

IV Sessione

I nuovi caratteri dell'azione amministrativa liberalizzata tra tutela della concorrenza, obblighi di trasparenza e corretta gestione delle risorse pubbliche

La tutela dell'integrità e dell'efficienza della finanza pubblica e le nuove forme di liberalizzazione dell'azione amministrativa

Indice: 1. Il confronto con le riforme degli anni '90. Differenze e analogie. 1.1. Il buon andamento amministrativo. Il binomio della trasparenza e dell'efficienza. 1.2. Le diverse declinazioni dei fenomeni di liberalizzazione dell'azione amministrativa. 2. Verso un sistema unitario di tutela della finanza pubblica. Il ruolo dell'Anac. 2.1. La devianza finanziaria e la prevenzione amministrativa nei contratti pubblici. 3. La Corte dei conti nel sistema di prevenzione generale. Raccordi e sinergie tra controllo e giurisdizione. Un nuovo "modus operandi". 3.1. Il Codice dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti. 3.2. La legittimazione processuale del Pubblico Ministero ed i collegamenti tra le giurisdizioni di danno. 4. Il conflitto tra le giurisdizioni e l'oscillazione dei criteri di riparto. 4.1. La generalità della giurisdizione contabile nelle materie di contabilità pubblica. 4.2. I criteri di riparto della giurisdizione nei confronti delle società a partecipazione pubblica. Le società in house. 4.3. Il Testo unico delle società a partecipazione pubblica (D. Lgs. n. 175/2016). I punti critici e l'evoluzione delle materie di contabilità pubblica. 5. Sintesi delle conclusioni.

1. Il confronto con le riforme degli anni '90. Differenze e analogie.

Le analogie e le differenze tra il disegno di riforma espresso nella legge 124/15 (*“Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*, cd. *Riforma Madia*), ed il processo similare che ha contraddistinto la legislazione degli anni '90, sono tutte riconducibili alla linea di discriminazione, incentrata sul fenomeno della privatizzazione, e sulla diversa cornice normativa attribuita al principio dell'efficienza.

Negli anni '90 la privatizzazione della pubblica amministrazione assume una rilevanza fondamentale e quasi salvifica, perché all'utilizzazione dei tradizionali istituti del diritto privato -dal contratto allo strumento societario- è stato affidato il recupero dell'effettività dell'azione pubblica, gravemente compromessa da una stagione storica segnata dalla crisi degli istituti autoritativi e procedimentali, tipici del diritto amministrativo.

Rileggendo a ritroso i risalenti dibattiti d'opinione, traspare il forte e diffuso convincimento che l'azione amministrativa fosse viziata dall'inadeguatezza delle discipline procedimentali e delle regole dell'organizzazione pubblica, gravate da controlli formali, ritenuti inutili ed inefficaci¹.

Pertanto, le riforme degli anni '90 segnano una profonda trasformazione dell'agire amministrativo, affidata all'integrazione del diritto pubblico con il diritto privato, che non costituiscono più dei *territori chiusi e separati*, perché tra di essi nasce un'area-cuscinetto, a geometria variabile, occupata promiscuamente dall'autorità e dall'autonomia, e da istituti a doppia cittadinanza, che operano con strumenti apoliti, funzionali al perseguimento tanto degli interessi pubblici, quanto degli interessi privati².

¹ D'Auria G. “I controlli” in S. Cassese (a cura di) Trattato di diritto amministrativo, vol. II, Milano 2000.

² Cogliando G. “La diade pubblico-privato nel controllo di gestione” in Rivista Corte dei conti, I, 1997.

Nel contesto di tale evoluzione normativa, le regole proprie dell'agire amministrativo si presentano non più come regole speciali e riservate alla p.a., ma come regole oggettivate ed estese al soggetto privato che coopera nell'attuazione del fine pubblico³.

Emerge, dunque, l'accentuazione delle "interferenze" tra diritto comune e diritto amministrativo e la diffusione di discipline caratterizzate dalla combinazione tra elementi di diversa natura, e dall'esistenza di moduli "misti", che realizzano un contemperamento tra gli aspetti soggettivi nei quali prevale il profilo pubblicistico, e gli aspetti oggettivi, nei quali, al contrario, si afferma la connotazione privatistica⁴.

La transizione verso la recente riforma amministrativa contenuta nella legge 124/15 cit., trova il fondamentale centro di attrazione e di sintesi nel principio dell'efficienza amministrativa, che contribuisce a formare lo spartiacque dalle riforme risalenti agli anni '90.

La lettura inizialmente unitaria dei principi di imparzialità e di buon andamento amministrativo enunciati nell'art. 97 Cost.⁵, è stata progressivamente sostituita da una diversa interpretazione, fondata sull'autonomia e sull'espansione contenutistica del buon andamento, nei molteplici significati che si manifestano attraverso il principio di efficienza, il quale rappresenta uno dei pilastri fondamentali recepiti nella legge 7 agosto 2015, n. 124 cit.

³ Per l'*oggettivazione dell'azione amministrativa*, Maddalena P. "La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici" in Riv. Rep. It., I, 1996.

⁴ Franchini M. "Tendenze recenti dell'amministrazione italiana tra diritto pubblico e diritto privato" in Foro amm. II-1994.

⁵ "I due principi sotto la suggestione dell'abbinamento costituzionale, vengono mischiati tra loro in maniera non facilmente discernibile, ed il loro reciproco rapporto rimane incerto. Manca un sufficiente accordo sul loro significato", Allegretti U. "Imparzialità e buon andamento amministrativo" in Digesto Disc. Pubbl. VIII, Torino 1993).

1.1. Il buon andamento amministrativo. Il binomio della trasparenza e dell'efficienza.

I temi dell'efficienza nell'organizzazione e nell'esercizio dei pubblici poteri, uniti ai temi dell'economicità nella gestione delle risorse e dell'effettività degli strumenti di controllo per la tutela dell'integrità della finanza pubblica allargata, assumono una rilevanza strategica nelle risposte che il diritto amministrativo e le discipline di contabilità pubblica possono dare ai vecchi ed ai nuovi bisogni di buona amministrazione.

L'apertura di una stagione normativa di *ritorno al riformismo amministrativo* è avvenuta in un contesto nel quale la crisi economica e l'emersione contestuale dei disagi sociali, si ricongiunge naturalmente alle istanze di efficienza delle gestioni pubbliche, intese come sistema condizionante le libertà ed i diritti dei cittadini, i quali costituiscono l'essenza ed il fondamento stesso dello Stato democratico.

La legge 124/2015 ha provveduto con il metodo della delega legislativa, alla revisione di numerose e fondamentali discipline generali inerenti l'organizzazione ed il funzionamento della pubblica amministrazione, con il duplice obiettivo di rafforzare l'*unitarietà* del sistema amministrativo, e di introdurre al contempo *flessibilità* all'interno delle singole amministrazioni (v. lavori preparatori).

L'impronta peculiare dell'avviato processo normativo, consiste nella riforma dell'amministrazione pubblica, intesa come *tema unitario*, con il superamento delle logiche auto-referenziali di separazione, contrapposizione, competizione, di ciascuna amministrazione, con le altre, egualmente appartenenti al medesimo perimetro della finanza pubblica.

Recuperando con maggiore coerenza e consapevolezza i temi riformisti degli anni '90, il principio del buon andamento amministrativo, supera definitivamente la sua indeterminatezza, per la doppia appartenenza alla scienza dell'amministrazione ed al

diritto amministrativo, e si coniuga in modo inscindibile, con il valore dell'efficienza amministrativa.

Il binomio e l'equivalenza normativa tra il buon andamento e l'efficienza amministrativa impongono la ragionevolezza, la congruità e la proporzionalità dell'azione pubblica, che diviene pienamente sindacabile, nei profili di legittimità sostanziale, secondo il criterio dell'effettività dei risultati economico-finanziari rivolti al soddisfacimento dei bisogni collettivi.

Quindi, l'efficienza amministrativa, nella sua dimensione teleologica, agevola le nuove letture dell'art. 97 Cost. e della legge n. 241/1990, e completa il raggio del sindacato di legittimità sulle gestioni pubbliche, al quale appartiene -oramai da tempo- il principio di economicità.

