generale⁶⁸.

È sufficiente ribadire, infine, che dal lato pubblico il perseguimento delle finalità istituzionali non è solamente presupposto per l'accesso e l'impiego della transazione da parte dell'amministrazione⁶⁹, ma diviene anche una delle principali condizioni per sostenere la convenienza economica e la ragionevolezza della soluzione transattiva convenuta, eventualmente circoscrivendo la configurazione di un danno erariale o di elementi soggettivi dell'illecito contabile indagato dalle procure regionali nell'ambito dell'esercizio di un'azione di responsabilità amministrativa.

Nell'ambito delle controversie pubblicistiche – reali o potenziali – che hanno ad oggetto un rapporto conflittuale caratterizzato dalla presenza condizionante dell'amministrazione⁷⁰, sia essa agente in veste privatistica in relazione

⁶⁵ Come evidenziato da M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in *Giust. cons.*, 2021, 123, che caratterizza le ADR per specificità, proporzionalità ed appropriatezza della risposta (differenziata) di tutela.

⁶⁶ Ciò può accadere, ad esempio, nel caso in cui i contenuti precettivi degli accordi transattivi non siano ottemperati dall'amministrazione, con conseguente difficoltà di esecuzione successiva; oppure nel caso in cui alcuni elementi del negozio transattivo risultino viziati ab origine per cause esterne o condizionati da logiche animate da spinte personalistiche o utilitaristiche.

⁶⁷ Con tale espressione si allude ad eventuali giudizi di valore espressi in relazione alla bontà della soluzione negoziale di composizione della lite in via stragiudiziale e derivanti dalla presupposizione che la concreta individuazione del contenuto del rapporto transattivo da parte della p.a. che ha scelto di negoziare rappresenti la migliore modalità di soddisfacimento dell'interesse pubblico, in luogo di uno dei possibili modi di esso.

⁶⁸ Per una attenta analisi di tale profilo, ampiamente M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481.

⁶⁹ I due momenti sono individuati in modo distinto in relazione al differente atteggiarsi del doveroso l'interesse pubblico da perseguire da parte dell'amministrazione: l'interesse a rinunciare alla via giurisdizionale in un contesto di rischio di soccombenza e l'interesse a definire al meglio l'assetto del rapporto con il negozio transattivo; per un approfondimento del rapporto fra l'interesse primario come causa del potere e l'interesse secondario come scelta di transigere, F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2009, 918.

⁷⁰ Secondo quanto efficacemente osservato da A. CASSATELLA, *La transazione*, qui 15 e 233 e s., la principale caratteristica della "conflittualità amministrativa" risiede proprio nell'esistenza di un tipo di conflitti ricomponibili soltanto "attraverso norme giuridiche applicabili all'amministrazione, siano esse stabilite dal Codice civile o da discipline settoriali", ma comunque dotate di una peculiarità all'interno dell'ordinamento; ciò sulla premessa che la posizione istituzionale dall'am-

a diritti patrimoniali, sia essa agente nell'esercizio del potere amministrativo, la transazione, quindi, costituisce un modello negoziale di composizione di una conflittualità amministrativa la cui utilizzabilità concreta, dal lato pubblico, può essere condizionata da rischi connessi alla proiezione di future (ed incerte) forme responsabilità amministrativa.

4. *La scelta pubblica di transigere ed i confini del sindacato contabile*

La rilettura delle conseguenze amministrative relative alla percezione del rischio di incorrere in future responsabilità pubbliche può essere affrontata solo previa delimitazione dei confini del sindacato del giudice contabile e, più in generale, del ruolo della Corte dei conti in merito agli esiti delle scelte pubbliche discrezionali di concludere, in un dato modo, un accordo transattivo con i privati.

In premessa è utile ricordare che, in linea di massima, è sempre configurabile un condizionamento dei risultati prodotti dallo svolgimento dei compiti processuali affidati alla Corte dei conti sull'agire quotidiano delle amministrazioni: se giurisdizione contabile e amministrazione finiscono con il "compenetrarsi in modo funzionale", giungendo la prima a trasferire sulla seconda le conseguenze e le criticità maturate in quel contesto⁷¹, il legame appare innegabile e biunivoco.

Al netto dell'ampiezza della portata di quanto appena rilevato, una corretta perimetrazione della possibile incidenza indiretta del futuro operato del giudice contabile sull'attività amministrativa in essere – in questo caso volta a costruire l'operazione transattiva che condurrà alla decisione del "se" transigere e "come" transigere – si impone per vari ordini di motivi.

Non soltanto per impostare in termini adeguati il rapporto fra (effetti della) decisione amministrativa in ordine alla transazione e giudizio di responsabilità amministrativa, avviato dalle conseguenze della medesima transazione; ma vieppiù per mantenere inquadrata tale forma di tutela nell'ambito della funzione tipica di questo giudice speciale⁷².

ministrazione ed i poteri ad essa riconosciuti dall'ordinamento non mutano a seguito del fatto giuridico occasionale dell'evento-lite.

⁷¹ Il punto di vista qui riportato è l'asse cartesiana lungo la quale si snoda l'approfondimento condotto da E. D'ALTERIO, *Come le attività della Corte dei conti incidono sulle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2019, 39 e volto a mettere in luce come sempre più di frequente le disfunzioni della giurisdizione contabile generino paradossi in grado di condizionare l'operato presente e futuro delle amministrazioni pubbliche.

⁷² Su cui vedi F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006, 1; ID., *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F. G. SCOCA, Padova, 1997, 1; V. TENORE,

Il presupposto da cui muovere è la configurabilità, rispettivamente: di effetti (economici) derivati dal rapporto transattivo aventi una dimensione ultra pattizia; di un contenuto dei medesimi suscettibile di valutazione patrimoniale e dell'emersione di un conseguente danno pubblico all'erario da essi derivato.

La prima caratteristica è pacifica, ma non scontata: che l'accordo transattivo generi conseguenze valutabili in una sede diversa da quella del negozio transattivo è insita nella mancata perdita del ruolo istituzionale dell'amministrazione, anche in presenza del mutamento dell'interesse pubblico concreto⁷³.

Diversamente argomentando si rischierebbe di avere delle aree di irresponsabilità per l'amministrazione che, al contrario, deve sempre rispondere della corretta gestione delle risorse finanziarie di cui dispone, dinnanzi alla Corte dei conti.

Quanto al profilo economico dell'effetto dell'accordo transattivo, esso può rivestire diverse forme: si va dall'immediato esborso di denaro da parte dell'amministrazione come elemento componente l'oggetto dell'accordo di risoluzione della lite siglato con il privato; al conseguimento di un risparmio di spesa per la mancata prosecuzione della lite dal probabile esito infausto nella sede giurisdizionale; ai vantaggi amministrativi ottenuti dalle pattuizioni assentite dal privato.

Gli aspetti enucleati consentono di approdare al punto più critico dell'inquadramento del sindacato contabile in rapporto al negozio transattivo di cui sia parte l'amministrazione: delineare l'oggetto dell'interesse giurisdizionale della Corte dei conti.

Esso segna il passaggio conclusivo, ma più delicato, dal momento che l'indagine va ricondotta entro la specialità che assiste tale tipo di giudizio in rapporto alla funzione costituzionalmente riconosciuta alla magistratura contabile.

In aderenza al recente monito della Corte costituzionale, che ha avuto ancora occasione di precisare come la Corte dei conti, in qualità di magistratura indipendente e neutrale al servizio dello Stato ordinamento, sia garante imparziale dell'equilibrio finanziario del settore pubblico nel suo complesso e della corretta gestione delle risorse⁷⁴, occorre procedere ricentrando sulla specialità della funzione ogni intervento della procura contabile sul negozio transattivo.

Ciò investe anche la ricerca di ipotesi di responsabilità amministrativa causative di pregiudizi erariali soggettivamente imputabili a funzionari e dipendenti che hanno scelto di concludere accordi transattivi.

