

La legalità nelle società partecipate dalla P.A. alla luce della legge anticorruzione: come rendere effettivo il contrasto alla corruzione*

di G. Farneti – giuseppe.farneti@unibo.it

Premessa.

Il tema della legalità e dei suoi rapporti con l'etica nella pubblica amministrazione (PA), anche con specifico riferimento alle società a partecipazione pubblica (SP), alla luce del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) e della conseguente predisposizione, da parte delle pubbliche amministrazioni (PA) e delle società pubbliche, dei propri piani triennali per la prevenzione della corruzione¹ (PTPC), è quanto mai opportuno, proprio sotto il profilo operativo, per dare effettività alle norme di riferimento.

Il pericolo, infatti, è che i comportamenti delle PA si risolvano nel mettere in atto adempimenti formali (secondo una tendenza che si va già profilando), senza che alcunché cambi nella sostanza, come spesso è avvenuto, in Italia, rispetto a norme assai importanti, talora innovative, ma poi disapplicate (basti pensare, quali esempi, al tema della veridicità dei bilanci pubblici e a quello relativo alla motivazione degli atti, anche a giustificazione della costituzione o del mantenimento di una partecipazione).

Lo scopo del presente contributo si pone nella direzione di individuare i modi, nell'attuale ordinamento, per rendere effettivo, operante, il contrasto alla corruzione.

Il richiamo all'etica è contenuto nella normativa.

Sebbene il richiamo all'etica possa sembrare di natura teorica ed afferente la sola sfera dei comportamenti volontari e non quella della legalità, in realtà non è così, ed è importante comprenderlo.

In premessa è utile osservare al riguardo che il PNA indica due riferimenti di rilievo:

- laddove si qualifica il medesimo come strumento finalizzato alla prevenzione della corruzione, considerando situazioni più ampie di quelle di cui Titolo II, Capo I del codice penale (relativo ai delitti contro la PA), situazioni che si estendono a quelle comprensive di “un malfunzionamento [appunto da prevenire; nostra sottolineatura] dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa *ab externo*, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo”, concetto questo che, come di seguito si dirà, coinvolge la sfera dell'etica, considerata come categoria generale di comportamenti cui riferirsi, nell'ambito della quale devono trovare naturale collocazione quelli rispettosi della legge;
- laddove, inoltre, si prevede l'adozione di uno specifico codice di comportamento da parte delle singole amministrazioni, con regole specifiche rispetto a quelle più generali già previste dal codice di comportamento per i dipendenti pubblici², codice che si vuole “caratterizzato da un approccio concreto, in modo da consentire al dipendente di comprendere con facilità il comportamento eticamente e giuridicamente adeguato [nostra sottolineatura] nelle diverse situazioni critiche, individuando delle guide comportamentali per i vari casi”³. Frase quest'ultima che possiamo sottolineare per l'enfasi sulla concretezza, sulla necessità in conseguenza d'individuare situazioni critiche (come ci proponiamo di fare con riferimento alle SP) e per la sottolineatura che i comportamenti nella PA devono essere “eticamente e giuridicamente adeguati” nelle diverse situazioni critiche. In tal modo l'ordinamento pone l'etica e non solamente la legalità come valore da perseguire⁴. Il “buonfunzionamento” pertanto, come consegue dall'applicazione di comportamenti

* Relazione tenuta al convegno UPI-Fondazione DCEC di Bologna del 16-1-2014, presso la sede della Carisbo, su *L'etica e la legalità nella pubblica amministrazione e nelle società a partecipazione pubblica, alla luce della legge anticorruzione*.

¹ La corruzione é estesa dal PNA (previsto dalla legge n. 190 del 2012 ed approvato dalla CIVIT l'11 settembre 2013) a tutte quelle situazioni “in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati” (cfr. della definizione contenuta nel par. 2.1) e fa dunque riferimento a patologie notoriamente assai diffuse, rispetto alle quali i pur frequenti episodi che vengono alla luce costituiscono la punta dell'iceberg dei fenomeni che si vorrebbero prevenire. Al riguardo S. Pilato così chiarisce nel suo intervento su “Le nuove strategie di contrasto. Il responsabile della prevenzione”: “Nell'impianto delle misure di prevenzione e di contrasto, la corruzione intesa come sistema di percezioni misurabili, in quanto manifestazioni di un costume esistenziale, politico ed economico mutevole nel tempo della storia nazionale, possiede una dimensione *lata*, e diviene sinonimo di favoritismo, clientelismo, deviazione del sistema procedimentale di scelta degli interessi pubblici a vantaggio di interessi privati che ottengono posizioni di domino contrattuale e di mercato.”

² Si fa riferimento al D.P.R. n. 62/2013.

³ Cfr. il paragrafo 3.1.3 del PNA.

⁴ Va al riguardo notato che secondo questa impostazione la realizzazione del “buonfunzionamento” (appunto per contrastare il “malfunzionamento”) deve costituire il naturale approccio di chi opera nella PA, così aprendosi nuovi spazi all'attività di controllo di tipo collaborativo che con impegno e con notevoli risultati sta sviluppando la Corte dei conti, attività che in futuro potrà essere sempre più orientata a verificare il “buonfunzionamento” della PA secondo una prospettiva di valori etici condivisi, considerata come quadro di riferimento entro il quali si devono collocare i comportamenti “giuridicamente adeguati”. Si consideri quanto afferma S. Pilato, cit.: “Dai lavori parlamentari emerge anche il costante riferimento a quattro linee-

“eticamente adeguati”, costituisce il presupposto, la condizione, perché si possano sviluppare nella PA comportamenti, in conseguenza, anche “giuridicamente adeguati”.

Sin da ora emerge che l’etica si esprime anche indipendentemente dalla legalità, prefigurandosi così, nella PA, la necessità di realizzarne il “buonfunzionamento” (per evitarne, appunto, il “malfunzionamento”, come prevede il PNA), anche indipendentemente dall’osservanza di esplicite norme che si pongano a presidio della legalità.

