

queste istituzioni

La transazione come forma
di risoluzione alternativa della
conflittualità amministrativa:
lo spazio angusto fra burocrazia
difensiva e sindacato contabile

Valentina Giomi

Numero 4/2021
31 dicembre 2021

La transazione come forma di risoluzione alternativa della conflittualità amministrativa: lo spazio angusto fra burocrazia difensiva e sindacato contabile

di Valentina Giomi*

Sommario

1. L'idea giuridica della burocrazia difensiva. – 2. L'ampiezza della decisione pubblica e il rischio di decidere. - 3. L'impatto del rischio di un sindacato contabile sulla scelta di transigere. – 4. I recenti interventi normativi in risposta alla burocrazia difensiva. – 5. Le norme alla prova dei fatti: tutto risolto?

Sintesi

Il lavoro mira ad analizzare il tema dell'amministrazione difensiva e gli effetti di quest'ultima sulle scelte pubbliche di concludere accordi transattivi con i privati.

Il peso di un possibile sindacato di responsabilità amministrativo contabile in ordine alla scelta pubblica di transigere rischia di creare un freno ad una buona amministrazione e ad un'attività pubblica di composizione pacifica e soddisfacente degli interessi, così limitando gli strumenti di "pacificazione sociale" disponibili dall'amministrazione.

Purtroppo le recenti riforme amministrative sulla responsabilità pubblica non generano l'auspicato miglioramento, ma contribuiscono a complicare la situazione e ad alimentare il timore dell'amministrazione nell'impiego degli strumenti caldeggiati.

Abstract

The work analyzes the defense administration and its effects.

In particular, it examines the risks and the fear of an accounting judgment on the choice to conclude ADR and public transactions.

The recent legal reforms that have introduced changes on accountability are also analyzed; it is concluded that the new rules do not improve the administrative risk and the administration's fear of concluding ADR and public transactions.

Parole chiave

Alternative dispute resolutions; ADR; Risoluzione alternativa delle controversie.

* Associata di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Pisa.

1. L'idea giuridica della 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.

La decisione amministrativa², intesa come punto di formale emersione del volere pubblico³, origina infatti da sempre più delicate e complesse⁴ valutazioni discrezionali in rapporto all'interesse primario previsto dalla norma⁵ e all'affermarsi⁶ di nuovi strumenti non giuridici (ma giuridicizzabili) della scelta condotta.

La modifica degli elementi del processo decisionale pubblico non alleggerisce le responsabilità pubbliche tracciate dal legislatore⁷.

¹ Per tutti, 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.

² Con tale espressione si intende un paradigma di un percorso giuridico decisionale caratterizzante la formazione e l'esternazione della volontà dell'amministrazione, cfr. L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 1.

³ In termini, vedi C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1998, 130; ma, più di recente, per una rilettura della qualificazione legislativa dell'interesse prevalente identificato dalla norma attributiva 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 S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, 9-10 e s.

⁴ Pur limitandosi ad un breve cenno, sul rapporto tecnica-scienza e potere discrezionale 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. Ancora, per l'impiego, nel processo decisionale, di strumenti tecnologici cui affidare (o su cui fondare) segmenti della decisione amministrativa 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 Sul tema, complesso, della selezione dell'interesse pubblico astratto individuato dalla norma in rapporto all'interesse pubblico concreto, vedi M. RAMAJOLI – R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 95 e, più in generale, G. D. FALCON, *Il diritto amministrativo e i principi*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 191 e A. POLICE, *L'eccesso di potere nel prisma della Costituzione*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche*, cit., 41.

⁶ Già sul tema la dottrina tedesca era stata pionieristica, 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 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 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 F. TRIMARCHI BANFI (a cura di) *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 90;

È allora interessante analizzare la proiezione del rischio operata dall'amministrazione in relazione all'accrescimento delle responsabilità decisionali⁸ ed alla differenziazione della realtà e delle sue regole⁹.

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 risorse¹⁰, abbia aggiunto uno specifico ed ulteriore elemento di ponderazione, cui attribuisce un rilievo primario.

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

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

M. RENNA – M. SGROI, *Il responsabile del procedimento*, in G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990 e ordinamenti regionali*, 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 M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 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.