La nuova dimensione teleologica dell'efficienza amministrativa è inserita nell'ambito di una riforma generale, che presuppone la completa e piena trasparenza dei rapporti tra il cittadino e l'amministrazione.

Nell'aspirazione a una democrazia intesa come "regime del potere visibile" (secondo la nota definizione di Norberto Bobbio), la trasparenza si colloca non solo come strumento di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma anche come istituto primario per il ri-avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, nell'ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 della Costituzione (v. CdS Ad. Cons. n. 515/16).

Tuttavia, il valore della trasparenza richiede regole e criteri direttivi di semplificazione normativa (cfr. art. 7, comma 1 legge n. 124/15 cit.), poiché la "*burocrazia della trasparenza*" e la "*opacità per confusione*" costituiscono situazioni di significato esattamente contrario (CdS 515/16 cit.)

1.2. Le diverse declinazioni dei fenomeni di liberalizzazione dell'azione amministrativa.

Il termine *liberalizzazione* dell'attività amministrativa assume diversi significati, poiché evidenzia -innanzitutto-

l'ampia utilizzazione degli strumenti tipici del diritto privato da parte delle organizzazioni pubbliche, con un'estensione d'uso talmente ampia da evocare la *fuga dell'amministrazione nel diritto privato* ⁶.

La *liberalizzazione* è divenuta anche il sinonimo dei fenomeni di *privatizzazione* delle attività economiche in mano pubblica, con la connessa distinzione tra la privatizzazione meramente formale dell'ente amministrativo in organismo societario, e -viceversa- la privatizzazione sostanziale, realizzata con l'effettiva cessione nel mercato, della partecipazione pubblica di governo strategico della società amministrata (C. Cost. 466/93).

I fenomeni di liberalizzazione nella legge 124/15 si combinano con le logiche della semplificazione normativa, nei rapporti tra la p.a. ed i soggetti privati, professionisti ed imprese, e nei modi di organizzazione e d'esercizio delle attività pubbliche (art.3-6 legge cit., da s.c.i.a. ad autotutela). Entrambi i profili di semplificazione partecipano all'incremento dell'efficienza amministrativa.

La liberalizzazione è anche sinonimo di agevolazione dei meccanismi di crescita della concorrenza del mercato e per il mercato.

Infine e purtroppo, la liberalizzazione assume anche connotati negativi, laddove il termine sia utilizzato per indicare i fenomeni di scambio illecito di utilità economiche, con l'avvalimento della funzione pubblica che diviene bene negoziabile e commerciabile.

In tali molteplici contesti, è opportuno comunque evidenziare come l'efficienza amministrativa non sia più rimessa esclusivamente alla maggiore utilizzazione degli strumenti di diritto privato, ed alla cd. aziendalizzazione delle figure organizzative, perché essa coinvolge -anche e principalmente- le forme ed i modi di esercizio delle attività di diritto pubblico.

Se la privatizzazione non costituisce un problema sull'*an* ma sul *quomodo*, l'efficienza è un tema che afferisce

⁶ Nigro M. "L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali" in Scritti giuridici, III, 1996.

tutte le attività della pubblica amministrazione, non solo quelle di diritto privato, ma a maggior ragione, quelle di diritto pubblico⁷.

2. Verso un sistema unitario di tutela della finanza pubblica. Il ruolo dell'Anac.

I percorsi virtuosi e le insidie normative nel sistema di tutela della finanza pubblica, possono essere esaminati attraverso la dinamica dei rapporti tra i controlli pubblici, le misure di prevenzione dell'illegalità e della corruzione, e la responsabilità amministrativa.

Le misure di reazione all'illegalità amministrativa tendono a costituirsi in un sistema unitario, nel quale gli interventi di contrasto repressivo, e la strategia del contrasto preventivo appartengono ad un sistema integrato di garanzie, poste a tutela dell'integrità dei bilanci pubblici.

La continuità giuridica tra il contrasto preventivo ed il contrasto repressivo, affida alla tutela finanziaria-contabile di natura risarcitoria/sanzionatoria, un ruolo non solo consequenziale, ma anche complementare alla tutela penale.

Tuttavia, dalla fisionomia complessiva della *leva preventiva* nell'azione di contrasto alle patologie corruttive, emergono le disposizioni di potenziamento -in forma quasi esclusiva- dei poteri conoscitivi, di vigilanza e di regolazione flessibile, attribuiti all'ANAC, la quale tende ad assumere il ruolo di cabina di regia nazionale e di perno istituzionale di un sistema, tendenzialmente unitario, di prevenzione amministrativa e di anticorruzione in tutte le amministrazioni pubbliche.

⁷ Per una completa ed approfondita letteratura giuridica sull'avvio e sullo stato dei processi di riforma connessi alla legge 124/15, con particolare riferimento ai temi dell'efficienza amministrativa, v. tra i Quaderni della SPISA: "L'amministrazione che cambia" a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini; "La Riforma della Pubblica Amministrazione. Cosa è stato fatto, cosa resta da fare", corso monografico 2015; "Forma e riforma dell'amministrazione pubblica tra crescita economica e servizio ai cittadini" a cura di M. Gorla e F. Mastragostino; "Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione" a cura di F. Mastragostino 2016.

Le misure della prevenzione amministrativa, già ampiamente contemplate nella legge n. 190/2012, e dalla serie delle disposizioni normative conseguenti, hanno immediatamente manifestato il bisogno del riassetto normativo, al fine di collocare in ordine sistematico, l'eccesso delle disposizioni provenienti da una legislazione concepita sotto la pressione dell'emergenza e dell'urgenza.

L'efficienza dei sistemi di *enforcement* è correlata anche al radicamento di una solida e condivisa cultura della legalità nella società e nelle istituzioni, che costituisce la forza primaria per vincere sulle corrottele, sui ritardi, sulle omissioni e sugli sprechi nella pubblica amministrazione.

La ri-configurazione del profilo istituzionale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con la contemporanea soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), e l'assorbimento delle relative funzioni⁸, è stata completata dal decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici)⁹.

La riforma legislativa del sistema dei contratti pubblici è intervenuta a consolidare la *mission* istituzionale dell'Anac, che è stata individuata "nell'obiettivo di svolgere un'azione efficace di prevenzione e di contrasto alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni, in tutti gli ambiti di intervento -non soltanto quello dei contratti pubblici, particolarmente esposto a forme di illegalità e di mala gestione- attraverso il controllo sull'applicazione delle norme previste per la prevenzione della corruzione e

⁸ v. art. 19 decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, cit. Il repentino compimento del percorso avviato dal legislatore alla fine del 2012 va anche ricondotto alla situazione di grave allarme sociale determinatasi all'indomani dei casi giudiziari che hanno visto coinvolti, nei mesi immediatamente precedenti l'adozione del d.l. 90/2014, importanti appalti legati alla realizzazione dell'Esposizione Universale di Milano (Expo 2015) e del Modulo sperimentale elettromeccanico (Mose) della laguna di Venezia, proseguita con le successive inchieste del filone c.d. Mafia Capitale (relazione ANAC 2015).

⁹ V. d. lgs. cit. "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. (16G00062) (GU Serie Generale n.91 del 19-4-2016 - Suppl. Ordinario n. 10).

di quelle in materia di trasparenza sulle attività delle amministrazioni pubbliche”¹⁰.

Pertanto, sul fondamento dei cambiamenti normativi e delle innovazioni organizzative intervenute, la missione istituzionale è stata interpretata dall’Anac con il ri-disegno delle competenze nella «prevenzione della corruzione nell’ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l’attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l’attività di vigilanza nell’ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della PA che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione»¹¹.

E’ alquanto palese la svolta normativa in favore del consolidamento e del rafforzamento del ruolo dell’Anac, quale Autorità di coordinamento, di vigilanza e di controllo sull’effettività delle misure di prevenzione amministrativa.

La programmazione della prevenzione non è un semplice settore di attività, assoggettato a riforma permanente, ma esprime il *nuovo modo di essere* delle organizzazioni pubbliche, secondo le linee-guida dell’integrità e della trasparenza della gestione della spesa, e della valutazione della *performance*, nell’interesse del cittadino, titolare del diritto di accedere e di conoscere tutti i dati e le informazioni relative all’andamento amministrativo.

