

# **Trasparenza amministrativa e devianza finanziaria negli enti locali**

di Salvatore Pilato

**Indice : 1. Trasparenza ed efficienza amministrativa . La diversa tipologia dei fenomeni devianti. La cornice delle questioni. 2. Il contrasto normativo della devianza finanziaria . 3. Il controllo <formale> dei procedimenti di spesa pubblica . I debiti fuori bilancio , il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie della p.a. , la riforma delle espropriazioni, il sistema degli acquisti centralizzati . 4. Il sistema delle responsabilità pubbliche. Il concorso di azioni a tutela della legalità finanziaria . La legge 27 marzo 2001 n.97. 5. I punti critici dei controlli d'integrazione. I fenomeni di <mismanagement> . 6. La legislazione degli enti locali ed i fenomeni reali d'amministrazione . L'auto-regolazione statutaria . Gli incarichi fiduciari . 7. Il duopolio nel mercato illecito dei pubblici appalti . L'impresa pubblica e gli affidamenti <in house> . Il cono d'ombra nei procedimenti decisionali e la responsabilità amministrativa da reato . 8. Conclusioni**

## **1. Trasparenza ed efficienza amministrativa . La diversa tipologia dei fenomeni devianti. La cornice delle questioni .**

Il tema della trasparenza amministrativa contraddistingue ,negli anni '90, le analisi giuridiche dei procedimenti decisionali della pubblica amministrazione

Il termine trasparenza ,in tali analisi giuridiche, è spesso usato come sinonimo di pubblicità , ma le opinioni più autorevoli tendono a conferire alla trasparenza un significato più ampio che supera i confini del contrasto e della tensione tra l'esigenza di pubblicità e di conoscibilità dell'azione amministrativa , e la necessità di tutelare i contrapposti valori della riservatezza e della segretezza .

In tale modo , la trasparenza assume i connotati del termine di sintesi dei valori della coerenza , dell'equità , della linearità e della immediatezza dell'azione amministrativa , ed al suo opposto si collocano i valori contrari dell'occultamento degli interessi reali , dello sviamento dell'attività , e del perseguimento di scopi non coincidenti con il fine pubblico .

La trasparenza è dunque configurata quale risultato essenziale e fondamentale al quale deve tendere l'azione amministrativa, ed anche come <modo di essere della pubblica amministrazione> al quale concorrono una pluralità di strumenti, tutti recepiti nella legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990 n. 241.

Pertanto, la trasparenza può intendersi come condizione di <status> della pubblica amministrazione, e come garanzia ottimale del risultato finale dell'azione amministrativa, ma è ovvio che i fattori di attuazione e di invero dei suoi lineamenti giuridici dipendono non solo dalla qualità della normazione, ma anche e soprattutto dalla qualità delle scelte amministrative di auto-organizzazione dei moduli procedurali.

L'ammodernamento e l'innovazione delle regole organizzative della pubblica amministrazione, attraverso la progressiva introduzione dei fenomeni di semplificazione e di de-legificazione dell'attività amministrativa, ed attraverso l'espansione dei fenomeni di privatizzazione delle forme soggettive di esercizio dei servizi pubblici, sembrano collocare in un ruolo sotto-ordinato e di secondo piano i valori della trasparenza, che potrebbero divenire recessivi rispetto ai principi dell'efficienza d'amministrazione.

Ma in realtà tale conclusione è contraddetta dalla esigenza di contrasto della devianza finanziaria, la quale impone la revisione del rapporto tra trasparenza amministrativa ed efficienza d'amministrazione, al fine di rinvenire delle soluzioni di equilibrio fondate sulla pari ordinazione dei due valori, piuttosto che sulla prevalenza del secondo termine (efficienza) sul primo (trasparenza).

La devianza finanziaria è il principale fattore di blocco dei processi di crescita reale delle organizzazioni pubbliche, ed in una logica di massima semplificazione può essere esaminata secondo criteri cognitivi e di classificazione che consentono la rappresentazione di due sotto-fenomeni logicamente diversi tra di loro, ma empiricamente collegati e compenetrati con relazioni reciproche.

La prima fenomenologia deviante è contraddistinta dalla inidoneità strutturale e/o funzionale della pubblica amministrazione a conformarsi alle regole fondamentali del modulo d'azione prescelto, o normativamente imposto, con la conseguente elevazione del rischio di diseconomicità d'amministrazione discendente dalle connesse responsabilità patrimoniali del soggetto pubblico agente nei confronti

del terzo (contraente , avente causa , avente diritto , utente del servizio, destinatario della funzione) .

La seconda fenomenologia altrettanto diffusa ma più insidiosa non solo per l'economicità ma soprattutto per l'efficienza amministrativa , è connotata dall'inquinamento dei processi decisionali dell'amministrazione con tecniche e metodi di comportamento eterogenei , i quali trovano il minimo comune denominatore nella ricerca di margini di illecito profitto in danno del bilancio pubblico .

I comportamenti annoverabili nella seconda fenomenologia presentano degli elevati coefficienti di difficoltà nell'accertamento giurisdizionale , perché la contaminazione delle decisioni amministrative avviene nel pieno rispetto formale delle regole contabili ed amministrative , oppure con la sistematica infrazione delle regole fondamentali d'azione , ma con la garanzia della copertura -dolosamente preordinata , o colposamente agevolata- dal carente funzionamento dei sistemi di controllo interno .

Le pregresse classificazioni ricognitive dei fenomeni di devianza finanziaria negli enti territoriali , rinvengono il loro naturale retroterra concettuale nelle oramai consolidate analisi dei fatti di mala-amministrazione , le quali evidenziavano la concorrenza di cinque fondamentali fattori causali, individuati : nell'ampliamento dei compiti e delle risorse delle amministrazioni locali senza un adeguato rafforzamento delle strutture organizzative, nella compenetrazione tra politica ed amministrazione, nella carenza di corpi professionali intranei alla pubblica amministrazione , nella presenza di controlli di legalità formale inficiati da processi di codecisione tra controllore e controllato .

Gli effetti devianti della mala-amministrazione sono stati indicati nella distorsione del pubblico interesse , nella sfiducia verso i pubblici poteri percepiti come strumenti di parte , nella sistematica violazione del principio di uguaglianza .

I rimedi praticabili sono stati indicati nel contrasto dei fenomeni di assorbimento del ruolo burocratico in quello politico al fine della eliminazione dell'effetto negativo insito nella soppressione di un contropotere , nell'ampliamento degli strumenti di contrasto oltre i mezzi fondati sulla tutela penale , nella <disintermediazione> dei poteri pubblici con semplificazione ed esenzione da <corvèes> , nei controlli di risultato e di qualità .

## **2. Il contrasto normativo della devianza finanziaria .**

Le recenti tendenze normative di contrasto dei fenomeni di devianza finanziaria propongono una pluralità di scelte eterogenee, non accomunabili tra loro , talune delle quali -se confrontate con metodo comparativo- collocano in evidenza il profilo della ricerca di un'equilibrio che assicuri all'interno dell'impianto giuridico la combinazione tra finalità preventive e finalità repressive .