La nuova Corte dei conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli, Milano, 2018; F. GARRI, *La Corte dei conti. Controllo e giurisdizione. Contabilità pubblica*, Milano, 2012.

⁷³ Per la differenza fra esso e l'interesse pubblico generale al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione, vedi F. CINTIOLI, *Le tecniche*, cit., 925.

⁷⁴ In modo uniforme e conforme, Corte cost. 39/2014 e 60/2013, su cui, rispettivamente vedi, B. CARAVITA DI TORITTO, E. JORIO, *La Corte Costituzionale e l'attività della Corte dei conti (una breve nota sulle sentenze nn. 39 e 40 del 2014)*, in *Federalismi*, 6, 2014; D. MORGANTE, *Controlli della corte dei conti e controlli regionali: autonomia e distinzione nella sentenza della corte costituzionale n. 60/2013*, in *Federalismi*, 9, 2013.

Tale assunto porta già all'esclusione di tutti quei casi in cui l'indagine sulla responsabilità amministrativa sia avviata sulle condotte causative della situazione controversa da cui è scaturita la lite oggetto di successivo accordo transattivo stipulato da parte di soggetti diversi: in tale circostanza, a ben vedere, a tacer del fatto che non può aversi opponibilità dell'accordo transattivo alle parti diverse da quelle estranee all'operazione transattiva⁷⁵, la personalizzazione dell'illecito contabile impedisce di estendere il nesso causale del "danno primario" al cosiddetto danno indiretto, da cui è scaturita la necessità di transigere⁷⁶.

Sulla premessa che la transazione conclusa dall'amministrazione per tale oggetto non preclude il potere-dovere del giudice contabile di pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti della responsabilità erariale "originaria"⁷⁷ e sulla determinazione del quantum risarcibile dal dipendente nei confronti dell'amministrazione che ha subito il pregiudizio per l'insorgenza della lite⁷⁸, l'attenzione si circoscrive ai casi in cui la negoziazione non sia il risultato rimediale/pacificatorio di una precedente illegittimità o illiceità amministrativa accertata nelle sedi giurisdizionali competenti e che ha dato seguito ad un obbligo risarcitorio per la p.a. soccombente.

Del resto, che la transazione non rappresenti mai uno "sconto di responsabilità" amministrativa è irrefutabile se solo si rammenta che il ruolo stesso del procuratore contabile è quello di promuovere l'azione di responsabilità amministrativo-contabile posta a tutela dell'interesse generale alla conservazione ed alla corretta gestione dei beni e mezzi economici pubblici; si tratta, a ben vedere, di una investitura esclusiva, indisponibile ed irrinunciabile.

In tali casi, pertanto, la transazione conclusa dall'amministrazione costituisce "un mero fatto storico, fonte del danno indiretto patito dall'Amministrazione", il quale "non interrompe, di per sé, il nesso causale tra la condotta tenuta dal dipendente e l'esborso sostenuto dall'Ente, integrando, al contrario, secondo il noto principio fondato sulla prova di resistenza, il fattore causale in assenza del quale il nocumento patrimoniale non si sarebbe verificato"⁷⁹.

Il perimetro a cui correttamente va ricondotto il ruolo della Corte dei conti, nel caso di operazioni transattive sfociate in un preciso accordo contrattuale reso

⁷⁵ Sul punto specifico si rinvia ad A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 385, per l'accurata analisi del negozio transattivo con particolare attenzione ai profili strutturali della fattispecie nella dinamica di un rapporto pubblicistico.

⁷⁶ La giurisprudenza sul punto è unanime, si veda, fra le più recenti, Corte conti, sez. giur. Regione Piemonte, 12 ottobre 2021, n. 346; Corte conti, sez. giur. Regione Sicilia, 25 settembre 2018, n. 782.

⁷⁷ Tanto che, nel caso in cui non fosse dal giudice contabile appurata l'esistenza del rapporto di servizio in essere al momento della stipula dell'accordo transattivo generatore di danno indiretto, la medesima imputazione del danno risulterebbe priva dell'elemento soggettivo della fattispecie, cfr. Corte conti, II Centr. App., 25 giugno 2021, n. 206.

⁷⁸ In particolare, vedi Corte conti, II centr. App., 2 febbraio 2017, n. 53.

⁷⁹ Così Corte conti, I centr. App., n. 536 del 2017 e, in modo conforme, Corte conti, I centr. App., 183/2018; Corte conti, sez. giur. Regione Piemonte, 77/2019.

tipico dalla volontà pattizia convergente, è allora da ricercarsi all'interno della diseconomicità concreta dell'assetto concordato dalle parti; ciò, ponendo sempre al fatto che una delle due parti è una pubblica amministrazione che non può mai abdicare alla funzione istituzionale di curare al meglio il fine pubblico, anche attraverso la corretta ed equilibrata gestione delle risorse disponibili.

Ciò che è diseconomico, è disequilibrato e scarsamente conveniente, pertanto impattante in negativo sulle risorse pubbliche, o, meglio, contrastante con il fine pubblico generale, ma tipicizzato dalla funzione⁸⁰.

Il parametro di riferimento rimane, quindi, il pregiudizio erariale, che rischia persino di prevalere sulla causa funzionale della transazione, tipicamente orientata a comporre la lite, risolvendola.

Esso si oggettiva nella concreta quantificazione del pregiudizio ipotizzato sotto forma di danno erariale specifico, arrecato dalla transazione conclusa o non conclusa, sul quale andranno a calibrarsi i differenti contributi causativi dei funzionari e dipendenti, in rapporto alle speciali regole sull'imputazione soggettiva.

In linea teorica, pertanto, è riservata al giudice contabile la valutazione in ordine alle modalità concrete impiegate per assicurare l'economicità dell'operazione per la pubblica amministrazione, vale a dire ogni elemento utile ad accertare e perseguire fattispecie di responsabilità amministrativo contabile derivanti da quella specifica transazione, in relazione alla quale, però, è preclusa ogni indagine in ordine alle ragioni amministrative poste a supporto della scelta.

Se il sindacato contabile si arresta alla verifica della convenienza economica dell'operazione transattiva, devono restare fuori dalla sua conoscibilità diretta sia l'aspetto ponderativo che ha supportato l'amministrazione nell'attività di formazione del consenso a dirimere il conflitto mediante la transazione, che le ragioni della scelta condotta nella determinazione del contenuto o nella valutazione dei costi e dei benefici, che, infine, l'eventuale profilo di illegittimità amministrativa emerso in sede giurisdizionale (amministrativa).

Detto altrimenti, l'indagine contabile può spingersi fino al limite dell'insindacabilità del merito amministrativo⁸¹, cioè non può conoscere (e sindacare)

⁸⁰ Non va dimenticato, poi, che le coordinate dell'operato dell'amministrazione, anche laddove essa agisca *iure privatorum* per risolvere situazioni a carattere patrimoniale, rimangono sempre quelle dell'art. 1 della legge 241/1990.

⁸¹ All'art. 1, comma 1, l. n. 20/1994 si legge infatti che rimane esclusa dall'accertamento della personale responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, l'indagine nel merito delle scelte discrezionali, che si profilano sempre insindacabili: tale previsione è stata introdotta nell'ottica di evitare che il magistrato, attraverso il sindacato delle scelte discrezionali, realizzi una ri-valutazione nel merito e si trasformi in amministratore, travalicando così lo spazio di azione definibile come "riserva di amministrazione" (Atti seduta della Camera dei Deputati 18 dicembre 1996, n. 109, nonché C. conti, Sez. I d'App., sent. n. 292, del 23 settembre 2005, Cass. Sez. Un. 29 gennaio 2001, n. 33); precisa ulteriormente la giurisprudenza contabile, che "l'agire libero degli amministratori e dipendenti pubblici entro gli spazi normativamente assentiti, si tradu-

l'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dall'amministrazione nella determinazione del modo di comporre gli interessi pubblici.

