

Società partecipate

La legalità nei rapporti con le società partecipate dalla p.a. alla luce della legge anticorruzione. Come rendere effettivo il contrasto alla corruzione (*)

di Giuseppe Farneti

Professore nell'Università di Bologna - Dottore commercialista a Rimini e Milano - Coordinatore scientifico di Azienditalia

Il tema delle società partecipate è notoriamente complesso. La legge di stabilità ha eliminato alcuni vincoli assai importanti prima imposti agli enti locali, esaltandone così l'autonomia e semplificando il quadro normativo. Non sono però venuti meno i motivi che avevano orientato il legislatore in senso restrittivo e che trovano il loro fondamento in un uso disinvolto dello strumento societario. La normativa che è stata recentemente emanata per contrastare la corruzione fornisce al riguardo tutte le conoscenze necessarie, richiamandosi e valorizzandoli, ai principi, giuridici ed etici, sui quali si deve fondare l'azione amministrativa; con specifico riferimento alla necessità di motivare le decisioni in un quadro che è quello dell'effettivo esercizio dei processi di programmazione/controllo. Il quadro motivazionale che si è richiamato, nel dimostrare la convenienza e la stretta necessità di ogni partecipazione, potrà efficacemente svilupparsi secondo uno schema di fondo, qui proposto e denominato l'«albero delle decisioni» il sistema delle responsabilità è in conseguenza, anch'esso, in evoluzione

Premessa

Il tema della legalità e dei suoi rapporti con l'etica nella pubblica amministrazione (p.a.), 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 (p.a.) e delle società pubbliche, dei propri piani triennali per la prevenzione della corruzione (1) (PTPC), va affrontato preliminarmente, proprio sotto il profilo operativo, per dare effettività alle norme di riferimento.

Ci si propone pertanto, in una prima parte, di individuare i modi, nell'attuale ordinamento, per rendere effettivo, operante, il contrasto alla corruzione. Nella seconda parte, dopo avere considerato l'evol-

Note:

(*) Questo contributo si collega, richiamandone alcune parti, alla Relazione tenuta al convegno UPI-Fondazione DCEC di Bologna del 16 gennaio 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*, pubblicata sul sito www.upi.emilia-romagna.it. Nella medesima pubblicazione sono comprese le altre relazioni e interventi.

(1) La corruzione è estesa dal PNA (previsto dalla legge n. 190 del 2012 e 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. la 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", in atti del convegno UPI-Fondazione DCEC, cit: "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 na-

(segue)

luzione del quadro normativo riferito alle società partecipate, anche alla luce della legge di stabilità, si cercherà di applicare le conoscenze cui si è pervenuti, appunto in tema di contrasto alla corruzione, con riferimento ai rapporti fra ente proprietario e società partecipate che allo stesso siano riconducibili. In questo contesto si osserverà come la legge di stabilità, che certamente ha valorizzato in pieno, sul tema, l'autonomia degli enti, proprio per questo pone con enfasi all'attenzione degli operatori la necessità di considerare i principi cui conformare l'azione amministrativa per assicurarne la legalità. Legalità che la maggiore autonomia parrebbe mettere in dubbio, atteso che sino a oggi, nonostante i molti limiti e divieti, è un dato di comune osservazione quello che vede utilizzare la società partecipata come strumento, molto spesso, per eludere la normativa (in tema ad esempio di patto di stabilità, di personale, o nella contrattualistica), per dare spazio ai costi della politica e pertanto utilizzando male le risorse pubbliche, per affermare altresì interessi di parte, trascurando invece quelli che fanno capo alla collettività. Contrastare la corruzione significa al riguardo, definire, come è stato fatto, i principi cui attenersi, che siano in grado di evitare e/o di renderli noti, gli inconvenienti che si sono appena richiamati.

Il richiamo all'etica è contenuto nella normativa in tema di contrasto alla corruzione

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

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 p.a.), situazioni che si estendono a quelle comprensive di “un mal funzionamento [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 un pro-

prio 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 pubblici (2), 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 si può sottolineare per l'enfasi sulla concretezza, sulla necessità in conseguenza d'individuare situazioni critiche (come ci si propone di fare con riferimento alle SP) e per la sottolineatura che i comportamenti nella p.a. 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 perseguire (4). Il “buon funzionamento”, come consegue dall'applicazione di comportamenti “eticamente adeguati”, costituisce così il presupposto, la condizione, perché si possano sviluppare nella p.a. comportamenti, in conseguenza, anche “giuridicamente adeguati”.

Sin da ora emerge che l'etica esprime un'esigenza di carattere generale, anche indipendentemente dalla legalità, prefigurandosi così, nella p.a., la necessità di realizzarne il “buon funzionamento” (per evitarne, appunto, il “mal funzionamento”, come prevede il PNA), a prescindere 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.