⁸ 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 M. ANDREIS – R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti del Convegno preliminare AIPDA tenutosi nell'Università degli Studi di Bergamo il 7 giugno 2016*, Torino, 2016, 47.

⁹ Per la prospettiva da ultimo evocata, vedi L. GIANI – M. D'ORSOGNA – A. POLICE, *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018.

¹⁰ 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 120 del 2020, 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".

arricchire il quadro valutativo originario appena descritto, che rappresentava una invariante già di per sé complessa¹¹.

Il dubbio non sta circa l'esistenza di una responsabilità amministrativa per il possibile nocumento arrecato all'interesse finanziario dell'ente per l'illecito operato dai dipendenti o funzionari pubblici¹², quanto nella trasformazione, in termini di impatto giuridico, di ciò che tali soggetti pubblici ipotizzano come possibile, in relazione alle conseguenze economiche generate dal processo decisionale da condurre.

Si conferisce una consistenza giuridica puntuale ad un ipotetico rischio immaginato con riguardo alla proiezione delle (possibili) conseguenze scaturite dagli effetti collegati alla scelta pubblica.

L'amministrazione si prefigura, quindi, un possibile scenario di impatto della decisione che rappresenta il frutto dell'esercizio del proprio doveroso potere¹³ e trasforma questa proiezione in un elemento di valutazione da bilanciare con gli altri¹⁴.

Il problema sorge quando tale elemento di valutazione, da mero parametro comparativo-orientativo della scelta discrezionale¹⁵, si trasforma in elemento trascinate della scelta finale, acquisendo un ruolo determinante nella creazione della regola del caso.

Ecco allora che si comincia ad introdurre il concetto giuridico di "amministrazione difensiva", in relazione al quale, proprio l'esistenza di un generalizzato "timore del decidere", spinge ad accrescere il mercato di polizze assicurative stipulate dai dipendenti pubblici di ogni livello¹⁶.

¹¹ Sul concetto di programmazione come aggiunta ai singoli fattori di complessità decisionale si vedano, per differenti profili, R. DIPACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative*, in *Dir. e soc.*, 4, 2017, 647; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

¹² 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 *maladministration*), 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ In particolare, vedi V. ITALIA, *La responsabilità amministrativa nell'Ente locale*, Milano, 2020, ma anche già S. LAZZINI, *I nuovi bisogni assicurativi nelle attività tecniche*, Rimini, 2013.

La formula, 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 sottovalutate¹⁷, 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 pubblico¹⁸.

L'anticipazione, sul piano della decisione del rischio percepito, genera due conseguenze di intensità degradante: dalla "paralisi del fare", all'adozione di una scelta amministrativa differente da quella astrattamente attesa ed auspicata.

Quindi, o un imponente rallentamento decisionale fino all'assenza di decisione, oppure una distrazione della decisione verso finalità più individualistiche che preservano il decisore pubblico 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 pubblico¹⁹.

Si esclude che la "paura della firma" coincida con la naturale cautela che assiste il decisore pubblico²⁰ nelle scelte ontologicamente complesse per elevata difficoltà tecnica ed incertezza dell'esito, atteso che il rischio "oggettivo" connotato al grado di specialità/delicatezza richiesto per la predeterminazione di determinate scelte amministrative che presuppongono adeguate professionalità pubbliche²¹ e che non rimane assorbito dalla struttura

¹⁷ Al contrario, per una lettura che non stigmatizzi gli effetti generati dalla "cattiva cultura dell'amministrazione" ma 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.

¹⁸ 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 vanno annoverati i "vincoli di fonte giudiziaria, che producono meno risultati concreti e più sconcerto", restituendoci un'amministrazione "terrorizzata".

¹⁹ 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".

²⁰ 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.

²¹ 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, p. 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*

amministrativa²², è cosa diversa dal suo riflesso in termini di percezione soggettiva da parte del decisore pubblico, specialmente se vi è disallineamento fra competenze disponibili e professionalità richieste dai modelli economici e produttivi adottati al livello nazionale²³.