¹⁰ Dalla constatazione che le disfunzioni lungo l’intero ciclo di vita dell’appalto sono riconducibili all’operato tanto delle stazioni appaltanti quanto delle imprese esecutrici, emerge con tutta evidenza come la possibilità per il Paese di dotarsi di beni e servizi ma soprattutto di infrastrutture efficienti, realizzate a costi e tempi accettabili per la collettività, passi anche attraverso una necessaria riforma delle “regole del gioco”, che si auspica siano meno legate al formalismo procedurale e più attente alla sostanza, cioè alla capacità di individuare gli attori migliori, sia dal lato della domanda sia dal lato dell’offerta Va nella giusta direzione il “rating di legalità” attribuito dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) alle imprese più virtuose” (rapporto ANAC 2015 cit.).

¹¹ V. il *Piano di riordino* disponibile nella sezione *Attività*, area *Piano di riordino* del sito istituzionale dell’Autorità, www.anticorruzione.it.

2.1. La devianza finanziaria e la prevenzione amministrativa nei contratti pubblici.

Nella distinzione concettuale tra i due schemi di devianza amministrativa, discriminati per appartenenza alla *corruzione sistemica* od alla *corruzione burocratico-pulviscolare*, l'intero sistema della prevenzione ruota sulla figura organizzativa del RPC (*responsabile della prevenzione della corruzione*), ed intorno a tale figura deve essere ricostruita la rete delle relazioni programmatiche e di attuazione, sulla quale poggia l'effettività e la efficacia della pianificazione di contrasto dei fenomeni devianti dalla buona amministrazione.

La rete di relazioni organizzative, da costruire all'interno ed all'esterno di ciascuna amministrazione, deve poggiare sulla consapevolezza della combinazione e della commistione tra le due categorie ontologiche di devianza finanziaria, e sulla certezza storico-ambientale che la *corruzione sistemica* e la *corruzione burocratico-pulviscolare*, sono antagoniste delle misure di ripristino, e degli interventi di attivazione dei percorsi di ottimizzazione della spesa e di eliminazione degli sprechi e delle inefficienze¹², ed esprimono dinamiche di ritorno di logiche d'illegalità amministrativa che si ripetono uguali a sé stesse, nel lungo periodo.

Per interrompere la frequenza dei fenomeni ripetitivi nelle logiche e nelle dinamiche di devianza finanziaria, in pregiudizio dell'integrità della finanza pubblica, e del buon andamento amministrativo, è fondamentale operare con verifiche di effettività e riscontri di efficienza sulle relazioni tra le istituzioni di garanzia, e sui rapporti integrati tra le competenze di contrasto preventivo e di contrasto repressivo.

Sul versante delle riforme amministrative, tuttora *in itinere*, rimangono aperte molteplici questioni di rilevanza strategica, tra le quali il tema del rafforzamento della separazione tra politica ed amministrazione -senza immunità giurisdizionali- (v. art. 11 legge 124.15 cit.), ed

¹² v. rif. in rapporto Anac 2015 sull'emersione dei fenomeni ambientali: Mose, Expo, Roma Capitale, Centro sociale di Mineo, Infrastrutture strategiche.

il coordinamento e la semplificazione del sistema dei controlli con il ruolo di *centralità* assunto dall'Anac, la quale condivide competenze contigue, ed interseca molte competenze limitrofe alle attribuzioni della Corte dei conti, sulle quali è necessario attivare le necessarie misure di coordinamento organizzativo (*v. es. obblighi denuncia*).

In tali complessi ed articolati fenomeni normativi ed organizzativi, coinvolti nel disegno di riforma generale della pubblica amministrazione, si collocano le funzioni di controllo e di giurisdizione della Corte dei conti, a garanzia del buon andamento amministrativo con strumenti di prevenzione, dissuasione e contrasto territoriale delle pratiche di cattiva amministrazione.

Il ruolo della Corte dei conti nel sistema di contrasto preventivo dell'illegalità amministrativo-finanziaria, diviene ancora più fondamentale, qualora si presti attenzione alle recenti dinamiche di recepimento nazionale delle direttive comunitarie in materia di contratti pubblici (direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e sugli appalti pubblici).

Infatti, nel nuovo contesto giuridico europeo, la *elasticità* e la *flessibilità* della negoziazione, costituisce il parametro di maggiore efficienza e qualità degli appalti pubblici, che tende a sostituirsi ai meccanismi rigidi, asettici e meramente automatici di selezione dei concorrenti e dei soggetti aggiudicatari¹³.

Nelle più recenti letture delle dinamiche normative nella materia dei contratti pubblici, il bando di gara diviene quasi un *abito sartoriale* cucito sulla fisionomia dei bisogni d'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

Ed è alquanto ovvio come la *sartoria dell'appalto pubblico* si presti al duplice ed antitetico utilizzo, poiché potrà essere una virtuosa occasione d'innovazione e d'incremento dell'efficienza amministrativa, ma potrà anche rappresentare -al contrario- un'area di negoziazione

¹³ Sulla liberalizzazione della discrezionalità amministrativa nei contratti pubblici v. Iacubino M. "Trasparenza ed efficienza nei contratti pubblici", in "Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione" 2016 cit.

e di scambio, informata a pratiche corruttive ed a comportamenti subdoli di spreco e di malamministrazione delle risorse pubbliche.

Tale considerazione avvalora ancora di più la necessità di rafforzamento delle sinergie tra le misure di prevenzione amministrativa, con l'avvalimento del patrimonio informativo in dotazione all'Anac, proveniente dalla vigilanza operata sul sistema dei contratti pubblici e sulle singole procedure di affidamento e di esecuzione negoziale, la quale è stata ampliata dai poteri di cd. regolazione flessibile.

Particolare attenzione dovrà essere dedicata ai profili innovativi della legislazione anticorruzione¹⁴, ed ai nuovi strumenti di vigilanza affidati all'Anac, con la dotazione di banche-dati, e la gestione di elenchi ed informazioni aggiuntive, che incrementano i poteri d'analisi per l'accertamento delle patologie contrattuali¹⁵.

3. La Corte dei conti nel sistema di prevenzione generale. Raccordi e sinergie tra controllo e giurisdizione. Un nuovo “modus operandi”.

I principi interpretativi preposti al raccordo tra l'assetto dei controlli ed il sistema delle responsabilità pubbliche, dimostrano che la tutela dell'efficienza amministrativa richiede un modello di collegamento sempre più improntato, non a divieti e preclusioni, ma a sinergie organiche e sistematiche tra gli strumenti di garanzia della legalità.

E' necessario e fondamentale, la realizzazione di un ordinamento unitario delle garanzie di legalità finanziarie

¹⁴ v. il nuovo regime di pubblicità e di trasparenza delle informazioni accessibili che comprende “*i rilievi ancorché non recepiti della Corte dei conti*, e la nuova disciplina dei poteri e della responsabilità del responsabile della prevenzione della corruzione-RPC (art 27 e 41 d.lgs. 97.2016 cit.),

¹⁵ v. Schema linee-guida in corso d'approvazione in attuazione dell'art. 192, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (codice contratti pubblici), il quale, nell'esercizio della delega conferita dall'articolo 1, comma 1, lettera e) della legge 28 gennaio 2016, n.11, ha istituito presso l'ANAC, «anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie *società in house*».

ed economiche, predisposte per l'integrità e per l'efficienza della gestione delle pubbliche risorse.

I fenomeni d'inefficienza amministrativa si contrastano con le misure d'efficienza giudiziaria, le quali presuppongono un ambiente normativo, che con coerenza e ragionevolezza indichi i principi del collegamento tra gli strumenti di tutela giurisdizionale, senza contraddizioni, zone d'ombra, e sovrapposizioni tra gli interventi di tutela.

La complessità del ruolo della Corte dei conti nella duplice funzione di controllo e di giurisdizione, quale magistratura preposta alla tutela degli equilibri di bilancio, del buon andamento e dell'efficienza amministrativa, richiede una completa sinergia tra le due funzioni contemplate in diverse disposizioni costituzionali (artt. 100 e 103 Cost.), le quali sono entrambe poste in ausilio alla nuova costituzione euro-comunitaria ed economica della pubblica amministrazione (artt. 28-81-97-117-119 Cost.).