Note:

(segue nota 1)

zionale, 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 “buon funzionamento” (appunto per contrastare il “mal funzionamento”) deve costituire il naturale approccio di chi opera nella p.a., 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 “buon funzionamento” della p.a. 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-guida da seguire nella elaborazione delle disposizioni legislative: l'etica, la trasparenza, la semplificazione e i controlli amministrativi, considerati nella loro prevalente natura collaborativa-correctiva.”.

Rinviando a precedenti interventi (5) si vuole sottolineare che:

1) da un punto di vista della scienza economica (6), nello specifico economico-aziendale, secondo uno schema interpretativo accolto dall'ordinamento, le p.a. hanno come finalità la realizzazione del bene comune, che non può che essere il "buon funzionamento" appena richiamato;

2) e 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 dunque porre in essere, nelle p.a., 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 p.a. 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 economicità (7), così recependo l'impostazione economico-aziendale;

5) conseguendone che le p.a. 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 consegue più, solamente, dal rispetto di determinati adempimenti, ma dalla realizzazione, concretamente, di attività che siano orientate dai criteri di efficienza, efficacia ed economicità, in quanto in grado di realizzare il "buon andamento" delle p.a. (9). 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 corruzione. Si pensi, volendo scendere nel concreto, al grave fenomeno dell'elusione, normal-

mente trascurato e quindi [forse per un difetto d'analisi], di fatto, non sanzionato (10), sempre conseguente da comportamenti non rispettosi dell'ordinamento sotto il profilo della finalizzazione delle attività e pertanto sempre censurabili sotto il profilo etico.

Note:

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

(6) Le p.a. 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. ad esempio 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 legge n. 241 del 1990, osserva che con 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" in *Azienditalia*, n. 0/1994.

(9) La p.a. 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 - G. Farneti, lezione 4, "Il controllo sulle società partecipate", *Azienditalia*, i corsi, n. 4/2013, pag. 18.

(10) Salvo le ipotesi in cui si concretizza 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 e mettere in evidenza 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. In molte di queste situazioni viene pertanto resa difficile la conoscenza sul formarsi di perdite di tipo ripetitivo, disattendendo altresì, appunto in caso di perdite, 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.

Le criticità (11) 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, 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" (12), 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 dalla circostanza che essi esprimano pienamente il presidio (il nuovo confine) della legalità. È, 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 nell'alveo della 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 "buon funzionamento" della p.a. 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 nostra prima conclusione. 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 capa-

rità stessa delle p.a. 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 "guida", che sia in grado di "orientare" le p.a. a realizzare il principio del "buon andamento", anche nella sua accezione di "buon funzionamento" come si concretizza attraverso comportamenti "eticamente adeguati".

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" (13). Questa previsione normativa va nella direzione che si è già indicata e, se rispettata, da sola è, si ritiene, in grado di prevenire la maggior parte dei fenomeni corruttivi, o comunque di cattivo funzionamento delle p.a. Il concetto enunciato, per la verità già ricavabile dal nostro ordinamento (14), ma ora espli-

Note:

(11) Si vogliono 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 si va oltre, ma già in questi esempi si possono riconoscere, all'insegna dell'illegalità, una gran parte dei comportamenti delle p.a.

(12) Cfr. la nota 3 e quanto previsto, in termini generali, 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 dei suddetti codici di comportamento. Si consideri, ulteriormente, il par. 3.1.11, 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 contenuta nel suddetto codice in termini generali, cui dovrà corrispondere l'analisi in concreto elaborata nel codice predisposto da ogni ente.

(13) 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, pag. 615. Si consideri anche la nota precedente.

(14) Cfr. G. Farneti, cit. nella nota precedente. Si consideri inoltre che la tracciabilità altro non è che l'esplicitazione, riferita ad attività complesse finalizzate al "buon andamento", del principio di cui alla legge n. 241 del 1990, art. 3, re-

(segue)

citato, esprime una conoscenza pienamente acquisita in campo economico-aziendale (15). 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 nelle p.a., se si vuole finalizzarne l'azione amministrativa, attraverso comportamenti "eticamente adeguati", al "buon andamento" e alla legalità.

In nota (16) si sono esplicitate alcune, importanti, patologie che "spiegano" come la nostra p.a. operi, in situazioni non occasionali, di fatto, all'insegna del cattivo andamento, del richiamato "mal funzionamento" (17), 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 comportamenti (18) 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 stiamo riferendo, dopo avere chiarito la necessità del "buon funzionamento" dell'amministrazione, anche per prevenire la corruzione, si sofferma sull'ulteriore necessità di chiarire come, in questa finalizzazione, si sono formate le decisioni. Si ritiene che dalla sua comprensione da parte di tutti gli operatori interni/esterni dipenderà concretamente la capacità delle p.a. 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.