Dunque il riferimento all’etica va approfondito e va fatto preliminarmente nelle sue connessioni con il principio di legalità.

Rinviando a precedenti interventi⁵ vogliamo sottolineare che:

1. da un punto di vista della scienza economica⁶, nello specifico economico-aziendale, secondo uno schema interpretativo accolto dall’ordinamento, le PA hanno come finalità la realizzazione del bene comune, che non può che essere il “buonfunzionamento” appena richiamato;
2. che la suddetta finalità è di tipo etico, atteso che i comportamenti etici, sono appunto quelli che soddisfano il bene comune;
3. soddisfare il bene comune significa porre in essere, nelle PA, sempre da un punto di vista economico-aziendale, un’attività efficiente ed efficace e che sia rispettosa degli equilibri economici (che tenga conto pertanto delle risorse disponibili);
4. le PA sono orientate nel nostro ordinamento dall’art. 97 della Costituzione che enuncia il principio, cui esse devono attenersi, del “buon andamento”, principio che tutta la giurisprudenza ha identificato, concretamente, nella realizzazione di attività che siano rispettose dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità⁷, così recependo l’impostazione economico-aziendale;
5. conseguendone che le PA devono rispettare, sotto il profilo legale, i suddetti criteri, criteri che costituiscono, appunto, “il nuovo confine della legalità”⁸.

Se ne ricava che il “buon andamento”, costituisce il punto d’unione, il collante, fra etica e legalità e che etica e legalità esprimono le due facce della medesima medaglia. La concettualizzazione richiamata è importante perché fa tendenzialmente coincidere la legalità con l’etica.

La legalità non si lega più al rispetto, solamente, di determinati adempimenti, ma alla realizzazione, concretamente, di attività che siano rispettose dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità, in quanto in grado di realizzare il “buon andamento” delle PA⁹. In questa concettualizzazione vi è anche un rinvio alla già menzionata scienza economico-aziendale che deve in conseguenza essere approfondita da tutti gli operatori (e dai controllori interni/esterni) per comprendere se le attività sono, nel concreto, orientate ad affermare, o al contrario, a negare, i tre criteri (le tre “e”) appena richiamati.

Si vuole comunque osservare come la disciplina legale, seppure orientata alla realizzazione del “buon andamento”, lasci liberi spazi per i quali si possa dire che sono percepibili comportamenti etici la cui inosservanza non li qualifica, o così potrebbe sembrare a qualcuno, come illegali: ebbene il richiamo del PNA vuole che questi comportamenti siano evidenziati, in vista della superiore esigenza di contrastare la

guida da seguire nella elaborazione delle disposizioni legislative: l’etica, la trasparenza, la sempificazione ed i controlli amministrativi, considerati nella loro prevalente natura collaborativa-correttiva..”

⁵ Cfr. G. Farneti: *Economia d’azienda*, FrancoAngeli, 2007; *Ragioneria pubblica. Il nuovo sistema informativo contabile delle aziende pubbliche*, FrancoAngeli, Milano, 2004; *Il contributo dell’Economia d’Azienda (EA) al rinnovamento della pubblica amministrazione (PA). Finalità dell’EA e buon andamento della PA; l’utile riferimento alle società partecipate*, su Scritti in onore di Vittorio Coda (a cura di G. Airoidi, G. Brunetti, G. Corbetta, e G. Invenizzi), Università Bocconi Editore, 2010.

⁶ Le PA si differenziano pertanto dalle amministrazioni lucrative, dalle imprese, la cui finalità è quella di massimizzare il risultato economico e quindi remunerare nel modo più soddisfacente i portatori del capitale; cfr. anche, a conferma, sotto il profilo giuridico, dello schema interpretativo richiamato, la nota seguente.

⁷ Cfr. F. Staderini, Introduzione ai nuovi principi contabili emanati dall’Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, in *Azienditalia*, n. 6/2009, inserto, che dopo avere osservato come la concreta realizzazione del principio del “buon andamento” abbia cominciato a prodursi con la l. n. 241 del 1990, osserva che i successivi interventi del legislatore si sono statuiti, in questa direzione, i paradigmi, o criteri, dell’efficienza, dell’efficacia e dell’economicità. Si consideri anche la nota seguente.

⁸ Così si può leggere, già nella deliberazione n.10/2008 della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, con riferimento all’attività degli enti locali: “La dinamica dell’attività, valutata secondo i criteri dell’economicità, della efficienza, della efficacia e valorizzata nella dimensione data dall’art. 97 della Costituzione dalla giurisprudenza costituzionale, si presenta così come elemento costitutivo della legalità nella Pubblica amministrazione segnandone anche le condizioni di tutela.” Si veda altresì G. Farneti, *Il buon andamento nell’amministrazione degli enti locali*, *Azienditalia*, n.0, 1994.

⁹ La PA non produce solamente atti, ma viene considerata, maggiormente, per le sue attività, che dovranno essere valutate secondo i criteri, o paradigmi, appena messi in luce. Il costante riferimento alle attività si è espresso recentemente, per gli enti locali, proprio attraverso il riformato sistema dei controlli interni e, nella previsione dell’art 147 del Tuel, anche il controllo di regolarità amministrativa e contabile deve essere un controllo che si esprime, oltre che sugli atti, sulle attività. Per cui, in questa prospettiva, la finalizzazione delle attività appena descritta, ne diventa il principale riferimento, cfr. al riguardo G. Farneti, in G. Astegiano e G. Farneti, lezione 4, *Il controllo sulle società partecipate*, *Azienditalia*, i corsi, n. 4, 2013, p. 18.

corruzione. Si pensi, volendo scendere nel concreto, al grave fenomeno dell'elusione¹⁰, normalmente trascurato e quindi [forse per un difetto d'analisi], di fatto, non sanzionato¹¹, sempre conseguente da comportamenti non rispettosi dell'ordinamento e comunque sempre censurabili sotto il profilo etico.

