



COMUNE DI MONTE DI PROCIDA

Provincia di Napoli

Ai Responsabili di Settore
Al Sindaco
Ai Componenti la Giunta Comunale
Al Revisore dei Conti

SEDE

CIRCOLARE 2/2017

OGGETTO: Accordi transattivi e normativa applicabile.

Lo scopo della odierna circolare è quello di fornire un quadro generale sull'istituto della transazione, riassumendone i caratteri fondamentali, come delineati dalla normativa e dagli orientamenti giurisprudenziali, al fine di evitare irregolarità procedurali che possano comportare l'illegittimità delle procedure amministrative.

Negli ultimi anni le politiche di revisione e riqualificazione della spesa pubblica hanno contribuito a rendere l'attività degli enti, intesa come cura concreta dell'interesse pubblico, sempre più finalizzata all'adozione di "politiche" gestionali che siano in grado di contribuire positivamente agli equilibri di finanziari (attuali e prospettici), nonché di recuperare soddisfacenti livelli di efficienza ed efficacia nell'erogazione dei servizi e migliorare la capacità di acquisire e utilizzare al meglio le risorse pubbliche, secondo criteri di razionalità operativa.

Pertanto, la realizzazione del fine costituzionale "del buon andamento", sancito dall'art. 97 della Cost., oltre ad essere ispirata alla legalità deve essere improntato a regole di razionalità ed economicità della gestione, privilegiando gli obiettivi, i risultati e la trasparenza.

Inoltre, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, "i negozi giuridici conclusi con i privati non possono e non devono condizionare l'esercizio del potere dell'Amministrazione pubblica sia rispetto alla miglior cura dell'interesse concreto della comunità amministrata, sia rispetto alla tutela delle posizioni soggettive di terzi, secondo il principio di imparzialità dell'azione amministrativa". Ne discende che i principi fondamentali e le norme che regolano l'attività dell'ente pubblico devono essere presi in considerazione anche nella gestione dei contenziosi i quali, nel loro iter procedimentale, anche successivo ai provvedimenti di giudicato definitivo, hanno generato e continuano tutt'oggi a generare, a volte, un ingiustificato e irragionevole depauperamento delle risorse pubbliche.

L'accordo transattivo, quale forma di risoluzione stragiudiziale dei contenziosi, utilizzato in maniera ragionevole, trasparente e leale, consente di definire i rapporti giuridici controversi, sia per il privato che per la pubblica amministrazione, mediante individuazione di reciproche concessioni, nell'intento di far cessare la situazione di contenzioso venutasi a creare tra loro, ferma restando la necessità di una congrua motivazione, adeguata ed esauriente, sull'opportunità di transigere. In tale ponderazione, tra gli elementi da valutare, si annovera la convenienza economica della transazione in relazione all'alea del giudizio.

Da un punto di vista civilistico, la transazione (art. 1965 c.c.) è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Secondo consolidata giurisprudenza, **oggetto dell'accordo** non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discordante valutazione delle parti, ma **la lite cui questa ha dato luogo o possa dar luogo e che le parti stesse intendono definitivamente risolvere mediante reciproche concessioni** (Cfr., ex multis, Cass. 6 maggio 2003 n. 6861; Corte di Cassazione, sez. III Civile, sentenza 24 febbraio 2015, n. 3598).

La transazione elimina la posizione di contrasto fra le parti e fa venire meno l'interesse delle stesse ad una pronuncia giudiziaria sulla lite, oggetto dell'accordo.

L'ammissibilità delle transazioni della pubblica amministrazione, che non può prescindere dalle norme del codice civile, si rinviene in altre disposizioni quali l'art. 97 della Costituzione, l'art. 14 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, l'art. 11 della legge n. 241/1990, l'art. 208 del D.Lgs. 50/2016 come modificato dal DLgs 56-2017, nonché l'art. 16 del D.Lgs. 165/2001 e s.m.i. che attribuisce ai dirigenti di uffici dirigenziali generali, comunque denominati il compito e i poteri di promuovere e resistere alle liti nonché quelli di poter conciliare e di transigere, fermo restando quanto disposto dall'articolo 12, comma 1, della legge 3 aprile 1979, n. 103.

Con specifico riguardo ai contratti d'appalto, l' Art. 208. "Transazione" recita:

1. Le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile, solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale.

2. Ove il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero 200.000 euro in caso di lavori pubblici, è acquisito il parere dell'Avvocatura dello Stato, qualora si tratti di amministrazioni centrali, ovvero di un legale interno alla struttura o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, ove non esistente il legale interno, qualora si tratti di amministrazioni sub centrali.

3. La proposta di transazione può essere formulata sia dal soggetto aggiudicatario che dal dirigente competente, sentito il responsabile unico del procedimento.

4. La transazione ha forma scritta a pena di nullità.

Quanto agli aspetti procedurali, dunque, il Codice prescrive che il dirigente/responsabile competente, sentito il responsabile del procedimento, esamini la proposta di transazione formulata dal soggetto aggiudicatario; in alternativa può formulare una proposta di transazione al soggetto aggiudicatario, previa audizione del medesimo. Ai sensi del comma 4, la transazione ha forma scritta a pena di nullità.