Dalla disamina delle normative vigenti in materia di contratti della pubblica amministrazione emerge la tendenza al rafforzamento della rilevanza del formalismo giuridico nel procedimento contrattuale , garantito da sanzioni di nullità negoziale .

Il ritorno a strumenti di controllo <formale> della spesa contrattuale si ricongiunge a normazioni di aggravamento delle conseguenze patrimoniali dell'inadempimento , o del ritardo di adempimento delle obbligazioni pecuniarie gravanti sulla p.a.

Parallelamente emergono normative che si muovono nella logica del collegamento tra i sistemi di responsabilità inerenti l'agire della pubblica amministrazione al fine di agevolare l'integrazione tra i giudizi sui comportamenti devianti , pur nella salvaguardia dell'autonomia dei singoli processi .

Concorrono a completare i mezzi di contrasto della devianza finanziaria , le discipline che conformano i sistemi di controllo nei confronti della pubblica amministrazione , i quali -nelle recenti scelte legislative- sono ancora più orientati verso finalità di autocorrezione e di collaborazione con la direzione politica e con la direzione amministrativa .

Il sistema di contrasto della devianza finanziaria comprende anche tipi di normazione che , -sia pure in forma embrionale ed episodica-, utilizzano regimi vincolistici rafforzati da sanzioni patrimoniali <sup>1</sup>, e da effetti interdittivi <sup>2</sup>sull'esercizio dell'attività d'amministrazione .

---

<sup>1</sup> Alla concezione etica e sanzionatoria della responsabilità amministrativa , concorre la norma di cui all'art.30, comma 15, della legge finanziaria 2003 (n.289 del 2002), la quale prevede che qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli e le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione.

<sup>2</sup> Per la comminatoria di misure interdittive dall'esercizio dei poteri di gestione v. ora art. 248 co. 5 T.U enti locali , approvato con decreto legislativo 267/2000 .

Emerge inoltre la maggiore rilevanza da conferire alle discipline giuridiche che prevedono obblighi di informazione interni ed esterni alla pubblica amministrazione , ed obblighi di denuncia di fatti di gestione vietati dall'ordinamento , o sindacabili per la diseconomicità o l'inefficienza delle scelte .

### **3. Il controllo <formale> dei procedimenti di spesa pubblica . I debiti fuori bilancio , il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie della p.a. , la riforma delle espropriazioni, il sistema degli acquisti centralizzati .**

La prima disciplina di ritorno al controllo <formale> del procedimento di spesa nell'ordinamento degli enti locali , quale strumento di prevenzione della devianza finanziaria, è stata adottata nella materia del debito fuori bilancio .

Le patologie dei procedimenti di spesa , costituiscono per la contabilità pubblica il punto di convergenza di una congerie di profili nell'ambito dei quali è continuamente aperto il dibattito per discriminare i comportamenti fisiologici dalle prassi patologiche che contaminano la legittimità dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

L'analisi delle singole tematiche connesse alla materia del debito fuori bilancio presuppone la formazione di opinioni unanimi circa la natura , la rilevanza e l'efficacia delle norme di contabilità pubblica nella parte in cui prescrivono regole formali sul procedimento di ordinazione della spesa, contraddistinto dalla preventiva autorizzazione dell'impegno contabile quale condizione indefettibile per il pagamento della obbligazione pecuniaria gravante sulla pubblica amministrazione

Ciò che comunque , appare evidente nella disciplina normativa è l'adozione di una scelta sanzionatoria avverso l'irregolare ordinazione della spesa , dalla quale discende la responsabilità patrimoniale diretta dell'amministratore o funzionario che agisce in violazione delle regole procedurali .

La previsione della responsabilità patrimoniale diretta gravante sul soggetto irregolarmente ordinante la spesa , costituisce deroga alla disciplina generale della rappresentanza senza potere <sup>3</sup>, e rinviene

---

<sup>3</sup> v. art. 1398 cod.civ.

un'ammortizzatore giuridico nella limitazione alla parte non riconoscibile del rapporto obbligatorio<sup>4</sup>.

Altra disciplina di contrasto della devianza finanziaria è data dalla recente normazione in materia di ritardo dei pagamenti commerciali .

Il decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231 , recante norme di attuazione della direttiva 200/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali , interviene sulla disciplina dei pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo negoziale con effetti innovativi del diritto delle obbligazioni e dei contratti .

L'analisi dell'impatto normativo è resa complessa dalla difficoltà di assimilare od omologare la pubblica amministrazione ,sotto il profilo dinamico , alle logiche che presiedono i comportamenti della grande , media e piccola impresa , anche se -soprattutto nei fenomeni patologici e di devianza finanziaria- emerge qualche affinità e similitudine .

Nella definizione dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione del decreto legislativo n.231/2002 (di trasposizione della direttiva sui ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali) , è comunque indubbio la vigenza della normativa in questione anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni

Infatti , la lettera dell'art. 2 del decreto legislativo n. 231 citato , oltre ad inglobare i tradizionali soggetti pubblici –Stato , Regioni , province autonome , enti territoriali , enti pubblici non economici , aziende sanitarie- , richiama espressamente la nozione di organismo di diritto pubblico , così come stratificata alla luce della normativa comunitaria.

Quanto all'impatto del decreto legislativo n. 231/2002 sui ritardati pagamenti della pubblica amministrazione , le prime opinioni interpretative confermano che la finalità della direttiva , -consistente in linea principale nella deterrenza predisposta contro le violazioni contrattuali finanziariamente attraenti per i debitori a causa dei bassi livelli dei tassi gli interessi di mora-, è pienamente estensibile nei confronti della pubblica amministrazione , anche se l'applicazione della disciplina sull'inadempimento , sarebbe da temperare in relazione alle particolari procedure contabili che governano l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie pubbliche<sup>5</sup> .

---

<sup>4</sup> v. artt. 191-194 T.U. Enti Locali

<sup>5</sup> v. R. Conti e V. Di Marzo , "I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il decreto legislativo n. 231/2002" Ed. Cedam pag. 157 segg.

Sul punto del temperamento tra la disciplina di matrice comunitaria e le procedure contabili propedeutiche all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, è significativo l'orientamento del giudice amministrativo, il quale ha ritenuto la non derogabilità delle norme sui termini di pagamento e sugli interessi per ritardato pagamento, per effetto di clausole unilateralmente predisposte dalla pubblica amministrazione ed inserite nel bando di gara<sup>6</sup>.

La formazione unilaterale del contratto, secondo la procedura ad evidenza pubblica indetta dalla pubblica amministrazione, impedisce la manifestazione dell'autonomia privata, alla quale è affidata in forma esclusiva la possibilità di derogare alla disciplina legale contenuta nel decreto legislativo n. 231/2002<sup>7</sup>.