Al riguardo è di recente stato messo in luce proprio il delicato compito del giudice contabile, costretto ad un equilibrio fra l'insindacabilità di determinate scelte per ragioni politiche o per limiti organizzativi interni alla gestione amministrativa e la doverosità della funzione svolta⁸²; ciò per sottolineare come, ancora oggi, l'artificiosità di un percorso di accertamento di una così rilevante tipologia di responsabilità, non possa incrinare la necessaria permanenza di un tipo di giudizio, del quale si auspica una attualizzazione.

Se, allora, le dinamiche sottese alle scelte pubbliche di transigere sono sottratte al rischio di un successivo sindacato del giudice contabile, l'alea della percezione del rischio per l'amministrazione si riduce sensibilmente ed un eventuale condizionamento per la introiezione della valutazione prognostica negativa in merito ad un successivo giudizio di responsabilità amministrativa, dovrebbe essere scongiurato.

Ma nel contesto giuridico attuale è proprio la "riserva di scelta amministrativa" a risultare fortemente ridotta e depotenziata⁸³, come anche la giurisprudenza contabile è giunta ad affermare di recente⁸⁴.

L'erosione della sfera del merito amministrativo in conseguenza del progressivo affermarsi dei principi derivanti dalla legge sul procedimento amministra-

ce in una condotta giuridicamente consentita, perciò in un requisito positivo del comportamento, finalizzato a tradurre una scelta, tra più opzioni di merito tutte ugualmente lecite e legittime, in un provvedimento decisorio destinato all'attuazione di un determinato fine di pubblico interesse, rispondente alla causa del potere esercitato", C. conti, I centr. App., 29 marzo, 2019, n. 61.

⁸² Vedi le riflessioni di G. D. COMPORI, *La responsabilità erariale tra indirizzo politico e gestione amministrativa: un'architettura barocca per una efficiente e sostenibile erogazione dei compiti pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. III, *Problemi e prospettive*, Bologna, 2020, 111.

⁸³ Con riguardo al limite esterno della giurisdizione, l'opera di contrazione dello spazio precluso al sindacato del giudice contabile è condotta in modo costante dalla Corte di Cassazione che in svariate occasioni ha avuto modo di perfezionare il principio della effettività della tutela per il tramite di un progressivo ampliamento dell'area della giustiziabilità delle scelte pubbliche dannose per l'amministrazione perchè non condotte con adeguata responsabilità, individuando indici di misura del potere amministrativo utili a potenziare il sindacato giurisdizionale contabile sul potere discrezionale.

⁸⁴ Per circoscrivere la portata preclusiva di tali limiti entro lo stretto necessario, la giurisprudenza ha costantemente precisato che "La disposizione circa l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude, nel giudizio contabile, la valutazione delle scelte discrezionali che, eccedendo i limiti della ragionevolezza, sconfinano nell'arbitrio e siano perciò viziate da illegittimità per eccesso di potere, è consentita la piena sindacabilità delle scelte discrezionali quando si sia agito in contrasto con prescrizioni dell'ordinamento disattendendo in modo palese canoni di razionalità e di adeguatezza funzionale; l'oggetto del giudizio può riguardare la razionalità e congruità dell'azione amministrativa nonché il corretto perseguimento dell'interesse pubblico" (ex multis, C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 7 gennaio 2004, n. 1; C. conti, sez. II giur. centr. app., 19 novembre 2003, n. 320/A)

tivo, ha comportato un restringimento dell'area preclusa all'accesso del giudice contabile, oggi chiamato a vagliare, nel contesto funzionalizzato all'accertamento di eventuali responsabilità pubbliche per danno erariale, il rispetto dei principi di efficienza, economicità ed efficacia nell'ambito della scelta ponderativa riservata alla pubblica amministrazione⁸⁵.

Non solo, secondo gli ormai consolidati insegnamenti della Corte di Cassazione, non possono essere sottratte al sindacato del giudice contabile, laddove la Procura rilevi elementi utili per l'avvio di un giudizio di responsabilità per danno erariale, neppure quelle scelte discrezionali che si pongano in contrasto con l'assetto legislativo vigente⁸⁶ oppure con i fini istituzionali attribuiti dal legislatore all'amministrazione⁸⁷, o, ancora, con l'efficienza del risultato amministrativo atteso⁸⁸.

In particolare, proprio con riguardo controllo di ragionevolezza sulle scelte operate dalla pubblica amministrazione con lo scopo di apprezzare se gli strumenti utilizzati dagli amministratori pubblici siano adeguati oppure esorbitanti ed estranei ai fini di interesse pubblico da perseguire con risorse pubbliche, la Suprema Corte si è spinta ad affermare che il sindacato contabile può investire nella sua interezza il percorso logico seguito dall'amministrazione, onde evitare la deviazione dell'attività amministrativa dai propri fini istituzionali che devono essere perseguiti nel quadro complessivo degli equilibri della finanza pubblica cui il giudizio amministrativo-contabile è specificamente orientato; a tal proposito, spetta al giudice contabile accertare tutti i fatti e comportamenti causa di

⁸⁵ Da ultimo, vedi Corte Cass., Sez. Un., sent. 10 marzo 2014 n. 5490, che non sottrae le scelte discrezionali dell'amministrazione al sindacato contabile di conformità alla legge formale e sostanziale che regola l'attività e l'organizzazione amministrativa.

⁸⁶ Così viene affermato da Corte Cass., Sez. Un., sent. 21 febbraio 2013 n. 4283, con cui non si ritiene violato il limite giuridico della "riserva di amministrazione", inteso come preferenza tra alternative, nell'ambito della ragionevolezza, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, con il controllo giurisdizionale della giuridicità sostanziale, cioè dell'osservanza dei criteri di razionalità, nel senso di correttezza e adeguatezza dell'agire, logicità, e proporzionalità tra costi affrontati e obiettivi conseguiti, costituenti al contempo indici di misura del potere amministrativo e confini del sindacato giurisdizionale – dell'esercizio del potere discrezionale; conforme Cass. Sez. Un. 1376/2006.

⁸⁷ Corte Cass., Sez. Un., sent. 25 gennaio 2006 n. 1378, con cui non si ritengono violati i limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice contabile che abbia accertato la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente ed abbia successivamente dato rilievo alla non adeguatezza dei mezzi prescelti nell'ipotesi di assoluta ed incontrovertibile estraneità dei mezzi stessi rispetto ai fini.

⁸⁸ Emblematica, al riguardo Corte Cass., Sez. Un., sent. 4 maggio 2018, n. 10774, dove si afferma la giurisdizione del giudice contabile con riferimento ad una ipotesi di responsabilità amministrativa per danno erariale conseguente all'omessa attivazione tempestiva del servizio di collegamento telematico per il controllo dell'andamento del gioco da parte dei concessionari del servizio pubblico di attivazione e conduzione della rete per la gestione telematica degli apparecchi per il gioco lecito.

danno erariale e, pertanto, con la sola esclusione della scelta dell'amministratore di apprestare gli strumenti più idonei al soddisfacimento degli obiettivi dell'ente, esso deve valutare i modi di attuazione delle scelte discrezionali, che assumono rilevanza sul piano della legittimità e non della mera opportunità dell'azione amministrativa⁸⁹.

Ciò, con precipuo riferimento all'asse delle scelte transattive, sposta molto il baricentro dell'indagine contabile, arricchendo il sindacato della Corte dei conti di nuovi elementi utili a ricostruire la configurazione di forme di responsabilità amministrativa originate dall'operazione transattiva, qui intesa come fattispecie comprensiva anche dell'attività di determinazione del consenso a transigere.

Preservando – ma solo sotto un profilo formale – quegli elementi valutativi inerenti alla ponderazione ed al bilanciamento dell'interesse pubblico in cura all'amministrazione in rapporto alla scelta di transigere ed al contenuto dell'accordo transattivo, le procure regionali possono autonomamente procedere ad avviare indagini sull'equilibrio economico delle prestazioni convenute con la transazione, con ciò investendo alcuni ambiti oggetto delle scelte pubbliche.