La maggiore autonomia degli enti in conseguenza della legge di stabilità

In questa sede non si analizzano le molte e importanti modificazioni del quadro normativo che si sono prodotte in conseguenza della legge n. 147 del 2013 (ad esempio in tema di perdite o di personale), nell'art. 1, commi 550/569. Si vuole mettere in evidenza, solamente, alcuni contenuti che servono a delineare un mutato orientamento del legislatore negli aspetti di cui ci si è occupati (seppure, ancora una volta, attraverso un intervento occasionale, disorganico) rispetto a temi che avevano espresso un costante orientamento negli ultimi anni. Ci si riferisce pertanto, sinteticamente, ai soli commi 561, 562 e 569.

Con il primo viene abrogato il comma 32 dell'art. 14 del D.L. n. 78 del 2010. Si tratta delle limitazioni previste per gli enti minori, che così cessano di esistere (ponendo ovviamente nel nulla quell'enorme e meritevole lavoro che la giurisprudenza, in particolare della Corte dei conti, aveva elaborato per dare loro un significato, proprio nella direzione che in questa sede abbiamo sviluppato). Sono venuti meno i problemi che ne erano a fondamento? Relativamente a questa normativa era stato osservato che "L'esigenza di riduzione dei costi razionalizzando il fenomeno delle partecipazioni societarie da parte degli enti locali, unita al rischio di comportamenti sostanzialmente elusivi degli obblighi e vincoli previsti dai sopra commentati commi 27 e ss. dell'art. 3 della legge finanziaria 2008, già adottati dagli enti locali destinatari di dette disposizioni e riscontrati anche dalle sezioni regionali della Corte dei conti, ha indotto il legislatore a ritenere che un ridimensionamento effettivo del fenomeno possa essere ottenuto dai comuni solo se imposto *ope legis*." (19) Dunque, si era detto, gli enti tendono

Note:

(segue nota 14)

lativo 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.

(15) Il processo decisionale è, infatti, tracciabile se è inserito nelle attività di programmazione/controllo, correttamente realizzate, 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 "buon funzionamento" dell'amministrazione pubblica.

(16) Cfr. la nota n. 11.

(17) Cfr. il par. 2.1 del PNA.

(18) Cfr. la nota 9.

(19) Cfr. la deliberazione n. 14/AUT/2010/FRG, par. 1.7.

ad adottare comportamenti contrari all'ordinamento, togliamo loro ogni possibilità al riguardo! Il legislatore aveva ragionato in questi termini. La norma era forse eccessivamente drastica, poiché non tutte (ma certamente la maggioranza, sì) le SP erano prive di giustificazione. L'abrogazione della norma responsabilizza in conseguenza gli enti e rende sempre più importante la funzione di controllo, anche negli aspetti repressivi che si vanno a delineare. Gli enti si riappropriano della loro autonomia decisionale, ma la devono esercitare attraverso comportamenti che siano "eticamente e giuridicamente adeguati", in mancanza si concretizzeranno le varie responsabilità, di tipo disciplinare, patrimoniale e penale.

Il comma 562 abroga diversi commi degli artt. 4 e 9 del D.L. n. 95 del 2012, il cui significato è quello di eliminare le limitazioni ivi previste per le società strumentali, sia per le prestazioni di servizi a favore delle pubbliche amministrazioni, sia per l'esercizio delle funzioni fondamentali e delle funzioni amministrative. Si ripropone pertanto, in termini di una riacquisita autonomia decisionale degli enti e della connessa necessità di adottare comportamenti "eticamente e giuridicamente adeguati", nonché dell'emergere delle conseguenti responsabilità, lo schema concettuale appena esposto relativamente all'abrogazione del comma precedente.

Il comma 569 ha statuito che "Il termine di trentasei mesi fissato dal comma 29 dell'art. 3 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è prorogato di quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, decorsi i quali la partecipazione non alienata mediante procedura di evidenza pubblica cessa a ogni effetto; ..". Dunque tale termine, già scaduto dal primo di gennaio del 2011, è ora prorogato di quattro mesi, per consentire agli enti di cedere a terzi le partecipazioni che non possono detenere, in quanto non "strettamente necessarie", secondo il dettato del comma 27 della norma richiamata e comunque nella direzione e con il significato che si è esaminato in termini generali e che di seguito si approfondirà più analiticamente. Disposizione che dovrà pertanto applicarsi in collegamento con quelle che successivamente si sono stratificate nel tempo e che saranno richiamate attraverso la considerazione di quell'articolato processo decisionale che verrà esposto e che abbiamo denominato l'"albero delle decisioni". Naturalmente s'impone un'analisi ricognitiva di tutte le partecipazioni che, ai sensi di questa norma e di quelle successivamente emanate, sia in grado di "spiegare" il ricorso alle SP, con un'approfondita riflessione che trovi il proprio fondamento sia nell'etica sia nel quadro ordinamentale italiano ed europeo.

Come prevenire la corruzione nei rapporti con le SP, attraverso l'affermarsi di decisioni riproducibili, in grado di esprimere compiutamente le motivazioni sottostanti

Ci si chiede ora, quali siano i riflessi della normativa sopra richiamata in tema di contrasto alla corruzione nei rapporti fra ente e sue SP?