Quanto alla definizione dei limiti oggettivi di applicazione del decreto legislativo alla pubblica amministrazione, appare difficile la estensione al contratto di appalto di opere pubbliche, poiché il legislatore delegato ha indicato soltanto i contratti comunque denominati "tra imprese, ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano in via esclusiva o prevalente la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo. La normativa potrebbe, dunque, trovare applicazione solo per la fattispecie dei contratti di appalto cd. a regime misto (lavori-forniture-servizi), laddove la fornitura di merci e/o le prestazioni di servizio superino il valore del 50% dell'importo contrattuale<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> In particolare il Tar Piemonte, sul presupposto della inderogabilità, salvo il limite del diverso accordo tra le parti, delle prescrizioni normative contenute negli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n.231/2002, in materia di termini per il pagamento e di interessi per il ritardato pagamento, ha disconosciuto all'amministrazione la possibilità di derogare i parametri normativi con decisione unilaterale. Ciò perché "affinché possa parlarsi di accordo tra le parti è necessario che la formazione della volontà contrattuale sia libera per entrambi contraenti, cosa che non può evidentemente ritenersi quando la clausola in parola, oltre che essere unilateralmente predisposta da una delle parti venga imposta all'altra come condizione per addivenire alla stipula". V. Tar Piemonte Sez. Torino 31 gennaio 2004 n.126, e 14 febbraio 2004 n.250.

<sup>7</sup> Così R. Conti e V. Di Marzo, "I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il decreto legislativo n. 231/2002" Ed. Cedam pag. 144.

<sup>8</sup> Per la esclusione del settore gli appalti di lavori pubblici dall'applicazione della direttiva n. 35/2000 Ce, si è espressa l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con determinazione n.5 del 27 marzo 2002. Contra Caringella F. "La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali" in *Urbanistica ed Appalti*, 2003 pag. 150, secondo il quale "la ratio della normativa comunitaria, intesa a debellare la prassi dei ritardi costituenti opzione economicamente appetibile, è difficilmente sincronizzabile con l'esclusione del settore gli appalti, specie pubblici, di lavori, laddove non sono detta esigenza ricorre, ma si presenta particolarmente rafforzata alla luce della rilevanza economica delle ingenti commesse, e della riluttanza dei soggetti pubblici verso il sollecito adempimento degli obblighi contrattuali".

Anche la tendenziale scomparsa dell'accessione invertita nel procedimento d'espropriazione, assume, -parimenti-, i connotati della misura di contrasto di comportamenti di devianza finanziaria,

La dilatazione dei fenomeni ablativi definiti con l'espropriazione <de facto> ha rappresentato, infatti, un sistema deviante dalle regole della espropriazione <de iure>, con aggravio di spesa per la p.a. astretta all'obbligazione risarcitoria da illecito acquiliano, in sostituzione dell'obbligo ex lege di pagamento dell'indennità di esproprio.

La soppressione dell'accessione invertita, -istituto di formazione pretoria-, è conseguenza del mutamento d'opinione della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla ragionevolezza della figura espropriativa, in correlazione ai contenuti insiti nel principio di legalità.

Inoltre, le recenti normazioni di rilevanza finanziaria contengono un articolato complesso di sanzioni e di prescrizioni che inseriscono gli acquisti di beni e di servizi della pubblica amministrazione in un sistema <centralizzato> sulla preventiva verifica di economicità del parametro prezzo-qualità.

La economicità dello scambio contrattuale risulta affidata a ricerche di mercato recepite in convenzioni-quadro aventi efficacia di programma vincolante sui comportamenti delle pubbliche amministrazioni.

Il sistema degli acquisti centralizzati, a parte i notevoli e numerosi problemi di ermeneutica giuridica collegati al mutamento del dettato legislativo nel breve lasso di tempo<sup>9</sup>, presenta un difficile impatto sui delicati equilibri di rapporto tra Stato ed autonomie locali, rivisitati alla luce della modifica del titolo V della costituzione.

Le discipline finanziarie in questione infatti perseguono espressamente finalità di trasparenza e di tutela della concorrenza -non riservate "nominatim" alla competenza legislativa statale-, ed operano un riferimento ai principi ed ai valori di equilibrio della finanza pubblica, e di contenimento della spesa<sup>10</sup>.

Nelle discipline in questione, laddove l'acquisto di beni e servizi non sia conforme alle modalità formali correlate al parametro prezzo-

---

<sup>9</sup> v. art. 24 legge 289/02 (acquisto di beni e di servizi) e succ. modif.

<sup>10</sup> Per una analitica disamina delle questioni normative ed interpretative connesse al sistema di gestione centralizzata della spesa contrattuale per gli acquisti di beni e di servizi, v. "Relazione sul progetto degli acquisti centralizzati e la conseguente gestione dei contratti della spesa nelle amministrazioni dello Stato, esercizi 2000-2003" "Deliberazione n. 26/2003/G Corte dei Conti - Sezione centrale di controllo - ufficio di controllo sulla gestione dei Ministeri economico-finanziari.

qualità , è talora comminata la sanzione della nullità del contratto difforme od irregolare stipulato dalla pubblica amministrazione , ed è altresì contemplata la responsabilità amministrativa per il danno erariale computato nella differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto .

#### **4. Il sistema delle responsabilità pubbliche. Il concorso di azioni a tutela della legalità finanziaria . La legge 27 marzo 2001 n.97 .**

Nell'ordinamento nazionale la progressiva articolazione dei fini realizzabili in un sistema incentrato su più modelli e tipi di responsabilità è espressa -per esemplificazione- dal lessico giuridico che individua la funzione etica , ripristinatoria , inibitoria , recuperatoria , risarcitoria , preventiva , afflittiva , sanzionatoria , compensativa, ed infine la funzione interdittiva .

Nella evoluzione normativa dei tipi di responsabilità , i lineamenti definatori dei concetti di danno , colpa , condotta antigiuridica , sanzione , pena , risarcimento , tendono a convergere verso la formazione di una cultura giuridica che accomuni i diversi tipi di responsabilità (civile , penale , amministrativa , disciplinare , dirigenziale ) .

La convergenza verso un minimo comune denominatore non impedisce a ciascun tipo di responsabilità di esprimere proprietà giuridiche dipendenti non solo dalle scelte specifiche del legislatore , ma anche dalle letture ed opinioni interpretative della dottrina e della giurisprudenza .

In particolare , la responsabilità civile si contraddistingue per il costante allargamento dell'area del danno risarcibile , i cui confini mobili si prestano a garantire la protezione di valori personali ed immateriali , solo indirettamente suscettivi di stima patrimoniale , in un quadro di principi finora dominato dall'intelligenza pretoria del giudice civile , il quale deve ora condividere o ripartire la materia con il giudice amministrativo .

La responsabilità penale , divenuta luogo abituale di conflitti d'opinione incentrati sulla natura e sui contenuti delle discipline d'incriminazione , pur contraendo le aree garantite dai divieti di condotta , ha perfezionato le funzioni di deterrenza attraverso metodi e tecniche di tutela che estendono l'imputabilità verso gli enti collettivi , e che predispongono un reticolo sanzionatorio sensibile alla finalità recuperatoria del danno da reato .

La responsabilità amministrativa , nella sua nuova conformazione normativa ed interpretativa , si presenta come modello dotato di centralità nella duplice funzione di protezione degli interessi finanziari della pubblica amministrazione , e di incentivo all'efficienza del decidere e dell'agire amministrativo <sup>11</sup>, in un sistema contraddistinto dalla co-intestazione alla Corte dei Conti delle attribuzioni di controllo separate <sup>12</sup>, ma parallele alle attribuzioni giurisdizionali .