Le criticità¹² che nel concreto si possono presentare vanno dunque considerate come aspetti critici rispetto a momenti amministrativi che vanno disciplinati per prevenire la corruzione nel suo più lato significato, come si è già osservato.

La predisposizione dei PTPC degli enti e delle loro società controllate e, nel loro ambito, come si è già osservato, degli specifici codici di comportamento, ne costituisce l'occasione propizia.

Le indispensabili conoscenze che si devono affermare per prevenire la corruzione.

Quando il PNA afferma, dando in questa direzione indicazioni operative per la predisposizione dei PTPC, che l'approccio concreto del codice di comportamento deve consentire al dipendente di comprendere con facilità il comportamento "eticamente e giuridicamente adeguato"¹³, indica una strada di un'importanza assoluta: per la cui realizzazione si devono affermare, sempre, i criteri di efficienza, efficacia ed economicità (costituendo essi il faro che deve guidare i comportamenti), anche indipendentemente dal fatto che essi esprimano pienamente il presidio (il nuovo confine) della legalità. E', infatti, possibile che nel concreto si possa discutere se la linea di confine è stata varcata, se i comportamenti sono dunque all'insegna della legalità; ma, proprio per evitare situazioni che comunque potrebbero porre dubbi sull'effettivo rispetto dei suddetti criteri (di efficienza, efficacia ed economicità), per essere in conseguenza sicuri di essere nella legalità e per essere sicuri di fare tutto il possibile per prevenire la corruzione, in specie nella vasta accezione che ne è data dal PNA, i comportamenti devono essere, sempre, "eticamente adeguati", sempre rispettosi dei tre criteri già richiamati: perché in tal modo si realizza il "buonfunzionamento" della PA. Tale sensibilità si deve esprimere, come si è detto, nei PTPC, in particolare evidenziando le possibili criticità che possono verificarsi nel proprio codice di comportamento di cui ogni ente o società pubblica deve dotarsi.

In quest'innovativo approccio della normativa in tema di legalità e di etica, che in questa sede si vuole mettere in evidenza, in grado di catturare, se seguito da tutti gli operatori interni/esterni, le patologie che –sebbene molto frequenti- oggi solo occasionalmente emergono, vi è una prima conclusione del nostro intervento. Dalla piena comprensione di tale approccio, che dal PNA si estende ai conseguenti PTPC e connessi codici di comportamento, dipenderà concretamente, secondo la nostra convinzione, la capacità stessa delle PA di prevenire la corruzione. La sua importanza è facilmente ravvisabile nel fatto che, attualmente, i comportamenti di moltissimi operatori, come si richiamerà anche con alcune esemplificazioni, si pongono nella direzione opposta, quella d'ignorare l'esigenza di finalizzare l'azione amministrativa alla realizzazione del principio del "buon andamento".

Gli aspetti, complementari alla conclusione appena enunciata, che di seguito si metteranno in luce, si propongono di delineare una disciplina specifica, che sia in grado di "orientare" le PA a realizzare il principio del "buon andamento", anche nella sua accezione di "buonfunzionamento" come si concretizza attraverso comportamenti "eticamente adeguati".

¹⁰ A nostro parere l'elusione dei menzionati criteri è oggi prevalente, mettere in luce i comportamenti relativi costituisce la sfida che la normativa anticorruzione deve vincere, in mancanza si risolverà nella produzione di adempimenti, formalmente complessi e dettagliati, in realtà privi di alcun significato nella direzione di affermare la legalità dei comportamenti.

¹¹ Salve le ipotesi in cui si concretizzi secondo fattispecie previste dall'ordinamento e quindi specificatamente sanzionate, cfr. R. Patumi, "Il nuovo raccordo tra controllo e giurisdizione nel sistema delle autonomie", in *Azienditalia*, n. 5, 2013. Si vuole però osservare che, con riferimento alle SP, i comportamenti elusivi si qualificano quasi sempre come illegali o come eticamente inadeguati anche sotto altri e specifici profili, riconducibili ad esempio alla mancata dimostrazione: della loro "stretta necessità" e pertanto della loro convenienza come vuole la legge n. 244 del 2007, e/o della loro coerenza con le disposizioni dell'ordinamento europeo (come prevede l'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012), e/o dell'elaborazione di un'informativa corretta nell'ambito del sistema di bilancio sugli equilibri economici e finanziari che si dovrebbero verificare e che al contrario vengono volutamente celati, così nascondendo il formarsi di perdite di tipo ripetitivo (disattendendo quindi, esemplificando, il perseguimento dell'equilibrio economico delle SP e la veridicità dei bilanci degli enti proprietari; in particolare per il mancato rispetto da parte degli enti proprietari delle SP dell'art. 170, comma 6, della Relazione previsionale e programmatica., come disciplinata dal TUEL).

¹² Vogliamo fare degli esempi? I bilanci non veridici, le consulenze con gare ad personam, la parte premiale dello stipendio riconosciuta a pioggia, le motivazioni di tipo tautologico nel mantenere le SP. Per economia di spazio non andiamo oltre, ma già in questi esempi si possono riconoscere, all'insegna dell'illegalità, una gran parte dei comportamenti delle PA.