Inoltre, a differenza delle amministrazioni dello Stato, per gli enti territoriali non è previsto un particolare iter procedimentale per gli atti di transazione, ma, ove l'ente sia dotato di una propria Avvocatura, sarebbe opportuno che questa fosse investita della questione in analogia a quanto prevede per le amministrazioni dello Stato l'art. 14 della legge di contabilità generale (R.D. n. 2440/1923).

A fronte di tale generale ammissibilità, vengono in rilievo i limiti del ricorso alla transazione, sia quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico (legittimazione soggettiva e disponibilità dell'oggetto) che quelli specifici discendenti dalla natura pubblicistica del soggetto contraente.

In particolare, la giurisprudenza contabile ha chiarito (cfr. deliberazione Corte dei conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia 1116/2009/PAR; Corte dei conti, Sez. Lombardia del. n. 26/2008 e del. n.1116/2009, Sez. Piemonte, del. n. 15/2007 e n. 20/2012, Sez. Umbra, del. n. 123/2015)) che, **ai fini dell'ammissibilità della transazione, è necessaria l'esistenza della res litigiosa**, cioè di una controversia giuridica (e non di un semplice conflitto economico) che sussiste o può sorgere quando si contrappongono pretese confliggenti di cui non sia possibile a priori stabilire quale sia giuridicamente fondata. (ex multis ANAC deliberazione AG 40/13 del 26/09/13). Di conseguenza il contrasto tra l'affermazione di due posizioni giuridiche è la base della transazione in quanto serve per individuare le reciproche concessioni, elemento collegato alla contrapposizione delle pretese che ciascuna parte ha in relazione all'oggetto della controversia. Si tratta di un elemento che caratterizza la transazione rispetto ad altri modi di definizione della lite. Pertanto, **in mancanza di una lite in atto o potenziale tra privato e amministrazione quest'ultima non può legittimamente ricorrere allo strumento della transazione con il privato** per raggiungere finalità che possano essere perseguite soltanto servendosi degli strumenti dell'evidenza pubblica e rispetto ai quali la transazione stessa appare utilizzata in modo oggettivamente elusivo dei principi amministrativi.

Viceversa, nel caso in cui tra le parti intervenga una controversia relativa a diritti patrimoniali ed il giudizio sia definito con sentenza passata in giudicato, la situazione accertata dalla sentenza diviene intangibile e preclude ogni possibilità di rimettere in discussione questa situazione in un successivo giudizio (Cass. civ., sez. I, 15 febbraio 2005, n. 3026; Cass. civ., sez. II, 22 dicembre 1984, n. 6666) mentre è possibile ipotizzarsi una proposta di accordo che investa modalità e tempi di pagamento del debito con esclusivo contenuto dilatorio.

Questo ultimo caso sembra essere quello di cui alla nota prot. 8999 del 3 luglio 2017 dell'Avv. Ciro Pugliese, relativa allo ".... spostamento dei termini di pagamento" degli importi derivanti da sentenza Consiglio di Stato sez. V, causa Ego Eco srl c/ Comune di Monte di Procida.

In tal caso, essendo le somme già stanziare in bilancio, la Giunta Comunale ed il Consiglio hanno già assunto gli atti di programmazione finanziaria, a seguito della sentenza, di propria competenza. Pertanto l'accordo in merito alle modalità di pagamento del "quantum" dovuto da sentenza, ha natura gestionale e non transattiva; di conseguenza, non occorrendo variazioni di bilancio e a condizione che l'accordo riguardi esclusivamente la mera definizione delle modalità di esecuzione dell'obbligazione derivante dalla sentenza, appare corretta la devoluzione alla competenza dell'Avvocatura comunale, che ha già espresso parere favorevole all'accordo citato.

In conclusione, per completezza di esposizione, un breve cenno alle altre condizioni essenziali per la legittimità delle transazioni e al ruolo del revisore dei conti.

Appurato che gli enti pubblici possono transigere le controversie delle quali siano parte, ai sensi dell'art. 1965 del c.c. e seguenti, autorevole dottrina e giurisprudenza (Cfr. tra l'altro anche Corte dei conti, Sez. Lombardia del. n. 26/2008 e del. n. 1116/2009, Sez. Piemonte, del. n. 15/2007 e n. 20/2012, Sez. Umbra, del. n. 123/2015) individuano, oltre a quello già citato, gli ulteriori requisiti delle transazioni, tenuto conto della peculiarità del diritto amministrativo, di seguito sinteticamente illustrati:

- La transazione necessita, a pena di nullità, della forma scritta, che è quindi richiesta *ad substantiam*;
- la transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili (art. 1966 c.c., comma 2) e cioè, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, quando le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale. E' nulla, infatti, la transazione nel caso in cui i diritti che formano oggetto della lite siano sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge;
- requisito essenziale dell'accordo transattivo disciplinato dal codice civile (artt. 1965 e ss.) è, in forza dell'art 1321 dello stesso codice, la patrimonialità del rapporto giuridico;
- la scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa; la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere da una valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e spese sostenute, con l'ulteriore effetto che la violazione dei criteri di economicità e di efficacia assume specifico rilievo nel giudizio di responsabilità, considerato che l'antigiuridicità dell'atto amministrativo ed in generale dei comportamenti dei soggetti sottoposti al giudizio di Corte dei conti, costituisce presupposto necessario (ancorchè non sufficiente) della "colpevolezza" di colui che lo ha posto in essere (cfr., Cass. SS.UU. n. 14488/2003; n. 7024/2006; n. 8096/2007; n. 8097/2007; Corte conti, cfr.da ultimo, Sez. I App. n. 526/10 e Sezione Lazio n. 2379/10). La scelta amministrativa discrezionale può essere, infatti, suscettibile di valutazione negativa da parte del giudice contabile proprio quando i canoni della finalizzazione e della ragionevolezza economica, congiuntamente o disgiuntamente, non siano stati seguiti rivelando un atteggiamento volitivo del soggetto cui la scelta sia imputabile viziato da una insufficiente o incoerente ponderazione del binomio fine-mezzi/benefici-costi che si sia tradotta in un danno erariale (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Lazio, sent. n. 713 del 29/04/2011);
- la necessità che la transazione sia preceduta da una congrua motivazione, nella quale siano esaminati e valutati non solo i rischi connotati a simile fattispecie, legati ad esempio alla prevedibile durata ed al prevedibile (o imprevedibile) esito di un contenzioso già pendente (Consiglio di Stato, Sez. III, 7 luglio 2011, n. 4083); uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, da valutarsi in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti giurisprudenziali;
- deve ritenersi praticabile in ambito pubblicistico la sola transazione "semplice", modificativa della situazione giuridica dedotta in lite;
- i limiti del ricorso alla transazione da parte degli enti pubblici sono quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico e, cioè, la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto e quelli specifici di diritto pubblico, cioè la natura del rapporto tra privati e pubblica amministrazione;
- una volta che l'amministrazione, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, ponga in essere atti di transazione, soggetti alla normale disciplina civilistica, questi vengono sottratti ad ogni possibilità di successiva rimozione mediante provvedimenti amministrativi di autotutela, mancando il potere di incidere autoritativamente sugli effetti di un negozio privatistico (Cass. civ., s.u., 23 novembre 1985, n. 5809; Tar Catania, sez. II, 11 gennaio 2002, n. 48; Tar Bari 6 agosto 1987, n. 596).

Per quanto concerne, infine, il ruolo del revisore dei conti nel procedimento transattivo, va rilevato che con le modifiche apportate all'art. 239 del TUEL, vengono riconosciute all'organo di revisione

contabile ulteriori funzioni e compiti. Il comma 1, lett. b) individua una serie di materie nelle quali l'organo di revisione è chiamato ad esprimere il proprio parere, tra le quali sono indicate le "proposte di riconoscimento dei debiti fuori bilancio e transazioni" (lett. b), punto 6).

Secondo l'indirizzo interpretativo enunciato dalle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti (Cfr. Corte dei conti, Sez. Piemonte, delib. n. 345/2013; Corte dei conti, Sez. Puglia, delib. 181/2013; Corte dei conti, Sez. Liguria, delib. 5/2014), sebbene la norma non ponga alcuna distinzione per la materia delle transazioni tra competenza consiliare, di Giunta o dirigenziali, "l'elemento da considerare al fine di individuare i casi nei quali l'Organo di revisione deve esprimere il proprio avviso è la competenza consiliare a deliberare in merito alla conclusione della transazione e non la natura di quest'ultima". Secondo i giudici contabili, non è rilevante se l'Ente intenda procedere alla definizione di un contenzioso giudiziale o stragiudiziale quanto se in ordine all'atto conclusivo del procedimento debba pronunciarsi o meno il Consiglio, considerato che il parere deve essere reso all'Organo consiliare il quale è tenuto ad adottare i provvedimenti conseguenti o a motivare adeguatamente la mancata adozione delle misure proposte dall'organo di revisione medesimo.

Pertanto, la natura del parere, funzionale allo svolgimento delle competenze consiliari, evidenzia che l'obbligo riguarda principalmente le proposte di transazione riferite a:

- passività in relazione alle quali non è stato assunto uno specifico impegno di spesa, vale a dire quelle che possono generare un debito fuori bilancio nei casi previsti dalle lettere a), d) ed e) dell'art. 194, co. 1 del TUEL;
- accordi che comportano variazioni di bilancio;
- accordi che comportano l'assunzione di impegni per gli esercizi successivi (art.42, co. 2, lett. i) del TUEL);
- accordi che incidono su acquisti, alienazioni immobiliari e relative permutate (art. 42, co. 2, lett. l) del TUEL).

La presente circolare sarà pubblicata nella sezione trasparenza del sito istituzionale dell'Ente.

Monte di Procida, addì 11 luglio 2017

IL RESPONSABILE ANTICORRUZIONE E TRASPARENZA

SEGRETARIO GENERALE

Dr.ssa Fabiana Lucadamo