Si è a conoscenza, anche grazie a un'attenzione crescente dei media, come una parte dell'onerosità della nostra p.a. locale sia riconducibile a un'utilizzazione distorta delle S.P. Si sa al riguardo che le patologie sono frequentissime (20) (e 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, come si è osservato nella *Premessa*).

Ebbene, si è convinti che se la conclusione appena 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 si potrà verificare che la maggior parte degli inconvenienti che è dato osservare potrà essere evitata. Come accadrà 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.

Le SP sono "strumenti" (21) attraverso i quali gli enti perseguono, nel rispetto del principio del "buon andamento", le loro finalità. Il quadro nor-

Note:

(20) Per un primo approfondimento cfr. G. Farneti, "Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate", in *Azienditalia*, n. 11/2012.

(21) 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 di conti - Lombardia in tema di partecipate: alcuni contenuti significativi sotto il profilo operativo", in *Azienditalia* n.1/2009, pag. 5. 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]".

mativo estremamente complesso (22) che si è determinato si contrappone a una semplicità del quadro decisionale (23) 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”. Che si dovrà, a nostro avviso, altresì verificare, in un quadro di trasparenza e dunque di messa a disposizione delle informazioni che consentano di analizzare come il processo decisionale si è sviluppato (24). Lo si richiama, di seguito, inquadrandolo in un sistema coordinato di decisioni che si dovrebbero realizzare relativamente alle forme di gestione dei servizi pubblici locali, che si è già denominato “albero delle decisioni” (25) e che si vuole riproporre, opportunamente approfondito.

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 come “albero delle decisioni”, in grado di assicurare il “buon funzionamento” dell’ente, attraverso comportamenti “eticamente adeguati”.

Un’ulteriore riflessione. Le decisioni degli enti in tema di SP debbono rispettare il principio del “buon andamento” nel significato cui si è fatto cenno, e il “quadro europeo” per quanto concerne la tutela del mercato e della concorrenza. Ma va qui annotato che il “quadro europeo” esprime un completamento, o una condizione, perché si affermi il “buon andamento”. Si dovrebbe riflettere sul punto che negli ultimi anni il legislatore si era soffermato sulla necessità di ridurre il ricorso alle SP. Perché lo aveva fatto? Per la consapevolezza, si deve ritenere, che le stesse, sempre di più, avevano sviluppato un’attività talora fonte di “sperpero di danaro e beni pubblici” e di “illeciti vari che causano ingenti pregiudizi al patrimonio degli enti partecipanti” (26), da qui una netta preferenza per il mercato. Il mercato, infatti, assicura la più conveniente produzione dei SPL, conseguendone che ci si può allontanare dallo stesso solamente in presenza di specifiche ragioni (come saranno richiamate nel paragrafo successivo). Tutelare il mercato pertanto, significa, anche, affermare specifiche modalità d’applicazione del principio del “buon andamento”.

L’“albero delle decisioni” vuole esplicitare che ogni processo decisionale:

- si alimenta (come in un albero, attraverso le sue

radici) delle conoscenze che vengono acquisite all’interno dell’ente e nell’ambiente;

- si sviluppa attraverso fasi o momenti che presentano rischi crescenti rispetto alle soluzioni più immediatamente rispondenti alla realizzazione delle finalità dell’ente e che quindi devono essere progressivamente maggiormente “curate” sotto il profilo della motivazione (queste fasi o momenti sono i rami dell’albero, da quelli più bassi e robusti, a quelli più in alto, talora esili);

- si conclude sempre con una motivazione che ne dimostri il contributo alla realizzazione delle finalità dell’ente; così qualificandosi come “eticamente adeguato”, per mezzo del continuo riferimento alla realizzazione dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità (la cui considerazione costituisce la linfa che scorre nel tronco e che, anch’essa, in modo diretto, alimenta le diverse fasi o momenti decisionali).

L’«albero delle decisioni» consente di motivare le decisioni che conducono alla costituzione o al mantenimento delle SP

L’“albero delle decisioni” conduce a motivare come si è individuata la più conveniente forma di gestione di ognuno dei servizi pubblici prodotti da parte degli enti (27), sino all’eventuale affidamento

Note:

(22) 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 p.a. che contribuisca positivamente alla capacità competitiva del nostro paese.

(23) 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, pag. 392 e ss.

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

(25) Cfr. G. Farneti, in *Azienditalia i corsi*, cit., par. 5.1.

(26) Le parole richiamate sono del Procuratore Generale S. Nottola, espresse in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2014.

(27) 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 - Bilancio, Gestione, Controllo, Servizi*, Ipsos, 2013, (segue)

diretto. Di seguito gli otto passi o *step* (28) che si propongono.