L'equilibrio di bilancio e l'efficienza amministrativa sono gli strumenti normativi, di garanzia e di tutela, attraverso i quali si eleva la qualità della realizzazione dei diritti fondamentali della Persona (artt. 2-3 Cost.).

Il coordinamento e la completa sinergia tra i controlli e le responsabilità pubbliche presuppongono il completamento della *cultura dell'auto-correzione amministrativa* con i nuovi contesti normativi fondati sulle misure comminatorie ed inibitorie, e sulla tutela risarcitoria e sanzionatoria di natura patrimoniale, che – nelle più recenti discipline di finanza e di contabilità pubblica- sono costantemente incluse nelle finalità dei controlli di regolarità e d'efficienza amministrativa (v. C. Cost. n.60/13, n.235/15).

Dunque, nei processi di riforma amministrativa, considerati nella concretezza dei diversi ed eterogenei percorsi normativi, la Corte dei Conti è coinvolta, direttamente od implicitamente, con la natura infungibile delle molteplici funzioni normative che si sono stratificate nel tempo, le quali denotano lo svolgimento del ruolo di Suprema Magistratura finanziaria, Garante imparziale dell'equilibrio economico finanziario dell'intero settore

pubblico allargato, nell'interesse dello Stato-comunità , e non dello Stato-governo, per la integrità delle finanze pubbliche e per la sana e corretta e gestione delle risorse collettive.

Dal medesimo contesto, considerato nella sua complessità normativa e nelle sue dinamiche evolutive, appare alquanto evidente la elaborazione progressiva di un nuovo “*modus operandi*” che contraddistingue la rinnovata presenza della Corte dei conti nei rapporti istituzionali, e nei contesti amministrativi dei diversi ambiti territoriali.

Le pressanti aspettative provenienti dalle Comunità territoriali, richiedono che le funzioni di garanzia nei nuovi raccordi con il sistema delle responsabilità pubbliche, siano esercitate secondo principi di coordinamento e di coerenza, con schemi operativi inseriti in un sistema “a rete”, nel quale sia assicurata la convergenza tra tutte le finalità di tutela del buon andamento amministrativo.

3.1. Il Codice dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti.

Nelle prospettive di miglioramento e di perfezionamento del sistema delle garanzie di legalità economico-finanziaria, forti e diffuse sono state le aspettative rimesse all'attuazione di molti principi di delega, contenuti nella legge di riforma amministrativa n.124/2015 cit., con particolare riferimento ai criteri direttivi per il riordino, della disciplina per le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche (art.18), della disciplina per i servizi pubblici locali di interesse economico generale (SIEG-art. 19), e della disciplina per i giudizi innanzi la Corte dei conti (art. 20).

Le soluzioni normative adottate nelle disposizioni di attuazione, contenute nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica-TUSP (D. Lgs. n.175/2016), e nel *Codice per i giudizi* dinanzi alla Corte dei conti, introdotto con decreto legislativo 26 agosto 2016 n.174, hanno generato importanti dubbi interpretativi, fisiologicamente proporzionati alla rilevanza dell'impatto

delle singole discipline con materie e temi strategici per il buon andamento e per l'efficienza amministrativa.

Il fondamentale interesse per l'ammodernamento degli strumenti e delle tecniche di tutela processuale, è richiamato nella delega normativa per la riforma dei giudizi dinanzi la Corte dei conti, dalla quale - nel recupero di un ritardo oggettivo, protrattosi per un lungo arco temporale, con decorrenza almeno dal 1994 -, dovrebbe conseguire, non soltanto un più organico adeguamento ai principi del *giusto processo* (art. 111 Cost.), ma anche la organica revisione dei meccanismi automatici di rinvio al codice di procedura civile, con scelte normative specifiche, in favore della pluralità delle azioni esperibili a tutela del buon andamento e dell'efficienza amministrativa.

L'approvazione del decreto legislativo 26 agosto 2016 n.174, che introduce il nuovo Codice di giustizia contabile, costituisce una delle tappe fondamentali nei percorsi di attuazione delle deleghe contenute nella legge 7 agosto 2015 n.124 (cd. Riforma Madia), la quale indica e circoscrive le materie qualificate da rilevanza strategica per la riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche secondo i più moderni principi di efficienza degli apparati e delle funzioni amministrative.

La transizione normativa dal *Regolamento di procedura* (regio decreto 13 agosto 1933 n.1038, oggi integralmente abrogato) al *Codice per i giudizi* dinanzi alla Corte dei conti, introdotto con decreto legislativo 26 agosto 2016 n.174, adottato ai sensi dell'art. 20 legge 124/2015 cit., costituisce un evento auspicato ed atteso da lungo tempo, che si è concluso con il passaggio alquanto repentino da una *fase di stasi* dei lavori parlamentari sulle diverse proposte di delega legislativa, ad una fase d'improvvisa accelerazione dell'esito del procedimento normativo, assoggettato ad un termine biennale per eventuali integrazioni, correzioni ed emendamenti (v. comma 6 art. 20 cit.).

La gestazione preparatoria del disegno di legge rinviene il suo compendio nella relazione illustrativa

allegata ai lavori di elaborazione preliminare dell'articolato normativo.

La codificazione, in un testo unitario, del codice della giustizia contabile presenta l'immediata ed evidente utilità della concentrazione in una disciplina unica dell'*insieme disseminato di norme, stratificato* in molteplici interventi legislativi avvenuti in tempi diversi e lontani tra loro, con decorrenza dalla legislazione pre-unitaria (v. dossier studi Senato).

Inoltre, la riconduzione ad unità della disciplina del codice, consente di conseguire molteplici utilità normative sul versante dell'adeguamento degli istituti processuali e pre-processuali ai principi del giusto processo (art. 111 Cost.), risalenti alla riforma costituzionale del 1999, il cui recepimento è stato finora affidato ad interpretazioni giurisprudenziali di cd. *ortopedia giuridica*, elaborate dai Giudici della Corte dei conti, ed avallate dagli indirizzi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione.

Tuttavia, nei primi approcci mirati all'individuazione ed alla valutazione della portata innovativa delle norme del nuovo codice, -senza alcun *allarmismo*, né prevenzione concettuale, ma con prudenza, misura ed equilibrio- è necessario rivolgere i parametri del metodo interpretativo verso una duplice direzione.

La prima direzione è rivolta a verificare la coerenza sistematica della nuova disciplina rispetto ai principi del giusto processo, ai principi generali del processo civile, ed ai connessi e conseguenti orientamenti interpretativi, progressivamente consolidati nella giurisprudenza costituzionale e nella giurisprudenza di legittimità (*coerenza sistematica interna*).

La seconda direzione è rivolta a verificare l'adeguatezza e la proporzionalità degli istituti processuali, assoggettati all'opera di codificazione, rispetto ai lineamenti, alla struttura ed ai principi che ispirano il cantiere delle riforme amministrative, attratte dai temi fondamentali dell'efficienza e della trasparenza amministrativa (*coerenza sistematica esterna*).

Infatti, nella logica del respiro europeo della giurisdizione sulla finanza pubblica, è alquanto evidente la diretta relazione dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti con i nuclei fondamentali dei diritti della Persona¹⁶, che reclamano la indissolubile congiunzione a scelte di buona amministrazione delle risorse pubbliche, per il rilancio dei processi di investimento, di crescita e di sviluppo economico, affinché la natura di “*diritti finanziariamente condizionati*” non scenda sotto la soglia del loro “*nucleo essenziale ed irriducibile*” che contraddistingue la origine dei “*diritti incomprimibili*” (v. infra giurisprudenza costituzionale).

Il *diritto alla buona amministrazione*, comprende il *diritto al buon funzionamento dei servizi pubblici*, ed il diritto ad un adeguata qualità delle prestazioni amministrative, al cui interno si sviluppa il sistema di protezione dei diritti fondamentali della Persona¹⁷, necessario per conciliare *l'Europa dei mercati* con *l'Europa dei diritti*¹⁸.