¹³ Cfr. la nota 3 e quanto previsto, in termini generali (la disciplina specifica è poi contenuta nel par. 3.1.3) dal par. 3.1.1 del PNA sulla predisposizione dei PTPC in tema di codici di comportamento, che si vogliono comprensivi: delle integrazioni al codice di comportamento dei dipendenti pubblici, delle indicazioni dei meccanismi di denuncia delle violazioni e dell'indicazione dell'ufficio competente a emanare pareri sull'applicazione del suddetti codici di comportamento. Si consideri, ulteriormente, il par. 3.1.1.1, circa la necessaria disciplina relativa alla tutela del dipendente che effettua segnalazioni di fatti illeciti, in ottemperanza, anche, all'art.8 del codice di comportamento dei dipendenti pubblici e da intendersi, tali fatti, come "eticamente inadeguati". Essi sono quindi certamente comprensivi, come si dirà, di tutte quelle situazioni nelle quali non è riproducibile il formarsi del processo decisionale, anche per l'espressa previsione del suddetto codice in termini generali, cui dovrà corrispondere l'analisi in concreto del codice predisposto da ogni singolo ente.

La normativa sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici, prevede che “La tracciabilità dei processi decisionali adottati dai dipendenti deve essere, in tutti i casi, garantita attraverso un adeguato supporto documentale, che consenta in ogni momento la replicabilità”¹⁴. Questa previsione normativa va nella direzione che si è già indicata e, se rispettata, da sola è, riteniamo, in grado di prevenire la maggior parte dei fenomeni corruttivi, o comunque di cattivo funzionamento delle PA. Il concetto enunciato, per la verità già ricavabile dal nostro ordinamento¹⁵, ma ora esplicitato, esprime una conoscenza pienamente acquisita in campo economico-aziendale¹⁶. Tale conoscenza, consistente nella necessità di rendere sempre tracciabile il processo decisionale e di dimostrare in tal modo le ragioni delle decisioni che si sono di volta in volta prese e che hanno dato contenuto all’azione amministrativa, deve dunque essere applicata anche nella PA, se si vuole finalizzarne l’azione amministrativa, attraverso comportamenti “eticamente adeguati”, al “buon andamento” e alla legalità.

In nota¹⁷ abbiamo esplicitato alcune, importanti, patologie che “spiegano” come la nostra PA operi, in situazioni non occasionali, di fatto, all’insegna del cattivo andamento, del richiamato “malfunzionamento”¹⁸, anziché, come dovrebbe essere, all’insegna del “buon andamento”. Ebbene, se questa norma verrà concretamente applicata, se il processo decisionale verrà verificato nella sua riproducibilità, se i controllori interni/esterni non si accontenteranno di soffermarsi sugli adempimenti, ma saranno invece attenti ai comportamenti¹⁹ che nel loro complesso danno contenuto al principio del “buon andamento”, allora si verificherà che le importanti patologie che è dato riscontrare (come quelle richiamate) saranno progressivamente eliminate. Ma non è possibile d’altra parte contrastare efficacemente la corruzione ove questo approccio sia ignorato.

Ne consegue che l’effettiva tracciabilità dei processi decisionali, opportunamente richiamata dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici, esprime, anche per le doverose ricadute sui contenuti dei PTPC che si dovranno verificare (con specifico riferimento all’indicazione delle possibili situazioni critiche), un’ulteriore conclusione del nostro intervento. Tale conclusione è complementare alla precedente, perché la normativa cui ci stiano riferendo, dopo avere chiarito la necessità del “buonfunzionamento” dell’amministrazione, anche per prevenire la corruzione, si sofferma sull’ulteriore necessità di chiarire come, in questa finalizzazione, si sono formate le decisioni. Riteniamo che dalla sua comprensione da parte di tutti gli operatori interni/esterni dipenderà concretamente la capacità delle PA di prevenire la corruzione. Questa tracciabilità, va sottolineato, implica il corretto svolgimento dei processi di programmazione-gestione-controllo, dunque un radicale mutamento di rotta rispetto ai comportamenti illeciti oggi prevalenti. Proprio per questo aspetto è importante la sottolineatura del codice di comportamento per i dipendenti pubblici circa l’obbligo di segnalare eventuali situazioni di illecito.

Come prevenire la corruzione nei rapporti con le SP

Ci chiediamo ora, quali siano i riflessi della normativa appena richiamata sulle SP?

Siamo a conoscenza, anche grazie a un’attenzione crescente dei media, come una parte dell’onerosità della nostra p.a., della sua incidenza sul PIL, sia riconducibile ad un’utilizzazione distorta delle S.P. Sappiamo al riguardo che le patologie sono frequentissime (ed alcune sono già state richiamate), che i costi della politica trovano attraverso le stesse la più ampia possibilità di esprimersi, che la scarsa trasparenza sulla loro gestione tende a nascondere le ragioni della loro esistenza, che molto frequentemente sono il veicolo per eludere la normativa in diversi campi (tipicamente il patto di stabilità, o di finanziare la spesa corrente con l’indebitamento, o in tema di personale e di contratti). Ebbene, siamo convinti che se la conclusione appena

¹⁴ Questa norma prevede altresì, nell’art.8, che il dipendente “fermo restando l’obbligo di denuncia all’Autorità Giudiziaria segnala al proprio superiore gerarchico eventuali situazioni di illecito nell’adempimento di cui sia venuto a conoscenza”. Per un approfondimento della materia cfr. G. Farneti, *Dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici una grande spinta al rinnovamento gestionale, anche per gli enti locali*, in *Azienditalia*, n. 8-9, 2013. Si consideri anche la nota precedente.

¹⁵ Cfr. G. Farneti, cit. nella nota precedente. Si consideri inoltre che la tracciabilità altro non è altro che l’esplicitazione, riferita ad attività complesse finalizzate al “buon andamento”, del principio di cui alla legge n. 241 del 1990, art. 3, relativo alla necessaria motivazione di ogni provvedimento amministrativo. Sotto il profilo economico-gestionale che, come si è all’inizio osservato, esprime il necessario riferimento di ogni processo decisionale, va poi aggiunto che motivare una decisione significa analizzare e, come afferma ora la norma, rendere note, in modo trasparente, le conoscenze che ne sono a fondamento.

