

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**LA**  
**CORTE DEI CONTI**  
**IN**  
**SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA**  
**LOMBARDIA**

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
avv. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Primo Referendario (relatore)
dott. Gianluca Braghò	Referendario
dott. Alessandra Olessina	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario

**nell'adunanza del 16 aprile 2008**

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota pervenuta il 9 aprile 2008, con la quale il Sindaco del Comune di Varese ha proposto un quesito ai sensi dell'art. 7, co. 8° della legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del Sindaco del Comune di Varese;

Udito il relatore, dott. Giancarlo Astegiano;

### **PREMESSO CHE**

Con deliberazione n. 11 del 20 febbraio 2008 questa Sezione ha dichiarato inammissibile una richiesta di parere proveniente dal Sindaco del Comune di Varese, avente ad oggetto la *"possibile definizione transattiva del contenzioso esistente in relazione ad alcuni immobili ad uso residenziale, acquisiti al patrimonio comunale secondo la normativa di cui alla legge 5/4/1995"*, sulla base della considerazione che la domanda avesse ad oggetto *"una tipica attività gestoria dell'ente ... "* e che, pertanto, il parere avrebbe potuto essere configurato come atto di cogestione, estraneo alla funzione dell'Istituto.

Con una successiva nota, pervenuta il 9 aprile 2008, il Sindaco del Comune di Varese ha precisato che la precedente richiesta di parere non era diretta a travalicare i limiti di competenza della Corte dei conti, posto che la magistratura contabile *"non può sostituirsi all'ente nel processo decisionale e nell'assunzione delle conseguenti determinazioni"*, ma che era intenzione esclusiva dell'Amministrazione acquisire l'avviso della Sezione in ordine a quali siano le circostanze che, in generale e in astratto, giustificano la prosecuzione di un contenzioso fino alla naturale conclusione ovvero il raggiungimento di un accordo transattivo prima della definizione giudiziale.

### **OSSERVA CHE**

Il Sindaco del Comune di Varese, richiamando la norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, ha formulato una richiesta diretta ad ottenere il parere della Sezione in ordine a quali siano le circostanze che, in generale e in astratto, giustificano la prosecuzione di un contenzioso fino alla naturale conclusione ovvero il raggiungimento di un accordo transattivo che definisca la controversia prima della pronuncia giudiziale.

1) La Sezione, preliminarmente, è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, anche in relazione alla particolarità della domanda proveniente dal Sindaco del Comune di Varese che, a seguito della pronuncia di inammissibilità resa da questa Sezione (delibera n. 11/08/pareri, in data 20

febbraio 2008), chiarisce i termini ed i limiti della richiesta originaria, specificando che il quesito è diretto ad appurare quali siano le circostanze che, in generale e in astratto, possano giustificare la prosecuzione di un contenzioso fino alla conclusione con la pronuncia giudiziale ovvero il raggiungimento di un accordo transattivo.

1.1) L'art. 7, co. 8 della legge 6 giugno 2003, n. 131 prevede che i Comuni possano chiedere alle Sezioni regionali della Corte dei conti "*ulteriori forme di collaborazione ... ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica*".

La norma in esame, il cui contenuto risulta ancora poco approfondito sia dalla giurisprudenza contabile che dalla dottrina, mette in luce che i Comuni, così come le amministrazioni regionali e provinciali, possono rivolgere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti due diverse tipologie di richieste.

Da un lato, possono domandare l'intervento della magistratura contabile al fine di ottenere forme di "*collaborazione*", non specificate dalla legge, dirette ad assicurare la regolare gestione finanziaria dell'ente ovvero l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Dall'altro possono richiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

La funzione consultiva, che nei primi anni di applicazione della legge è stata la principale forma di collaborazione attivata dalle amministrazioni locali, non esaurisce, quindi, come risulta dalla normativa richiamata, le possibilità di intervento delle Sezioni regionali della Corte dei conti, in seguito a specifiche richieste degli enti territoriali.