Ed è innegabile, che i giudizi dinanzi alla Corte dei conti costituiscono la sede naturale per un sindacato pieno ed effettivo dei fenomeni reali di mala-amministrazione, sui quali la natura del *potere sindacatorio* riservato al Giudice, diviene lo strumento fondamentale per avvicinare la realtà processuale alla verità sostanziale, superando le

¹⁶ La sintesi tra Salute ed Ambiente, tra Istruzione e Cultura, ed -infine- tra Formazione e Lavoro, esprime “gli scopi che la Costituzione persegue, per un verso attraverso la tutela della persona umana, e per altro verso disegnando una vera forma di Stato-Comunità: lo Stato sociale di diritto (P. Maddalena “Quello che si deve sapere della Costituzione” ed. Jovene 2010, pag.23).

¹⁷ La Costituzione rappresenta “*un tutto unitario*”, in modo da assicurare «*una tutela sistemica e non frazionata*» di tutti i diritti e i principi; la Costituzione italiana «*come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi*» (C. cost. 10.15).

¹⁸ Per la tutela dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale opera costanti richiami, non solo alla CEDU, ma anche alle disposizioni normative riconducibili alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; “quest'ultima fonte, come risulta dall'art. 6, comma 1 del Trattato sull'Unione europea, modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con la legge 2 agosto 2008, n. 130, ha lo stesso valore giuridico dei trattati” (v. C. Cost. 70.2015)

situazioni di “*probatio diabolica*” che molto spesso gravano sull’esercizio dell’azione pubblica.

In tale prospettiva, non può trascurarsi il faticoso percorso giurisprudenziale attraverso il quale, la natura cd. *sindacatoria* del giudizio di responsabilità amministrativa è divenuta il sinonimo della *pienezza* e della *effettività* delle garanzie nella tutela dell’integrità della finanza pubblica.

3.2. La legittimazione processuale del Pubblico Ministero ed i collegamenti tra le giurisdizioni di danno.

In tutti i rapporti processuali che si costituiscono per effetto dell’esercizio delle funzioni fondamentali, di controllo e di giurisdizione, riservate alla competenza della Corte dei conti, l’ufficio del pubblico ministero è “*parte necessaria*”.

La valorizzazione del ruolo del pubblico ministero , -da un lato- agevola la lettura unitaria delle funzioni della Corte dei conti, realizzata dalla Costituzione con l’affidamento ad essa del controllo sulle pubbliche finanze e della giurisdizione “nelle materie di contabilità pubblica”,- e dall’altro lato- consente il contrasto e la eliminazione dei fenomeni che incidono con effetti pregiudizievoli sulla corretta gestione delle risorse, e quindi sugli equilibri di bilancio e sul buon andamento della pubblica amministrazione.

Ritorna utile, pertanto, menzionare gli orientamenti della Corte Costituzionale, che sulla natura e sulla posizione del Pubblico Ministero contabile, quale “*parte imparziale*” collocata a tutela della legalità finanziaria della pubblica amministrazione, riconosce all’organo inquirente la titolarità di una funzione obiettiva e neutrale nell’interesse generale al corretto esercizio delle gestioni amministrative e contabili, -quindi- in rappresentanza non di interessi settoriali e/o circoscritti dalla intestazione a singoli soggetti amministrativi, ma in rappresentanza -viceversa- di un interesse direttamente riconducibile al rispetto dell’ordinamento giuridico nei suoi aspetti

“*generalis ed indifferenziati*” che trascendono gli scopi specifici perseguiti dai singoli enti pubblici (v. *ab imis* Corte Cost. sentenza n.104/89)¹⁹.

Dunque, nell'avviamento delle esperienze processuali di applicazione del nuovo codice dei giudizi dinanzi alla Corte dei Conti, e nella prospettiva di un'attenta opera di emendamento consentita dalla stessa legge di delega, che non si è limitata al richiamo dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.), l'ufficio del pubblico ministero è chiamato ad operare nell'intero sistema delle responsabilità pubbliche.

Giova la sottolineatura dell'evidenza, poiché oggi i fenomeni di responsabilità amministrativa assumono sempre più natura *gestoria* e *finanziaria*, e non più - in prevalenza o quasi esclusivamente - *contabile*, e la cognizione giudiziaria sui fatti di mala-amministrazione si è progressivamente allontanata dai principi generali della responsabilità civile, per estendere il sindacato su tutti i profili tipici e peculiari delle attività amministrative.

Invero, il carico delle materie introdotte nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti propone : la cognizione sulle attività amministrative di gestione *in forma privata* delle società pubbliche (*v.infra*); il sindacato di economicità sulle scelte discrezionali secondo i principi di sana e corretta gestione finanziaria; l'accertamento sui processi decisionali dell'amministrazione tra *dirigenza legale* e *dirigenza reale*, nonché tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica; ed infine la progressiva estensione verso figure di responsabilità

¹⁹ V. in Corte dei Conti sez. II Centr. App. sentenza n. 463/2013, affermativa dell'obbligo di resa del conto gravante sulle autorità amministrative indipendenti: <<Le Sezioni Riunite hanno chiarito che "*il pubblico ministero contabile fa parte dell'ufficio del pubblico ministero inteso unitariamente*" e "*agisce nell'interesse dell'ordinamento*", ma gli è anche "*direttamente affidata la tutela della gestione della finanza pubblica in generale e della pubblica amministrazione danneggiata in particolare*". Pertanto, appartiene "*al pubblico ministero contabile anche la tutela degli interessi patrimoniali dell'amministrazione danneggiata in una situazione del tutto peculiare, per cui il titolare del diritto (amministrazione danneggiata) è stato privato dal legislatore della competenza a esercitare la corrispondente azione risarcitoria*" e ha solo la possibilità di un "*intervento adesivo dipendente dall'azione del procuratore regionale*" (SS.RR. n. 1/QM del 2003; cfr. anche, con specifico riferimento al giudizio di conto, Corte costituzionale n. 291/2008)>>.

pubblica a regime cd. sanzionatorio tipizzato, tutto ciò in contesti sempre più marcatamente qualificati dalla circolazione probatoria-etero processuale per la compresenza nell'identica fattispecie di profili assorbiti da competenze giurisdizionali concorrenti (pluralità di giurisdizioni).

E dunque, la lettura attenta e ragionata delle attuali dinamiche di funzionamento del sistema di tutela degli equilibri di bilancio e della sana e corretta gestione finanziaria, consente di ricondurre alla legittimazione del pubblico ministero due fondamentali ed equi-ordinati profili di competenza.

Da un lato, sul versante delle riforme introdotte con la legge 213/12 (*Disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali*), si collocano i profili di competenza da espletare nel sistema dei controlli, dai quali emerge la nuova fisionomia dei rapporti con le amministrazioni sempre più onerate da vincoli di informazione e di comunicazione, ed emerge contestualmente la nuova fisionomia del raccordo con le funzioni di controllo esercitate dalle Sezioni Regionali di controllo della Corte dei conti.

Dall'altro lato, sul versante incentrato sulle dinamiche proprie del sistema delle responsabilità pubbliche, emerge il consolidamento dei rapporti di integrazione e di collegamento tra i vari tipi di responsabilità imputabili alle pubbliche amministrazioni, e quindi (per conseguenza) anche il consolidamento dei rapporti tra le diverse giurisdizioni che -comunque sotto il profilo funzionale - appartengono ad un unico apparato di garanzie.

La equilibrata analisi di tali complesse dinamiche (da svolgere senza alcuna prevenzione concettuale), consente di ricostruire la nuova struttura della tutela degli interessi finanziari delle pubbliche amministrazioni, alla quale il pubblico ministero istituito presso la Corte dei conti partecipa con una doppia legittimazione processuale.

La prima legittimazione è predisposta per il completamento del sistema dei controlli sugli equilibri di bilancio, e sulla sana e corretta gestione finanziaria.

La seconda legittimazione è collegata al sistema generale di tutela della legalità amministrativa, e dei diritti fondamentali della Persona e del Cittadino, nel quale operano le pluralità di giurisdizioni.

Alla doppia legittimazione processuale corrisponde anche la doppia funzione della responsabilità amministrativa, poiché la finalità compensativa-risarcitoria, e la finalità sanzionatorio-punitiva, si presentano con regimi giuridici, non autonomi, ma reciprocamente collegati tra loro.

