

Il sindacato giurisdizionale contabile sull'attività discrezionale della P.A. Nel difficile equilibrio tra esigenze di tutela della corretta gestione economica del patrimonio pubblico e dell'autonomia amministrativa: dal principio di ragionevolezza al principio di proporzionalità

(Nota a Corte dei Conti sentenza n. 127/2006)

di Erminia Falcitelli

(Funzionario della Regione Piemonte – Segretario dell'Osservatorio sulla Riforma amministrativa)

18 aprile 2007

pubblicato su www.federalismi.it

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il significato del principio nel sistema della responsabilità amministrativa. – 3. Limiti generali del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale e merito amministrativo. – 4. Il caso. - 5. Considerazioni finali

CORTE DEI CONTI; sezione seconda giurisdizionale Centrale; 20 marzo 2006, n. 127; Pres. De Pascalis; Est. De Sanctis; P.M. Lener ; Proc. Reg. Corte Conti c. Tocci e altri (Avv. Petrucci, Medugno e Paletti).

Responsabilità contabile e amministrativa – Comune – Amministratori – Controversia con i privati sulla disponibilità di immobile – Transazione – Scelta discrezionale insindacabile nel merito – Sussistenza – Limitazione dei poteri decisori del giudice.

Costituisce una limitazione dei poteri decisori del giudice e non questione di difetto di giurisdizione l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, in quanto il giudice esercita ampiamente la giurisdizione conoscendo la fattispecie e sottoponendola ad un accurato esame al fine di riscontrare l'esistenza o meno della esimente dell'insindacabilità.

La scelta degli amministratori di addivenire alla transazione non è contrastante né con le finalità proprie dell'amministrazione, né con i principi di razionalità, logicità ed economicità e, pertanto, ravvisandosi il carattere discrezionale e non arbitrario della scelta essa non è nel merito sindacabile dal giudice contabile.

1. - Premessa

La sentenza della seconda sezione giurisdizionale centrale della corte dei Conti in commento, del marzo 2006, conclude una vicenda giudiziaria iniziata nel 2001 nei confronti di alcuni amministratori della giunta comunale romana, relativamente ad una ben più lunga e complessa vicenda amministrativa nata dalla concessione demaniale in uso autorizzata sin dal 1977 dal Comune di Roma sull'immobile demaniale denominato "Casina Valadier", sita nel complesso della Villa Borghese. Tale concessione oggetto di numerosi rinnovi viene contestata nella sua natura giuridica da parte della società beneficiaria, che nel 1990 fallisce e, infine, nel 1998 a seguito di varie proposte di accordo viene fatta oggetto di transazione per un importo di 700 milioni di lire, consentendo al Comune di ritornare in possesso dell'intero complesso immobiliare, che utilizzerà per attività di ristorazione intrattenimento e manifestazioni culturali e sociali.

La decisione propone all'attenzione una delle innovazioni introdotte dall'art. 3, comma 1, l. 639/1996 all'art. 1, comma 1, l. 20/1994, in tema di responsabilità amministrativa: l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali da parte del giudice contabile. La pronuncia è interessante non tanto per il suo contenuto, peraltro, originale solo nella parte in cui si discosta dall'indirizzo prevalente ritenente che l'insindacabilità si traduce in un difetto di giurisdizione (1) ; mentre essa aderisce all'indirizzo minoritario ritenente l'insindacabilità una limitazione dei poteri decisorii del giudice (2), essendo un limite interno alla giurisdizione, in quanto dice il giudice di secondo grado "*...la Sezione ha...ampiamente esercitato la giurisdizione conoscendo la fattispecie e sottoponendola ad un accurato esame al fine di riscontrare l'esistenza o meno della ricordata esimente dell'insindacabilità.*", quanto per il fatto che la pronuncia di assoluzione per insindacabilità nel merito della scelta discrezionale interviene in un momento storico di estrema tensione tra istanze di sempre maggiore autonomia e poteri degli Enti pubblici territoriali (sollecitate nelle varie sedi di concertazione tra Stato-Regioni-Autonomie locali e anche a livello parlamentare sfociate nella c.d. "Riforma della riforma") e implementazione dei poteri di controllo della Corte dei Conti da parte del legislatore (3) introdotti per porre a freno l'espansione della spesa pubblica diventata ingovernabile anche e soprattutto al fine del rispetto dei parametri fissati dal patto di stabilità europeo. Con tale provvedimento la Corte si pone in una veste assolutamente neutrale e (forse un po' troppo) rispettosa dell'autonomia gestionale dell'Ente, ritenendo che se il Comune ha acconsentito all'accordo transattivo e se ha accettato la perizia del curatore

fallimentare seppure risalente all'anno precedente e seppure non includente tutti i beni avrà comunque effettuato una valutazione economica ragionevole ed adeguata in ordine alla efficacia, ed economicità dell'accordo, che la Corte non si è sentita di sindacare, per non invadere il merito dell'attività amministrativa.

Tale pronuncia rappresenta un' occasione per ripercorrere il significato di tale principio, il suo contenuto, i limiti dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione pubblica e i limiti del sindacato giurisdizionale contabile, le evoluzioni del principio, se ci sono state, a seguito delle riforme normative avvenute in materia di attività della P.A. e di funzioni, compiti, ruolo della Corte dei Conti.

2. - Il significato del principio nel sistema della responsabilità amministrativa

La codificazione legislativa del principio è nata dall'esigenza di riaffermare l'autonomia della funzione amministrativa e di quella politica, le cui scelte di fondo sono soggette principalmente al controllo democratico del corpo elettorale (4), in virtù del principio generale secondo il quale "il giudice non può sostituirsi all'amministrazione nel valutare quali siano le migliori scelte gestionali e i migliori strumenti da utilizzare" (5); inoltre un pregnante sindacato su tali scelte discrezionali potrebbe paralizzare o quantomeno condizionare le iniziative di pubblici amministratori o dirigenti preoccupati della condivisione della scelta da parte della Corte (6); sotto questo profilo si pone in linea con l'innalzamento della soglia psicologica di punibilità ai soli cali di "dolo o colpa grave" (7).