¹⁶ Il processo decisionale è, infatti, tracciabile se è inserito nelle attività di programmazione/controllo e se dunque ritrova nelle stesse le motivazioni che ne giustificano i contenuti. In altre parole se la decisione presa è razionale, se si pone nella direzione del “buonfunzionamento” dell’amministrazione pubblica.

¹⁷ Cfr. la nota n. 12.

¹⁸ Cfr. il par. 2.1 del PNA.

¹⁹ Cfr. la nota 9.

richiamata, nei due aspetti che la caratterizzano, e dunque se i comportamenti che si vogliono indurre attraverso il PNA e i PTPC e le conseguenti nuove attenzioni che dovranno essere al riguardo espresse da tutti gli operatori, si affermeranno, allora potrà accadere che la maggior parte degli inconvenienti che è dato osservare potrà essere evitata. Come si verificherà se gli operatori, in particolare i controllori, saranno attenti ai richiami normativi appena espressi e se lo saranno esprimendo con efficacia la volontà di affermare l'effettività della norma. Con l'obiettivo di porre termine al cattivo funzionamento della nostra p.a.

Su questo tema vogliamo richiamare argomentazioni già in parte espresse in altra sede, attraverso le quali evidenziare quali sono i "momenti" più delicati nel rapporto fra ente e SP, quelli che più spesso si risolvono in patologie. A titolo esemplificativo richiameremo una di queste patologie, forse la principale (le altre spesso vi sono il più delle volte variamente collegate), quella espressa dalle società in perdita. Per concludere quindi con l'osservazione che metterà in luce come la verifica appena condotta in termini generali e che si esprime nell'esigenza di affermare il "buon andamento" dell'amministrazione, tramite il corretto svolgimento dei processi di programmazione/controllo e tramite pertanto la corretta elaborazione degli strumenti che al riguardo vengono utilizzati (riconducibili nel loro complesso al sistema del bilancio), trovi nel rapporto fra ente locale e le sue S.P. piena applicazione.

Vogliamo al riguardo altresì sottolineare, anticipando una riflessione finale, che in conseguenza i controlli interni/esterni, che già si vanno modificando, dovranno accelerare questo processo di adeguamento, per essere sempre più efficaci, per indurre quel cambiamento della nostra P.A. di cui ha bisogno il sistema Italia e che i cittadini auspicano, perché in un periodo di redditi poco crescenti (come si è verificato per venti anni) e ora, da alcuni anni, decrescenti, la salute economico-sociale del paese insieme alla sostenibilità delle politiche pubbliche, da una parte e, dall'altra, il benessere dei singoli, dipendono unicamente dal buon uso delle risorse pubbliche.

Le SP sono strumenti²⁰ attraverso i quali gli enti perseguono, nel rispetto del principio del "buon andamento", le loro finalità. Il quadro normativo estremamente complesso²¹ che si è determinato si contrappone a una semplicità del quadro decisionale²² che si dovrebbe rispettare ove si affermasse, come condizione di legalità, la necessità di realizzare, in un quadro di tracciabilità del processo decisionale, il principio del "buon andamento", nell'ambito, più in generale, di comportamenti "eticamente adeguati". Come si dovrà, a nostro avviso, verificare, in un quadro di trasparenza e dunque di messa a disposizione delle informazioni che consentano di analizzare come il processo decisionale si è sviluppato²³. Lo si richiama, di seguito, inquadrandolo in un sistema coordinato di decisioni che si dovrebbero realizzare relativamente alla gestione dei servizi pubblici locali, che si è denominato "l'albero delle decisioni"²⁴. Il processo decisionale, che deve essere tracciabile e che si deve formare con riferimento al mantenimento o all'acquisizione di ogni partecipazione, dovrebbe pertanto, prima di tutto, chiarire come si è arrivati alla specifica soluzione analizzata relativamente alla forma di gestione dei servizi pubblici locali (SPL), seguendo di passo in passo lo schema di seguito richiamato nell'albero delle decisioni.

L'albero delle decisioni conduce alla individuazione della più conveniente forma di gestione di ognuno dei servizi pubblici prodotti da parte degli enti²⁵:

²⁰ Come è stato affermato dalla Sezione di controllo della Corte dei conti della Lombardia n. 270 del 2008, commentata da G. Farneti, *La seconda deliberazione della Corte dei conti – Lombardia in tema di partecipate: alcuni contenuti significativi sotto il profilo operativo*, in *Azienditalia*, n.1, 2009. Questa deliberazione ha chiarito che i criteri di efficienza, efficacia ed economicità non coincidono con il criterio della redditività, precisando altresì che "Il tema è particolarmente rilevante perché investe la scelta di dimensione del servizio, della sua qualità, delle tariffe e dell'eventuale costo sociale e dell'*accountability*, elementi tutti da valutarsi al fine di assicurare gli equilibri di bilancio e la sana gestione degli enti proprietari [nostra sottolineatura]".

²¹ Questa complessità è riconducibile a una produzione normativa enorme, ad orientamenti non sempre coerenti del nostro legislatore, a importanti sentenze della Corte Costituzionale, alle varieghe discipline di settore, all'esigenza di rispettare il quadro europeo in tema di libera concorrenza e di mercato. Tale complessità sembra si sia in parte attenuata in conseguenza della recente legge di stabilità, che ha eliminato alcuni divieti, come quelli relativi alle società strumentali o quelli riferiti agli enti minori, che avevano ingenerato molte discussioni e che ha anche ridisegnato l'obbligo di rispettare il patto di stabilità per le società in house. Tale legge è peraltro sintomatica di quanto il legislatore proceda in modo inspiegabilmente incerto, in tal modo allontanando la prospettiva di una PA che contribuisca positivamente alla capacità competitiva del nostro paese.

²² Sul punto, cfr. G. Farneti, *I controlli sulle partecipate: attualità del tema e rafforzamento del ruolo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, n.5, 2013, p. 392 e ss.