Se, quindi si esclude un generale rischio connesso a qualunque decisione amministrativa²⁴ che innesca responsabilità pubbliche²⁵ conoscibili dalla Corte dei conti in ragione della tutela delle risorse erariali²⁶, occorre isolare e misurare la quota di rischio “reale” da quella di rischio “percepito”²⁷.

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 realistico²⁸, 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. L’ampiezza della decisione pubblica e il rischio di decidere.

Il corretto inquadramento della “amministrazione difensiva” va epurato dalla sovrastruttura e riportato entro confini adeguati, che non confondano l’assenza di complessità ponderativa²⁹,

Stati, in B. G. MATTARELLA, *La dirigenza dello Stato e il ruolo della Scuola superiore della pubblica amministrazione*, Roma, Edizioni SSPA, 2010.

²² Sulla de-responsabilizzazione del procedimento per mancanza di una adeguata responsabilità funzionale cfr. A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell’amministrare. Termini e problemi*, in *Dir. Amm.*, 2018, 677.

²³ Il tema è centrale anche nell’ambito delle nuove prospettive di riforma della p.a. varate con il secondo PNRR approvato dal Governo Draghi, dove l’implementazione di investimenti pubblici e privati è legata al recupero di una “capacità amministrativa stabile e strutturata”. 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.

²⁴ 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.

²⁵ Sul tema, ampiamente S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 53.

²⁶ 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 M. ANDREIS – R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione*, cit., 9.

²⁷ Tale prospettiva è quella prescelta da G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, che indaga in concreto il rapporto fra la misura del rischio reale occorso ed il rischio percepito.

²⁸ Per una rilettura della 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 M. ANDREIS- R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione*, cit., 47.

²⁹ 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 decisionario dell’amministrazione è diversamente ripartita fra tecniche di attribuzione dirette o indirette, cfr. S. PERONGINI, *Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale*, 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

l'instabilità normativa, l'incertezza degli effetti³⁰ o i limiti all'esercizio delle funzioni³¹, con la percezione di un timore decisionale che influenza in modo stabile il processo decisionale, cioè l'agire amministrativo, innescando perniciose conseguenze³².

Il quadro emerso è, nel complesso, piuttosto preoccupante e gli effetti generati 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 pubbliche³³, 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, perché l'impegno economico dell'amministrazione deriva da scelte spesso coperte da valutazioni di merito, quindi difficilmente sindacabili in sede giuscontabile³⁴.

Nel primo caso, per la rilevanza del fenomeno sull'assetto economico del nostro Paese³⁵, l'attenzione del legislatore è massima per arginare preventivamente il rischio della burocrazia

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 V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 265, la cui analisi della ratio sottesa al problema prospettato rimane attuale anche a contesto normativo mutato.

³⁰ Per una lettura in chiave critica dell'attuale immagine della p.a., vedi L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Astrid* n. 6/2021.

³¹ Per una ricostruzione trasversale dei principali limiti al corretto svolgimento delle funzioni amministrative, L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016.

³² Il tema è ampiamente trattato da S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 293.

³³ 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.

³⁴ All'art. 1, comma 1, legge n. 20 del 1994 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; cfr. Corte dei conti, Sez. I d'App., sent. n. 292, del 23 settembre 2005, Cass. SS.UU. 29 gennaio 2001, n. 33 e, ancora, Corte conti, I centr. App., 29 marzo, 2019, n. 61. Oggi si assiste ad una giurisprudenza che circoscrive entro lo stretto necessario la portata preclusiva di tali limiti, vedi, 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.

³⁵ 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.

difensiva o tramite la riduzione della responsabilità amministrativa per contrazione della discrezionalità³⁶ o tramite la tipizzazione della responsabilità sanzionatoria³⁷.

Nel secondo caso, invece, la gestione legislativa dell'impatto della burocrazia difensiva è stata sottovalutata o non adeguatamente delimitata, forse per minore frequenza d'impatto del fenomeno.

Così è accaduto in tutti quei casi in cui la scelta amministrativa 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.

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 strumenti 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 Piano Nazionale per la Ripresa e Resilienza (in sigla, PNRR) in tema di rinnovamento del sistema di giustizia³⁸, 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.

³⁶ 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.

³⁷ 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 F.G. SCOCA – A. DI SCIASCIO, *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2016, 99 e M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità nella responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Il dir. econ.*, 3, 2017, 919.