La disposizione contenuta nella riforma del 1996 non modifica i principi giurisprudenziali consolidatisi in tema di sindacato della Corte dei Conti sull'attività discrezionale della P.A., elaborati dalla stessa Corte, ma li codifica e li rafforza superando un orientamento emerso in un recente passato da una dottrina riconducibile alla Corte dei Conti che riteneva di poter operare, nell'esercizio della funzione giurisdizionale ed in forza dei propri poteri, una verifica giudiziale di rispondenza dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, in base al principio di buona amministrazione cui deve attenersi l'azione amministrativa (8).

Essa si pone, pertanto, come misura di salvaguardia dell'attività amministrativa.

La c.d. riserva di amministrazione viene giustificata come funzionale alla necessità di garantire spazi di autonomia alle amministrazioni pubbliche, nei confronti di tendenze "invasive" da parte di poteri ad esse esterni, coerente con i nuovi compiti di efficiente offerta

di servizi e con le nuove forme che le stesse vanno assumendo. Perciò, l'esigenza che l'azione delle P.a., se funzionale alla realizzazione degli interessi pubblici previsti dalla legge, non subisca indebite interferenze, deve essere considerata come tutela dello stesso cittadino, che anche grazie alle modalità di esercizio concordato dei poteri pubblici, è oggi più fruitore delle prestazioni delle pubbliche amministrazioni che soggetto passivo di attività autoritative (9)

Essa contribuisce alla nuova conformazione della responsabilità amministrativa che emerge con chiarezza a partire dalla evoluzione delle funzioni e dei compiti della pubblica amministrazione e soprattutto alla luce delle leggi di riforma della corte dei conti del 1994 e 1996 in materia di giurisdizione amministrativo-contabile nella quale sicuramente l'innovazione più significativa è rappresentata da una nuova nozione di danno oggetto del giudizio contabile, non esclusivamente patrimoniale ma configurabile come danno alla comunità intesa come soggetto plurimo, titolare di interessi collettivi; ciò che conta oramai è che il danno riguardi beni o denaro pubblico, indipendentemente dal soggetto agente, che può appartenere o meno alla P.a. danneggiata e addirittura può non rivestire nemmeno la qualifica di dipendente pubblico, ma essere solo beneficiario di risorse pubbliche. In tale senso è funzionale al nuovo ruolo attribuito sin dal 1995 dalla Corte Costituzionale di "organo posto al servizio dello Stato-Comunità" (10).

Il principio viene definito come preclusione di ogni apprezzamento del giudice sulla convenienza e opportunità compiute dall'autorità amministrativa in sede di scelte discrezionali, essendo vietata ogni ingerenza nell'attività di ponderazione comparata degli interessi. Tuttavia è stato affermato che ciò non significa che l'attività discrezionale sia esentata da ogni sindacato che trasformerebbe la discrezionalità in arbitrio; infatti la formulazione normativa contiene la precisazione che *l'insindacabilità* non riguarda le scelte discrezionali ma il *merito delle stesse*.

Il principio non è nuovo nel nostro ordinamento perché in sede di riforma dei controlli sugli atti delle regioni e degli enti locali il legislatore pur ammettendo il sindacato sull'eccesso di potere, ha posto una limitazione avendo *esclusa ogni diversa valutazione dell'interesse pubblico*. Questo inciso dopo un primo momento che aveva fatto ritenere soppresso il controllo sull'eccesso di potere, è stato letto dalla dottrina come la volontà legislativa di precisare il confine tra l'eccesso di potere e il merito ai fini dell'esercizio del controllo (11). Ricordiamo che l'eccesso di potere è definito il risvolto patologico della discrezionalità e si configura per la violazione di quelle prescrizioni che presiedono allo svolgimento della funzione (la quale è sempre più procedimentalizzata e caratterizzata dalla valorizzazione della fase istruttoria rispetto a quella conclusiva, pertanto, la maggior parte

delle regole e prescrizioni saranno contenute nella l. 241/90), che non sono ravvisabili in via preventiva e astratta, ma si sostanziano nel principio di logicità-congruità applicato al caso concreto (12). Alcune delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere individuate sono ad es. la contraddittorietà tra più parti dello stesso atto (dispositivo e preambolo o motivazione); o tra più atti; disparità di trattamento tra situazioni simili; travisamento dei fatti; incompletezza e difetto dell'istruttoria; inosservanza dei limiti, parametri di riferimento, criteri fissati per lo svolgimento dell'azione; motivazione insufficiente, incongrua, contraddittoria.

Il vizio di merito, secondo la tesi tradizionale, si verifica invece nei casi in cui la scelta discrezionale configge con criteri non giuridici (quali l'opportunità, la convenienza).

Letto in tal modo, il principio non escluderebbe la verifica giudiziale sul corretto esercizio del potere discrezionale stesso alla stregua dei principi di razionalità, imparzialità e buona amministrazione che governano tutta l'attività amministrativa (13).

Verifica che pacificamente si ritiene debba avvalersi di parametri esterni (competenza, termini, materia) ed interni (rapporto tra fine istituzionale e fine concreto; congruità e proporzionalità delle scelte; principi di razionalità, imparzialità e buona amministrazione).