La *sostenibilità dell'equilibrio economico* della transazione conclusa è cosa diversa dalla *diseconomicità concreta* che incide in modo immediato sull'assetto finanziario dell'amministrazione e sulle risorse pubbliche da essa gestite, risolvendosi, la seconda, in una più semplice valutazione sia in termini di diretta fuoriuscita di denaro pubblico, che in termini di mancati introiti per l'erario, mentre rimanendo, la prima connessa alla modalità di esercizio del potere di scelta dell'amministrazione⁹⁰.

Più precisamente, il documento arrecato dalla scelta transattiva, nel caso di analisi della diseconomicità concreta, si traduce in un giudizio estrinseco ancorato a parametri certi attraverso cui agganciare la generazione del danno pubblico.

Detto in altri termini, la transazione viene riletta dal giudice contabile sotto il profilo della illiceità o della avventatezza in ordine alla conclusione, che origina da scelte irragionevoli, arbitrarie o non fondate su criteri logici⁹¹; si rinvergono ipotesi di tale tipo nel caso in cui sia stata condotta una valutazione oggettivamente erronea dei presupposti della transazione, oppure sussiste l'assenza di elementi probatori in ordine ai presupposti della transazione⁹²; o, ancora, per un manifesto svantaggio economico per l'amministrazione in conseguenza di un sinallagma sbilanciato in modo non ragionevole, o un contenuto pattizio abo-

⁸⁹ Così è affermato da Corte Cass., Sez. Un., sent. 12 gennaio 2018, n. 6820.

⁹⁰ Come affermato da C. conti sez. giur. reg. Toscana, 24 aprile 2020, n. 100, "la scelta di addìvenire ad una transazione è soggetta a sindacato nei limiti della rispondenza della stessa a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa".

⁹¹ Vedi, ad es. C. conti, I centr. App., 3 maggio 2021, n. 23.

⁹² C. conti, sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250.

norme⁹³: ipotesi di responsabilità amministrativa si delineano in presenza di una transazione stipulata sulla base di una lite che trae origine da pretese palesemente infondate⁹⁴ o da situazioni non disponibili o, ancora, da debiti prescritti⁹⁵.

La prima fattispecie, invece, inerendo ad un profilo che investe, nei limiti del sindacabile⁹⁶, l'intera valutazione condotta dall'amministrazione transigente, per essere indagata impone al giudice contabile di condurre un giudizio intrinseco e puntuale e richiede l'estensione verso un sindacato elaborato per singolo caso di specie ed operato attraverso una indagine che si estende a tutta l'attività prodromica al negozio transattivo, esaminata nel suo intero contenuto⁹⁷.

Il giudice contabile deve acquisire elementi utili a vagliare la ragionevolezza, la razionalità, la diligenza, la prudenza, la proporzionalità tenuta dal funzionario o dipendente nel compiere scelte generatrici di conseguenze (pregiudizievoli) indirette per l'erario pubblico, attraverso una ricostruzione del caso concreto che muova da una proiezione futura degli effetti generati sull'amministrazione in termini di possibili pregiudizi erariali⁹⁸.

Viene, quindi, condotta una valutazione probabilistica di stampo prognostico per esaminare con rigore la condotta dell'amministratore che ha stipulato l'accordo transattivo, attraverso la formulazione di una ipotesi di verosimiglianza che proietti in controluce il risultato amministrativo ottenuto all'esito del negozio transattivo⁹⁹: ciò consente al giudice contabile di rapportare quanto convenu-

⁹³ Così C. conti, sez. giur. Regione Piemonte, 10 maggio 2019, n. 67.

⁹⁴ C. conti, sez. giur. Marche, 27 marzo 2006, n. 383.

⁹⁵ Sul punto la giurisprudenza è ampia e consolidata, fra le molte, di recente, C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 8 marzo 2018, n. 47; C. conti, sez. III app., 2 febbraio 2017, n. 53; C. conti, sez. giur. reg. Lombardia, 7 luglio 2016, n. 115.

⁹⁶ Ben si precisa che non si tratta di sindacare il potere discrezionale connaturato all'istituto della transazione, né le valutazioni in merito al possibile esito del giudizio, ma l'arbitrarietà e l'irragionevolezza dei contenuti della transazione.

⁹⁷ Vedi C. conti sez. giur. reg. Abruzzo, 11 ottobre 2021, n. 238, dove l'indagine del giudice contabile è arrivata a ricostruire, nei suoi elementi tipici, una ipotesi di responsabilità amministrativa foriera di danno pubblico in un accordo transattivo nel quale l'illogico e contraddittorio importo della somma pattuita dall'amministrazione a titolo di risarcimento, aveva pregiudicato l'ente, soltanto a seguito di una accurata indagine sugli elementi costitutivi la decisione amministrativa di transigere.

⁹⁸ Appare utile ricordare, peraltro, che il giudice contabile, per comprovare l'esistenza di un valido nesso causale nell'ambito della fattispecie di responsabilità amministrativa, procede attraverso la regola della "condicio sine qua non" che declina attraverso il "procedimento di eliminazione mentale": ciò ha piena validità anche nel caso di giudizi volti a sindacare eventuali responsabilità derivanti dalla stipula di transazioni da parte dell'amministrazione, cfr. C. conti, III app. 11 gennaio 2021, n. 11.

⁹⁹ Interessante, in merito, C. conti, se. II centr. app., 6 maggio 2021, n. 140 la valutazione condotta dal giudice contabile in relazione ad una transazione amministrativa stipulata nell'ambito di una nota controversia sorta con riferimento ad un complesso contenzioso relativo a vicende di Expo 2015, in rapporto alla quale si escludono forme di responsabilità erariale, poichè si ritiene che essa sia "intervenuta al fine di dirimere vantaggiosamente per la stazione appaltante", aspetti della situazione controversa che avevano investito l'amministrazione.

to, con la situazione che si sarebbe generata senza la soluzione pacificatrice del conflitto, oppure con quello che avrebbe dovuto essere pattuito per generare un vantaggio diverso all'amministrazione¹⁰⁰.

Si estende il sindacato in ordine al buono o cattivo esito della lite che fornisce il presupposto della transazione¹⁰¹, oppure in ordine al contributo causalmente negativo del funzionario/dipendente che ha dato origine alla stipula di un accordo non equilibrato e sostenibile per l'amministrazione¹⁰², magari per negligenza o eccessiva superficialità nella conduzione dell'operazione transattiva¹⁰³; o, ancora, in ordine alla ingiustificata sproporzione del contenuto dell'accordo negoziale sottoscritto dall'amministrazione pur in un contesto conflittuale incerto e controverso, che, però, non giustifica la scarsa diligenza tenuta dal funzionario stipulante nel ponderare i vantaggi per l'ente¹⁰⁴.

Se la transazione è finalizzata ad evitare o porre fine al conflitto destinato a sfociare o già sfociato in una sede giurisdizionale, così escludendo o limitando conseguenze patrimoniali di rilievo per l'amministrazione, è necessario che sussista una incertezza (oggettiva o soggettiva) in ordine alla conclusione del conflitto¹⁰⁵ oppure che via sia una alta probabilità di soccombenza per l'amministrazione (futura) convenuta¹⁰⁶, quasi prossima alla certezza¹⁰⁷.

Ipotesi, quella da ultimo tracciata, assai frequente.

Si rammenti, infatti, che l'attuale congestione normativa incrementa la situazione di incertezza in ordine alla prefigurazione della cornice normativa di riferimento del conflitto insorto e che tale confusione sistemica alimenta la percezione del rischio in capo all'amministrazione.

Ma presupporre che l'incertezza di un esito giudiziario futuro o la certezza

¹⁰⁰ Sul punto, ad esempio, ancora C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921.

¹⁰¹ È significativo che l'indagine contabile sulla responsabilità copra anche ipotesi di mancata sottoscrizione di accordi transattivi asseritamente vantaggiosi da parte di dipendenti pubblici che, in luogo del ricorso a strumenti alternativi, hanno deciso di intraprendere la via giudiziaria dall'esito incerto, cfr. C. conti, sez. II giur. centr. app., 20 marzo 2007, n. 52/Λ.