³⁸ Il riferimento è alle cosiddette “Riforme orizzontali” di cui al punto 2 del PNRR: 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.

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. L'impatto del rischio di un sindacato contabile sulla scelta di transigere a decisione pubblica di transigere.

In premessa occorre precisare che l'interesse è circoscritto a quei rimedi alternativi alla giurisdizione esterni al 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 legislatore³⁹, 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 procedimento⁴⁰, sia i differenti strumenti extragiudiziali alternativi al giudice a cui le parti in via (non sempre)⁴¹ 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 diritto⁴².

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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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 n. 241 del 1990: per tali profili, vedi F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in www.giustamm.it, 2007.

⁴¹ Per i casi in cui la legge impone, al momento dell'insorgenza della lite, una via stragiudiziale tipica, anche ai fini dell'accesso alla tutela per la soluzione della situazione controversa, vedi S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013; ma anche i casi in cui 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 cfr. 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

⁴² La differenziazione è ripresa dalla partizione sistematica operata nell'ambito processualeciviltistico dalla migliore dottrina, cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019.

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.

Il fenomeno transattivo può essere analizzato in termini di “operazione transattiva” comprensiva “dell'attività che determina la formazione del consenso delle parti in ordine alla composizione della controversia”⁴³, 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 ragione si fonda sull'esistenza del suddetto spazio decisionale come presupposto necessario per il possibile (auto)condizionamento dell'amministrazione che valuta (o esclude) la possibilità di approcciarsi ad una soluzione transattivo: c'è un parallelismo necessario fra la scelta amministrativa di un possibile utilizzo dello strumento transattivo e l'ampiezza della discrezionalità spettante all'amministrazione, atteso che la valutazione prognostica delle conseguenze generate, per 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: esso, se “inquinato” da timori e “paure del fare”, si presta ad influenzare la scelta ed il futuro contenuto della eventuale decisione di transigere.

Nell'ottica seguita il *focus* si sposta sul momento della composizione dei termini della relazione fra le parti, perché 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.

⁴³ 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.

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

La praticabilità della soluzione transattiva nell'ambito di conflitti maturati in tutti i rapporti che coinvolgono la pubblica amministrazione⁴⁴, può essere ammessa, oggi⁴⁵, senza distinguere fra gli accordi transattivi aventi ad oggetto questioni suscettibili di valutazione patrimoniale e questioni relative all'esercizio di potestà amministrative⁴⁶.

Ciò comporta un ampliamento di impiego della transazione.

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 amministrativa⁴⁷.

Gli incentivi al potenziamento di questa strada divengono allora molteplici ed eterogenee la transazione rappresenti, per l'amministrazione, una valida strada di realizzazione dell'interesse generale.

Proprio il ricorso alla transazione, se praticabile ed adeguata⁴⁸, offre una concreta soluzione ben aderente alle pretese soggettive delle parti in conflitto⁴⁹, scongiurando il rischio di

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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 S. CIVITARESE MATTEUCCI – L. DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, 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.

⁴⁶ 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 amministrazione che l'A. tipicità e costruisce in modo unitario, superando la originaria dicotomia fra contratto transattivo (su rapporti privatistici) e accordo transattivo (su rapporti pubblicistici)

⁴⁷ 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 P.L. PORTALURI (a cura di), *L'Amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Napoli, 2016.

⁴⁸ Per una attenta analisi di tale profilo, ampiamente M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481.

⁴⁹ 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.

una futura frattura del rapporto, salvo che accadimenti patologici imputabili alle parti la rendano disfunzionale⁵⁰.

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'amministrazione⁵¹, 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'amministrazione⁵², sia essa agente in veste privatistica in relazione 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.

Su questo aspetto si innestano la delimitazione dei confini del sindacato del giudice contabile e, più in generale, il 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, ravvisando sempre un condizionamento dei risultati prodotti dallo svolgimento dei compiti processuali affidati alla Corte dei conti sull'agire quotidiano delle amministrazioni, in un legame innegabile e biunivoco⁵³.

⁵⁰ 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.

⁵¹ I due momenti sono individuati in modo distinto in relazione al differente atteggiarsi del doveroso 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.