Mentre sulla ratio e sul significato teorico non sembra vi siano incertezze, in sede di applicazione del principio vi sono state interpretazioni che hanno elaborato limiti più o meno ampi a seconda del tipo di atti e dell'entità delle risorse finanziarie impegnate e, comunque, a partire dal 2003 (14) si è rinvenuto un orientamento giurisprudenziale che ha ampliato notevolmente la possibilità del sindacato della Corte, in quanto nella verifica della compatibilità delle scelte con i fini dell'Ente vengono inclusi anche i criteri di economicità, efficacia ritenendoli specificazione del più generale principio di buon andamento della P.a., con la conseguenza che "la verifica di legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti". La suprema Corte ha dato atto che a seguito della l. 241/90 sono stati ridimensionati i confini del merito amministrativo, essendo stati tipizzati i doveri amministrativi di economicità e di efficacia e trasferiti così dall'ambito delle regole metagiuridiche (e quindi del merito) a quello delle norme espresse di legge, la cui violazione comporta illegittimità dell'atto.

3. - Limiti generali del sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale e merito amministrativo

Come già precisato la nuova disposizione riafferma più semplicemente la necessità di distinguere tra merito dell'azione amministrativa e conformità di tale azione ai canoni

generali di buon andamento cui deve ispirarsi l'azione dei pubblici poteri, consentendo il vaglio dell'attività discrezionale degli amministratori con riferimento alla rispondenza della stessa ai criteri di razionalità, congruità rilevabili dalla comune esperienza amministrativa, al fine di stabilire se la scelta risponda a quei criteri di prudente apprezzamento cui deve ispirarsi l'azione dei pubblici poteri (15) Per cui se da un lato in base al principio di separazione dei poteri spetterà alla P.A. la cura concreta degli interessi pubblici e al giudice è precluso il potere di sindacare la scelta compiuta dalla p.a. ritenendo più opportuna un'altra scelta, dall'altro l'azione della P.A. deve rispettare i principi di cui all'art. 97 Cost. La riserva di amministrazione si esprime proprio nella salvaguardia delle scelte attinenti all'opportunità amministrativa., in quanto ciò comporterebbe una diretta valutazione da parte del giudice dell'interesse pubblico concreto perseguito (16)

Il limite è rappresentato, sino al 2001, abbastanza pacificamente dalle *scelte palesemente arbitrarie, irrazionali ed illogiche*, in quanto esse sarebbero “*contra legem*” e quindi sindacabili (17). La situazione si complica successivamente perché già nel 2001 la Cassazione inizia ad esprimere le sue difficoltà. (18). Essa, infatti, afferma “*la difficoltà di distinguere nelle diverse fattispecie l'ambito conoscibile delle scelte discrezionali rende assai sottile il discrimine tra sindacabilità e insindacabilità delle opzioni possibili nell'attività discrezionale, tenuto altresì conto che trattasi di contemperare due esigenze meritevoli di tutela sebbene divergenti: la necessità di impedire da un lato la dissipazione del pubblico denaro, dall'altro di non ingessare l'iniziativa dei pubblici dipendenti confinandola in spazi così angusti da paralizzarne o condizionarne l'attività. Difficoltà di contemperare o meglio di delineare la zona tra libertà e vincolo; lo spazio rimasto libero al di là dei limiti e vincoli posti dalle prescrizioni di legge viene configurato con la dizione di **merito amministrativo**, con la quale si indica senz'altro una posizione di libertà, infatti i limiti posti nell'esercizio della discrezionalità alla libertà, indicati in termini generali come vincolo nel fine e nella esigenza di ragionevolezza dell'agire, lasciano uno spazio più o meno vasto di libertà. Anche la scelta finale, tuttavia, tra più possibili e tutte ragionevoli è una scelta che deve essere motivata*”.

Ma come si estrinseca il merito? Si dice che esso consiste nello scegliere tra varie alternative, ciascuna delle quali legittima, “nel modo migliore” e nell'interesse della collettività (19). Più precisamente si esprime la Cassazione (20) che ha autorevolmente chiarito: “*..la Corte dei Conti, nella sua qualità di giudice contabile, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'Ente pubblico; ma per non travalicare i limiti esterni del suo potere giurisdizionale, una volta accertata tale*

compatibilità, non può estendere il suo sindacato all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore..." Da tale ragionamento, si rileva lo spazio di sindacato del giudice: egli potrà valutare se l'amministrazione si sia mantenuta nell'ambito delle scelte legittime, ma non potrà giudicare se la stessa abbia effettuato la scelta più opportuna; nel primo caso si tratterà di stabilire se si siano o non travalicati i limiti del potere discrezionale verificando il cattivo uso del potere in termini di ragionevolezza e imparzialità delle scelte discrezionali, nel secondo caso si valuterebbe quale è stata la scelta di merito, invadendo un campo riservato all'amministrazione e sostituendosi a questa nello stabilire la "prescrizione" che solo l'amministrazione può imporre a se stessa

D'altronde non va dimenticato che il giudice deve valutare l'ingiustizia del danno, o, meglio l'antigiuridicità del comportamento e l'ingiustizia e antigiuridicità presuppongono la violazione di norme giuridiche, non la violazione di norme non giuridiche costituenti il merito amministrativo (21) Il parametro oggettivo, pertanto, al quale deve attenersi il giudice contabile nella valutazione dell'attività della p.a. è quello della **razionalità** mediante il quale egli verificherà il percorso logico seguito dall'amministrazione al *fine di accertare il corretto ed adeguato esercizio della funzione* (22), sul presupposto che essendo la Corte il Giudice dei comportamenti illeciti, il suo sindacato sulle scelte discrezionali costituisce valutazione di merito, i cui limiti non sono identificabili con quelli propri del sindacato di legittimità, ma devono trovare riferimento in modelli astratti di comportamenti, ispirati ai principi di razionalità dell'azione amministrativa intesa come rapporto di adeguatezza tra costi e benefici).