Nella complessità di tale contesto , sopravvengono normative che rafforzano i collegamenti processuali tra i diversi tipi di responsabilità, costituendo impliciti rapporti non più di pregiudizialità ma di presupposizione , interdipendenza e complementarità reciproca .

Infatti , la legge 27 marzo 2001 n.97 (norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche) , è contrassegnata da specifiche finalità che risultano evidenziate con contenuti inequivocabili nei lavori preparatori del progetto di legge (atti Camera 2602 XIII legislatura).

Nella individuazione per criteri di sintesi dei punti problematici che risultano esaminati nel contesto dei lavori preparatori , emerge la enunciazione di <esigenze di moralizzazione della pubblica amministrazione , le quali impongono l'adozione di ogni più opportuna misura volta ad evitare che dipendenti nei confronti dei quali sia intervenuta sentenza penale di condanna passata in giudicato possano confidare in una sostanziale indulgenza per i fatti accertati sulla scorta di una difforme valutazione degli stessi in sede disciplinare> (= ricerca di una omogeneizzazione tra procedimento penale e procedimento disciplinare) .

Tale enunciazione è correlata alla parallela affermazione della necessità di scelte normative che si muovano verso <un sistema graduale di sanzioni e di effetti sul rapporto di impiego> , il quale

---

<sup>11</sup> Sul punto in esame la Corte Cost. (sent. n.371/98) ha affermato che nella nuova conformazione della responsabilità amministrativa discendente dalle leggi nn.19 e 20 del 1994 “la combinazione di elementi restitutori e di deterrenza risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato , e quanto a carico del dipendente , nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere , per dipendenti ed amministratori pubblici , la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo”.

<sup>12</sup> Sui principi di autonomia e di non interferenza tra le attribuzioni di controllo e le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei Conti , oltre alla sentenza della Corte Cost. n.29/95 , argomenti possono desumersi da Corte Cost. n.470/97 , Cass. Sez.Un. n.5762/99 e C.G.C.E. 26/11/99 causa C-192/98 .

esprima <anche misure di carattere patrimoniale volte a garantire la trasparenza amministrativa e la restituzione del maltolto> .

La enunciazione dei fini e le argomentazioni delle necessità sono completate dal riferimento al <riparo da vuoti legislativi che fino ad oggi hanno limitato anche la conclusione corretta dei processi per reati contro la pubblica amministrazione > .

Circoscrivendo ,quindi, i presupposti fondanti la <ratio legis> , emergono due ordini di considerazioni che possono essere adottati sulle innovazioni adottate nei rapporti tra procedimento penale e giudizio di responsabilità amministrativa .

Al primo ordine di considerazioni appartiene la presa d'atto della insufficienza del sistema penale a restituire eticità all'azione amministrativa , senza un preventivo rafforzamento delle regole d'interazione con il giudizio disciplinare e con le tecniche processuali dirette a garantire il recupero delle conseguenze patrimoniali della condotta illecita .

Il secondo ordine di considerazioni comprende il rafforzamento delle garanzie di legalità del sistema mediante misure e sanzioni che afferiscano il responsabile dell'illecito , il suo status di servizio nei confronti della P.A. , ed il suo patrimonio , al fine di eliminare qualsiasi vantaggio personale ed economico conseguito con il reato , senza però travalicare il limite della proporzionalità tra azione vietata e reazione consentita .

## **5. I punti critici dei controlli d'integrazione. I fenomeni di <mismanagement> .**

La diffusione generalizzata dei moduli di controllo ,sotto il dominio del principio di atipicità <sup>13</sup>, è contrassegnata dalla transizione dai controlli di conformazione ai controlli d'integrazione .

In un contesto nel quale le pubbliche amministrazioni risultano affidatarie di obiettivi coordinati e comuni , la congruenza tra i comportamenti di gestione e la programmazione per obiettivi è affidata a un sistema di controlli “a natura *multipurpose* , che servono a rendere più conoscibile l'azione dei poteri , tra di loro e verso la collettività, e quindi più visibili le contraddizioni che vi sono tra loro”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> M.S. Giannini , “tutti i modelli di procedimenti sostanziali possibili sono utilizzati nei controlli” Diritto Amministrativo , Milano , Giuffrè , 1970 , p. 300

<sup>14</sup> S. Cassese “La trasformazione dell'organizzazione amministrativa” in Riv. Trim. Dir. Pubbl.1985

I controlli d'integrazione tendono a proporsi come “controlli di sistema” , ed implicano poteri di acquisizione , di elaborazione e di comparazione di dati, notizie ed informazioni circa l'andamento della gestione , al fine di preparare od indurre a decisioni a contenuto correttivo da parte della medesima amministrazione .

I controlli di integrazione avviano un processo di <aggiustamento> dell'attività amministrativa , ad effetti <indiretti> perché rimessi al processo decisionale del medesimo soggetto sottoposto a controllo.

L'esito normale del controllo di integrazione è dato anche dall'informazione all'opinione pubblica per il tramite delle assemblee rappresentative <sup>15</sup> , che ricevono <avviso> delle valutazioni afferenti la gestione <sup>16</sup> .

L'amministrazione per programmi e risultati , persegue il fine dell'integrazione correttiva con l'ausilio del sistema dei controlli interni .

Secondo la disciplina posta con il decreto legislativo n. 286/1999 , i principi organizzativi che ispirano lo svolgimento dei controlli interni, da considerare parte integrante l'amministrazione<sup>17</sup> , sono quattro: il primo risiede nella pertinenza delle strutture di controllo agli organi cui è strumentale la loro attività (principio di strumentalità) <sup>18</sup> ; il

---

<sup>15</sup> G.D'Auria “I controlli” in Trattato di diritto amministrativo a cura di S. Cassese, Giuffrè, 2000 .

<sup>16</sup> Il sistema dei controlli d'integrazione è completato dal momento della valutazione delle politiche pubbliche , nell'ambito del quale si distinguono tre livelli : il livello delle decisioni strategiche sul quadro generale del sistema socio-economico (livello “macro”) , il livello delle decisioni sulle diverse politiche pubbliche settoriali (livello “meso”) , il livello delle scelte riguardanti gli aspetti gestionali dell'azione amministrativa (livello “micro”). Così , mentre il controllo ,quanto all'oggetto, si occupa dei risultati dell'attività (output) , la valutazione cerca di cogliere gli effetti complessivamente determinati da quell'attività (outcome) nell'ambiente in cui essa si è svolta.