Anzi, in base alla formulazione della norma non sembrerebbe neppure essere la principale forma di collaborazione poiché nella prima parte del comma ottavo dell'art. 7 è chiaramente specificato che gli enti territoriali possono domandare alle Sezioni regionali della magistratura contabile "*ulteriori forme di collaborazione*", con l'unico limite della finalizzazione alla regolare gestione finanziaria dell'ente ed allo svolgimento dell'azione amministrativa secondo i parametri dell'efficienza e dell'efficacia.

Il legislatore non ha specificato quali siano queste ulteriori forme di collaborazione ma ne ha indicato solo le finalità, lasciando in questo modo all'autonomia degli enti territoriali la libertà di definire l'ambito della richiesta di collaborazione, in relazione alle specifiche esigenze di ciascuna amministrazione.

La soluzione appare ragionevole e condivisibile se solo si considera la nuova conformazione che la Repubblica è andata assumendo a seguito della

modifica del Titolo V, Parte Seconda della Costituzione, ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

In conseguenza della equiordinazione degli enti territoriali allo Stato (art. 114), e della necessaria abrogazione di ogni forma di controllo amministrativo esterno sulle Regioni (art. 124), sulle Province e sui Comuni (art. 130), il legislatore ha inteso permettere agli enti territoriali di avvalersi della collaborazione della Corte dei conti, organo magistratuale che opera quale garante imparziale nell'interesse dello Stato comunità (Corte cost. 27 gennaio 1995, n. 29), e, dopo la riforma costituzionale, di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica (Corte cost. 9 novembre 2005, n. 417 e, da ultimo, 7 giugno 2007, n. 179).

In questo contesto, in assenza sia di specifici organi esterni di controllo sulla legittimità dell'azione amministrativa che di ausilio alle amministrazioni locali, è ragionevole e legittimo che gli enti territoriali rivolgano alle Sezioni regionali della Corte dei conti specifici quesiti in ordine alla regolarità delle procedure adottate e delle regole da seguire nell'ambito dei procedimenti amministrativi al fine di assicurare *la regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa*.

La particolarità della previsione legislativa, formulata in termini ampi al fine di consentire una valutazione specifica di ogni singola richiesta proveniente dalle Amministrazioni regionali e locali, è già stata presa in considerazione da questa Sezione che ha avuto modo di occuparsi di alcune richieste di collaborazione provenienti sia da enti locali (delibera n. 9, in data 12 gennaio 2007) che dalla Regione Lombardia (delibera n. 20, in data 7 aprile 2008).

Passando all'esame dell'oggetto della richiesta proveniente dal Sindaco di Varese, così come effettuata nella nota pervenuta il 9 aprile 2008, risulta che la stessa sia differente da quella formulata in data 7 gennaio 2008 e che era sfociata nel parere reso da questa Sezione l'11 febbraio 2008, sia in relazione all'oggetto che alla tipologia di collaborazione.

L'oggetto della prima richiesta era differente e, chiaramente, non ammissibile perché diretto a ricondurre nelle previsioni dell'attività consultiva in materia di contabilità pubblica giudizi che potevano sfociare in un'attività gestoria dell'Ente.

La nuova richiesta, diretta ad avere indicazioni, in linea generale, in ordine alle circostanze che possono giustificare un accordo transattivo di un contenzioso giudiziale rientra fra quelle ulteriori forme di collaborazione della magistratura contabile che gli enti territoriali possono attivare al fine di avere un supporto per conseguire il miglioramento dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e, pertanto, non può essere disattesa dalla

magistratura contabile, che ha tra i suoi compiti anche quello di verificare la sana gestione degli enti territoriali.

In conclusione: considerato che il Comune di Varese richiama l'articolo 7, co. 8 della legge n. 131 del 2003 e che, da un punto di vista sostanziale, è interessato a conoscere l'avviso della Sezione in ordine alle circostanze che, in generale e in astratto, giustificano la prosecuzione di un contenzioso fino alla naturale conclusione ovvero il raggiungimento di un accordo transattivo prima della definizione giudiziale, non può dubitarsi che l'Amministrazione abbia inteso avvalersi, in senso ampio, della facoltà di ausilio prevista dalla norma in commento.