Con riferimento in particolare all'attività procedimentalizzata il principio della **ragionevolezza** consente di accertare la *completezza dell'istruttoria, nonché la comparazione degli interessi pubblici, collettivi e privati coinvolti nella stessa, dei quali l'autorità amministrativa ha dovuto tener conto per il perseguimento del fine pubblico primario per il quale le è stato conferito il potere.*

L'individuazione dell'interesse pubblico concreto per il quale si compie la scelta deve svolgersi secondo criteri di ragionevolezza, in quanto ogni opzione deve essere consequenziale sul piano logico alle premesse costituite dai dati emersi nella situazione concreta dove l'esercizio del potere va a impingere.

All'esigenza di ragionevolezza si collegano l'esigenza di imparzialità sancita costituzionalmente (art. 97), le regole di buona amministrazione, nonché i principi di efficienza, efficacia ed economicità contenuti nella l. 241/90 ai quali i pubblici poteri devono attenersi e che costituiscono delle ulteriori manifestazioni della ragionevolezza.

La cognizione della regolarità della gestione consiste, infatti, secondo il giudice contabile nel rapportare il fine all'adeguatezza dei mezzi utilizzati, conformemente ai principi della razionalità, logicità, congruità e dell'economicità delle scelte operate dall'amministrazione.

Sicchè nell'accertare la giustificazione dell'erogazione del denaro pubblico non si travalica certamente il limite esterno del sindacato contabile oltre il quale vi è l'espreso divieto normativo della sovrapposizione della scelta del giudice a quella dell'amministrazione, in quanto la valutazione è da effettuarsi con riferimento al momento in cui gli amministratori hanno operato ed alle concrete esigenze da perseguire e cioè ex ante avuto riguardo al canone di razionalità.

Tale orientamento è stato oggetto di critiche in base alla considerazione che "il criterio della razionalità con il quale viene valutata l'attività gestionale della p.a. risulta creato dallo stesso giudice contabile, non sussistendo una nozione di razionalità universalmente valida cui riferirsi in ogni situazione" (23) La Cassazione, peraltro, (24) respinge l'impostazione della Corte dei Conti affermando che questa può solo verificare la compatibilità delle scelte con l'interesse pubblico, non potendo valutare le singole iniziative intraprese dall'Ente; la valutazione della omogeneità dei fini è connessa a quella dell'adeguatezza dei mezzi, solo nel caso di assoluta ed incontrovertibile estraneità rispetto ai fini (25).

Sino a che punto può spingersi il sindacato sull'atto? La dottrina distingue tra **attività discrezionali vincolate e scelte discrezionali** (26) nelle prime l'ingiustizia del danno verrebbe a coincidere nella illegittimità, talchè anche per il giudice contabile il sindacato sulla legittimità costituirebbe criterio di imputazione; nelle seconde si ha ingiustizia solo se le scelte non sono conformi alle regole di selezione, valutazione, comparazione, ponderazione degli interessi coinvolti nel procedimento (27)

4. - Il caso

Nel caso di specie, sembra proprio che il giudice contabile sia di primo che di secondo grado non abbiano considerato nella valutazione della azione amministrativa l'esistenza di regole sul procedimento. Sembra, infatti, che nella intricata vicenda amministrativa siano state violate le regole sul procedimento amministrativo, le quali essendo norme di azione che disciplinano le modalità di esercizio dell'azione amministrativa, fissando principi e criteri di comportamento, debbano essere rispettate, come già sopra precisato, nell'esercizio del potere discrezionale, affinché l'attività amministrativa sia conforme a razionalità, efficacia,

efficienza, economicità, imparzialità e trasparenza. In particolare, innanzitutto ciò che sembra non sia stato rispettato è proprio una norma fondamentale: l'art. 6, lett.e, l. 241/90, la quale indicando i compiti del responsabile del procedimento, rappresenta una norma intesa a dare maggiore forza e autonomia alla fase istruttoria rispetto alla fase decisoria del procedimento; ciò significa che, l'organo decisorio, ove diverso dal responsabile del procedimento è tenuto a dar conto nel provvedimento finale delle ragioni che l'abbiano indotto a discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento. Tali regole configurano limiti interni dell'attività discrezionale (e, quindi, aderendo all'opinione della sentenza che si commenta, configurerebbero una limitazione dei poteri decisorii della Corte), essendo dirette a consentire alla P.a. l'acquisizione e ponderazione di tutti gli interessi secondari coinvolti nel procedimento, tra i quali assumono rilevanza nella vicenda gli interessi di carattere finanziario.

Venendo al caso di specie, dagli atti non risulta che l'accordo transattivo sia stato stipulato a seguito di una adeguata e completa istruttoria attraverso uffici e soggetti competenti (è stata presa in considerazione esclusivamente la perizia della curatela fallimentare, non di uffici comunali o esperti esterni competenti), ai fini di valutare la congruità del compenso pattuito nella transazione; la perizia riguarda solo alcuni beni mobili della casina Valadier e non comprende anche una valutazione dei beni immobili, quindi è incompleta e insufficiente ai fini di determinare una esatta e completa informazione da parte del Comune ai fini di determinare l'interesse concreto alla stipula della transazione nei termini in cui è avvenuta. La scelta appare, pertanto, non del tutto razionale ed economica perché adottata senza avere a disposizione tutti gli elementi necessari, anche se non del tutto priva del requisito della razionalità, in quanto la valutazione ha avuto per oggetto la maggior parte dei beni mobili presenti nell'immobile e ha riguardato i beni il cui valore rappresentava la parte più consistente di tutti i restanti beni.

In presenza di atti e comportamenti contrastanti con principi, regole, disposizioni normative, la giurisprudenza contabile è pacifica nell'ammettere il proprio sindacato in quanto non può sussistere alcun "merito amministrativo" in presenza di scelte discrezionali *contra legem* (28) D'altro canto, il ragionamento non è stato privo di valutazioni razionali ed economiche, in quanto risulta vi sia stato un certo carteggio nel tempo, la vicenda amministrativa appariva oggettivamente complessa e l'intento era di ottenere nel più breve possibile il bene per immetterlo sul mercato e farlo fruttare, circostanza peraltro poi avvenuta nel 2004.