²³ Al riguardo il PNA interviene con la previsione dei PTTI, circa gli obblighi di trasparenza delle PA, tenendo conto delle prescrizioni di cui alla legge n. 190/2013.

²⁴ Cfr. G. Farneti, in *Azienditalia* i corsi, cit., par. 5.1.

²⁵ Per gli enti con un minore numero di abitanti (30.000, o 50.000) vi erano disposizioni limitative che impedivano di mantenere le partecipazioni esistenti o di acquisirne delle nuove, cfr. *Sistema delle partecipazioni societarie degli enti locali*, in *Modulo, Enti locali*, Ipsos, 2013, p. 598 e ss. Il legislatore vedeva, infatti, la SP come strumento strutturalmente non in grado di consentire la realizzazione del principio del "buon andamento" negli enti minori, a motivo delle loro ridotte strutture organizzative e dunque delle connesse competenze gestionali, così proponendosi di eliminare una fonte di patologie che si sta manifestando di sempre maggiore rilievo. La norma, come si è rilevato, è stata abrogata dalla legge di stabilità, sul punto

- Primo step, il servizio o è strumentale, o è un servizio pubblico locale (SPL).
 - Se è strumentale vanno valutate le disposizioni tese a limitare le SP, comunque limitate alle gestioni *in house* e dovrà dunque fare riferimento a società totalmente pubbliche. Va annotato che per tali servizi la forma di gestione usuale è quella in economia.
- Secondo step, il SPL è o meno a rilevanza economica (RE).
 - Se non lo è le forme di gestione possono essere molto variegata. Va notato che quella in economia dovrebbe essere riferita alle attività minori. Se la scelta ricade sulla società partecipata, questa dovrà realizzarsi nella forma *in house* e dovrà, nuovamente, dunque fare riferimento a società totalmente pubbliche.

Pertanto, con riferimento ad ogni SPL a rilevanza economica che l'ente possa ritenere come rientrante dell'ambito delle attività che l'ente medesimo vuole assicurare, si dovrà:

- Terzo step, verificare se il servizio (SPL, a RE) è assicurato o no dal mercato, in particolare non potranno essere assunte dall'ente le attività a mercato (nella realtà molto spesso non è così e questo è un enorme problema, ancora non risolto)²⁶, conseguendone la illiceità delle relative partecipazioni.
- Quarto step, in caso contrario, se si vuole fare carico di quel servizio, l'ente dovrà stabilire la privativa pubblica delineando gli obblighi del servizio pubblico (questo passaggio non è generalmente osservato, in contrasto, anche, con il quadro europeo)²⁷.
- Quinto step, successivamente l'ente dovrà metterlo a gara, curando nel contempo il contratto di servizio e poi attivando i controlli relativi (oggi, spesso, di fatto, assenti, con evidente "danno" per l'ente).
 - Con l'avvertenza che la gara potrà anche avvenire con le modalità del doppio oggetto, per il servizio e per la ricerca del socio privato operativo.

In alternativa alla gara potrà sempre essere predisposto l'affidamento diretto, nella forma *in house*, dunque nuovamente nei confronti di una società totalmente pubblica (spesso carente, di fatto, sotto il profilo dell'effettiva realizzazione dei controlli analoghi, con possibile "danno" per l'ente), quando il mercato non è in grado di assicurare la conveniente gestione del servizio, sulla base di un'analisi che lo dimostri²⁸ (analisi che normalmente, invece, è assente, in contrasto, anche, con il quadro europeo, così allargandosi l'area dell'illiceità).

La gara, o l'affidamento diretto dovranno comunque precisare i richiamati obblighi di servizio pubblico e di servizio universale. Dovranno inoltre chiarire le eventuali compensazioni economiche delle quali tenere naturalmente conto nei bilanci degli enti interessati, attesa l'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle SP e la necessità conseguente d'impegnare le risorse degli enti proprietari. Conseguendone che le SP non potranno essere in perdita se non per fatti del tutto eccezionali che si siano prodotti successivamente all'assestamento di bilancio che, in quanto finalizzato ad assicurare gli equilibri dell'ente proprietario, dovrebbe comunque recepire le perdite in corso di formazione, almeno nella parte per la quale si rifletteranno sui propri bilanci.

Va annotato che gli affidamenti diretti a SP possono (o potranno, superato il periodo transitorio), salvo specifiche previsioni normative di carattere eccezionale, essere realizzati solamente nei confronti di società

si veda l'analisi riportata su Modulo, 2014, in corso di stampa. Ma le esigenze che vi erano a suo fondamento permangono e quindi ogni decisione al riguardo, sia nel mantenerle, sia nel costituire delle nuove, dovrà, attraverso le necessarie motivazioni, tenerne conto.

²⁶ Cfr. Rassegna Normativa – Servizi Pubblici Locali, alla pagina: http://www.astrid-online.it/Riforma-de2/Normativa/Raccolta-normativa-SPL_19aprile2013.pdf, pag. 8 e ss. dove si può leggere: "Gli orientamenti europei contemplanò un duplice ordine di richiami alla concorrenza. Il primo fa riferimento alla sussidiarietà orizzontale. In base a tale criterio l'attribuzione di diritti di esclusiva dovrebbe limitarsi ai casi in cui le caratteristiche produttive o dei contesti economici e sociali non rendono percorribile la concorrenza <<nel>> mercato."

²⁷ La nota precedente così prosegue: "Il secondo riguarda la concorrenza <<per>> il mercato. In questa accezione l'affidamento diretto, che comporta la sottrazione a procedure di evidenza pubblica, dovrebbe essere giustificata da un bisogno pubblico la cui soddisfazione non è realizzabile tramite la concorrenza." Serve al riguardo un'apposita relazione da parte dell'ente, come prevista dall'art. 34, comma 20, del d. l. n. 179 del 2012, "che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prevista e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste." In questa norma, lo si noti, è indicato l'oggetto della relazione con un notevole dettaglio, che dunque dovrà dar luogo a una precisa motivazione, atta a dar conto del processo decisionale che si è seguito. La norma richiamata prevede altresì che gli affidamenti in essere "non conformi" debbano essere adeguati.