⁵² Secondo quanto efficacemente osservato da A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 15 e 233 e s., la principale caratteristica della "conflittualità amministrativa" risiede proprio nell'esistenza di un tipo di conflitti riconponibili 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'amministrazione ed i poteri ad essa riconosciuti dall'ordinamento non mutano a seguito del fatto giuridico occasionale dell'evento-lite.

⁵³ Il punto di vista qui riportato è l'asse cartesiano 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.

In tale contesto di specialità della giurisdizione contabile⁵⁴, va analizzata l'operazione transattiva che condurrà alla decisione del “se” transigere e del “come” transigere.

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 concreto⁵⁵.

Diversamente argomentando si rischierebbe di avere impensabili aree di irresponsabilità per l'amministrazione.

Il profilo economico dell'effetto dell'accordo transattivo 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.

Si giunge, poi, all'approdo più delicato dell'inquadramento del sindacato contabile in rapporto al negozio transattivo di cui sia parte l'amministrazione: l'oggetto dell'interesse giurisdizionale della Corte dei conti.

In aderenza al recente monito della Corte costituzionale⁵⁶, occorre muovere dalla specialità della funzione per calibrare ogni intervento della procura contabile sul negozio transattivo.

Ciò consente di includere 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 e di escludere quei casi in cui l'indagine sulla responsabilità amministrativa sia avviata sulle condotte causative della situazione controversa

⁵⁴ 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., F. G. SCOCA, *Sguardo d'insieme sugli aspetti sostanziali e processuali della responsabilità amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 1; V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli*, Milano, 2018; F. GARRI, *La Corte dei conti. Controllo e giurisdizione. Contabilità pubblica*, Milano, 2012.

⁵⁵ Per la differenza fra esso e l'interesse pubblico generale al perseguimento delle finalità istituzionali dell'amministrazione, vedi F. CINTIOLI, *Le tecniche*, cit., 925.

⁵⁶ In modo uniforme e conforme, Corte cost. n.39 del 2014 e n. 60 del 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.

da cui è scaturita la lite oggetto di successivo accordo transattivo stipulato da parte di soggetti diversi.

In tale circostanza, a ben vedere, in disparte l'opponibilità dell'accordo transattivo alle parti diverse da quelle estranee all'operazione transattiva⁵⁷, 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 transigere⁵⁸.

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"⁵⁹ e sulla determinazione del quantum risarcibile dal dipendente nei confronti dell'amministrazione che ha subito il pregiudizio per l'insorgenza della lite⁶⁰, l'attenzione si circoscrive ai casi in cui la negoziazione non sia il risultato rimediabile/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, la transazione non rappresenta mai uno "sconto di responsabilità" amministrativa, attesa l'investitura esclusiva, indisponibile ed irrinunciabile del procuratore contabile nel 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.

In tali casi, pertanto, la transazione amministrativa 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"⁶¹.

Il perimetro in cui ricondurre il ruolo della Corte dei conti, nel caso di operazioni transattive sfociate in un preciso accordo contrattuale reso tipico dalla volontà pattizia convergente, è da ricercarsi all'interno della diseconomicità concreta dell'assetto concordato dalle parti; ciò, ponendo sempre mente al fatto che una delle due parti è una pubblica

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ In particolare, vedi Corte conti, II centr. App., 2 febbraio 2017, n. 53.

⁶¹ Così Corte conti, I centr. App., n. 536 del 2017 e, in modo conforme, Corte conti, I centr. App., n. 183 del 2018; Corte conti, sez. giur. Regione Piemonte, n. 77 del 2019.

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 tipizzato dalla funzione⁶².

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.

È riservata al giudice contabile la valutazione sulle modalità concrete impiegate per assicurare l'economicità dell'operazione per la pubblica amministrazione, al fine di accertare e perseguire fattispecie di responsabilità amministrativo contabile derivanti da quella specifica transazione, della quale, però, è preclusa l'indagine sulle ragioni amministrative poste a supporto della scelta.

Rimangono 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 amministrativo⁶³.

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

⁶² 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 n. 241 del 1990.