Si potrebbe, pertanto, concludere che il comportamento degli amministratori comunali sia stato colposo ma privo della colpa grave. Tuttavia, alla luce del panorama normativo: la legge costituzionale 131/01 che assegna alla Corte il ruolo di controllore e garante della sana gestione finanziaria degli Enti; le modifiche alla l. 241/90 che orientano maggiormente la pubblica amministrazione verso una logica di massimizzazione dei risultati e riduzione dei costi, dal 2003 è emerso un orientamento giurisprudenziale (già citato supra) e prima di allora dottrinale più rigoroso e pretenzioso nei confronti delle p.a., che consente un sindacato del giudice contabile più penetrante nell'accertamento della colpa.

Seguendo tale orientamento, che oramai trova un esplicito riconoscimento a livello normativo (29), il giudice è chiamato ad adottare nel sindacato di legittimità degli atti, non solo più il principio di ragionevolezza, che implicherebbe semplicemente la verifica della ragionevolezza della scelta adottata dalla p.a. (la quale a sua volta a valutare la qualità degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi), ma anche il **principio di proporzionalità** (30).

In virtù di tale principio il giudice è chiamato ricostruire (ai fini dell'accertamento della gravità della colpa) il processo logico seguito dalla p.a. nella valutazione della scelta del mezzo adeguato in relazione al fine da perseguire (31)

Esso tende a porsi come alternativo rispetto al parametro dell'eccesso di potere e rispetto a tale criterio presenta un maggior grado di precisione come strumento valutativo, perché è idoneo a fondare un giudizio sull'azione amministrativa più adeguato alla realtà in cui essa si è esplicata (32).

Tale principio si articola in un "esame a tre gradini", che consentirà al giudice contabile l'accertamento della colpa attraverso la verifica dei criteri di idoneità, necessità e proporzionalità del mezzo scelto:

- **idoneità:** coerenza del mezzo impiegato rispetto ai risultati. Si estrinseca nella verifica se il perseguimento del risultato comporti pregiudizi sproporzionati nei confronti dei titolari degli interessi coinvolti che dovrebbero essere perseguiti attraverso quell'attività provvedimento;
- **necessarietà:** misura il limite quantitativo del potere amministrativo. Si estrinseca nella scelta della misura più adeguata con minor pregiudizio degli altri interessi in conflitto, strumento idoneo comportante al contempo il minor sacrificio;
- **adeguatezza:** si pone come vincolo quantitativo della scelta e rispetto agli interessi come misuratore del grado di soddisfazione o di minor compressione degli interessi meritevoli di tutela. E' chiaro che nel giudizio di responsabilità la minor

compressione degli interessi meritevoli di tutela non si riferisce a quelli dei privati, bensì a quelli pubblici dell'amministrazione di appartenenza o di altra amministrazione che risulti danneggiata dal provvedimento. Implica che la decisione della p.a. sia il frutto di un processo decisionale che abbia effettuato un bilanciamento degli interessi (ragionevolezza) e al contempo risulti quella che abbia comportato il minimo sacrificio.

In tal modo il riscontro della violazione delle regole del buon andamento dell'azione amministrativa può integrare gli estremi dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa (33).

Alla luce di tali elementi affinché un'azione sia considerabile **proporzionata**, è necessario che l'amministrazione abbia *in sede istruttoria individuato tutti gli interessi compresenti ed abbia preso in considerazione tutte le soluzioni possibili, al fine di scegliere tra le alternative, quella più idonea ed adeguata a provocare il minor sacrificio possibile agli interessi incisi* e, in particolare, a non provocare danno all'amministrazione pubblica (34)

Poiché il giudice adottando il parametro della proporzionalità esercita una penetrante verifica non soltanto della situazione di fatto, ma anche dei profili attinenti la giusta ponderazione degli interessi, quindi, su di un terreno ritenuto proprio del c.d. merito amministrativo, sarà necessario da un lato che il giudice contabile svolga la sua attività utilizzando strumenti adeguati quali ad es. l'acquisizione di prove nella fase preprocessuale con la garanzia di un giudice che preveda criteri di comparazione e la garanzia del contraddittorio (35) e dall'altro che la P.a. allo scopo di bilanciare gli interessi (tra discrezionalità delle scelte e responsabilità personale del dipendente che arrechi un danno erariale), eserciti tutti quegli strumenti che le sono forniti per il corretto uso del suo potere discrezionale rappresentati, come già precisato, da una completa comparazione degli interessi pubblici coinvolti nel procedimento (pubblici e privati) in sede istruttoria e da una motivazione che dovrà essere tanto più esaustiva quanto maggiore è il potere discrezionale esercitato (come nel caso di specie).

Applicando tale recente orientamento, che appare prevalente e condivisibile (36), si ritiene che le conclusioni e il ragionamento adottati dal giudice d'appello debbano considerarsi oramai superati e non possano più essere accolti anche alla luce dei nuovi compiti assegnati alla Corte dei Conti a tutela dell'intero sistema della finanza pubblica (37)

In virtù del principio di proporzionalità il giudice contabile è tenuto ad effettuare un sindacato più penetrante sul processo logico seguito dalla p.a. nell'adozione della scelta discrezionale, che non può più arrestarsi al sindacato sulla ragionevolezza della scelta

effettuata, ma dovrà spingersi anche a verificare se la p.a. ha adottato il mezzo più adeguato in relazione al fine da perseguire, **attraverso una completa ed adeguata fase istruttoria**, nell'ambito della quale abbia individuato tutti gli interessi compresenti ed abbia preso in considerazione tutte le soluzioni possibili, al fine di scegliere tra le alternative, quella più idonea ed adeguata a provocare il minor sacrificio possibile agli interessi incisi e, in particolare, a non provocare danno all'amministrazione pubblica (38) Danno configurabile anche nel caso in cui il prezzo pattuito risulti inferiore a quello ottenibile, sulla base di elementi istruttori acquisibili, ma che nella fattispecie concreta sono mancati per una frettolosa e non giustificabile urgenza di concludere una transazione, in quanto dagli elementi processuali non sono emerse esigenze concrete di celerità. Nel caso de quo non sembrerebbe che il giudice contabile abbia effettuato un sindacato volto a verificare il rispetto del principio di proporzionalità nella scelta discrezionale.