- Primo *step*, il servizio o è strumentale, o è un servizio pubblico locale (SPL). Se è strumentale e la scelta ricade sulla società partecipata cui affidare direttamente il servizio, questa dovrà realizzarsi nella forma *in house* e dovrà pertanto 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 variegate. Va notato che quella in economia dovrebbe essere riferita alle attività minori. Se la scelta ricade sulla società partecipata cui affidare direttamente il servizio, questa dovrà realizzarsi nella forma *in house* e dovrà così, nuovamente, fare riferimento a società totalmente pubbliche.

Con riferimento a ogni SPL a RE previsto dal Tuel, o che l'ente possa ritenere come rientrante dell'ambito delle attività che l'ente medesimo vuole assicurare, si dovranno percorrere i seguenti ulteriori passi.

- Terzo *step*, va verificato se il 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) (29), conseguendone la illiceità delle relative partecipazioni.

- Quarto *step*, in caso contrario, se si vuole fare carico di quel servizio, l'ente dovrà stabilire la privata pubblica delineando gli obblighi del servizio pubblico (questo passaggio non è generalmente osservato, in contrasto, anche, con il quadro europeo) (30).

- 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 tal modo, secondo la normativa si possono realizzare forme di partnerariato pubblico-privato, in piena sintonia con la previsione del quadro europeo, che danno luogo a SP miste, con soci privati.

- Sesto *step*, 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 dimostri (31) (analisi che normalmente, invece, è assente, in contrasto, anche, con il quadro europeo, così allargandosi l'area dell'illiceità).

- Settimo *step*. 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, pertanto, la necessità d'impegnare le risorse degli enti proprietari.

Ne consegue 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, al-

Note:

(segue nota 27)

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 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 costituirne delle nuove, dovrà, attraverso le necessarie motivazioni, tenerne conto.

(28) Con questi si vuole considerare i rami dell'albero, partendo dal basso, prima robusti e poi sempre più deboli, più problematici.

(29) 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 contemplano 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."

(30) 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.

(31) 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., pag. 619.

meno nella parte per la quale si rifletteranno sui propri bilanci (32).

● **Ottavo step.** Questo ottavo step vuole esprimere, in realtà, una riflessione comune a tutti gli step precedenti. In tutti, infatti, va salvaguardata la dimostrazione della convenienza della decisione presa, sotto il profilo della realizzazione del principio del “buon andamento”, rispetto a forme gestionali alternative. Questa dimostrazione si ha solamente se tale decisione si è avvantaggiata della linfa che scorre attraverso il tronco; fuor di metafora, se si realizza la finalizzazione delle attività ai tre ormai variamente ripetuti criteri che realizzano il principio del “buon andamento” e il conseguente orientamento etico. Quest’ultima dimostrazione richiede la formulazione di un *business plan* per individuare i risultati della gestione futura delle SP e le loro ricadute sui bilanci dell’ente proprietario. L’approccio previsionale dovrà così riguardare sia l’ente sia le sue società. Tale approccio dovrà fondarsi sull’analisi, sotto il profilo dell’efficienza, dell’efficacia e dell’economicità, nel significato che si è sopra chiarito, del contributo delle SP, mettendone in luce i contenuti positivi rispetto ad altre forme di gestione e dunque in una prospettiva che è quella, già considerata, del “buon funzionamento”.

L’ottavo step è pertanto trasversale agli altri e va sempre percorso, costituisce il filo conduttore che deve sempre accompagnare e guidare tutto il processo decisionale. Vuole chiarire che ogni soluzione deve essere, attraverso una decisione riproducibile, la più conveniente, e dunque “eticamente adeguata”, ma l’essere eticamente adeguata assume altresì un profilo giuridico per i richiami del PNA e del codice di comportamento di cui si è detto. Discostarsi dai risultati di tale analisi può diventare in concreto estremamente difficile, anche in presenza di norme specifiche che possano giustificare soluzioni diverse (33).

In sintesi, riassumendo: per l’affidamento diretto di un servizio che abbia come utilizzatore l’ente medesimo, si percorre solamente il primo passo, oltre all’ottavo che è trasversale; per l’affidamento diretto di un SPL non a rilevanza economica si percorre anche il secondo step, oltre all’ottavo che è trasversale; per l’affidamento diretto di un SPL a RE si percorrono tutti gli otto step appena descritti.

Nel quadro normativo che si è indicato in conseguenza della legge anticorruzione e delle previsioni in essa contenute, va sottolineato come un tale tipo di processo decisionale, come si è descritto, per produrre SPL attraverso SP, è comunque da seguire in termini obbligatori, essendo richiamato dal PNA, come “eticamente adeguato”; formandosi in tal modo un comportamento dovuto, anche nei casi in cui per specifica previsione normativa l’affida-

mento diretto possa presentarsi come fattibile sebbene in contrasto rispetto alle indicazioni dell’ appena analizzato «albero delle decisioni» (34).