⁶³ All'art. 1, c.1, l. n. 20 del 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. SS.UU. 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", C. conti, I centr. App., 29 marzo, 2019, n. 61.

l'amministrazione si riduce sensibilmente ed un eventuale condizionamento per la introduzione 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 depotenziata⁶⁴, come anche la giurisprudenza contabile è giunta ad affermare di recente⁶⁵.

L'erosione della sfera del merito amministrativo in conseguenza del progressivo affermarsi dei principi derivanti dalla legge sul procedimento amministrativo, 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 amministrazione⁶⁶.

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 vigente⁶⁷ oppure con i fini istituzionali attribuiti dal legislatore all'amministrazione⁶⁸, o, ancora, con l'efficienza del

⁶⁴ 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 perché non condotte con adeguata responsabilità, individuando indici di misura del potere amministrativo utili a potenziare il sindacato giurisdizionale contabile sul potere discrezionale.

⁶⁵ 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, sconfinino 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)

⁶⁶ Da ultimo, vedi Corte Cass., S. U., 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.

⁶⁷ Così viene affermato da Corte Cass., S. U., 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 obbiettivi conseguiti, costituenti al contempo indici di misura del potere amministrativo e confini del sindacato giurisdizionale - dell'esercizio del potere discrezionale; conforme Cass. S.U. n. 1376 del 2006.

⁶⁸ Corte Cass., S. U., 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.

risultato amministrativo atteso⁶⁹. In particolare, proprio con riguardo controllo di ragionevolezza sulle scelte operate dalla pubblica amministrazione la Suprema Corte ha ulteriormente eroso il confine rigido del sindacato⁷⁰.

La ricaduta sull'asse delle scelte transattive è notevole e il sindacato della Corte dei conti si arricchisce 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.

Le procure regionali, infatti, eccezion fatta per gli 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, 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'amministrazione⁷¹.

Il nocumento 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.

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 logici⁷²; 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 transazione⁷³; o, ancora, per un manifesto svantaggio economico per l'amministrazione in conseguenza di un sinallagma sbilanciato in modo non ragionevole, o un contenuto pattizio abnorme⁷⁴: ipotesi di responsabilità

⁶⁹ Emblematica, al riguardo Corte Cass., S. U., 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.

⁷⁰ Così è affermato da Corte Cass., S. U., sent. 12 gennaio 2018, n. 6820.

⁷¹ Come affermato da C. conti sez. giur. reg. Toscana, 24 aprile 2020, n. 100, "la scelta di addivenire 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".

⁷² Vedi, ad es. C. conti, I centr. App., 3 maggio 2021, n. 23.

⁷³ C. conti, sez. giur. reg. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250.

⁷⁴ Così Corte conti, sez. giur. Regione Piemonte, 10 maggio 2019, n. 67.

amministrativa si delineano in presenza di una transazione stipulata sulla base di una lite che trae origine da pretese palesemente infondate⁷⁵ o da situazioni non disponibili o, ancora, da debiti prescritti⁷⁶.

La prima fattispecie, invece, inerendo ad un profilo che investe, nei limiti del sindacabile⁷⁷, 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 contenuto⁷⁸.

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 erariali⁷⁹.

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 transattivo⁸⁰: ciò consente al giudice contabile di rapportare quanto convenuto, 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'amministrazione⁸¹.

⁷⁵C. conti, sez. giur. reg. Marche, 27 marzo 2006, n. 383.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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. Corte conti, III app. 11 gennaio 2021, n. 11.

⁸⁰ 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, poiché si ritiene che essa sia "intervenuta al fine di dirimere vantaggiosamente per la stazione appaltante", aspetti della situazione controversa che avevano investito l'amministrazione.

⁸¹ Sul punto, ad esempio, ancora C. conti, sez. giur. reg. Lazio, 13 dicembre 2005, n. 2921.

Si estende il sindacato in ordine al buono o cattivo esito della lite che fornisce il presupposto della transazione⁸², 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'amministrazione⁸³, magari per negligenza o eccessiva superficialità nella conduzione dell'operazione transattiva⁸⁴; 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'ente⁸⁵.

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 conflitto⁸⁶ oppure che via sia una alta probabilità di soccombenza per l'amministrazione (futura) convenuta⁸⁷, quasi prossima alla certezza⁸⁸.