²⁸ Come previsto dalla relazione di cui alla nota precedente, la stessa richiederà "un adeguato supporto motivazionale comprensivo di valutazioni circa la convenienza rispetto alle modalità alternative di affidamento e l'eventuale loro non praticabilità", cfr. Modulo, cit., p. 619.

totalmente pubbliche, nella forma *in house*²⁹. Pertanto, le numerosissime società oggi esistenti, dove la partecipazione pubblica non è totalitaria, all'infuori di quelle che si sono formate nell'ambito di una gara con il doppio oggetto di cui si è detto e di quelle previste da norme specifiche, dovranno essere eliminate (dismesse o liquidate). Alla medesima soluzione si dovrebbe giungere per quelle società che, seppure interamente pubbliche, non realizzano il controllo analogo, o l'esercizio delle attività a favore prevalentemente degli enti soci. In mancanza, emergeranno specifiche responsabilità, che il PNA e i PTCP, attraverso la disciplina che si è richiamata, contribuiranno a meglio individuare.

Risulta evidente come la necessità di un processo decisionale tracciabile, che si sviluppi dimostrando i passaggi che sono stati richiamati, costituisca un enorme deterrente per contrastare la corruzione, in grado d'impedire il perseguimento d'interessi privati, o comunque di condotte amministrative non finalizzate al "buon andamento". In questo contesto un aspetto estremamente importante è quello connesso alla dimostrazione della "stretta necessità" della SP, sia quando si da vita ad un nuovo soggetto, sia nel mantenerlo nel tempo³⁰.

Le società in perdita

Nella vasta tematica delle patologie³¹, quella forse più rilevante è costituita dalle società in perdita. In questa sede si vuole rammentare che le perdite, nell'ambito di una gestione "legale", ed eticamente orientata, finalizzata al "buon andamento", rispettosa del processo decisionale che al riguardo si deve affermare, in particolare attraverso il quinto step sopra richiamato, non dovrebbero verificarsi, se non eccezionalmente e in misura modesta. Non è così. Al contrario le perdite si ripetono e ricadono sui bilanci degli enti, come innumerevoli esempi dimostrano³².

Questi fatti si producono perché l'ordinamento non è rispettato e conseguentemente il processo decisionale non è messo in chiaro (spesso per nascondere il perseguimento d'interessi diversi da quelli espressi dal "bene comune" e cioè dal "buon andamento")³³; perché, aggiungiamo, i controlli interni sono quasi inesistenti e quelli esterni non sempre sono efficaci. La recente legge di stabilità ha posto specifici vincoli sui bilanci degli enti proprietari di partecipazioni relative a soggetti che presentino risultati in perdita, così responsabilizzando nei confronti dei cittadini le relative amministrazioni. Siamo portati a ritenere che questa nuova disciplina si aggiunga al quadro normativo esistente e per il quale, lo annotiamo nuovamente, le perdite non dovrebbero verificarsi.

In questa situazione, in particolare in conseguenza dei fallimenti³⁴ che sempre più spesso coinvolgono le SP, emergono le responsabilità nella gestione delle stesse. Ma va osservato che è plausibile che tali

²⁹ Nei confronti delle quali si devono verificare due condizioni: l'esercizio del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'ente, o degli enti proprietari; che la società realizzi la maggior parte della propria attività per l'ente, o per gli enti, controllanti.

³⁰ Secondo la previsione di cui alla l. n. 244 del 2007 e secondo la "Relazione" di cui alla nota 27.

³¹ Per un loro approfondimento cfr. G. Farneti, *I controlli sulle partecipate: attualità del tema e rafforzamento del ruolo della Corte dei conti*, in *Azienditalia*, n.5, 2013.

³² Cfr. G. Farneti, *Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate*, in *Azienditalia*, n. 11/ 2012, dove si chiarisce che le società in perdita sono pari al 38,3% del totale delle SP e sono riferite a tutti i settori considerati, anche a quelli relativi ad attività a mercato e quindi tali da non giustificare una partecipazione societaria; non solo, si precisa altresì che le società con patrimonio netto negativo sono pari al 6,4%, anch'esse riferite a tutti i settori considerati. A. Borghi e S. Pozzoli, in *Il revisore degli enti locali*, Ipsoa, 2013, a p. 285, dopo avere chiarito che non esistono società 'strutturalmente in perdita', perché la società in tal caso o è male amministrata, o il contratto di servizio è inadeguato, evidenziandosi in entrambi i casi la responsabilità degli amministratori dell'ente locale, così proseguono con riferimento ad un esempio eclatante "Ora può essere che gli amministratori delle società in house siano tutti incorsi in situazioni sfortunate di gestione, ma è ragionevole supporre che, trattandosi di aziende che operano per il comune, a tali perdite corrispondano minori spese correnti del comune che, altrimenti, sarebbe in disavanzo in loro vece. ... Ma nella sostanza è il dato delle perdite ingenti che non fa ben sperare sulla sopravvivenza delle aziende e del comune stesso." Ci si potrebbe chiedere come mai patologie di questo tipo, con uno spreco enorme di risorse pubbliche, a tutti note, abbiano potuto verificarsi e proseguire, indisturbate, nel tempo: dare una risposta e trovare un rimedio significa anche avere individuato la chiave per risolvere i problemi della nostra PA, la speranza è nella possibilità che le norme richiamate vi possano contribuire.

³³ Circa l'utilizzo dello strumento della SP per eludere l'ordinamento, cfr. i lavori di cui alla nota precedente, ma la bibliografia è al riguardo veramente notevole.

