



COMUNE DI NAPOLI

Area Segreteria Generale

Servizio Supporto Giuridico agli Organi  
Assistenza alla Giunta e Affari istituzionali

Prot. Pg/2023/882520  
del 31/10/2023

Ai Responsabili di Area  
anche per l'inoltro ai Dirigenti dei  
Servizi

Ai Direttori di Municipalità

Alle Unità Organizzative Autonome

e p.c. Al Sindaco  
Al Vicesindaco  
Agli Assessori  
Al Capo di Gabinetto  
Al Direttore Generale

**Oggetto:** Transazioni, Convenzioni e Protocolli di Intesa. Aspetti relativi alla competenza in ordine all'adozione degli atti.

Il recente innesto di nuovo personale (dirigenziale e non) nell'organico dell'Ente costituisce l'occasione favorevole per fornire indicazioni volte a perseguire l'omogeneità, in tutti i settori dell'Amministrazione, nella predisposizione di provvedimenti deliberativi dal contenuto ricorrente, quali, ad esempio, quelli inerenti alle transazioni, alle convenzioni e ai protocolli di intesa. A tanto si provvede nell'esercizio delle funzioni di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa agli Organi sulla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti nonché delle "funzioni di analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale e relativa informazione agli Organi e agli uffici, anche attraverso l'emanazione di circolari esplicative o di indirizzi applicativi", attribuite allo scrivente Servizio.

Nei procedimenti complessi - suddivisi in una molteplicità di subprocedimenti che, in alcuni casi, vedono anche il coinvolgimento di più Organi ed uffici - il principio di separazione fra indirizzo politico e gestione non è sempre di agevole applicazione. Ne consegue che, di sovente, vengono redatte proposte deliberative di Giunta comunale dal contenuto non necessariamente e totalmente di competenza di tale Organo.

Si ricorda, in proposito, che alla Giunta è riservata la fase della ponderazione degli interessi coinvolti e dell'individuazione delle finalità da perseguire mentre alla dirigenza è affidata la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica.

Ciò premesso, appare utile soffermarsi, nei paragrafi sotto riportati, su strumenti giuridici - quali transazioni, convenzioni e protocolli di intesa - il cui utilizzo costituisce esercizio della potestà contrattuale della pubblica amministrazione, che appare *prima facie* riconducibile alla capacità gestionale della dirigenza ai sensi dell'art. 107, comma 3, lett. c) del TUEL, ma che richiede, in alcuni casi, il propedeutico espletamento della funzione di indirizzo da parte degli Organi politici.

## Transazioni

Per quanto attiene all'uso dello strumento della transazione, giova, preliminarmente, richiamare alcuni spunti propositivi desunti dalla normativa e dalle più recenti pronunce giurisprudenziali.

La scelta di ricorrere ad una transazione, ossia ad un contratto con cui le parti si fanno reciproche concessioni, prevenendo o rinunciando ad un contenzioso tra le stesse, deve essere supportata da una valutazione di congruità e convenienza in ordine al rapporto costo-benefici della soluzione transattiva proposta (dall'ente o dalla parte). Come tutte le scelte discrezionali, la volontà di addivenire ad una risoluzione transattiva 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 (del. 343/2021/PAR Sez. Reg. di controllo per l'Abruzzo).

La giurisprudenza contabile, tuttavia, a più riprese, ha evidenziato i requisiti essenziali degli atti transattivi.