Per quanto riguarda l'idoneità del mezzo (transazione) rispetto ai fini- risultati che il Comune intendeva realizzare (recupero immediato della disponibilità del bene per dare integrale attuazione al progetto di valorizzazione dell'intero parco di Villa Borghese, cessazione delle liti pendenti presso il Tribunale civile di Roma e il Tar Lazio, l'acquisizione ad un prezzo conveniente di tutti i beni della Casina Valadier), sembrerebbe che il giudice d'appello abbia compiuto tale sindacato, in quanto si dà conto nella motivazione che "dalla documentazione in atti e dalla ricostruzione dei fatti compiuta dalle parti emerge che la scelta della transazione ha portato ad una soluzione definitiva e soddisfacente di una vicenda pluriennale, se si considerano gli indubbi vantaggi risultanti dagli atti di causa". Sembra che la stessa amministrazione comunale abbia effettuato una ponderazione sull'idoneità del mezzo (transazione) rispetto agli interessi, tra i quali quello prevalente risulta essere quello di avere la disponibilità dell'immobile prima della stagione estiva, anche se non sembra che siano state prese in considerazione tutte le soluzioni possibili, al fine di scegliere tra le alternative, quella più idonea ed adeguata a provocare il minor sacrificio possibile agli interessi. Infatti, tra i possibili mezzi alternativi di cui il Comune poteva avvalersi, rientravano sicuramente (come sostenuto dalla procura) le particolari procedure di autotutela previste dall'art. 823 cod.civ. per i beni demaniali, mediante il ricorso alla forza pubblica per procedere al rientro immediato nel possesso materiale dell'immobile; peraltro, sulla natura demaniale del bene non ha dubbi il giudice d'appello, a differenza del giudice di primo grado.

Per quanto riguarda la necessità del mezzo, intesa come misura più adeguata in relazione agli interessi pregiudicati, quindi, nella scelta di esercitare o meno il potere discrezionale e in caso positivo quello che comporti il minor sacrificio possibile, qualche

dubbio a mio avviso sussiste. Se l'interesse prevalente era quello di recuperare la disponibilità dell'immobile allo scopo di valorizzare anche economicamente lo stesso in sé e nel contesto ambientale nel quale esso era inserito, tale finalità poteva essere realizzata anche attraverso altri mezzi, sia quelli di autotutela previsti per i beni demaniali, sia sperando una gara per la scelta del nuovo concessionario.

Ma, a mio avviso, l'elemento costitutivo più dubbio in ordine alla sua sussistenza è proprio l'adeguatezza della scelta, intesa come valutazione che sia stato "quantitativamente" esercitato tutto il potere necessario per sacrificare gli interessi meritevoli di tutela nella minore misura.

Infatti, nel caso di specie, è mancato, come già precisato, una **adeguata fase istruttoria**, peraltro, ritenuta necessaria anche dalla Corte dei Conti (39) dell'amministrazione comunale, per valutare la congruità del prezzo offerto dal fallimento della Casina Valadier. Il Comune si è avvalso esclusivamente di una perizia del fallimento della società, peraltro risalente all'anno precedente, senza compararla con perizia o parere di organi o di uffici competenti. D'altro canto la perizia risulta parziale in quanto comprensiva solo di alcuni beni. Infatti, tra i requisiti richiesti dalla giurisprudenza, come presupposto di legittimità della transazione, è stato individuato il conforme parere dell'Avvocatura (40) e, in generale, una istruttoria tecnica e legale (41).

Alle stesse conclusioni si arriverebbe utilizzando il vecchio principio di ragionevolezza puntualizzato con gli ulteriori elementi forniti dalla l. 241/90 sul procedimento (42); si è infatti individuata come sintomo di ragionevolezza della decisione "...la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra la stessa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e la logicità e coerenza del processo decisionale..."(43). Nel principio di ragionevolezza è stato anche affermato, da una certa giurisprudenza (44) rientrano anche i principi dell'economicità e del buon andamento.

Ci si domanda, in via collaterale, anche se la sentenza non ha specificatamente affrontato la questione, se la natura dello strumento utilizzato dal Comune (atto di transazione e, pertanto, strumento convenzionale) possa determinare una riduzione dell'area della giurisdizione di responsabilità amministrativa e, successivamente, se tale utilizzazione possa, all'interno della singola fattispecie, ampliare la sfera delle decisioni insindacabili, considerate espressione di scelte di merito.

Sembra oramai, anche alla luce delle recenti sentenze della Cassazione (45), che il legislatore non abbia tipizzato la fattispecie di danno erariale sotto il profilo della condotta,

ma abbia conferito priorità al concetto di danno lasciando al giudice la facoltà di indagare quale tra i vari comportamenti ad esso riferibili abbia assunto efficacia causale (46). Pertanto, anche l'utilizzo dello strumento consensuale ricade, ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, sotto il disposto di cui all'art. 1, l. 20/1994.

Ciò si giustifica per la peculiarità della responsabilità amministrativa, non assimilabile tout court alla ordinaria azione patrimoniale di danno, ma costituente un istituto proprio del settore pubblico, dell'area cioè connotata dalla predefinitività normativa dei fini da perseguire e dalla esistenza di regole proprie di azione in funzione strumentale al loro conseguimento.