³⁴ Sulla fallibilità di una società a controllo pubblico, la dottrina e la giurisprudenza non sono unanimi. Per un'analisi della materia e per l'individuazione dell'orientamento maggioritario, cfr. L. Balestra, in *Concordato, assoggettabilità delle società partecipate da enti pubblici e prededucibilità del finanziamento dei soci*, in *Il Fallimento*, Ipsoa, n. 10/2013, p. 1282 e ss., che osserva che tale orientamento maggioritario "di fatto impone all'interprete una lettura in controtendenza delle clausole statutarie al fine di accertare se, e con quale grado di incidenza, una società di diritto privato a partecipazione pubblica presenti un legame con l'interesse pubblicistico perseguito dall'ente che riveste la qualità di socio". Tale indagine, potrebbe anche portare, riteniamo, a concludere che le società in house non possano fallire, con conseguenze immaginabili, ma d'approfondire, ove si rifletta sul punto che l'analisi che è stata

responsabilità si estendano a chi ha operato negli enti interessati, in particolare con riferimento alla veridicità degli atti che di volta in volta si sono formati nell'ambito delle politiche (dunque dei connessi comportamenti) che l'ente ha seguito e che hanno accompagnato la vita delle SP in perdita, o anche rispetto alla natura degli interessi concretamente perseguiti. Circa gli atti, spesso carenti sotto il profilo della veridicità, ci si riferisce ad esempio ai seguenti: ai bilanci, ai rendiconti³⁵, alle relazioni previsionali e programmatiche, più in generale a tutti i documenti del sistema del bilancio; alle menzionate motivazioni³⁶ a giustificazione delle SP; alle analisi di mercato, ai business plan e in genere a tutti gli aspetti che sono richiamati negli step prima delineati. E' altresì ipotizzabile che, nelle situazioni appena menzionate, sempre di più il "danno erariale" sia contestato.

Conclusioni

Riteniamo che sia giunto il momento dei grandi cambiamenti, negli enti e, in particolare, nelle SP. L'occasione è espressa dal PNA e dai PTPC e da ciò che gli stessi richiedono, dai richiami al codice di comportamento dei dipendenti pubblici, dalla normativa in tema di trasparenza. L'applicazione di queste disposizioni è in grado di attivare il non più rimandabile processo di cambiamento. Il pericolo è quello, già richiamato, relativo alla mole di carta che gli enti dovranno predisporre, al fatto che la stessa si risolva in puri adempimenti. Ma le sensibilità al riguardo stanno crescendo. La Magistratura ordinaria ha iniziato ad interessarsi a queste vicende. La situazione economica del paese e degli enti non consente l'ulteriore sperpero di risorse ed i cittadini in conseguenza sono sempre più attenti. La buona amministrazione può, in questo contesto, realizzarsi non solamente come conseguenza di un quadro normativo finalmente reso operante, ma anche in quanto politicamente pagante. Appunto perché la buona amministrazione, l'etica e la legalità viaggiano, chiaramente, sullo stesso binario.

Un comportamento è pertanto legale se è indirizzato in senso etico, se si propone nelle sue finalità il bene comune e non l'interesse di una qualche parte. Se, pertanto, gli strumenti della programmazione/controllo³⁷ vengono utilizzati in termini tracciabili, dando luogo a corretti e motivati percorsi decisionali.

Le recentissime novità contenute nella legge di stabilità, in particolare l'eliminazione d'importanti divieti, come quelli già menzionati relativi agli enti minori o quelli riferiti alle società strumentali, evidenziano in misura ancora maggiore come il processo decisionale che si sviluppa al riguardo negli enti proprietari debba essere "tracciabile" ed "eticamente e giuridicamente adeguato" nei suoi contenuti.

In sintesi estrema si può affermare che assicurare la tracciabilità del processo decisionale, alla luce della normativa alla quale ci siamo riferiti, significa motivare puntualmente gli atti e i comportamenti, lasciando evidenza del percorso seguito e rendendoli in tal modo riproducibili, mettendo in campo comportamenti eticamente adeguati e dunque contributivi della realizzazione del bene comune e del principio, posto a presidio della legalità, del "buon andamento".

richiamata conduce a considerare che la gestione di servizi strumentali o di SPL può essere affidata direttamente solamente a società di questo tipo.

³⁵ Al riguardo la Corte dei conti, in particolare la Sezione Autonomie, si è soffermata sulla vastissima diffusione del fenomeno richiamato.

³⁶ Nella deliberazione della Sezione di controllo della Corte dei conti del Friuli Venezia Giulia, n. 31/2012/VSGO, avente ad oggetto il "Monitoraggio sulle società partecipate", in attuazione dell'art. 3, commi 27 e seguenti della legge n. 244/2012 e concernente le deliberazioni degli enti relative al mantenimento o alla dismissione delle partecipazioni, si può leggere: "la motivazione del 79, 80% delle partecipazioni per cui è stato deciso il mantenimento è ascrivibile all'esito 3 e cioè al caso in cui l'ente ha ampliato una motivazione sostanzialmente tautologica con indicazioni riferite all'oggetto sociale e all'attività della partecipata, che talvolta vengono correlati ai motivi di pubblico interesse che hanno condotto alla sua costituzione o a riferimenti normativi e/o amministrativi che ne giustificerebbero l'esistenza."

³⁷ Cfr. la deliberazione della Corte dei conti, Sezione Autonomie, n. 14/AUT/2010/FRG, nella quale si può leggere come, anche sulla base degli interventi normativi che si profilavano sin da allora in termini di controlli interni, "Sembrirebbe, così, recepito l'assunto che la verifica dell'efficacia ed efficienza delle società pubbliche non possa che inquadarsi all'interno della politica di programmazione posta in essere dal socio pubblico, di cui le società costituiscono uno strumento di attuazione".