¹⁰² Vedi C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 23 ottobre 2012, n. 107.

¹⁰³ Situazione, ad esempio, riscontrabile nel caso in cui l'operazione transattiva che ha condotto alla stipula del contratto sia stata condotta senza adeguato approfondimento e supporto istruttorio da parte dell'amministratore stipulante, vedi C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921.

¹⁰⁴ Interessante su punto C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n. 1.

¹⁰⁵ Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Molise, 2 maggio 2013, n. 51.

¹⁰⁶ In merito, C. conti, sez. giur. reg. Toscana, 15 ottobre 2012, n. 485, dove si riconosce una ipotesi di responsabilità amministrativa a carico di un funzionario che aveva siglato un accordo transattivo con la controparte privata, già convenuta in giudizio di primo grado, accordando piena soddisfazione alle pretese di quest'ultima a scapito del vantaggio per l'amministrazione, pur in presenza di ampi margini di impugnazione della pronuncia di primo grado per la p.a.

¹⁰⁷ Con tale espressione di recente C. conti, sez. giur. reg., Piemonte 15 aprile 2021, n. 133 ha escluso la manifesta abnormalità, irragionevolezza ed illogicità di un atto transattivo concluso per scongiurare l'esito infausto di un contenzioso dalle conseguenze assai gravose per l'erario.

della soccombenza pubblica all'esito di una lite, diventino elementi valutabili nell'azione di responsabilità amministrativa implica riconoscere al giudice contabile la legittimazione a spingersi verso la ricostruzione delle dinamiche pubbliche che hanno supportato l'operazione transattiva sfociata nell'accordo negoziale¹⁰⁸.

Allora la difficoltà del compito delle Procure prima e (eventualmente) del giudice contabile dopo sta proprio nel trovare la misura un sindacato che si mantenga entro i limiti dettati dall'ordinamento.

Operazione sempre più complessa, che richiede il trasfondere il sindacato da una situazione archetipica astratta ad una situazione concreta, senza introdurre un sindacato nel merito delle ragioni che hanno condotto l'amministrazione a compiere quelle scelte discrezionali che hanno costruito l'operazione amministrativa sfociata nel contratto transattivo, del quale, tuttavia, il giudice contabile può conoscere il contenuto.

5. *Burocrazia difensiva, effetti sulle scelte transattive della p.a. e recenti antidoti normativi*

La realtà esaminata ci ha restituito un quadro dominato dal sospetto che l'influenza indiretta del giudice contabile assuma un peso di primario rilievo nelle scelte pubbliche di concludere accordi in funzione transattiva.

Ciò accade per almeno due concomitanti circostanze.

Da un lato, vi è l'ampliamento dell'oggetto dei negozi transattivi in funzione compositiva di liti pendenti o future in cui sia parte la pubblica amministrazione, con conseguente dilatazione delle possibilità di ricorrere alla composizione del conflitto amministrativo attraverso questo strumento alternativo alla giurisdizione, del quale sono noti i vantaggi.

Dall'altro, vi è il delinearsi di un modello di giudizio contabile per responsabilità amministrativa nel quale la ricerca degli elementi dell'illiceità di sempre nuove fattispecie di danno pubblico¹⁰⁹ implica una progressiva oggettivazione dell'interesse sotteso al bisogno di tutela¹¹⁰ ed un conseguente assottigliamento

¹⁰⁸ Al riguardo, è stato in altra sede argomentato sulla necessità che il sindacato del giudice contabile, in ossequio alla specialità della funzione consolidata dall'ordinamento, non possa prescindere, per i profili di competenza spettanti, dal condurre una attenta indagine dell'iter decisionale che ha supportato il decisore amministrativo, se si vuole, V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, in *Diritto e Processo*, 2, 2021, 365.

¹⁰⁹ Sul punto si veda S. FOÀ, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in *Cattiva amministrazione*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 25.

¹¹⁰ Se ne ha una conferma avendo riguardo alle ipotesi di responsabilità amministrativa enucleate dalle nuove figure di danno pubblico quali, ad esempio, il danno all'ambiente, il danno alla violazione della concorrenza ed il danno da tangente, il danno da disservizio, il danno all'immagine, costruite come forme di responsabilità oggettiva, su cui vedi, in relazione al danno ambientale, M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*, in *Riv. giur. amb.*, 2,

del confine di insindacabilità del merito amministrativo¹¹¹ tramite il recupero di una sindacabilità contabile della ragionevolezza dei mezzi impiegati in rapporto agli obiettivi conseguiti¹¹².

La pubblica amministrazione che si accorda per transigere è chiamata, nell'ambito dell'operazione transattiva, a condurre, con elevata discrezionalità, ogni scelta connessa a definire il contenuto dell'accordo negoziale futuro, con specifico riguardo al miglior perseguimento dell'interesse dell'ente in termini di rispetto dell'equilibrio finanziario pubblico¹¹³.

Sullo sfondo, a completamento del quadro sistemico, si rammenti che il momento decisionale dell'amministrazione che si avvia a transigere non è supportato neppure dall'ausilio della Corte dei conti in veste di organo consultivo che, nelle previste forme di collaborazione con le amministrazioni pubbliche, può rilasciare – su richiesta – pareri in merito a questioni inerenti alla regolarità finanziaria, all'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa ed in materia di contabilità pubblica¹¹⁴; l'apporto eventualmente fornito ai funzionari che ipotiz-

2020, 262 e F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, 413; per il danno alla concorrenza, R. DIPACE, *Il danno alla concorrenza tra giudice amministrativo e contabile*, in *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa*, a cura di F. G. SCOCA, A. DI SCIASCIO, cit., 159; in relazione al danno da disservizio, M. PERIN, *Danno da disservizio e disorganizzazione nell'amministrazione*, in *Giustamm.*, 2, 2013.

¹¹¹ Granitica sul punto la giurisprudenza contabile che, sulla base dei parametri nitidamente precisati dalla Corte regolatrice della giurisdizione (vedi, ad esempio, Cass. Sez. Un. sent. 1979/2012 e 4283/2013), precisa ulteriormente che al giudice contabile è precluso addentrarsi in un sindacato sul merito delle scelte discrezionali, in quanto ad esso è impedito di sostituirsi all'operatore pubblico per individuare altre possibili scelte alternative, diverse da quella in concreto adottata, dovendosi limitare ad accertare se quest'ultima, in sé considerata, risponda a criteri di razionalità, individuati secondo i parametri di economicità ed efficacia cui è soggetta l'azione amministrativa, anche nell'ottica della esistenza di un rapporto di "ragionevole proporzionalità" tra "costi e benefici".

¹¹² In tale senso vedi la nuova linea del sindacato contabile tracciata dalla Suprema corte, che tende a flessibilizzare il limite rigido introdotto dal legislatore delle riforme della responsabilità amministrativa, ricordando come la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti; e la violazione di tali criteri può assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità, dal momento che l'antigiuridicità della condotta costituisce un presupposto necessario (anche se non sufficiente) alla valutazione della colpevolezza del suo autore: in tali termini vedi anche Cass. Sez. Un. 14488/2003, 7024/2006 e 18757/2008.

¹¹³ Vedi, proprio con riferimento ad alcune scelte transattive condotte dall'ente, C. Conti, Sez. Lombardia, 31 luglio 2017, n. 126, che conferma, *ex pluribus*, C. conti, sez. Lazio, 10 gennaio 2012 n. 22 cit. e id., sez. Lazio, 10 novembre 2006, n. 2282.

¹¹⁴ La fattispecie è regolata dall'art. 7 comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, che stabilisce "Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica. Analoghe richieste possono essere formulate, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, anche da Comuni, Province e Città metropolitane".

ziano di intraprendere una operazione transattiva è limitato ad un vaglio formale di fattibilità, che, non volendo tradursi in una surrettizia modalità di co-amministrazione, si limita ad una delibazione sulla generale rilevanza della questione proposta, con riguardo alla legittimazione del proponente ed al rispetto dei confini oggettivi di proponibilità.