A quest’ultimo riguardo si vuole proporre l’esempio già considerato delle farmacie comunali. Sulla base del quadro normativo le relative SP si porrebbero in contrasto con la verifica di cui al terzo step; ma la normativa di settore si esprime in senso contrario (35). Ebbene, si ritiene che si debba dire che è doveroso considerare anche gli altri step, ma in particolare soffermarsi sull’ottavo.

Va annotato che gli affidamenti diretti a SP possono (o potranno, superato il periodo transitorio), sal-

Note:

(32) La legge di stabilità sembra quasi essersi dimenticata di questa realtà, disciplinando sì, opportunamente, un vincolo, in conseguenza delle perdite, sul bilancio dell’ente, sino ad arrivare allo scioglimento delle SP, ma dimenticandosi che la perdita in linea generale non dovrebbe verificarsi e che dunque segnala una patologia che consegue da comportamenti certamente inadeguati, spesso illeciti. Per un approfondimento cfr. G. Farneti, “Le problematiche gestionali più attuali delle società partecipate”, in *Azienditalia* n. 11/ 2012, pag. 780, 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 pag. 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 a 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, sarebbero 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 p.a., la speranza è nella possibilità che le norme richiamate vi possano contribuire.

(33) Si faccia ad esempio il caso di una partecipazione totalitaria cui fa capo la gestione di una o più farmacie. Si tratta di un’attività a mercato, per la quale la norma consente la gestione a mezzo di SP. Si ipotizzi che tale gestione presenti una redditività nulla o modesta, non giustificata dalle eventuali compensazioni connesse agli obblighi di servizio pubblico e di servizio universale. L’ente si troverebbe con un patrimonio che non è in grado di valorizzare, dunque dovrebbe rinunciare alla gestione di tale servizio e cedere la sua società, in quanto non contributiva della realizzazione del principio del “buon andamento”. Però la casistica può essere assai varia. Si può anche ipotizzare che l’ente gestisca in economia il servizio farmacia e che perda risorse o abbia comunque risultati economici assai scarsi e che dunque addivenga alla soluzione di mettere a capo di una sua società il suddetto servizio, riorganizzandolo, e rendendolo competitivo. In quest’ultimo caso ci si troverà di fronte alla costituzione di una società che in termini generali non si giustifica in quanto relativa a un’attività che tipicamente è a mercato, ma che la normativa rende possibile e che viene realizzata attraverso modalità operative che ne assicurano il contributo al “buon andamento” dell’ente.

(34) Cfr. l’esemplificazione contenuta nella nota precedente.

(35) Cfr. Modulo, 2013, cit, cap 35.

vo specifiche previsioni normative di carattere eccezionale, essere realizzati solamente nei confronti di società totalmente pubbliche, nella forma *in house* (36), ma sempre subordinatamente alla dimostrazione della loro convenienza (le tre “e”).

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 (37) (dismesse o liquidate). Alla medesima soluzione si dovrebbe giungere per quelle società che, seppure interamente pubbliche, non realizzano il controllo analogo o sviluppano attività che non sono prevalentemente rivolte ai propri soci pubblici. Dalle carenze appena considerate potrebbe emergere la illiceità delle SP e le connesse responsabilità (38), che il PNA e i PTCP, attraverso la disciplina che si è all’inizio richiamata, potrebbero contribuire a meglio individuare. Il fatto che gran parte delle SP debbano essere espresse da società *in house* è assai importante anche perché nei loro confronti si è recentemente riconosciuta la sussistenza della giurisdizione contabile (39).

Risulta evidente come l’esistenza di un processo decisionale tracciabile (40), che si sviluppi dimostrando i passaggi che sono stati richiamati, costituisca il principale deterrente per contrastare la corruzione, in grado d’impedire il perseguimento d’interessi privati, o in ogni caso di condotte amministrative non finalizzate al “buon andamento”. Si afferma come necessario, mentre la sua mancanza determina, o potrebbe determinare, l’illiceità dei relativi comportamenti.

In questo contesto un aspetto importante è quello connesso alla dimostrazione della “stretta necessità” delle SP, sia quando si da vita a un nuovo soggetto, sia nel mantenerle nel tempo. Si ritiene che attraverso il percorso indicato, per mezzo della considerazione degli otto passi, l’ente sia in grado di fornire la suddetta dimostrazione. Con la precisazione che il percorso indicato si pone come necessario per tutte le SP.

Conclusioni: riflettere sulle responsabilità

Si ritiene che sia giunto il momento dei grandi cambiamenti, negli enti e, in particolare, nei rapporti che sviluppano con le loro SP. L’occasione è espressa dal PNA e dai PTCP 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 considerato, relativo alla mole di carta che gli enti dovranno predisporre, con la possibilità che le nuove richieste si risolvano in puri adempimenti. Ma le sensibilità al riguardo stanno crescendo. La Magistratura ordinaria ha iniziato a interessarsi a queste vicende. La situazione economica del paese e degli enti non consente l’ulteriore sperpero di risorse e 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 (41).