La valutazione delle politiche pubbliche si prospetta ,quindi, come una funzione complementare , od una evoluzione del controllo sui risultati della gestione , nel senso che essa completa e arricchisce la funzione di controllo attraverso l'approccio al complesso dell'attività amministrativa analizzata nel suo svolgersi in vista di un risultato omogeneo , e attraverso la interdisciplinarietà delle metodologie di analisi utilizzate . (I. Borrello , G. Salvemini “Il ruolo della valutazione delle politiche pubbliche nella riforma amministrativa” in Riv. Dir. Fin. 1999 , pag. 176 ss. ; G.D'Auria “I controlli” cit. )

<sup>17</sup> I consigli comunali e provinciali eleggono un collegio dei revisori , il quale collabora con la funzione di controllo e di indirizzo. Il collegio dei revisori esprime al Consiglio ed alla Giunta, rilievi e proposte tendenti a conseguire una migliore efficienza , produttività ed economicità della gestione. Al collegio dei revisori è affidato il duplice compito di collaborare con le assemblee elettive , in quanto organi di indirizzo e di controllo sulle giunte, e di sollecitare queste ultime a svolgere le azioni necessarie o utili a migliorare il rendimento della gestione .

<sup>18</sup> Così “il controllo strategico deve essere svolto da strutture collocate presso l'organo di indirizzo politico amministrativo , mentre il controllo di gestione dell'essere svolto da strutture dipendenti dagli organi amministrativi di vertice” . Così , G.D'Auria “I controlli” cit.pag.1273 .

secondo consiste nel principio che le strutture di controllo strategico svolgano anche l'attività di valutazione dei dirigenti , in quanto destinatari delle direttive dell'attività amministrativa (principio strategico-direzionale) ; il terzo principio è costituito dal divieto di affidare alle strutture di controllo di gestione le verifiche di regolarità amministrativa-contabile (principio di separazione) ; il quarto principio è consolidato nell'obbligo degli addetti al controllo strategico ed al controllo di gestione di riferire esclusivamente agli organi di vertice<sup>19</sup> , per i quali svolgono la loro attività strumentale , poiché solo gli organi addetti al controllo di regolarità-amministrativa contabile , hanno anche l'obbligo di denuncia alla Corte dei Conti dei danni di rilevanza erariale (principi di auto- ed etero-referenzialità)

Numerosi sono i punti critici nel rapporto tra i sistemi di controllo d'integrazione ed i fenomeni di <mismanagment><sup>20</sup> .

In primo luogo , i controlli di integrazione con finalità correttive e/o collaborative , si collocano in rapporto di accessività , nei confronti del complesso politica- amministrazione , e non sono in grado di incidere , né di collegarsi direttamente con le situazioni soggettive dei privati ; sono altresì privi di titolo per imporre l'adozione di una qualche misura all'organo che appartiene all'ordine di attribuzione competente per materia<sup>21</sup> . Difettano inoltre di effetti con rilevanza compulsiva nei confronti dell'autorità cui spetta di adottare la misura correttiva , sul fondamento della valutazione del controllo eseguito ,

---

<sup>19</sup> “Un tema che non sembra adeguatamente affrontato dal decreto legislativo n. 286/1999 è quello che riguarda <lo statuto> (le garanzie ed i poteri) degli addetti ai controlli interni , con particolare riguardo all'autonomia (quanto a modi di esercizio delle loro funzioni , a libertà da condizionamenti nell'espressione dei loro giudizi, alla certezza che lo svolgimento dei compiti di controllo interno non determini intoppi di carriera) nei riguardi dell'amministrazione in cui svolgono la loro attività. Le esperienze di controllo interno , successive al decreto legislativo n. 29/1993 hanno reso evidente, invero, che l'indipendenza dei controllori è condizione essenziale per il migliore svolgimento dei compiti loro affidati , fermo restando che a questo tipo di controlli non si addicono le caratteristiche di terzietà (l'organo di controllo essendo intrinseco all'amministrazione e compartecipe dei suoi interessi) , nè caratteristiche di neutralità (avendo come obiettivo la massimizzazione dell'interesse che le norme ed programmi assegnano all'amministrazione)” . Così , G.D'Auria “I controlli” cit.pag.1277 .

<sup>20</sup> Per <mismanagment> si intendono i fenomeni di <errore sistematico> nella gestione operativa , sia che dipendano da vizi della programmazione finanziaria , sia che dipendano da vizi nell'attuazione della programmazione . v. G.Cogliandro “Il ruolo della Corte dei Conti nella lotta alla corruzione ed alla cattiva gestione finanziaria” in <Globalizzazione e nuove sfide della finanza pubblica> Collana di studi di diritto pubblico dell'economia – Riv. Corte dei Conti – Roma 2004 .

<sup>21</sup> “Si pongono non lievi problemi di <effettività> determinanti essenzialmente dalla mancanza nel sistema italiano di una istituzionale attenzione per gli esiti dell'attività di controllo contenuti nelle relazioni (rapporti,referti)” . Così , G.D'Auria “I controlli” cit.pag.1267.

ferma restando la discrezionalità nella scelta dei provvedimenti consequenziali .

In secondo luogo , i controlli d'integrazione tendono ad essere controlli di sistema<sup>22</sup> sulla coerenza del complesso d'amministrazione rispetto agli equilibri di finanza pubblica , e pertanto difettano di moduli flessibili per coniugare il livello macro-economico , con la dimensione micro-economica afferente singoli e specifici complessi di attività .

In terzo ed ultimo luogo , nei controlli di sistema sussiste il rischio dell'auto-referenzialità<sup>23</sup>. Infatti, la circolarità tra indirizzo politico-finanziario e gestione amministrativa -da un lato- , e tra controlli interni e controlli esterni -dall'altro lato- , trova la <sanzione politica> nella relazione tra elettori ed eletti , non sussistendo tecniche e strumenti sufficienti affinché le relazioni degli organi di controllo formino oggetto di esame da parte delle assemblee elettive e questi valutino le possibili misure da adottare .

In tale ampia cornice ,alquanto problematica, si inserisce la legge n.131/2003 (c.d. legge La Loggia) , che contiene profili confermativi ed innovativi dei lineamenti delle funzioni delle Sezioni Regionali di controllo della Corte dei Conti per il coordinamento della finanza pubblica e la verifica degli equilibri finanziari nel patto di stabilità interno (art. 7) , con previsione di funzioni consultive in materia di contabilità pubblica .

## **6. La legislazione degli enti locali ed i fenomeni reali d'amministrazione . L'auto-regolazione statutaria . Gli incarichi fiduciari .**

Il testo unico degli enti locali approvato con il decreto legislativo n.267/2000 , si colloca nel complesso e contrastato processo di riforma costituzionale e di rinnovamento istituzionale che pone al centro del sistema amministrativo il regime autonomistico degli enti locali (in particolare Province e Comuni) , il quale viene ridisegnato in un più ampio contesto impropriamente detto federalista, al cui interno

---

<sup>22</sup> "I controlli di sistema sono quelli che hanno ad oggetto i comportamenti di una molteplicità dei soggetti istituzionali spesso dotati di autonomia politica (regione) , o politico-amministrativa (enti locali) ed hanno lo scopo di orientare questi soggetti al conseguimento di obiettivi nei quali si riflette l'unità del sistema" Così , G.D'Auria "I controlli" cit.pag.1337.

<sup>23</sup> Per il presunto inconveniente della sovrapposizione-commistione tra funzioni di controllo e funzioni giurisdizionali v. Corte Cost. n. 29/95 . Per considerazioni critiche , v. G.D'Auria "I controlli" cit.pag.1284 .

i rapporti di competenza sono retti dal fondamentale principio di sussidiarietà .