Il timore di uno sconfinamento nell'esercizio di compiti di amministrazione attiva e gestionale, mediante il rilascio di valutazioni a contenuto discrezionale oppure di una interferenza con la funzione giurisdizionale, depotenzia l'apporto della Corte dei conti e rimette in toto la scelta nelle mani dell'amministrazione.

A dire il vero una sorta di antidoto contro il rischio di una duplicazione funzioni può rinvenirsi in quelle previsioni del Codice del processo contabile, novellate dal correttivo, che aumentano la separazione fra il giudizio di responsabilità amministrativa da avviare su una decisione amministrativa deliberata all'esito delle risultanze di un precedente parere, chiesto e rilasciato dalle sezioni consultive della Corte dei conti, ed effetti "scriminanti automatici" del medesimo sul nesso di imputazione¹¹⁵.

In merito, infatti, il nuovo assetto normativo, da un lato, esclude che vi sia un automatico effetto de-responsabilizzante per il funzionario che procede recependo il parere dell'organo consultivo pubblico, affidando al P.M. contabile il compito di valutare l'assenza della colpa grave nel caso di recepimento fedele ed uniforme del suddetto¹¹⁶; dall'altro affida alla discrezionalità del giudice la decisione finale da esso adottata, mediante un controllo giurisdizionale sulle archiviazioni¹¹⁷.

Ciò, se da un lato risolve possibili interferenze indebite fra le differenti funzioni attribuite alla Corte dei conti, dall'altro, però, si pone come ulteriore fattore di accelerazione della percezione di un rischio potenziale per l'agire amministrativo.

La giurisprudenza, infine, si preoccupa da sempre di addivenire ad un corretto inquadramento contabile delle somme pubbliche eventualmente versate (o introitate) dalla p.a. per obblighi patrimoniali derivanti da un accordo transattivo.

Nel silenzio legislativo, la difficoltà di una esatta identificazione del titolo di imputazione delle medesime, ha recentemente indotto la Corte dei conti a stabilire che, laddove la transazione comporti oneri patrimoniali per l'amministrazione derivanti dal rapporto debito-credito, le maggiori spese non previste in bilancio

¹¹⁵ La vecchia versione dell'art. 96 c. 2 del d. lgs. n. 174 del 2016, prevedeva l'archiviazione disposta dal p.m. per assenza di colpa grave in caso di conformazione dell'azione amministrativa "al parere reso dalla Corte dei conti in via consultiva, in sede di controllo e in favore degli enti locali".

¹¹⁶ Così dispone il nuovo art 96 comma 2 codice processo contabile, che lascia al p.m. contabile la possibilità di archiviare la posizione del soggetto convenuto per assenza di colpa grave "ove valuti che l'azione amministrativa si sia 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".

¹¹⁷ Art. 69 commi 3-6 codice processo contabile.

necessitano di essere riconosciute con le procedure all'uopo formalizzate, previa specificazione della sussistenza di una utilità per l'amministrazione¹¹⁸.

L'arresto giurisprudenziale con cui si ribalta il precedente orientamento¹¹⁹ segna una importante svolta per l'impatto derivato sull'attività decisionale dell'amministrazione e per l'implementazione del rischio percepito in connessione delle possibili conseguenze derivanti dalla conclusione di accordi transattivi pubblici.

Ben si comprende, allora, come in tale articolato e sfumato contesto, l'idea che possano annidarsi forme di burocrazia difensiva condizionante le scelte transattive dell'amministrazione, va ben oltre la mera suggestione.

Che di mera suggestione non si tratti sembrerebbe comprovato anche dall'urgenza con la quale il legislatore ha deciso arginare il rischio di una amministrazione paralizzata dal timore dell'agire, introducendo norme "manifesto" con le quali si promettono risultati che, se non sapientemente costruiti con un rigoroso esercizio dell'attività giurisdizionale da parte del giudice contabile, possono andare ben oltre le legittime aspettative, sovvertendo la legalità del sistema¹²⁰.

L'intervento innovatore ed avente ad oggetto proprio la disciplina generale dei presupposti costitutivi della fattispecie di responsabilità amministrativa, è contenuto in una riforma governativa¹²¹, varata senza il supporto della stessa Corte dei conti¹²².

In tale ambito, la novella interviene a modificare la modalità con cui opera l'imputazione soggettiva della fattispecie illecita erariale¹²³.

Accentuando la già segnata distinzione fra il dolo e la colpa grave, prosegue nel solco della frattura con la previsione di un allontanamento definitivo fra le due ragioni di imputazione.

La soluzione introdotta circoscrive l'elemento soggettivo valutabile dal giudice contabile nella ricostruzione della responsabilità per danno pubblico, al dolo, del quale si definisce, con notevoli aspetti di criticità¹²⁴, il significato

¹¹⁸ C. conti, giur., SS. RR., 1 luglio 2020, n. 37, confermata da C. conti, Sez. Lazio, deliberazione n. 48/2021/PAR.

¹¹⁹ Cfr. C. conti, Sez. contr. Regione Lazio, delib. n. 48/2021/PAR e Sez. contr. Regione Sicilia n. 164/2016; C. conti, sez. contr. reg. Sardegna, 23 luglio 2012, n. 62.

¹²⁰ Per una interessante rilettura del rapporto fra principio di legalità e contenuto della responsabilità in ragione della funzione pubblica A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e problemi*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677, il quale propone di fornire *ex ante* un fondamento positivo alla responsabilizzazione funzionale, oggi ricostruibile soltanto *ex post*.

¹²¹ Decreto-Legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito senza modifiche sul punto con legge 11 settembre 2020, n. 120.

¹²² Vedi SS.RR. controllo, Audizione della Corte dei conti del 28 luglio 2020 sul disegno di legge n. 1883.

¹²³ Per il cui inquadramento generale si rinvia a A. Canale, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, a cura di A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO, Milano, 2019, 88 e ss.

¹²⁴ In particolare, vedi M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la stra-*

giuridico¹²⁵ ed attenua la responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori pubblici¹²⁶ che abbiano cagionato danni erariali in conseguenza di fatti derivanti da condotte commissive poste in essere con colpa grave¹²⁷.

Con l'unica eccezione che riguarda i fatti dannosi generati all'inerzia amministrativa¹²⁸, per i quali continua ad operare l'imputazione a titolo di colpa.

Il temperamento necessario a placare l'intensità del dibattito sorto all'ingresso della disposizione – rispetto alla quale è stata ipotizzata anche l'incostituzionalità¹²⁹ – è rinvenibile nella temporaneità e transitorietà della norma¹³⁰; ma si è trattato di un palliativo iniziale, atteso il sopraggiungere immediato di una prima proroga, che ne ha esteso l'efficacia ad un altro biennio¹³¹.

Nell'intenzione del legislatore la limitazione della responsabilità erariale avrebbe dovuto costituire un valido antidoto al dilagare della burocrazia difensiva ed al conseguente rischio che essa possa tradursi in un condizionamento concreto per le scelte decisionali operate dall'amministrazione¹³².

da della tipizzazione della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2021, 279 spec. 291 e ss., cui si rinvia per gli interessanti rilievi critici attraverso i quali, dopo aver dato atto della inadeguatezza strutturale e funzionale del processo contabile nell'accertamento del profilo doloso della condotta del dipendente pubblico, guarda con estrema preoccupazione agli effetti generati dalla deresponsabilizzazione di molte delle condotte provocatorie di danno erariale, con speciale riferimento ad alcune categorie di pubblici dipendenti la cui funzione è particolarmente connotata in senso funzionale; ciò induce l'A. ad auspicare che una più penetrante opera di definizione dei confini normativi dell'elemento soggettivo "punibile", possa divenire un antidoto legale alla "solitudine" del decidere discrezionale, impedendo reazioni di burocrazia difensiva.