La disposizione che introduce in via generale il principio del dolo e della colpa grave e l'insiducabilità nel merito delle scelte discrezionali intende configurare una responsabilità amministrativa in funzione di equilibrio tra autonomia gestionale e sindacato giurisdizionale (47). Con essa si intende ripartire il rischio relativo alle conseguenze negative dell'attività posta in essere, giustificata dal ricordato obiettivo di stabilire un giusto temperamento tra garanzia del corretto operare e nuova autonomia amministrativa e gestionale fondata sui valori dell'efficacia, efficienza ed economicità accanto a quello della legalità. Peraltro, l'adozione di una interpretazione rigorosa della disposizione citata appare coerente con la nuova funzione della Corte dei Conti di valutare i risultati conseguiti nella gestione da parte delle p.a. e di riferire alle singole amministrazioni interessate. Coerente anche con il nuovo orientamento della cassazione, che configura la responsabilità amministrativa anche nei confronti dei privati che abbiano ottenuto contributi pubblici e li abbiano utilizzati per finalità diverse da quelle per le quali erano stati concessi, in tal caso è stato configurato comunque un "danno pubblico" per aver determinato uno sviamento dalle finalità cui i contributi erano destinati (48).

5. - Considerazioni finali

Tra le fattispecie affrontate giudizialmente riguardanti atti espressione di scelte discrezionali certamente gli atti di transazione sono state quantitativamente inferiori rispetto a fattispecie più frequenti quali ad es. contributi per manifestazioni culturali, spese di rappresentanza e soprattutto consulenze esterne, queste ultime attentamente monitorate dalla Corte dei Conti di recente anche in sede di controllo (art. 1, co. 173, l. 266/2005). Nei confronti degli atti di collaborazione esterna e di consulenza il giudice contabile oramai si muove, proprio in coerenza con l'orientamento normativo, con l'intento di tutelare il preminente valore costituito dall'integrità patrimoniale dell'Ente (49). Mentre però per tali atti

esistono limiti normativi (oltre che i predetti controlli della Corte dei Conti) e regolamentari che specificano i casi in presenza dei quali è possibile ricorrere (art. 7, d.lgs. 165/01), stabilendo espressamente e quindi rafforzando la necessità di una forte motivazione e il divieto di ricorso per quegli Enti (Comuni con popolazione superiore a 5000 abitanti) che non abbiano rispettato le regole del patto di stabilità, a partire dalla finanziaria 2003, stabilendo da parte della giurisprudenza più recente una responsabilità amministrativa per aver violato disposizioni legislative e regolamentari e, pertanto, il principio di legalità (50); per gli atti di transazione, nonostante la loro a volte anche maggiore pericolosità dal punto di vista finanziario (data spesso l'entità del prezzo concordato), non esistono specifiche norme di legge che prevedano limiti per quanto riguarda la stipulazione, né norme che prevedano un controllo della Corte dei Conti, così come previsto per gli atti di conferimento degli incarichi. Tale atto si presenta attualmente, quindi, come un atto altamente discrezionale soggetto alle ordinarie regole che disciplinano l'attività amministrativa.

In tale contesto siamo di fronte ad un vuoto normativo, che in attesa (almeno così auspichiamo) venga colmato, dovrà essere necessariamente occupato dall'elaborazione giurisprudenziale contabile, in virtù di quel ruolo di organo posto al servizio dello Stato-comunità, quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive, sotto il profilo dell'efficacia, efficienza e dell'economicità (51). A tale scopo i criteri che soccorreranno in mancanza di disposizioni normative ad hoc saranno quelli generali di economicità, efficacia ed efficienza indicati nella l. 241/90, i quali sono oramai criteri giuridici, posti a tutela dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, che dovranno essere rispettati anche quando la P.a. utilizza moduli gestionali privatistici (i quali in virtù delle modifiche apportate dalla l. 15/2005 dovranno diventare la regola, qualora la legge non disponga diversamente).

Per evitare che la valutazione della economicità ed efficienza possano consentire invasioni nel merito amministrativo, la dottrina più matura (che peraltro si condivide), come già sopra accennato (52) ritiene che il giudice debba avvalersi di strumenti adeguati quali ad es. l'acquisizione di prove nella fase preprocessuale, con la garanzia di un giudice a garanzia del contraddittorio nel rispetto dell'art. 111 cost.