Sotto questo profilo la richiesta risulta ammissibile.

2) Al fine di fornire al Comune di Varese le indicazioni che ha chiesto occorre, preliminarmente, mettere in luce che anche gli enti pubblici sono legittimati a concludere accordi transattivi relativi a contenziosi giudiziali o stragiudiziali.

Anche gli enti pubblici possono transigere le controversie delle quali siano parte. Al riguardo è opportuno richiamare l'art. 14 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*) che, stabilendo la procedura che deve essere seguita per addivenire all'accordo transattivi, riconosce implicitamente la possibilità per le Amministrazioni pubbliche di concludere questo particolare contratto.

Inoltre, da ultimo, l'art. 239 del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture) ha riconosciuto espressamente che le controversie inerenti i diritti soggettivi concernenti l'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture possano essere definite mediante transazione.

La dottrina e giurisprudenza meno recente ritenevano che potessero essere oggetto di transazione esclusivamente le obbligazioni nate nell'ambito dell'attività di diritto privato della P.A.

Tuttavia, un ripensamento dottrinale e giurisprudenziale sulla natura delle obbligazioni pubbliche ha posto il problema in termini diversi, notando che l'ordinamento positivo può prevedere sia regimi giuridici differenziati per le obbligazioni pubbliche rispetto a quelle di diritto privato sia un regime giuridico unitario e che quest'ultimo è quello vigente nel nostro ordinamento.

Pertanto, quale che sia la fonte dell'obbligazione, e quindi anche se essa nasce da legge o da provvedimento amministrativo, non mutano le regole giuridiche che ad esse presiedono. Ne consegue che possono essere oggetto di transazione anche le obbligazioni pubbliche, purchè naturalmente siano già

venute ad esistenza con la emanazione del provvedimento amministrativo o dell'atto dichiarativo in ipotesi di obbligazioni *ex leges*.

I limiti del ricorso alla transazione da parte degli enti pubblici sono pertanto quelli propri di ogni soggetto dell'ordinamento giuridico, e cioè la legittimazione soggettiva e la disponibilità dell'oggetto, e quelli specifici di diritto pubblico, e cioè la natura del rapporto tra privati e pubblica amministrazione.

Sotto quest'ultimo profilo va ricordato che, nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici, l'attività degli enti territoriali è finalizzata alla cura concreta di interessi pubblici e quindi alla migliore cura dell'interesse intestato all'ente. In questi termini l'attività dell'ente pubblico è finalizzata al criterio di corretta azione amministrativa.

Pertanto, i negozi giuridici conclusi con i privati non possono 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.

In una tale prospettiva vanno lette le norme che hanno disciplinato ed ampliato l'ambito dell'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione ed in particolare l'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, così come modificato ed integrato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15.

La norma prevede la possibilità per l'amministrazione di concordare con i privati interessati il contenuto discrezionale dei propri provvedimenti e di sostituire l'accordo stesso al provvedimento. Soprattutto la legge stabilisce che a detti accordi si applicano principi del codice civile in materia di obbligazioni e di atti negoziali privati.

Non va però dimenticato che la soluzione concordata si inserisce nell'esercizio di un potere pubblicistico che non può sottrarsi al quadro delle regole proprie della spendita di detto potere e perciò oggetto di negoziazione e di formalizzazione nel successivo provvedimento non può essere una illimitata gamma di scelte discrezionali da parte dell'amministrazione, ma solo l'individuazione di una fra più soluzioni comunque idonee ad azionare il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

In altre parole, l'assetto di interessi raggiunto con l'accordo dovrà comunque soddisfare l'interesse pubblico oltre ad essere quello di maggior convenienza per il privato.

Peraltro da questa tipologia di accordo vanno distinti i c.d. accordi endoprocedimentali con i quali vengono consensualmente regolati tratti del procedimento amministrativo, che però si conclude con un altro provvedimento

della Pubblica Amministrazione, regolato dai principi e dai mezzi di tutela del diritto amministrativo.