¹²⁵ Il nuovo comma 1 dell'articolo 1 della legge 20/1994, dispone che «La prova del dolo richiede la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»; ciò sposta l'onere probatorio sulla volontà dell'evento, oltre che sulla condotta e rende più difficile la contestazione di tale elemento soggettivo e, quindi, l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità erariale, sul tema si rinvia a G.L. GAITA, *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*, 2020, il quale criticamente ha parlato di "scudo erariale".

¹²⁶ Si badi bene: l'estensione soggettiva oltre ad essere massima, è anche indeterminata, poiché la legge parla di "soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica", con ciò rimettendo alla logica giuridica del momento il confine di applicabilità.

¹²⁷ La difficoltà di una categorizzazione dogmatica della colpa grave rappresenta, ad oggi, il principale ostacolo ad un più disteso esercizio delle funzioni amministrative ripartite su ciascun dipendente/funziionario, nonostante gli sforzi in cui si è profusa la dottrina, vedi P. MADDALENA, *La colpa nella responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 2, 1997, 272.

¹²⁸ Vedi, nello specifico, il comma 2 dell'art. 21 della legge n. 120 del 2020.

¹²⁹ In modo così netto si era espresso M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, in *lexitalia.it*, 8, 2020.

¹³⁰ Si circoscrive la portata normativa ai fatti commessi dall'entrata in vigore della legge n. 120 del 2020 fino al 31 dicembre 2021.

¹³¹ Il termine del 31 dicembre 2021 è stato successivamente prorogato al 30 giugno 2023.

¹³² Tale lettura trova conforto in quella parte della dottrina che ha salutato positivamente l'ingresso della riforma, cfr. L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio*, cit., 5.

Al netto delle forti critiche sollevate in dottrina da chi non ha colto nella novella né elementi utili a supportarne la compatibilità con i principi costituzionali che informano l'attività amministrativa¹³³, né —ed ancora prima— una compatibilità sul piano dei principi costituzionali¹³⁴, né rispondenza agli obiettivi di efficienza richiesti dal PNRR ed ai meccanismi di responsabilizzazione del decisore in ordine alla gestione delle risorse finanziarie postulate dall'Europa¹³⁵, la previsione non pare essere di forte ausilio neppure per la prospettiva analizzata¹³⁶.

In primo luogo l'immissione del sistema di ulteriori elementi legislativi forieri di complicazione interpretativa non contribuisce a stemperare il “rischio percepito”, che è alla base di manifestazioni di burocrazia difensiva.

Infine, il vantaggio generato può ritenersi solo apparente se solo si rammenti che ogni creazione di forme più o meno marcate di “scudo erariale” generano un fenomeno distorsivo di traslazione dei costi e degli effetti del danno pubblico, generato da un'azione amministrativa illecita non correttamente perseguita nelle sedi opportune, sulla collettività degli amministrati.

La quota di danno assorbita dall'amministrazione come contrappeso alla crescente tendenza alla responsabilizzazione del decisore pubblico che gestisce risorse erariali, deve mantenersi nei limiti della ragionevole proporzionalità, come correttamente ci ha ricordato la Corte costituzionale¹³⁷.

Seguendo tale monito anche nel caso di scelte pubbliche volte a stipulare accordi transattivi, la novella può rappresentare solo un apparente allentamento dei condizionamenti amministrativi incidenti sul ricorso allo strumento transattivo da parte dell'amministrazione per risolvere varie forme di conflittualità, ma dietro il “manifesto” si dissimula un rischio ancora più eccessivo: quello di

¹³³ Vedi, in particolare S. SFRECOLA, *Danno erariale. La lezione dimenticata di Cavour*, in www.sognoitaliano.eu, novembre 2020.

¹³⁴ Una critica di possibile incostituzionalità è mossa da L. CARBONE, *Riflessioni a prima lettura dopo il c.d. 'decreto semplificazioni'*, in *Federalismi*, 30, 2020, qui 22 e ss., che pone in dubbio il rispetto del regime dettato dall'art. 77 Cost. e rileva come una non ragionevole limitazione della responsabilità erariale incida sulla necessità di valorizzare l'efficienza dell'amministrazione e di salvaguardia dell'interesse finanziario pubblico e consolidi una deresponsabilizzazione della politica nei confronti del corpo sociale, minando la base dell'ordinamento democratico.

¹³⁵ Non solo: la nuova dimensione europea delle risorse pubbliche disponibili sul piano nazionale sembra aver assegnato alla Corte dei conti, ad assetto strutturale invariato, nuovi compiti e nuovi obiettivi, complessi e performanti in ragione dell'interlocutore europeo con cui è chiamata a relazionarsi, vedi, per alcuni rilievi d'insieme, A. POLICE, *La Corte dei conti garante dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza: l'importanza strategica del controllo concomitante*, in *Riv. Corte conti*, 5, 2021, 1; ID., *Una nuova stagione per la Corte dei conti e per la sua funzione di garanzia “nelle fasi avverse del ciclo economico*, in *Riv. Corte conti*, 4, 2020, 1.

¹³⁶ In merito G. RIVISECCHI, *La Corte dei conti ai tempi del “Recovery plan”*: quale ruolo tra responsabilità amministrativa contabile, semplificazioni e investimenti, in *Federalismi*, 20, 2021.

¹³⁷ Il riferimento è alla storica pronuncia Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371.

dar vita a tipologie di accordi transattivi i cui possibili effetti pregiudizievoli per le risorse pubbliche non verranno mai indagati dal giudice delle responsabilità pubbliche, generando costi collettivi insanabili.

Transigere di più, ma transigere peggio.

6. *Riflessioni conclusive*

Lo scenario evocato porterebbe a risultati paradossali che è bene scongiurare, tentando strade interpretative alternative.

In tale ottica allora sarebbe forse auspicabile che, in luogo della prospettiva di progressiva deresponsabilizzazione dell'attività pubblica, si sostituisse, specialmente nel caso di decisioni pubbliche volte ad impiegare modelli non giurisdizionali di composizione delle controversie che sfociano in negozi transattivi, una più attenta responsabilizzazione dell'operato del giudice chiamato ad accertare quella responsabilità amministrativa eventualmente scaturita dal contratto di transazione.

Risultato conseguibile soltanto con una migliore funzionalizzazione dell'articolazione dei compiti pubblici¹³⁸ e con il concomitante perfezionamento sostanzialistico del sindacato contabile in materia di responsabilità¹³⁹, che si liberi in modo definitivo da forme di giudizio estrinseco e parametrico, ma senza invadere sfere dell'insindacabilità del merito amministrativo e con il supporto di un legislatore più attento alla precisazione dei confini dell'elemento soggettivo rilevabile ai fini di una responsabilizzazione¹⁴⁰.

Che quanto prospettato divenga funzionale ad una auspicabile riduzione della modalità difensiva di svolgimento dei compiti pubblici assegnati alle amministrazioni, appare supportato anche da quanto di recente proposto dalla dottrina durante la fase conoscitiva nell'ambito dell'*iter* di esame parlamentare del disegno di legge n. 1883 (d-l 76/2020 semplificazioni)¹⁴¹, laddove si rimarcava la necessità

¹³⁸ Vedi A. CASSATELLA, *Le responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in *La decisione amministrativa*, a cura di M. RENNA, R. URSI, Napoli, 2021, 153.

¹³⁹ Verso tale conclusione sembra orientarsi anche G. D. COMPORI, *La responsabilità erariale*, cit., 125 e ss.

¹⁴⁰ In merito, per una interessante prospettiva di analisi comparata vedi C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Giurisprudenza europea e nazionale a confronto*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, a cura di M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, 2016, cit., 169.

¹⁴¹ In particolare vedi il contributo di S. Cimini, presentato il 20 agosto 2020 in Senato, alle Commissioni Riunite I e VIII, nell'ambito dell'attività conoscitiva svolta in relazione all'esame del disegno di legge n. 1883 (rinvenibile sul sito del Senato, fra gli atti preparatori del d.l. 76/2020), in cui si specifica che "il problema della burocrazia difensiva non sta nella colpa grave ma nella

di intervenire sul piano normativo per tipicizzare la nozione di colpa grave ai fini di una uniformità nell'elemento soggettivo della responsabilità erariale.