-
- (1) Cass., sez. un. 6.5.2003, n. 6851, in *Foro It.*, 2003, I, 3404; C.d.c., sez. Lazio, 21.1.2003, n. 116/R, ivi, 2003, III, 709; Cass., sez. un. 25.1.2006).
- (2) C.d.c., sez. Campania, 8.7.1997, n., 71, in *Panorama giuridico*, 1997, n. 6, 41; id., sez. Lazio, 28.5.1998, n. 62, ivi, 1998, n. 4, 4.
- (3) ad es. i nuovi compiti previsti dall'art. 1, co.166 e seg., l. 266/05 finalizzati alla tutela dell'unità economica della Repubblica ed al coordinamento della finanza pubblica.
- (4) Giampaolino, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei Conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3337; Schlitzer, *Profili sostanziali della responsabilità amministrativo-contabile*, in *L'evoluzione della Responsabilità amministrativa*, AA.VV., Giuffrè, 2002, p. 97).
- (5) C.d.c., sez. riun., 3.6.1996, n. 30/A, in Riv. C. Conti, 1996, f. 4; V. Tenore, *La nuova Corte dei Conti*, Giuffrè, 2004, p. 76).
- (6) Schlitzer, op. cit., in Pasqualucci-Schlitzer, *L'evoluzione della responsabilità amministrativo-contabile*, cit., p. 97.
- (7) Tenore, *La nuova Corte dei Conti*, Giuffrè, 2004, p. 77.
- (8) Garri, Mastropasqua, Ristuccia, Rozera, *Rassegna di giurisprudenza in tema di responsabilità amministrativa e contabile*, Milano 1992, p. 42; Staderini, *La responsabilità nella pubblica amministrazione*, Padova, 1994, 275 ss. e in giurisprudenza ad. es. C.d.c., Sez. I, 16.9.1991, n. 273, in Riv. Corte Conti, 1991, 5, 52; C.d.C., Sez. Campania 22.2.1993, n. 16 in *La sett. Giur.* 1993, IV, 183).
- (9) Ciaramella, *La c.d. "riserva" di funzione amministrativa ed il suo significato nel sistema della responsabilità amministrativa*, in www.amcorteconti.it, p. 1.
- (10) sent. n.29 e successivamente sent. n. 470 del 1997.
- (11) v. per tutti Virga, *Preclusa alla Corte dei Conti la sindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*, in *Nuova Rassegna*, n. 1, 1997, p.10).
- (12) Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed. Giuffrè, 2005, p. 518).
- (13) C.d.C., sez. II app., n. 162 del 27.5.1999.
- (14) v. per tutte Cass, sez. un., 29.9.03, n. 14488.
- (15) C.d.c., sez. Emilia- Romagna 1.10.1999, n.747.
- (16) ved. ad es. Cons. di Stato IV sez., n. 601 del 1999, Tar Lazio, sez. I, n. 11068 del 2000, Tar Piemonte, sez. III, n. 1173 del 2000).
- (17) ved. Per tutte C.d.C., sez. I, n. 238 del 1997.
- (18) Cass., sez.un. 29.1.2001, n. 33.
- (19) Aharon Barak, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. di Mazzoni e Varano, Milano, 1995, p.34 ss.
- (20) Cass., sez.un. 29.1.2001, n. 33.
- (21) Maddalena, *Le nuove frontiere della responsabilità della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo*, in *Le nuove voci del diritto*, www.studiocelentano.it, p. 15).
- (22) C.d.c., Sez. I, 16.9.1991, n. 273, in Riv. Corte dei Conti 1991, 5, 52.
- (23) Ristuccia – *Il nuovo sistema della responsabilità e la giurisdizione della Corte dei Conti*, in Riv. C. Conti 1997, II, 257.
- (24) ved. Per tutte Cass., sez. un. n. 33/01.
- (25) Solo verificata la compatibilità tra fini potrà verificare la compatibilità tra mezzi impiegati e fini perseguiti nel senso della adeguatezza, sindacando solo l'assoluta ed incontrovertibile estraneità dei mezzi rispetto ai fini (ved. da ultimo Cass, sez. Un. Civ., 8 marzo 2005, n. 4956, in *Dir. E Giust.*, 2005, 30, 97; Cass., sez. un., 29.9.2003, n. 14488.
- (26) Colombini, *Il principio di proporzionalità nel sindacato del giudice contabile*, in *Diritto della Regione*, Padova, n. 1, 2002, p.158 ss..
- (27) ibidem.
- (28) v. anche recentemente C.d.C, Sez. Giur. Lombardia, 3.6.2005, n. 467 in www.federalismi.it – Cds, 2005, 6, 1922.
- (29) Ad es. l'art. 1, l. 241/90, inserisce tra i principi che governano l'azione amministrativa anche il principio di proporzionalità.
- (30) Colombini, *Il principio di proporzionalità...cit.*, p. 160 ss.; Cannizzaro, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato di giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Zingales, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari*

dei bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità, in *Foro Amm.*, 1998, 2457.

(31) Colombini, opo cit., p. 160.

(32) Attanasio, *Modulo consensuale nell'esercizio della potestà amministrativa. Brevi note sui profili di rilevanza nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in www.amcorteconti.it, p. 11.

(33) Attanasio, op.cit. , p. 12.

(34) Colombini, ibidem, p. 162.

(35) Alcuni esponenti della dottrina più garantista ved. ad es. Ristuccia

(36) ved. Ad es. ordinanza Cass. civ., sez. un. 8.3.05 che ha ritenuto sindacabile dal giudice contabile la fase prodromica all'esercizio del potere discrezionale di scelta della p.a. riguardando i limiti interni della giurisdizione contabile.

(37) art. 1, comma 166 e seg., l. 266/2005.

(38) Colombini, op. cit., p. 162.

(39) ved. Ad es. C.d.C. sez. III, 16.12.1998, n. 80/99, che la configura un presupposto affinché possa considerarsi il mezzo discrezionale della transazione una scelta "razionale".

(40) C.d.c., sez. I, 31.5.2002, n. 173/A in *Riv. C. Conti*, 2002, f.3, 89.

(41) C. d.c., sez. riun., 8.3.1997, n. 31/A in *Riv. C. Conti*, 1997, f. 4, 103.

(42) ed. In tal senso Rebecchi, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione nella prospettiva della responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. C. Conti*, 2002, f.6, p. 424

(43) Giampaolino, Prime osservazioni, cit., p. 3340.

(44) C.d.c., Sez. Riun. 10.3.1999, n. 4/A; Sez. Riun., 12.6.1998, n. 27/A; anche recentemente C.d.c., Sez. Abruzzo 14.1.05, n. 67.

(45) recentemente Cass., sez. un. 1.3.2006, n. 4511.

(46) Attanasio, op. cit., in www.amcorteconti.it, p. 7.

(47) Ristuccia, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei Conti nel bilancio di un decennio di riforme*, in *51° Convegno di studi amministrativi-Varenna 15-17 settembre 2005*, p. 5.

(48) Cass. Civ., Sez. Unite, 1.3.06, n. 4511.

(49) c.f.r. C.d.c., Sez. Giur. Calabria, 27.4.1006, n. 396, p. 4.

(50) c.f.r. C.d.c., Sez. Giur. Calabria, 27.4.2006, n. 396, p. 9.

(51) ved. anche recentemente Corte Cost. 6.7.2006, n. 267, nonché Corte Cost. n. 29/1995 e n. 470/1997.

(52) Ristuccia.