4. Il conflitto tra le giurisdizioni e l'oscillazione dei criteri di riparto.

Gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione esprimono significative linee di tendenza rivolte ad un ambito molto eterogeneo di fattispecie, sulle quali i criteri di riparto della giurisdizione sono elaborati ed applicati – con particolare rigore – al fine di ricondurre alla giurisdizione della Corte dei conti i fatti ed i comportamenti, le condotte di gestione, gli atti ed i procedimenti, attraverso i quali si manifesta la gestione patrimoniale e finanziaria degli interessi pubblici.

Purtroppo, nonostante la natura organica e sistematica da lungo tempo conferita a tale assetto di principi giurisprudenziali, e la puntualità delle risposte direttamente fornite, o comunque desumibili dai criteri di riparto, considerati prima nel loro insieme e poi singolarmente, i dibattiti d'opinione sulle attribuzioni della Corte dei conti continuano –con ciclicità periodica- a riproporre dubbi ed atteggiamenti critici sull'assenza di limiti *veri* ed *efficaci* apposti alle interpretazioni espansive della giurisdizione finanziaria²⁰.

Tuttavia, la semplice menzione in tali dibattiti della presenza delle garanzie amministrativo-contabili in contesti strategici alla gestione delle risorse pubbliche, dovrebbe già essere di per sé sufficiente a dissolvere

²⁰ Sui fenomeni di cd. *fibrillazione espansiva* della giurisdizione della Corte dei conti, v. Andreis M. "Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa" Torino 2017.

qualsiasi dubbio sulla necessità oltre che sulla opportunità degli strumenti di tutela finanziaria, qualificati da neutralità ed oggettività.

Il Giudice della giurisdizione è particolarmente impegnato nella elaborazione e nella specificazione dei *criteri di mediazione* delle competenze ridistribuite tra più Ordini di Giurisdizione, i quali sono definiti con una continua ricerca di appropriatezza argomentativa, al fine di garantire soluzioni improntate all'effettività ed alla pienezza della tutela giurisdizionale degli interessi pubblici, evitando in tal modo duplicazioni o sovrapposizioni di giudizi, privi tra loro di rapporti di reciproca integrazione.

Nella naturale oscillazione tra i diversi orientamenti, rimane comunque ferma l'apertura del quadro evolutivo (v. *ab initio* ord. Sez. Un. n. 4511/2006), fondato sul pieno e definitivo superamento del rapporto di servizio inteso quale relazione bilaterale intersoggettiva, e sulla naturale transizione verso una diversa *concezione teleologico-funzionale* caratterizzata da un criterio di collegamento oggettivo con la giurisdizione finanziaria, nella quale viene in rilievo la sostanza delle regole di gestione e la natura pubblica delle risorse finanziarie utilizzate, con ripercussioni sulla stessa nozione di danno alle pubbliche finanze, configurabile nelle ipotesi di "eccesso di potere finanziario" viziate dalla "violazione degli obblighi nascenti dalla finalizzazione dell'impiego delle pubbliche risorse".

Le questioni di giurisdizione sulle quali si concentrano, per consuetudine, le maggiori attenzioni hanno come oggetto i profili dell'estensione della responsabilità amministrativa nei confronti di soggetti che, con varie forme, modi e titoli di legittimazione, entrano in rapporto di collaborazione funzionale con la P.A. in relazioni alle finalità istituzionali di realizzazione degli interessi pubblici.

La produzione di massime, di regole interpretative, di criteri astratti e di principi applicativi, attribuisce alla giurisprudenza della Corte di Cassazione il fondamentale significato della individuazione dei principi fondamentali,

necessari per operare la lettura attuale e moderna delle aree di giurisdizione riservate alla Corte dei conti, e per prevenire e/o dirimere i contrasti d'orientamento.

Senonchè, nei più recenti orientamenti del Giudice di legittimità, la condivisione estensiva del rapporto di servizio con la P.A. riceve una palese limitazione nei criteri d'ermeneutica giuridica utilizzati per la interpretazione del complesso fenomeno delle attività d'impresa e delle attività di rilevanza economica della pubblica amministrazione, soprattutto in relazione alla configurazione giuridica assunta dalla società di capitali a partecipazione pubblica (*v. infra*).

4.1. La generalità della giurisdizione contabile nelle materie di contabilità pubblica.

Nel riordino e nella razionalizzazione dei criteri di ripartizione della giurisdizione, elaborati dalla Corte di cassazione, emergono opzioni e tendenze interpretative, le quali devono assoggettarsi ad attenta e meticolosa analisi, non solo per la particolare rilevanza degli interessi finanziari sottesi alle tipologie dei casi controversi, ma soprattutto per l'elevato rischio che la limitazione del sindacato giurisdizionale della Corte dei conti, possa produrre l'effetto improprio della costituzione di insidiose aree protette da *immunità di fatto*.

Tale risultato nell'elaborazione, nell'interpretazione e nell'applicazione dei criteri di riparto di giurisdizione, sarebbe in palese contrasto con la sopravvenienza della legislazione anticorruzione, espressamente ampliativa del perimetro delle pubbliche amministrazione, per fini di etica, legalità e trasparenza finanziaria.

Ciò che nella giurisprudenza della Corte di cassazione emerge -ma in quadro di discontinuità, e con motivazioni talvolta contraddittorie, ed oscillanti-, è la natura esclusiva della giurisdizione della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica.

Il Giudice di legittimità, infatti, è ritornato ad affermare la natura espansiva delle materie di contabilità pubblica, ed a riconoscere nella Corte dei conti il «giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici», poiché la nozione allargata di agente contabile, è “*in perfetta armonia con l’art. 103 Cost., la cui forza espansiva deve considerarsi un vero e proprio principio regolatore della materia*” (Cass. Sez. Un. 1548/17).

Senonché, le precedenti affermazioni sulla riconduzione alla Corte dei conti della posizione di giudice naturale della contabilità e della finanza pubblica, non sono costanti, e rinviano alla *interpositio legislatoris* “*in positivo*” ai fini della sussistenza della giurisdizione, quando invece nel passato più recente l’art. 103 Cost. è stato ritenuto capace di spontanea forza attrattiva, salva la *interpositio legislatoris* “*in negativo*” mirata alla sottrazione puntuale di specifiche materie secondo criteri di ragionevolezza normativa.

Tale tendenza interpretativa presenta molteplici profili di disallineamento e di disarmonia con l’interpretazione evolutiva delle materie di contabilità pubblica, proposta dalla stessa Corte dei conti nelle nuove competenze di giurisdizione esclusiva.

Diviene, dunque, necessario procedere verso soluzioni di migliore bilanciamento tra le esigenze di specialità degli strumenti di tutela nelle materie di contabilità pubblica, che si muovono verso il *diritto di sequela* delle risorse collettive, e le esigenze di generalità della giurisdizione ordinaria, che si muovono –viceversa- verso la applicazione diffusa del diritto comune, con una troppo rigorosa riduzione degli spazi giuridici per la differenziazione del sindacato sulla finanza pubblica.

4.2. I criteri di riparto della giurisdizione nei confronti delle società a partecipazione pubblica. Le società in house.

Nei più recenti indirizzi interpretativi, la Corte di Cassazione ha utilizzato la distinzione tra il danno arrecato

alla partecipazione di capitale del socio pubblico (*danno erariale alla P. A.*), ed il danno cagionato direttamente alla società partecipata, e solo indirettamente al patrimonio pubblico (*danno al patrimonio sociale*).

Su tale distinzione opera il criterio innovativo della ripartizione di giurisdizione tra Corte dei conti e Giudice ordinario, poiché solo il danno al patrimonio pubblico (*o danno alla partecipazione sociale-pubblica*) è assorbito dalla cognizione del Giudice della finanza pubblica, mentre viceversa il danno diretto solo ed esclusivamente al patrimonio sociale (*danno societario*) è attratto dagli strumenti di tutela civile-risarcitoria riservati alla competenza del Giudice ordinario, salva la posizione di *vigilanza* della giurisdizione finanziaria sull'eventuale omesso esercizio dei diritti dell'azionista pubblico per il ripristino del valore della propria partecipazione (cd. *tutela di secondo grado*).