Un comportamento è pertanto legale se è indirizzato in senso etico, se si propone nelle sue finalità il

Note:

(36) Nei confronti delle quali si devono verificare tre condizioni: la natura esclusivamente pubblica dei soci; l’esercizio del controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, 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. Una recente deliberazione della Corte dei conti, sezione delle autonomie, la n. 2 del 2014, ha affermato il seguente principio di diritto, che favorisce una forma di gestione che strutturalmente è la più valida nell’asseverare l’effettivo esercizio del controllo analogo: “l’operazione di trasformazione eterogenea di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico a rilevanza economica (nella specie, il servizio idrico) in azienda speciale consortile, è compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi entrambi dotati di patrimonio separato, a garanzia dei terzi e dei creditori, e sia con le disposizioni pubblicistiche, tese a ricondurre tali organismi a un regime uniforme quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica”.

(37) Va rimarcato che molte di queste società potrebbero anche presentare profili d’illiceità per essere estranee alle finalità dell’ente, per svolgere attività a mercato. Come esemplificazioni sulle quali riflettere (ma ogni caso va considerato a se stante), si possono menzionare le attività relative alla gestione, di fiere, aeroporti, centri congresso, o le società che si occupano di formazione, o anche di promozione del territorio sotto diversi profili.

(38) Cfr. G. Farneti, “I controlli sulle partecipate: attualità del tema e rafforzamento del ruolo della Corte dei conti”, in *Azienditalia* n. 5/2013, pag. 391.

(39) Come è stato opportunamente ricordato, in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2014, dal Procuratore generale della Corte dei conti, Salvatore Nottola.

(40) Unitamente al rispetto di quelle condizioni di trasparenza che siano in grado di farlo conoscere a tutti i potenziali soggetti interessati.

(41) Vanno in questa direzione le comunicazioni del Presidente del Consiglio del 24 febbraio 2014, dove si può leggere: “Non siamo per sottrarre responsabilità ai dirigenti, siamo per dargliele tutte; vorremmo che la parola accountability trovasse una traduzione in italiano, perché vi sono le responsabilità erariali, quelle penali e quelle civili, però non ve n’è una da mancato raggiungimento degli obiettivi, se non a livello teorico: questa, però, è una sfida di buon senso, che nell’arco di quattro anni può essere vinta e affrontata se si parte subito e se si ha anche il coraggio - lasciatemelo dire - di far emergere il netto, chiaro ed evidente che ogni centesimo speso dalla pubblica amministrazione debba essere visibile on line da parte di tutti.”. Ma, si deve sottolineare, l’accountability ha già trovato, limitatamente agli enti locali, una piena spiegazione attraverso i principi dell’Osservatorio (cfr. il Principio contabile n. 3, punti 12 e 17) e, sul piano normativo, è già disciplinata: come naturale conseguenza del rispetto delle norme che sono a presidio del “buon funzionamento” delle p.a. locali.

bene comune e non l'interesse di una qualche parte. Se, pertanto, gli strumenti della programmazione/controllo (42) 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 rendendolo in tal modo riproducibile, 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".

A conclusione s'impone però una riflessione. I comportamenti che si richiedono agli enti locali come sono stati richiamati in forza di una recentissima normativa, erano in ogni caso obbligatori antecedentemente alla stessa. Da oltre un ventennio si è, infatti, delineato un quadro normativo che impone il rispetto del principio costituzionale del "buon andamento", principio che è stato dettagliato nei criteri che materialmente devono essere seguiti. Numerose norme hanno nel tempo fatto richiamo ai suddetti criteri e a una serie di conseguenze che si debbono realizzare, *in primis* quella che vede il processo decisionale incardinato nel contesto dell'attività di programmazione e controllo. Nello stesso tempo è fuori dubbio che dal 1990 s'impone la motivazione degli atti amministrativi; al riguardo va osservato che la discrezionalità non è mai assoluta, ma è sempre finalizzata al rispetto del richiamato principio costituzionale. Naturalmente la motivazione deve essere effettiva e quindi dimostrabile, non può quindi risolversi in dichiarazioni puramente tautologiche.

Con riferimento alle SP che fanno capo agli enti locali si è fatto di più. Si è chiarito che gli obiettivi gestionali devono esprimersi in termini di efficienza, efficacia ed economicità (43).

Ma questa norma è stata disapplicata, come lo è stato il quadro normativo complessivo nei contenuti variamente richiamati. Non si è sviluppato pertanto, particolarmente con riferimento alla gestione dei SPL, un processo decisionale, riproducibile in quanto effettivo, in grado di spiegare come nel concreto l'ente, attraverso le sue SP, si propone di realizzare il principio del "buon andamento". Questa

situazione si è prodotta perché il sistema dei controlli nel suo complesso non ha funzionato. Il legislatore è allora recentemente intervenuto richiamando, nell'ambito del rinnovato sistema dei controlli interni, l'importanza di rispettare la norma appena menzionata, con una ulteriore e specifica norma (44). In aggiunta, si è prodotta la normativa cui ci siamo riferiti in questo lavoro. Si è convinti che il tutto potrà avere sulla gestione degli enti e delle loro partecipate conseguenze positive, nella direzione che si è indicata, anche sotto il profilo del contrasto alla corruzione, se il sistema dei controlli interni/esterni (45) funzionerà. Altrimenti ci si li-

Note:

(42) 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, "Sembrebbe, 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".