Si richiama, in proposito, la delibera della Corte dei Conti – sezione regionale di controllo per la Puglia – n. 112/2021 – in cui si precisa che *“Affinché un accordo possa qualificarsi come atto di transazione” è necessario che dalla relativa scrittura risultino gli elementi essenziali del negozio, quali: i) la comune volontà delle parti di comporre una controversia in atto o prevista; ii) la res dubia, ossia la materia oggetto delle contrastanti pretese giuridiche delle parti; iii) il nuovo regolamento di interessi, che, mediante le reciproche concessioni, sostituisca quello precedente foriero della lite o del pericolo di lite.”*

Si ravvisa, pertanto, l'opportunità che la dirigenza, nella parte narrativa dei provvedimenti che esprimono la volontà di transigere, attesti la sussistenza delle tre condizioni sopra indicate. Tanto si suggerisce in quanto, come rappresentato nella deliberazione citata, che a sua volta si richiama all'orientamento della giurisprudenza contabile, *“il ricorso alla transazione, in sostituzione del riconoscimento del debito fuori bilancio, può assumere carattere elusivo e rappresentare un comodo espediente per evitare la pronuncia sulla fattispecie da parte dell'organo consiliare e la trasmissione degli atti alla Procura contabile, come previsto dall'art. 23, comma 5, della legge n. 289/2002 [...], norma quest'ultima dotata di un sicuro effetto deterrente”*.

Merita, altresì, una riflessione il ricorso alla transazione nella fase di esecuzione dei contratti pubblici. Al riguardo, l'art. 212 del D.Lgs. 36/2023, non innovando rispetto al previgente codice dei contratti, riserva alle transazioni per le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, un ruolo residuale, ammettendolo *“solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale”*. Come evidenziato, infatti, dal Consiglio di Stato nella relazione allo schema del nuovo codice dei contratti, il comma 1 del citato art. 212 *“enuncia un criterio di residualità e sussidiarietà della transazione nell'ambito dell'esecuzione dei contratti pubblici, che, invero, può essere utilizzata soltanto qualora non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale; seppur residuale, la transazione ha una sfera di applicazione che copre espressamente la fase esecutiva di tutti i contratti pubblici (sia di lavori, sia di servizi, sia di forniture); è rimarcata la necessità del rispetto della disciplina recata dal codice civile”*.

Si suggerisce, pertanto, alla dirigenza di dichiarare, nella parte narrativa degli atti in materia di transazione, l'avvenuto esperimento degli altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale previsti dal Codice.

L'orientamento giurisprudenziale si è consolidato nel ritenere che l'approvazione dello schema transattivo sia riconducibile di regola alla competenza dirigenziale, potendo la stessa rientrare nell'ambito di attribuzione della Giunta o del Consiglio solo in situazioni particolari e cioè qualora la transazione involga atti di disposizione che implicano valutazioni che vanno oltre la mera gestione. In tali ipotesi la competenza spetta alla Giunta comunale, ai sensi dell'art. 48 del TUEL, sempre che non rientri nelle materie attribuite al Consiglio comunale, come elencate all'art. 42 del medesimo TUEL (quali ad esempio acquisti e alienazioni immobiliari, spese che impegnino i bilanci per gli esercizi successivi, ecc.).

La Giunta Comunale e il Consiglio Comunale, nelle ipotesi sopra evidenziate, sono chiamati ad esprimere esclusivamente la volontà di transigere indicando in delibera gli aspetti salienti che l'accordo transattivo dovrà contemplare, di cui la dirigenza dovrà tenere conto nella redazione dello stesso. Per poter affermare la sussistenza dell'interesse e del fine pubblico della soluzione transattiva è necessaria una valutazione sulla congruità e convenienza e, quindi, del rapporto costo-benefici; *“tale valutazione non può che competere alla dirigenza del Servizio proponente, depositaria degli elementi di interesse ai fini delle determinazioni conclusive”* (Corte dei Conti – Sezione Liguria - deliberazione 5/2014).

L'atto di transazione, la sottoscrizione e gli adempimenti successivi sono demandati, dunque, al dirigente in quanto rientranti nelle competenze gestionali di quest'ultimo; per gli Enti territoriali non è previsto un particolare iter procedimentale, ma, nel caso in cui 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 del R.D. n. 2440/1923 (legge di contabilità generale) (Corte dei Conti - Sezione Regione di Controllo per l'Umbria deliberazione n. 123/2015/PAR). Al riguardo, si segnala che il Regolamento dell'Avvocatura comunale approvato con deliberazione di Giunta comunale n. 295/2022 prevede, all'art. 4, comma 5, che *“Nel caso in cui, nell'ambito di controversie pendenti, siano avanzate proposte transattive che il Dirigente dell'ufficio competente nella materia oggetto della lite ritenga convenienti per l'Ente, l'avvocato incaricato del contenzioso rende il proprio parere sull'atto di transazione ai fini della definitiva decisione da assumersi da parte dell'organo competente”*.