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, con connesso aumento della percezione del rischio in capo all'amministrazione.

Ma presupporre che l'incertezza di un esito giudiziario futuro o la certezza 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 negoziale⁸⁹.

⁸² 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/A.

⁸³ Vedi C. conti, sez. giur. reg. Umbria, 23 ottobre 2012, n. 107.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Interessante su punto C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n. 1.

⁸⁶ Cfr. C. conti, sez. giur. reg. Molise, 2 maggio 2013, n. 51.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ Con tale espressione di recente C. Conti sez. giur. reg. Piemonte 15 aprile 2021, n. 133 ha escluso la manifesta abnormità, irragionevolezza ed illogicità di un atto transattivo concluso per scongiurare l'esito infausto di un contenzioso dalle conseguenze assai gravose per l'erario.

⁸⁹ 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

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 presuppone di essere portata sul piano della fattibilità concreta.

5. I recenti interventi normativi in risposta alla burocrazia difensiva.

L'idea che emerge da quanto analizzato è quella di 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 pubblico⁹⁰ implica una progressiva oggettivazione dell'interesse sotteso al bisogno di tutela⁹¹ ed un conseguente assottigliamento del confine di insindacabilità del merito amministrativo⁹² tramite il recupero di una sindacabilità contabile della ragionevolezza dei mezzi impiegati in rapporto agli obiettivi conseguiti⁹³.

amministrativo, se si vuole, V. GIOMI, *Processo contabile e decisione amministrativa: le dinamiche di una relazione complessa*, in *Diritto e Processo*, 2, 2021, 365.

⁹⁰ Sul punto si veda S. FOÀ, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in M. ANDREIS – R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione*, cit., 25.

⁹¹ 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, 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 F. G. COCCA - A DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa*, Napoli, 2014, 159; in relazione al danno da disservizio, M. PERIN, *Danno da disservizio e disorganizzazione nell'amministrazione*, in *Giustamm.*, 2, 2013.

⁹² Granitica sul punto la giurisprudenza contabile che, sulla base dei parametri nitidamente precisati dalla Corte regolatrice della giurisdizione (vedi, ad esempio, Cass. SS.UU. sent. n. 1979 del 2012 e n. 4283 del 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".

⁹³ 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

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 pubblico⁹⁴.

Si rammenti, poi, che il momento decisionale dell'amministrazione sceglie di 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 – peculiari pareri⁹⁵, il cui apporto, ai fini del presente problema, è però limitato a valutazioni estrinseche e parametriche, che rischiano pure di depotenziare tale prezioso strumento, rimettendo 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 imputazione⁹⁶.

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 suddetto⁹⁷; dall'altro affida alla discrezionalità del giudice la decisione finale da esso adottata, mediante un controllo giurisdizionale sulle archiviazioni⁹⁸.

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. SS.UU. n. 14488 del 2003, n. 7024 del 2006 e n. 18757 del 2008.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ La fattispecie è regolata dall'art. 7 comma 8 della l. n. 131 del 2003, che statuisce “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”.

⁹⁶ 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”.

⁹⁷ 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”.

⁹⁸ Art. 69 commi 3-6 codice processo contabile.

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 pubblica amministrazione 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 debitor-credito, le maggiori spese non previste in bilancio necessitano di essere riconosciute con le procedure all'uopo formalizzate, previa specificazione della sussistenza di una utilità per l'amministrazione⁹⁹.

L'arresto giurisprudenziale con cui si ribalta il precedente orientamento¹⁰⁰ 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 sistema¹⁰¹.

L'intervento innovatore ed avente ad oggetto proprio la disciplina generale dei presupposti costitutivi della fattispecie di responsabilità amministrativa, è contenuto in una riforma governativa¹⁰², varata senza il supporto della stessa Corte dei conti¹⁰³.

⁹⁹ C. conti, giur., SS. RR., 1 luglio 2020, n. 37, confermata da C. conti, Sez. Lazio, deliberazione. n. 48/2021/PAR.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ 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*.

¹⁰² 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.

¹⁰³ Vedi SS.RR. controllo, Audizione della Corte dei conti del 28 luglio 2020 sul disegno di legge n. 1883.