La legge costituzionale n. 3/01 costituisce ,a sua volta, il punto di approdo del movimento di riforma , i cui tratti dai confini mobili sono estrapolabili dalla legislazione sugli enti locali del 1990 e del 1999 e dalla legislazione Bassanini (leggi nn. 59/97 , 127/ 97, 191/98 , n. 50/99) , le quali -dopo il fallimento della commissione bicamerale di revisione della costituzione- si erano mosse sulla falsariga dell'inveramento giuridico di un sistema di <federalismo a costituzione invariata> .

I punti-forza che fondano la evoluzione della legislazione sugli enti locali al fine di garantire la maggiore efficienza dell'organizzazione amministrativa consistono nel rafforzamento della auto-regolazione statutaria , nella separazione tra direzione politica e direzione amministrativa con puntuali scelte normative sul conferimento degli incarichi dirigenziali , nella esternalizzazione dei servizi pubblici da gestire nelle nuove forme soggettive dell'impresa pubblica .

Ciascuno di tali profili di evoluzione normativa può trasformarsi in fattore <di rischio> e <di favore> verso fenomeni di devianza finanziaria .

Ed infatti , se con la capacità di auto-regolazione statutaria l'ordinamento generale rimette alla stessa pubblica amministrazione la determinazione dei modi , delle forme e dei tempi dei singoli procedimenti decisionali attraverso i quali esercitare le competenze attribuite dalla normazione primaria , i recenti fenomeni d'infiltrazione criminale dimostrano che l'auto-determinazione procedimentale può essere in sé fonte di accordi illeciti ad esecuzione semplificata dalla preventiva intesa collusiva sui contenuti dell'attività amministrativa .

Le fonti di autoregolazione ricevono fondamentale riconoscimento dagli articoli 6 e 7 della legislazione sugli enti locali (decreto legislativo 18 agosto 2000 n.267 – testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) contengono la riserva di statuto (art.6) , e la riserva di regolamento in materia di organizzazione dell'ente , e di organizzazione e funzionamento degli uffici indici <sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Le norme statali appongono <limiti inderogabili> all'autonomia degli enti , poiché sono applicabili fino a quando non siano sostituite da quelle degli statuti e dei regolamenti ai quali appartiene la competenza di definire -nell'ambito dei principi generali- i rapporti di controllo tra consiglio e giunta , tra giunta e direttore generale , tra direttore generale e segretario provinciale o comunale. La disciplina generale dei controlli interni (decreto legislativo 386/1999) non si applica

Il fenomeno è indice della capacità di auto-regolazione che l'ordinamento generale rimette alla stessa pubblica amministrazione affinché la stessa determini i modi , le forme ed i tempi del procedimento decisionale attraverso il quale esercitare le competenze attribuite dalla normazione primaria .

L'innovazione è rappresentata dalla circostanza che l'autonomia normativa è rafforzata dalla riserva della normazione primaria in favore della norma secondaria , la quale -senza alcuna sovversione dell'ordine gerarchico- diviene l'unica fonte dotata di competenza per materia .

Anche la diffusione di regole di natura <fiduciaria> tra direzione politica e direzione amministrativa nel conferimento degli incarichi dirigenziali e degli incarichi esterni anche a consulenti ed esperti , può divenire fattore di rischio verso fenomeni di devianza finanziaria , laddove i criteri di conferimento non siano garantiti da obiettiva trasparenza .

La regola fiduciaria è recepita nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali , che all'articolo 50 comma X attribuisce al Sindaco ed al Presidente della Provincia il potere di nominare i responsabili degli uffici e dei servizi , ed il potere di attribuzione e di definizione (e di revoca) degli incarichi dirigenziali e degli incarichi di collaborazione esterna .

L'art. 51 comma 5 della legge 142/1990 (come modificato dall'art. 6 della legge 15 maggio 1997 n. 127 , ed infine dall'art. 2 legge 16 giugno 1998 n. 191) , rimette all'auto-regolazione statutaria la previsione che la copertura dei posti di responsabili dei servizi e degli uffici , di qualifica dirigenziale o di alta specializzazione possa avvenire mediante contratto a tempo determinato di diritto pubblico, od eccezionalmente e con deliberazione motivata ,di diritto privato, fermi restando i requisiti richiesti dalla qualifica da ricoprire .

Nella interpretazione della normativa in questione , al fine di assicurare il controllo giurisdizionale sull'incarico fondato sulla regola fiduciaria , la giurisprudenza amministrativa ha adottato orientamenti di self-restraint mirati a salvaguardare l'integrità della funzione dirigenziale.

Ed infatti ,nella disamina del rapporto tra la dirigenza e l'incarico di alta professionalità, il giudice amministrativo ha osservato che tra le

---

direttamente agli enti locali , i quali devono conformare l'ordinamento ai principi (art.10 comma quarto decreto legislativo n. 186/1999)

forme di collaborazione esterna ad alta specializzazione -mirate al conseguimento di obiettivi particolarmente qualificati sotto il profilo progettuale ed organizzativo- non può essere fatto rientrare il conferimento di taluni “delimitati ed episodici compiti riconducibili all’ordinaria sfera di competenza del dirigente ; perché altrimenti avvalendosi di tale disciplina le competenze dirigenziali potrebbero essere ,di volta in volta ed a seconda delle contingenze, parcellizzate e destrutturate in modo tale da snaturare ,di fatto, la funzione stessa della disciplina in questione , che mira invece a valorizzare le responsabilità dirigenziali sotto un profilo manageriale, tendenzialmente unitario, e non a frammentarle”<sup>25</sup>.

Le regole fiduciarie sono recepite dalla legislazione in materia di enti locali adottata dalla regione Sicilia , laddove questa prevede la facoltà del Sindaco di nominare esperti .

L’art. 14 della legge reg. n.7/02 è la fonte di normazione primaria che conferisce al Sindaco la ampia prerogativa di conferire incarichi a tempo determinato ad esperti estranei all’amministrazione , per l’espletamento di attività connesse con le materie di propria competenza . Dall’ampiezza e generalità della norma autorizzatoria , che prevede gli unici limiti per relazione alla densità abitativa dell’ente locale , discenderebbe la legittimità e la utilità dell’incarico di esperto , che rinviene causa tipica nella <fiducia> tra il sindaco committente e l’esperto incaricato .

Regole e competenze fondate sull’<intuitu personae> sono diffuse nella legislazione della Regione Sicilia in materia di lavori pubblici , poiché superando la separazione tra politica ed amministrazione , la legge regionale 2 agosto 2002 n.7 di recepimento con modifiche della legge 11 febbraio 1994 n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici) , come poi modificata e coordinata dalle norme della successiva legge regionale 19 maggio 2003 n. 7 , prevede che :

- l’affidamento degli incarichi di progettazione, di direzione dei lavori, di responsabile unico del procedimento (anche per gli affidamenti fiduciarie di progettazione per importi non superiori ad € 100.000 IVA esclusa) è di competenza degli organi (politici) esecutivi (da intendersi: Presidente della Regione , Assessorato regionale competente , Sindaco , Presidente della provincia) (art.17) ;
- il ricorso alla trattativa privata è di competenza del legale rappresentante dell’ente (art.24) ;

---

<sup>25</sup> Consiglio di Stato - V Sezione n. 1212/03 .