Ma i nuovi criteri di ripartizione della giurisdizione tra AGO e CdC, fondati sulla distinzione tra il danno al patrimonio sociale (*danno alla società partecipata*) ed il danno al patrimonio pubblico (*danno alla partecipazione pubblica*), continuano ad essere chiosati dalla giurisprudenza della Corte dei conti come un ritorno a logiche di limitazione dei poteri di cognizione del Giudice della Finanza Pubblica, il quale deve arretrare l'ambito delle proprie attribuzioni laddove il comportamento indagato per lesività finanziaria sia riconducibile ad atti di gestione societaria.

Nella sostanza dei fatti processuali, l'indirizzo estensivo mirato all'ampliamento dell'area delle patologie gestionali assorbite dalla giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile della Corte dei conti (cd. *diritto di sequela delle risorse pubbliche*), è interrotto dalla utilizzazione di criteri correttivi laddove le fattispecie viziate da illiceità dannosa, insorgano nell'ambito della amministrazione di società a partecipazione pubblica.

Sulla natura delle società pubbliche, la Corte di cassazione -pur ammettendo la diffusione di indici normativi di pubblicità reale che includono tali soggettività

nel bilancio consolidato delle pubbliche amministrazioni ha ripristinato gli orientamenti originari e risalenti, fondati sulla natura neutrale dello strumento societario, e sulla sua appartenenza alla disciplina di diritto comune, nella quale sussistono già disposizioni speciali, applicabili alla ipotesi che della neutralità dello strumento partecipativo si avvalgano gli enti pubblici (art. 2449 cod. civ. “*società con partecipazione dello Stato o degli enti pubblici*”).

Pertanto, la neutralità dell'istituto giuridico, e l'alterità soggettiva tra le persone fisiche e giuridiche che assumono la qualità di soci – da un lato -, e la società costituita per effetto del conferimento di capitali - dall'altro lato -, inducono alla conclusione secondo la quale “*il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati*”.

Tuttavia nell'ambito del complesso fenomeno delle società pubbliche, con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, è possibile operare la distinzione tra: l'affidamento a società totalmente estranee alla pubblica amministrazione, l'affidamento a società con azionariato misto - in parte pubblico ed in parte privato - ed infine l'affidamento a società c.d. *in house*.

E proprio in tale ultima distinzione, ma solo nei limiti di tale ultima distinzione, è possibile *squarciare il velo* dell'apparente alterità soggettiva, poiché il fenomeno dell'*in house providing* è – nella realtà dei fatti - un fenomeno interno all'amministrazione, la quale si avvale di una *longa manus* per realizzare le proprie finalità istituzionali.

Dunque, la società *in house*, come evidenziato dalla sua stessa denominazione, non è un'entità in grado di collocarsi al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone

– viceversa - come di una propria articolazione interna, cosicché l'affidamento pubblico "*in house contract*" non consente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (v. Corte Cost. n. 46/13), e "*l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve viceversa considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa*".

Tuttavia, tale conclusione presuppone la compresenza di tutti i requisiti strutturali della società *in house*, da assoggettare a rigoroso accertamento processuale, al fine di verificare : *I)* la interezza e la integralità della partecipazione pubblica senza deroghe delle disposizioni statutaria in favore della credibilità delle quote a privati; *II)* l'esercizio dell'attività in prevalenza qualitativa a favore degli stessi soci pubblici ; *III)* ed infine, la sottoposizione al controllo analogo a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici, senza alcuna analogia od affinità con la eterodirezione del gruppo d'impresa (v. di recente anche Cass. Sez. Un. n. 24591/16 su revoca sindaco società *in house*; Cass. Sez. Un. n. 24737/16 su società di capitali-centrale di committenza qualificata ente pubblico non economico).

Sotto il profilo delle condizioni funzionali, il requisito della prevalente destinazione delle attività principali in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società, garantisce che le ipotetiche attività accessorie, oltre ad essere marginali – per quantità e per qualità -, non siano tali da implicare una significativa presenza della società in regime di concorrenza con altre imprese operanti sul mercato della produzione dei beni o dei servizi. Poiché altrimenti si costituirebbero situazioni di commistione e di confusione gestionale, sintomatiche della distorsione della libera concorrenza nel mercato, e contrarie al diritto comunitario (v. anche CGE 8 dicembre 2016 causa C-553/15).

4.3. Il Testo unico delle società a partecipazione pubblica (D. Lgs. n. 175/2016). I punti critici e l'evoluzione delle materie di contabilità pubblica.

Gli orientamenti della Corte di cassazione, sulle società pubbliche- in generale-, e sulle gestioni *in house* - in particolare-, si propongono di ricondurre la soluzione del problema del riparto di giurisdizione entro un quadro coerente di principi giuridici, e fondano le premesse argomentative sui lineamenti normativi della materia, la quale non avrebbe ancora acquisito le “*caratteristiche di un sistema conchiuso ed a sé stante*”, ma continuerebbe ad apparire come “*un insieme di deroghe alla disciplina generale, sia pure con ampio ambito di applicazione*”.

La natura frammentaria della normativa, la quale è il risultato dell’impulso di risposta ad esigenze contingenti di finanza pubblica, non consentirebbe -ad avviso del Giudice di legittimità- di andare “*oltre il dettato della singola disposizione*” al fine di riconoscere la giurisdizione generale della Corte dei conti.

Pertanto, all’interprete non rimane che adeguarsi alla “*drastica alternativa*”, la quale consente la giurisdizione sulla finanza pubblica nella ipotesi delle società *in house* (individuate per requisiti rigorosamente specificati), oppure ancora nelle sole ipotesi nelle quali sussistano “*previsioni normative che eccezionalmente lo stabiliscano, quantunque si tratti di danno arrecato ad un patrimonio facente capo non già ad un soggetto pubblico bensì ad un ente di diritto privato*”.

In tale ambito interpretativo, di elevata complessità, è intervenuta l’approvazione del decreto legislativo n.175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica), con il quale il legislatore statale persegue la finalità di riordino di una molteplicità di discipline, da coordinare secondo principi e criteri univoci, per eliminare le contraddizioni e le antinomie normative pre-esistenti²¹.

²¹ Sulle società pubbliche, per la distinzione tra le cinque stagioni legislative: la timida apertura (1980-1992), l’onnipotenza del modello societario (1992-2001), il recupero della coscienza (2001-2003), la fase dell’avversione (2005-2014), ed infine la fase del riordino; v. M. Dugato, “Le società pubbliche tra semplificazione, economicità ed efficienza e le valutazioni del giudice contabile” in “Danno pubblico ed efficienza dell’amministrazione” Bologna 2016 cit.

Invero, negli anni anteriori molteplici autorevoli opinioni avevano ripreso i temi della *crisi del primato della legge*, per indicare la necessità che lo stato della legislazione vigente -nei diversi ambiti più direttamente coinvolti dall'interpretazione giurisprudenziale-, fosse ricondotto a canoni e criteri di chiarezza, comprensibilità, precisione ed univocità di significati normativi, al fine di recuperare la certezza del diritto²².

La proliferazione di testi normativi, *disorganici* perché dedicati alla soluzione di problemi congiunturali e di questioni specifiche, e *frammentari* perché privi di una visione d'insieme della materia, o dell'attività, assoggettata all'intervento di riforma, determina confusione nelle prassi applicative, ed ancora più grave incertezza ed oscillazione nelle interpretazioni giurisprudenziali²³.

E non può sussistere dubbio che il disordine legislativo, e la sovrapposizione ciclica di testi normativi, con disposizioni diverse ed innovative sulla medesima materia, o su ambiti appartenenti alla stessa materia, abbia condizionato e complicato l'esercizio del controllo e della giurisdizione della Corte dei conti, generando la necessità di stabilizzare gli orientamenti in atti d'indirizzo dotati di coerenza ed univocità.

Al disordine legislativo ed alla crisi del primato della legge, reagiscono molteplici delle disposizioni di delega normativa, contenute nella legge n. 124/2015 cit., le quali menzionano espressamente la finalità di ridefinizione e precisazione degli ambiti di applicazione delle discipline vigenti (art.7), di semplificazione e razionalizzazione

²² "L'incertezza e il caos delle norme compromettono una giustizia equa, efficiente e celere. E quello delle leggi mal fatte non è un problema della magistratura, ma un problema per la magistratura i problemi della giustizia ci sono, ma occorre ben distinguere le cause e i rimedi che riguardano le leggi da quelli che possono riguardare le prassi giudiziarie" (V. Onida, Presidente emerito Corte costituzionale, Presidente della Scuola superiore della magistratura, Corriere della sera 29 agosto 2015).