Tanto ciò chiarito, va ricordato che premessa necessaria per addivenire alla transazione è l'esistenza di un controversia giuridica (mentre non è sufficiente l'esistenza di un semplice conflitto economico, tratto comune di qualsiasi contratto oneroso) e cioè l'affermazione di un diritto, che si esterna nella pretesa e la contestazione della sussistenza e della misura del diritto (art. 1965 cod. civ.). In altri termini, è necessaria la prospettazione esternata di configgenti posizioni giuridiche in ordine alla situazione in contestazione .

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.

Quanto ai termini (soggetto ed oggetto) del contratto di transazione va ricordato che i soggetti debbono essere dotati non solo di capacità giuridica ma debbono avere anche la legittimazione intesa come potere di agire in ordine ai rapporti sui quali incide la transazione.

La transazione è valida solo se ha ad oggetto diritti disponibili (art. 1965, co. 2) e secondo dottrina e giurisprudenza civile, questa circostanza si verifica ogni volta che le parti hanno il potere di estinguere il diritto in forma negoziale, vale a dire, rinunciando ai diritti che derivano da quel rapporto. Sotto questo profilo vengono in rilievo per gli enti pubblici le procedure che prevedono le modalità di formazione ed espressione della volontà amministrativa.

Al riguardo va ricordato che per le amministrazioni centrali è prescritto un iter procedimentale articolato, con parere obbligatorio ma non vincolante dell'Avvocatura dello Stato e del Consiglio di Stato. Per gli enti territoriali non è previsto alcun particolare iter procedimentale e, salvo una diversa disciplina contenuta nei regolamenti di autonomia, l'organo dell'ente al quale è attribuito la competenza a stipulare il contratto ne è anche legittimato. Naturalmente l'ente può ricorrere in relazione alla questione da risolvere a parere facoltativi e, ove l'ente sia dotato di una propria Avvocatura sarebbe opportuno che la stessa fosse investita della questione in analogia e negli stessi termini previsti dal citato art. 14 della legge di Contabilità di Stato.

Quanto all'oggetto della transazione va ricordato che l'art. 1966, al comma 2°, nel disporre che la transazione è nulla se i diritti che formano oggetto della lite per loro natura e per espressa disposizione sono sottratti alla

disponibilità delle parti, si riferisce a posizioni soggettive accertabili, se controversi solo dall'autorità giudiziaria, quindi essenzialmente agli status personali, ai diritti della personalità, all'obbligazione di prestare gli alimenti, all'obbligazione naturale.

Negli altri casi la definizione dell'oggetto della transazione rientra nei poteri discrezionali delle parti.

Requisito essenziale della transazione, come di qualsiasi altro contratto, è, in forza dell'art. 1321 cod. civ., la patrimonialità del rapporto giuridico, ciò che poi rende nella generalità disponibili i rapporti giuridici a carattere patrimoniale che nascono da un diritto indisponibile. In una situazione comparabile a questa si trovano le obbligazioni pubbliche, che sono possibile oggetto di negoziazione, pur essendo indisponibile il potere amministrativo dal cui esercizio esse sono nate.

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 è sottratta al sindacato giurisdizionale, anche di responsabilità (art. 1, co. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20). In sostanza, il vaglio delle scelte di merito degli amministratori non è consentito, se non limitatamente alla rispondenza delle stesse a criteri di razionalità e congruità rilevabili dalla comune esperienza amministrativa al fine di stabilire se la scelta risponda ai criteri di prudente apprezzamento ai quali deve ispirarsi sempre l'azione amministrativa.

Uno degli elementi che l'ente deve considerare è la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio. Ovviamente non si tratta di incertezza assoluta, ma relativa che deve essere valutata in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa ed alla presenza di eventuali orientamenti giurisprudenziali.

**P.Q.M.**

Nelle considerazioni esposte è l'avviso della Sezione.

Il Relatore  
(Dott. Giancarlo Astegiano)

Il Presidente  
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il 5 maggio 2008  
Il Direttore della Segreteria  
(dott.ssa Daniela Parisini)