- il ricorso al cottimo-appalto (fiduciario) è di competenza del legale rappresentante dell'ente , anche se ha come oggetto il contratto aperto per lavori di pronto intervento e di manutenzione (art. 24 bis) .

Ancora sotto il profilo dell'espansione delle regole fiduciarie , sono da riconsiderare talune scelte del legislatore regionale in materia di lavori pubblici, poiché il responsabile unico del procedimento -a differenza della normazione statale- non ha poteri d'attestazione circa la carenza d'organico , che è presupposto del conferimento esterno dell'incarico di progettazione , di direzione dei lavori e di collaudo .

Il ritorno di regole fiduciarie ,che si introducono nel rapporto tra la direzione politica e la direzione amministrativa, è sotteso all'orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale , né lo statuto né il regolamento comunale possono conferire la rappresentanza legale dell'ente locale ai dirigenti , poiché l'unico soggetto che ha competenza al conferimento della procura ad litem , il Sindaco (od il Presidente della Provincia) quale capo dell'amministrazione comunale , anche se tale scelta è interferente od inerente con atti di gestione dirigenziale <sup>26</sup>.

Le regole fiduciarie , se non corrette ed integrate da garanzie di obiettività e di trasparenza sui criteri di conferimento e di revoca dell'incarico fondato sull'<intuitu personae> possono ingenerare indebite ingerenze della direzione politica sulla direzione amministrativa , trasformando il principio di separazione tra le due competenze decisionali in mero paravento formale idoneo a celare la vera dinamica di formazione della volontà amministrativa .

## **7. Il duopolio nel mercato illecito dei pubblici appalti . L'impresa pubblica e gli affidamenti <in house> . Il cono d'ombra nei procedimenti decisionali e la responsabilità amministrativa da reato .**

---

<sup>26</sup> Corte di Cassazione sentenze n. 10787 del 7 giugno 2004 e n. 17360 del 17 novembre 2003, secondo le quali “è indiscutibile che secondo la lettera e la ratio del testo unico degli enti locali lo statuto ed il regolamento non possono violare il principio di riserva delle attribuzioni prevista dalla legge , eludendo una disciplina cogente correlata all'interesse pubblico di stabilire criteri di razionale uniformità nella rappresentanza processuale degli enti locali. A maggior ragione tale rilievo vale nel caso di delega conferita non già per singoli atti , ma per tutti gli atti rientranti nelle competenze dirigenziali “.

Le analisi criminologiche , e le indagini conoscitive , sui metodi d'infiltrazione delle organizzazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici , dimostrano che dagli anni 90 si costituisce un potenziale <duopolio> in cui il mercato illecito degli appalti pubblici è sottoposto al controllo integrale e verticistico di due soggetti forti : Cosa Nostra ed i comitati di affari , gli uni e gli altri aventi spesso i medesimi referenti politici ed amministrativi , percettori delle tangenti.

Tra questi due soggetti forti si stabiliscono rapporti mutevoli e diversificati , a volte di coesistenza , a volte di contingente alleanza , a volte di subordinazione dei comitati a Cosa Nostra <sup>27</sup> .

Ciò che comunque è una costante comportamentale nella logica dell'infiltrazione mafiosa -a prescindere dalla unicità o dualità dei <tavoli> di contrattazione- è la ricerca e l'affidamento a fattori di condizionamento operanti all'interno dei procedimenti decisionali della p.a.

Sotto tale profilo assumono rilevanza specifica le patologie e gli abusi d'amministrazione nel conferimento degli incarichi direttivi , nella nomina di consulenti ed esperti , nella carente od omessa applicazione della legge n.97/01 (soprattutto sotto il profilo del trasferimento d'ufficio a seguito di rinvio a giudizio) , nell'indebito rimborso di spese legali per fattispecie non ammesse dalla legge , ed infine nella stipulazione di contratti di copertura assicurativa per rischi esorbitanti le fattispecie autorizzate .

Sulla esternalizzazione dei servizi municipali mediante l'accesso alla figura soggettiva della società per azioni a partecipazione pubblica , la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea ha enunciato i presupposti , la natura ed i limiti del c.d. affidamento <in house> al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione delle procedure ad evidenza pubblica .

Infatti , il giudice comunitario ha specificato che "quando un contratto sia stipulato tra un ente locale ed una persona giuridica distinta , l'applicazione delle direttive comunitarie può essere esclusa nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi , e questa persona (giuridica) realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano . Per controllo

---

<sup>27</sup> Così S.Lari "L'infiltrazione di Cosa Nostra nel mondo dell'imprenditoria ed in particolare nei pubblici appalti" relazione del 14/12/2004 – Convegno su appalti e mafia . Palermo 2004

analogo ,secondo le istituzioni comunitarie, si intende un rapporto equivalente ,ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica ; tale situazione si verifica in particolare quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario . In detta evenienza ,pertanto, l'affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie . Al contrario , ove non ricorra un siffatto controllo gestionale ed economico dell'ente pubblico sul soggetto gestore , ma l'affidamento riguardi un servizio in cambio della gestione dello stesso come corrispettivo (e dunque , configuri una concessione di servizi) l'aggiudicazione del servizio deve in ogni caso avvenire nel rispetto dei principi di evidenza pubblica”<sup>28</sup>.

Ma la esenzione dalle procedure ad evidenza pubblica nel conferimento del servizio alla società per azioni laddove sussistano i requisiti <dell'affidamento in house> , è temperata dai nuovi orientamenti sulla giurisdizione di responsabilità nei confronti dell'impresa pubblica .

Invero, le regole di matrice giurisprudenziale che presiedono alla ripartizione della giurisdizione sull'impresa pubblica , -nella duplice figura soggettiva dell'ente pubblico economico e della società per azioni a partecipazione pubblica- , sono state di recente revisionate dalla Suprema Corte di Cassazione .

Nelle recenti sentenze-ordinanze n. 19667/03 , n. 3351/04 e n. 3899/04 , la Suprema Corte di Cassazione , -nel contesto di una rilettura critica dell'art.103 Cost. co.2 nella parte in cui presuppone l'interpositio legislatoris per il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti nelle materie di contabilità pubblica-, ha profondamente innovato la sostanza dei criteri di attribuzione dei poteri di cognizione nei confronti dell'impresa pubblica , esprimendo una pluralità di argomentazioni volte a superare il tradizionale criterio del riparto di giurisdizione con il Giudice ordinario , finora fondato in prevalenza e quasi esclusivamente sulla natura autoritativa del potere di auto-organizzazione esercitato anche in sostituzione di altre pubbliche amministrazioni , ma sempre e comunque con forme esorbitanti dall'esercizio dell'attività imprenditoriale .