Un ausilio in tale direzione giunge anche dagli strumenti processuali oggi disponibili dalle Procure e dalla magistratura contabile in virtù dell'entrata in vigore del Codice del processo davanti alla Corte dei conti, il quale, seppure salutato con qualche perplessità in ordine al potenziale legislativo rimasto inespresso in sede elaborazione governativa¹⁴², ha attualizzato, completato e reso sistematico un modello processuale in evidente disaccordo con il paradigma del giusto processo¹⁴³.

Del resto, nell'auspicio di una evoluzione del sindacato del giudice contabile in una direzione più aderente ai principi di effettività e pienezza della giurisdizione, a ripristinare l'equilibrio di un rapporto alterato fra amministrazione e giudice contabile, potrebbero aiutare apposite tipologie di studi ed analisi condotte, con un metodo sperimentale "evidence-based" ben approfondito in dottrina¹⁴⁴, sulle fonti giudiziarie formatesi in seno alla magistratura contabile.

Il sistema suggerito, non nuovo e già impiegato nell'ambito penalistico per la misurazione del fenomeno corruttivo inverteatosi nella fattispecie tipica del reato di corruzione, presenta una serie di vantaggi immediati: è esportabile in altri contesti, muove sempre da un dato reale e mira ad ottenere un effetto preventivo per il futuro.

Applicato in tale contesto, tale approccio metodologico consentirebbe, per il tramite dell'esame delle pronunce adottate dal giudice contabile in ordine ai giudizi di responsabilità conclusi su fattispecie di danno erariale arrecato da negozi transattivi stipulati dalla pubblica amministrazione, di ricondurre alla realtà fattuale l'intervento della Corte dei conti in tale ambito.

Dalla verifica condotta sul piano reale emerge con una certa nitidezza che, la prevalenza di giudizi su cui si concentra il sindacato contabile in tale ambito, si

vaghezza di questa nozione che lascia ampi margini di discrezionalità al giudice", giungendo conseguentemente a sollecitare un intervento specificativo del legislatore volto proprio a definire, nella direzione suggerita, il concetto di colpa grave, così scongiurando che dietro ad una fumosità normativa si celino i rischi di una interpretazione variabile, che attiva meccanismi di burocrazia difensiva.

¹⁴² Vedi M. CLARICH, F. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in *Dir. proc. Amm.*, 2016, 4, 1276.

¹⁴³ Per una analisi critica dell'istruzione probatoria processuale anteriormente all'ingresso del Codice e per i dubbi di compatibilità costituzionale del vecchio modello processuale si veda, anche per i riferimenti a dottrina e giurisprudenza, se si vuole, V. GIOMI, *Il sistema delle prove nei giudizi dinanzi alla Corte dei conti*, Torino, 2011; A. ODDI, *Il "giusto processo" dinanzi alla Corte dei Conti*, Napoli, 2010; F. SAITTA, *Istruttoria del processo contabile nello spirito del novellato art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2005, 6, 245.

¹⁴⁴ Il riferimento è allo studio condotto da M. F. ROMANO, G. MORGANTE, A. BALDASSARINI, G. DI VETTA, P. PAVONE, *La misurazione della corruzione attraverso le sentenze della magistratura*, in *Federalismi*, 33, 2020.

riduce entro lo stretto perimetro dell'indagine in ordine al nocumento arrecato dal danno indiretto, provocato dall'impegno economico sostenuto dall'amministrazione, all'esito di un accordo transattivo intervenuto per porre fine ad una lite in corso o per prevenire una lite futura, con verosimigliante prospettiva di soccombenza per l'amministrazione.

In tutti questi casi, la transazione conclusa si limita a costituire il presupposto fattuale per l'indagine in ordine ai profili di responsabilità che investono il funzionario o il dipendente che ha generato, con una colpevole o dolosa condotta attiva o omissiva, l'evento dannoso generatore di conflitto, sfociato nella soluzione stragiudiziale, onerosa per l'amministrazione.

L'indagine diretta sul rapporto transattivo concluso dall'amministrazione, non viene effettuata, nella prevalenza delle decisioni che la presuppongono, se non nei limiti del sindacato estrinseco della ragionevolezza, pertanto non tale evenienza non aggiunge alcun elemento deterrente in grado di condizionare future scelte amministrative in ordine a possibili ricorsi a una soluzione transattiva come "efficacissimo strumento di pacificazione sociale"¹⁴⁵.

A ben vedere, quindi, la corrispondenza fra il rischio percepito ed il rischio occorso torna a disallinearsi, riportando l'idea di un "maggior" pericolo di incorrere in un giudizio di responsabilità in conseguenza del tipo di scelta condotta, entro il "normale" rischio occorso laddove l'azione amministrativa sia foriera di un nocumento pubblico generato da un comportamento dolosamente irresponsabile del dipendente pubblico.

In conclusione, se il filtro di indagine suggerito servisse anche solo a frenare il meccanismo generatore della perniciosa "burocrazia difensiva", si giungerebbe a rimuovere un importante disincentivo alla soluzione consensuale dei conflitti amministrativi per via transattiva, con un innegabile beneficio collettivo.

¹⁴⁵ La nota espressione è di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 87.

Abstract

Il lavoro mette in connessione la scelta pubblica di concludere accordi transattivi fra amministrazione e privati con i rischi derivanti dall'esistenza di un'amministrazione difensiva. Dopo aver fornito una perimetrazione giuridica del concetto di burocrazia difensiva l'attenzione è rivolta a verificare, con l'ausilio della giurisprudenza contabile, se sussista un condizionamento fra quest'ultima e le ipotesi di ricorso alla transazione come forma di risoluzione della conflittualità amministrativa. L'obiettivo è quello di stabilire se il rischio di un possibile sindacato di responsabilità amministrativo contabile in ordine ad eventuali danni erariali, configurabili all'esito della scelta pubblica di transigere, incida negativamente sulla conclusione del rapporto transattivo o sulla definizione del contenuto della medesima. Il quadro analizzato lascia emergere che il timore di futuri giudizi contabili costituisce un fattore determinante di ogni scelta pubblica a contenuto discrezionale, con particolare incidenza su quella transattiva. Ciò ha creato un freno allo sviluppo di una buona amministrazione, con la conseguente limitazione del ricorso pubblico agli strumenti di composizione pacifica e soddisfattiva degli interessi che, con particolare riferimento alla transazione, assicurino una "pacificazione sociale" vantaggiosa innanzi tutto per l'amministrazione. I recenti interventi legislativi sulla responsabilità pubblica non hanno generato l'auspicato miglioramento, ma hanno contribuito a complicare la situazione e ad alimentare i timori dell'amministrazione nell'impiego degli strumenti caldeggiati. Si ritiene, quindi, che soltanto una migliore funzionalizzazione dei compiti pubblici responsabilizzanti, unitamente ad un sindacato giuscontabile più pieno ed effettivo possa restituire alla transazione amministrativa lo spazio che merita in rapporto al miglior perseguimento del pubblico interesse.

Courts of auditors and administrative decision to reach a settlement: between defensive bureaucracy and perceived risks

The paper analyzes the connections between the transactions concluded by the public administration and the defensive bureaucracy. The risk of an administrative liability judgment conditions the stipulation and content of the settlement agreements concluded by the administration, in order to avoid or resolve disputes that have arisen with private individuals. The effect produced is a lesser use of the instrument of the settlement by the administration, with a consequent loss for the administration to use important tools of social pacification and resolution of administrative conflicts. Recent legislative reforms that renewed some aspects of administrative responsibility have not generated positive results but, on the contrary, they have made the regulatory framework even more complex,

increasing the administration's fears of resorting to transactions. I believe that only a better definition of public tasks and responsibilities and an improvement in the type of syndication offered by the Court of Auditors can enhance the use of administrative settlement.