²³ C'è una sovrabbondanza di testi normativi disorganici e in continua modificazione. Dipende da come lavorano il Parlamento e soprattutto il governo. Decreti "omnibus" vengono presentati e poi votati con un maxi emendamento. L'accavallarsi di disposizioni varie in simili provvedimenti approvati in blocco non favorisce certo la chiarezza. Ora la qualità delle leggi è persino peggiorata: certi testi sono talvolta quasi incomprensibili (V. Onida cit.).

giuridica dell'organizzazione e delle competenze attribuite ad organi ed enti pubblici di settore (artt. 8,10,11,13), e di riordino e di coordinamento innovativo delle discipline preesistenti secondo criteri direttivi orientati al superamento delle contraddizioni, delle lacune e dell'incoerenza tra i diversi regimi normativi applicabili per materia (artt. 16-20).

Dunque, la disciplina delle società pubbliche richiedeva certamente l'opera chiarificatrice del legislatore, su regole e principi, da interpretare a garanzia della trasparenza, e del buon andamento nell'amministrazione degli interessi pubblici, perché contraddistinta dall'eccesso di una legislazione frammentaria e micro-settoriale.

Sulle soluzioni normative adottate nel decreto legislativo n.175/2016, e sul complesso dell'articolato normativo, è stato già sottolineato nei primi commenti che, alla ipotesi di controllo cd. gestionale -preventivo da affidare alla Corte dei conti, è stato preferito un regime conoscitivo fondato su oneri di comunicazione (art. 5 d.lgs. 175 cit.)²⁴, mentre il regime di responsabilità patrimoniale nel sistema delle partecipazioni pubbliche è stato attratto dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salve le deroghe recepite con la codificazione dei principi provenienti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (art. 12 D.Lgs. n. 175 cit.)²⁵.

²⁴ Art. 5 comma 3. "L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società' o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità' garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287".

²⁵ Art. 12 Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate. *Comma 1.* I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. E' devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. *Comma 2.* Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

La presa d'atto delle scelte di riordino adottate nella legislazione di riforma amministrativa, e degli speculari orientamenti della Corte di cassazione, che risultano codificati nel d.lgs. n. 175/16 cit., non deve tuttavia servire a dimenticare il compito fondamentale dell'interprete, che è quello di elaborare criteri organici e sistematici di applicazione delle disposizioni normative, proprio in quelle materie nelle quali la legislazione continui ad essere viziata da lacune e da contraddizioni discendenti dalla permanente frammentarietà, e dalla discontinuità della disciplina vigente.

Pertanto, nella formazione della giurisprudenza della Corte dei conti, non può essere ignorata la molteplicità delle fonti del diritto, le quali -sia pure con modi e contenuti eterogenei ed asistematici²⁶- hanno ampliato il perimetro delle pubbliche amministrazioni, includendovi non solo le società per azioni a partecipazione pubblica, ma anche tutte le soggettività private beneficiarie a qualsiasi titolo di contributi, sovvenzioni, sussidi e provvidenze pubbliche, nazionali e comunitarie.

Peraltro, nell'ambito delle fattispecie eterogenee, attratte dai *confini mobili* della pubblica amministrazione, non può essere ignorato neppure che tra le figure soggettive ibride, si annoverano le *situazioni gestorie* qualificate dalla più attenta dottrina come "*semi-amministrazioni*" od ancora come "*enti pubblici in forma di*

²⁶ V. in particolare, la legge 6 luglio 2012 n. 94 per l'inclusione delle società a partecipazione pubblica nel novero delle amministrazioni pubbliche, alle quali si estende l'opera di supervisione, monitoraggio e coordinamento nell'approvvigionamento di beni e servizi, demandata al commissario straordinario nominato dal Governo; l'art. 147-quater- TUEL, introdotto dal d.l. 10.10.2012, n. 174, convertito con modificazioni nella legge 7.12.12.n. 213, per l'assoggettamento delle società partecipate a vincoli economici derivanti dal c.d. patto di stabilità e per i conseguenti maggiori controlli, da parte degli enti pubblici partecipanti; l'art. 4 d.l. 6 luglio 2012 n. 95 convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 2012 n. 135, per le regole particolari in tema di nomina e di compensi spettanti ai componenti dei consigli di amministrazione ed ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica, con la espressa previsione della responsabilità "a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati" nell'ipotesi di "violazione dei vincoli di spesa stabiliti dai commi precedenti". V. anche Art. 49 bis - Misure per il rafforzamento della *spending review*- in decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, coordinato con la legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, recante: «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia» (cd. Decreto del fare).

società”, tra le quali -nel quadro normativo delle società *in house*- continuano a presentarsi profili di agevolazione della “*fuga dell’amministrazione verso il diritto privato*” mediante “*l’abuso dello schermo societario*”.

In tali figure organizzative, la neutralità della forma soggettiva della società di capitali, sottende l’investimento di risorse pubbliche che sfuggono al controllo di economicità dell’azione amministrativa (art. 1 legge n. 241/1990), qualora l’ordinamento degli istituti di garanzia e delle tutele giurisdizionali, non riesca a predisporre un criterio di collegamento immediato con il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti.

5. Le conclusioni in sintesi.

La complessità dei fenomeni di liberalizzazione delle attività di rilevanza pubblica, se -da un lato- esprime la tendenza verso nuove forme di efficienza amministrativa, - dall’altro lato- indica la necessità di perfezionare le sinergie tra gli istituti di tutela e di garanzia del buon andamento, da fondare sul rafforzamento del diritto di sequela delle risorse pubbliche.

L’efficienza amministrativa costituisce un *tema unitario* che comprende tanto le forme di *oggettivazione* dell’azione pubblica, quanto i modi tipici di esercizio del potere autoritativo.

L’ampliamento dell’area occupata dalla riserva d’amministrazione e dalla discrezionalità amministrativa richiede il rafforzamento ed il perfezionamento del sindacato di economicità e di efficienza.

La giurisdizione sull’economia pubblica e sulla corretta gestione delle risorse pubbliche, deve ricondursi a criteri chiari ed efficaci di ripartizione degli ambiti di cognizione senza alcuna agevolazione di fenomeni elusivi della responsabilità amministrativa, la quale per consolidata giurisprudenza costituzionale è preposta a funzioni dissuasive e di deterrenza, poste a tutela dell’integrità della finanza pubblica.

Gli ibridismi normativi tra diritto pubblico e diritto privato hanno generato gravi situazioni d’instabilità e

d'incertezza interpretativa²⁷, ed hanno tuttora consegnato al diritto amministrativo un *presente oscuro*, che può trasformarsi in un *futuro radioso*, se le ragioni speciali dell'autorità pubblica riprenderanno i propri spazi di esistenza, secondo principi organici e sistematici di effettività nei rapporti con i *diritti contermini*, tra i quali il diritto penale e sanzionatorio, ed il diritto civile e commerciale²⁸.

La Corte dei conti, nel nuovo *modus operandi* dei rapporti tra il controllo e la giurisdizione, rappresenta il riferimento costituzionale ad un sistema di garanzie fondamentali per il sindacato d'efficienza amministrativa, da consolidare nei percorsi di riforma *in itinere*, con l'eliminazione delle aree di rischio normativo e/o interpretativo, nelle quali possono svilupparsi fenomeni di elusione dalla responsabilità pubblica, oppure situazioni di cattiva gestione coperte da immunità di fatto.

Salvatore Pilato
Procuratore regionale della
Corte dei conti – Lombardia

pubblicato il 13 maggio 2017

²⁷ “Il diritto pubblico ed il diritto privato che si mescolano non restituiscono un composto nuovo, ma rimangono separati, generando non pochi problemi”, M. Dugato “Le società pubbliche tra semplificazione, economicità ed efficienza e le valutazioni del giudice contabile” in “Danno pubblico ed efficienza dell'amministrazione” Bologna 2016 cit.

²⁸ S.Cassese “Verso un nuovo diritto amministrativo?”, Lectio magistralis “I sessant'anni della SPISA” Bologna 26 ottobre 2015.