Si ricorda, infine, che le transazioni, ai sensi dell'art. 212, comma 2 del D. Lgs. 36/2023 devono essere, necessariamente corredate del parere dell'Avvocatura nel caso in cui il *“valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero a 200.000 euro in caso di lavori pubblici”*.

## Convenzioni

In relazione alle convenzioni occorre preliminarmente operare alcuni distinguo in quanto, spesso, con tale nome si intende fare riferimento ad istituti normativi diversi tra loro.

*In primis* occorre fare cenno alla **convenzione disciplinata dall'art. 30 del TUEL**, mediante la quale gli enti locali possono svolgere, in modo coordinato ed anche attraverso la costituzione di uffici comuni, specifiche funzioni o servizi. La competenza ad esprimere la volontà di ricorrere a tale forma associativa è demandata, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lettera c) del TUEL, al Consiglio comunale che, in tale sede, approva altresì lo schema di convenzione che si intende sottoscrivere, il cui contenuto obbligatorio è definito nel comma 2 dell'art. 30 (fini, durata, forme di consultazione degli enti contraenti, rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie).

L'evoluzione della legislazione amministrativa e la prassi hanno manifestato negli ultimi anni un ricorso all'istituto della convenzione molto ampio e certamente diverso - per forme,

contenuti e finalità - dall'istituto di cui al citato art. 30. Si analizzano brevemente, di seguito, alcune tipologie ricorrenti.

Il *nomen iuris* "convenzione" è, talvolta, utilizzato per far riferimento a quelli che, più propriamente, sono gli **accordi di collaborazione ex art. 15 della legge 241/1990** stipulati tra pubbliche amministrazioni per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune e finalizzate, ad esempio, ad attuare specifici progetti o programmi di interesse di enti ed organismi diversi per livello e/o per competenze (Ministeri, Regioni, Comuni, Città Metropolitana, ASL, ecc.) L'art. 15 si limita a contemplarne la possibilità, ma non ne detta una specifica disciplina; pertanto, ove non diversamente previsto ed in quanto compatibili, trovano applicazione i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

L'espressione della volontà di stipulare un accordo con altre pubbliche amministrazioni costituisce esercizio di discrezionalità politica e, quindi, la competenza ad approvarne lo schema - in coerenza con la programmazione dell'Ente - risiede nella Giunta comunale.

Il ricorso a tale istituto non può essere elusivo delle norme in materia di contratti pubblici, pertanto, il nuovo codice dei contratti vi dedica attenzione fissando i parametri in base ai quali tali accordi non sono soggetti al D. Lgs. 36/2023, stabilendo all'art. 7, comma 4, che "*La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni: a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.*". La dirigenza è, pertanto, chiamata ad attestare il rispetto di tali condizioni nella parte narrativa delle proposte di deliberazione di approvazione di accordi con altre pubbliche amministrazioni.

Nell'ottica di "*favorire una migliore qualità dei servizi prestati*" ed al fine di "*fornire consulenze o servizi aggiuntivi*", possono essere stipulati **accordi di collaborazione e convenzioni ai sensi dell'art. 119 del TUEL**. In caso di accordi stipulati con soggetti privati, compete alla Giunta, nel rispetto del principio di separazione fra indirizzo politico e gestione, valutarne la necessità o l'opportunità in coerenza con la programmazione dell'Ente. A tal fine l'Organo esecutivo, con proprio atto deliberativo e nell'esercizio del potere discrezionale e di indirizzo ad esso attribuito, indica le finalità, i programmi o le attività da gestire in sinergia con i soggetti privati ed i principali impegni tra le parti. Resta, invece, demandata alla dirigenza l'approvazione dell'articolato dell'accordo, riportante nel dettaglio le specifiche attività da porre in essere per il perseguimento delle finalità indicate nella deliberazione di Giunta propedeutica, nonché la sottoscrizione dell'accordo stesso.