(43) Ci si riferisce al sesto comma dell'art. 170 del Tuel; mentre il quinto comma aggiunge la considerazione per la quale, nello scorrimento dei piani nel tempo, la Relazione revisionale e programmatica deve spiegare le variazioni rispetto all'anno precedente. Ovviamente anche sulla base dei contenuti della Relazione al rendiconto.

(44) Cfr. l'art. 147-quater, secondo comma, del Tuel, che dettaglia ulteriormente l'obbligo di cui all'art. 170, comma sesto, appena richiamato, chiarendo che gli obiettivi gestionali, da esplicitare, cui devono tendere le SP, devono essere riferibili a parametri, sia quantitativi sia qualitativi, ricavabili da un idoneo sistema informativo; ma tale disposizione era comunque ampiamente applicabile anche in precedenza, perché tecnicamente consegue dal menzionato sesto comma dell'art. 170 del Tuel, ove si voglia renderne effettiva l'applicazione. Si vuole anche annotare come, con questa norma di maggiore dettaglio, ancora una volta il legislatore si sia riferito ai tradizionali insegnamenti dell'economia e della tecnica aziendale, seppure considerati in ritardo. Averli voluti dettagliare è sintomatico di un sistema amministrativo, il nostro, che non concepisce che i comportamenti e non solo gli atti debbano essere rispettosi del quadro normativo, sulla base d'individuati principi e criteri applicativi: l'indicazione di un processo decisionale "tracciabile" va nella direzione del superamento di questa nostra profonda limitazione che è, prima di tutto, di tipo culturale.

(45) Nell'evoluzione, che è in corso, e alla quale ci siamo variamente riferiti, un aspetto molto interessante è dato dalla crescente attenzione per il "danno da disservizio", dalle decisioni più datate (cfr. G. Farneti, "I nuovi profili della responsabilità patrimoniale", in *Azienditalia*, n. 7/1996), all'analisi più recente sviluppata da M. De Paolis, in *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, Ipsoa, 2013, dove nelle pp.193-195, si può leggere: "Sul punto, la giurisprudenza contabile è abbastanza consolidata, ... il danno da disservizio non possa essere cristallizzato in fattispecie tipizzate, in quanto, seguendo il così detto criterio espansivo, è idoneo a recepire tutte le possibili tipologie d'illecito doloso o colposo attinenti ai vari settori della pubblica amministrazione che comportano una minore produttività delle risorse umane, economiche e finanziarie dell'apparato pubblico così da procurare un danno aggiuntivo per non aver raggiunto, nei tempi dovuti, le utilità conseguibili in via ordinaria con un vero e proprio spreco di risorse produttive. ... Si tratta di un danno patrimoniale individuabile nel mancato raggiungimento delle utilità previste secondo le risorse non utilizzate in base ai canoni della legalità, dell'efficienza, dell'efficacia, dell'economicità e della produttività, criteri a cui si deve costantemente uniformare l'attività svolta della p.a. ed è correlato con il decremento della produttività funzionale dell'amministrazione."

mitterà, da parte degli enti, a sostenere ulteriori adempimenti, con ulteriori costi, senza migliorare la performance della nostra p.a., senza contrastare in alcun modo (al di là dei suddetti adempimenti formalmente rispettati) la corruzione, proseguendo nei comportamenti al momento più diffusi. Gli operatori dovrebbero dare applicazione al rinnovato quadro normativo nella consapevolezza che anche il sistema dei controlli si sentirà coinvolto, proponendosi, si deve ritenere, di assicurarne il rigoroso rispetto.

Più recentemente, in conseguenza dei fallimenti (46) che sempre più spesso coinvolgono le SP, emergono le responsabilità nella gestione delle stesse. Ma va osservato che è plausibile che tali 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, specialmente quando 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 rendiconti, alle relazioni previsionali e programmatiche, più in generale a tutti i documenti del sistema del bilancio; alle menzionate motivazioni (47) a giustificazione delle SP; alle analisi di mercato, ai *busi-*

ness plan e in genere a tutti gli aspetti che sono richiamati negli *step* prima delineati.

Note:

(46) 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 prevedibilità del finanziamento dei soci", in *Il Fallimento*, lpsa, n. 10/2013, p. 1282 e ss., che osserva che tale orientamento maggioritario "di fatto impone all'interprete una lettura in controllo 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, si ritiene, 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 richiamata conduce a considerare che la gestione di servizi strumentali o di SPL può essere affidata direttamente solamente a società di questo tipo.

(47) 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. 244/244 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."