In tale ambito, la novella interviene a modificare la modalità con cui opera l'imputazione soggettiva della fattispecie illecita erariale¹⁰⁴.

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 criticità¹⁰⁵, il significato giuridico¹⁰⁶ ed attenua la responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori pubblici¹⁰⁷ che abbiano cagionato danni erariali in conseguenza di fatti derivanti da condotte commissive poste in essere con colpa grave¹⁰⁸.

Con l'unica eccezione che riguarda i fatti dannosi generati all'inerzia amministrativa¹⁰⁹, 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'incostituzionalità¹¹⁰ – è rinvenibile nella temporaneità e transitorietà della norma¹¹¹; ma si è trattato di un palliativo iniziale, atteso

¹⁰⁴ 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. CANALE – F. FRENI – M. SMIROLDO (a cura di), Milano, 2019, 88 e ss.

¹⁰⁵ In particolare, vedi M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di nuova (ir)responsabilità erariale e la strada 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.

¹⁰⁶ Il nuovo comma 1 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, 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. GATTA, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*, 2020, il quale criticamente ha parlato di "scudo erariale".

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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/funzionario, 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.

¹⁰⁹ Vedi, nello specifico, il comma 2 dell'art. 21 della legge n. 120 del 2020.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Si circoscrive la portata normativa ai fatti commessi dall'entrata in vigore della legge n. 120 del 2020 fino al 31 dicembre 2021.

il sopraggiungere immediato di una prima proroga, che ne ha esteso l'efficacia ad un altro biennio¹¹².

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'amministrazione¹¹³.

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 amministrativa¹¹⁴, né – ed ancora prima – una compatibilità sul piano dei principi costituzionali¹¹⁵, 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'Europa, la previsione non pare essere di forte ausilio neppure per la prospettiva analizzata¹¹⁶.

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 ha ricordato la Corte costituzionale¹¹⁷.

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

¹¹² Il termine del 31 dicembre 2021 è stato successivamente prorogato al 30 giugno 2023.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ Vedi, in particolare S. SFRECOLA, *Danno erariale. La lezione dimenticata di Cavour*, in www.unsognoitaliano.eu, novembre 2020.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ In merito G. RIVOSCHI, *La Corte dei conti ai tempi del "Recoveryplan": quale ruolo tra responsabilità amministrativa contabile, semplificazioni e investimenti*, in *Federalismi*, 20, 2021.

¹¹⁷ Il riferimento è alla storica pronuncia Corte cost., 20.11.1998, n. 371.

per risolvere varie forme di conflittualità, ma dietro il “manifesto” si dissimula un rischio ancora più eccessivo: quello di 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.

5. Le norme alla prova dei fatti: tutto risolto?

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 di una prospettiva di una 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 pubblici¹¹⁸ e con il concomitante perfezionamento sostanzialistico del sindacato contabile in materia di responsabilità, 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 responsabilizzazione¹¹⁹.

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, c.d. “semplificazioni”)¹²⁰, laddove si rimarcava la necessità di intervenire sul piano normativo

¹¹⁸ Vedi A. CASSATELLA, *Le responsabilità di un’amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in M. RENNA – R. URSI (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 153.

¹¹⁹ 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 M. ANDREIS – R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa. Atti del Convegno preliminare AIPDA tenutosi nell’Università degli Studi di Bergamo il 7 giugno 2016*, Torino, 2016, 169.

¹²⁰ 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 della d.l. 76 del 2020), in cui si specifica che “il problema della burocrazia difensiva non sta nella colpa grave ma nella 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.

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 governativa¹²¹, ha aggiornato, completato e reso sistematico un modello processuale in evidente disaccordo con il paradigma del giusto processo¹²².

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 dottrina¹²³, 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 inverteosi 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 riduce entro lo stretto perimetro dell'indagine in ordine al nocuo 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.

¹²¹ 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.

¹²² 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. SAIITA, *Istruttoria del processo contabile nello spirito del novellato art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Corte dei Conti*, 2005, 6, 245.

¹²³ 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.

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"¹²⁴.

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 documento 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.

¹²⁴ La nota espressione è di E. GUICCIARDI, *Le transazioni*, cit., 87.