Meritano, infine, una riflessione gli **schemi di convenzione con i soggetti privati proponenti di piani urbanistici attuativi**. Come chiarito dal Consiglio di Stato - Sez. IV - con sentenza n. 4/2017, "*il piano di lottizzazione (o altro strumento di pianificazione attuativa) e lo schema di convenzione ad esso allegato costituiscono atti distinti ma giuridicamente connessi, la cui approvazione non può che avvenire contestualmente [...] la convenzione propriamente detta (cioè il contratto ad oggetto pubblico successivamente stipulato) costituisce certamente . . . un atto negoziale autonomo (nel senso di essere giuridicamente distinto dal provvedimento - atto unilaterale di approvazione), la cui sottoscrizione deve essere effettuata dal dirigente del Comune, ex art. 107, co. 3, lett. c) T.U. enti locali*".

Compete, pertanto, alla Giunta, in sede di adozione/approvazione dei piani urbanistici attuativi ex art. 10 del Regolamento regionale 5/2011, approvare i relativi schemi di convenzione, che saranno poi sottoscritti dalla dirigenza competente.

## **Protocolli di intesa**

Con riferimento ai Protocolli d'Intesa, in più occasioni è stato affermato da questa Amministrazione che gli stessi *“hanno natura prevalentemente di indirizzo politico-amministrativo essendo finalizzati ad orientare le successive azioni strategiche su obiettivi condivisi delle parti che corrispondono ad interessi comuni. Il protocollo d'intesa è un accordo bi- o plurilaterale che esprime piuttosto che un vincolo contrattuale una semplice dichiarazione di intenti limitata alla sola manifestazione di volontà di assumere impegni futuri indicando una linea di azione comune e condivisa [...] Il protocollo d'intesa non avendo valore attuativo rimanda alla stipula di apposite convenzioni la programmazione e l'esecuzione delle specifiche attività che dovranno svolgersi congiuntamente durante il periodo di validità del protocollo stesso”* (da ultimo circolare del Capo di Gabinetto PG 306419 20/04/2022). Il Protocollo sarà sottoposto alla Giunta per l'approvazione e l'autorizzazione alla sottoscrizione, una volta espletati i passaggi presso l'Ufficio del Gabinetto del Sindaco ai fini del rilascio del parere di coerenza del protocollo con il programma di mandato del Sindaco e con gli obiettivi strategici fissati dall'Amministrazione. Tale parere andrà espresso anche per gli accordi ex articolo 15 della legge 241/1990, sopra evidenziati.

Talvolta sono sottoposti all'attenzione della Giunta Protocolli d'intesa già sottoscritti senza il previo passaggio in Giunta Comunale. Tale evenienza deve ritenersi assolutamente eccezionale in quanto, evidentemente, determinata da circostanze di urgenza che non consentono la previa espressione dell'indirizzo politico da parte dell'Organo esecutivo con correlata dichiarazione di intenti. Al ricorrere di una siffatta ipotesi, tali circostanze dovranno essere esplicitate nella parte narrativa dell'atto deliberativo della Giunta, che potrebbe limitarsi ad esprimere la condivisione dei contenuti del Protocollo e non a prenderne meramente atto.

Il dirigente  
*Maria Aprea*

*La sottoscrizione, in formato digitale, è stata apposta sul presente atto ai sensi dell'art. 24 del D. Lgs. 7/03/2005, n. 82 e s.m.i. (CAD).*

*Istruttoria a cura di: Diego Giannino - Funzionario  
Stefania Messina – Funzionario  
Simona Lombardi - Funzionario*