---

<sup>28</sup> Sull'affidamento <in house> CGE sentenza Teckal -punto 50- sull'applicazione della direttiva 93/66/CEE (appalti pubblici di forniture) .

Al criterio di ripartizione della giurisdizione tra Giudice ordinario e Corte dei Conti sull'attività economica della P.A. ,secondo la natura privata o viceversa pubblica dell'atto posto in essere in conformità alle finalità istituzionali, subentra nelle recenti motivazioni del Giudice delle Giurisdizioni un più raffinato criterio fondato sulla constatazione che gli strumenti privatistici costituiscono per gli enti pubblici economici forme di esercizio di attività amministrativa diretta al perseguimento di fini istituzionali , i quali divengono realizzabili con l'impiego di risorse equiparabili a quelle utilizzate dagli enti pubblici non economici .

Pertanto , il processo di privatizzazione delle pubbliche amministrazioni , se da un lato riceve dalle scelte del Legislatore un'evidente accelerazione al fine di assicurare alla pubblica amministrazione una maggiore efficienza mediante la più ampia utilizzazione di forme soggettive e di strumenti operativi disciplinati dal diritto privato , dall'altro lato non può giammai comportare la corrispondente riduzione delle sfere di competenza attribuite per riserva di Costituzione alla Corte dei Conti nelle materie di contabilità pubblica , poiché sulla gestione delle risorse di derivazione e/o di destinazione pubblica insiste il sistema delle garanzie obiettive di giurisdizione .

Dunque , il discrimine tra le due giurisdizioni (ordinaria e contabile) nei confronti dell'impresa pubblica tende a spostarsi sulla qualità soggettiva dell'ente od organismo esercente l'attività , in diretta correlazione alla natura –pubblica o privata- delle risorse finanziarie di cui esso si avvale .

E' da considerare che lo scenario empirico-criminologico nel quale opera la figura giuridica dell'impresa pubblica è alquanto complesso . Infatti , nella dinamica dell'infiltrazione mafiosa , il terreno di cultura criminale privilegiato resta quello della criminalità economica , nel cui ambito occorre distinguere ,da un lato, gli illeciti che si situano nel cono d'ombra del rischio di impresa e/o dell'apparato organizzativo della persona giuridica , alla stregua di una esternalità negativa (es. reati contro l'ambiente , la sicurezza sul lavoro) , e dall'altro lato i reati che costituiscono il sintomo di una tendenza alla ricerca del profitto illecito . Tali ultimi fenomeni di comportamento ,calandosi nella realtà delle imprese, hanno l'obiettivo di alterare i meccanismi

della concorrenza e/o di potere accedere illegittimamente a risorse non dovute <sup>29</sup>.

Tra gli strumenti di contrasto della devianza finanziaria nell'attività d'impresa rilevanza fondamentale assume il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ("Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300"), il quale prevede sanzioni patrimoniali ed interdittive per l'omessa adozione di modelli organizzativi, di gestione e di controllo idonei a prevenire la consumazione di reati <sup>30</sup>.

Il modello organizzativo e di controllo è idoneo, se utile a prevenire la formazione del <cono d'ombra> nelle decisioni d'impresa <sup>31</sup>.

Rispetto al limitato nucleo iniziale, comprendente i delitti di truffa, malversazione, corruzione e concussione, il decreto legislativo n.231/01 ha già subito numerosi interventi mirati ad allargare il catalogo dei reati dai quali scaturisce la responsabilità amministrativa degli enti.

## 8. Conclusioni

Se è vero che "nell'era della competizione globale i fattori collaterali che fanno la differenza del sistema economico sono la funzionalità dei pubblici servizi, la qualità della istruzione, e l'efficienza degli

---

<sup>29</sup> Così P. Piergallini (Progetto Grotius – Atti del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti – 2001), il quale evidenzia che altro versante di devianza finanziaria, è quello in cui l'ente è intrinsecamente o prevalentemente illecito, esso cioè costituisce uno strumento orientato alla commissione di reati (si pensi a società finanziate esclusivamente con i proventi di attività delittuose, dedite al riciclaggio di denaro sporco, oppure legate a doppio filo alla criminalità organizzata).

<sup>30</sup> L'art. 6 del decreto legislativo n.231/2001(Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente) dispone che: "1. Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che :a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)".

<sup>31</sup> V. P. Piergallini, cit.

apparati amministrativi (Alain Touraine)” , la devianza finanziaria degli enti locali è un fattore di blocco dello sviluppo sociale e civile , che deve essere contrastato con strumenti di garanzia della trasparenza amministrativa , intesa quale termine di sintesi di qualità normative ed organizzative degli apparati pubblici .

Per il conseguimento della trasparenza amministrativa e' necessario il controllo diffuso ed effettivo della legalità finanziaria , che si consegue mediante la combinazione di mezzi preventivi e repressivi idonei a garantire la tutela inibitoria avverso gli eterogenei fenomeni di <maladministration> e di <mismanagement> , in relazione ai quali l'infiltrazione criminale è fattore determinante e/o terminale di approfittamento .

Se le classificazioni ricognitive dei fenomeni di devianza finanziaria negli enti locali hanno evidenziato la concorrenza di cinque fondamentali fattori causali, (individuati : nell'ampliamento dei compiti e delle risorse delle amministrazioni locali senza un adeguato rafforzamento delle strutture organizzative, nella compenetrazione tra politica ed amministrazione, nella carenza di corpi professionali intranei alla pubblica amministrazione , nella presenza di controlli di legalità formale inficiati da processi di codecisione tra controllore e controllato) , appare fondamentale la riflessione critica sui rimedi finora praticati .

Infatti, la separazione tra politica ed amministrazione , utilizzata quale principio di contrasto dei fenomeni di assorbimento del ruolo burocratico in quello politico , propone dei fenomeni reali che collocano a rischio l'effettività del nuovo modello decisionale .

L'ulteriore incremento qualitativo e quantitativo delle competenze delle amministrazioni locali non è organicamente connesso alla crescita delle necessarie capacità professionali , e dunque permane ed anzi si accresce la dipendenza dell'apparato pubblico dalle professionalità esterne .

L'ampliamento degli strumenti di contrasto della devianza finanziaria oltre i mezzi fondati sulla tutela penale , deve ricongiungersi a misure -anche di natura interpretativa- che siano idonee a consolidare ed a rafforzare il collegamento tra le giurisdizioni di responsabilità pubblica con le pubbliche amministrazioni pregiudicate dai fenomeni devianti .

La <disintermediazione> dei poteri pubblici con procedure di semplificazione e di privatizzazione aggiunge nuovi profili di

devianza finanziaria riconducibili alla gestione dell'impresa pubblica ,  
i quali si cumulano ai temi tradizionali sull'infiltrazione mafiosa  
nell'aggiudicazione ed esecuzione dei lavori pubblici .

I controlli di risultato ed i controlli di qualità ,se da un lato superano i  
processi di codecisione tra controllore e controllato, dall'altro lato  
presentano profili di <auto-referenzialità> e fini di <auto-correzione>  
rimessi ,-con modi e forme esclusive-, alla discrezionalità della  
medesima amministrazione controllata .

Salvatore Pilato