

IL CONTROLLO SURRETTIZIO DI LEGITTIMITA’*

(pubblicato sul *Giornale di diritto amministrativo* n. 4 del 2005)

di *Francesco Battini*

1. **Premessa.** Tra i 572 commi in cui si suddivide l’art. 1 (unico), della legge finanziaria per il 2005, due, commi 11 e 42 (quest’ultimo relativo ai soli enti territoriali con oltre 5.000 abitanti, mentre il comma 11 riguarda, con alcune eccezioni, le pubbliche amministrazioni in generale) ribadiscono i presupposti e i casi in cui è consentito conferire a soggetti esterni incarichi di studio, ricerca e consulenza (in materia esisteva, in senso analogo, copiosa giurisprudenza della Corte dei conti ed era stata emanata recentemente una direttiva del Capo del Governo; norme del tutto analoghe erano state già dettate dalla finanziaria precedente); **dispongono** che i relativi atti di affidamento di incarichi e consulenze siano trasmessi alla Corte dei conti (accompagnati, per quanto riguarda gli enti locali, dalle valutazioni degli organi di revisione); **dichiarano** che l’inosservanza delle prescrizioni ricordate costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.

Per apparente pigrizia, il legislatore non specifica a quale struttura della Corte intenda riferirsi, se alla rete delle Procure, in particolare, o alla rete delle Sezioni di controllo. Dovrà pertanto essere la Corte a decidere; ma, mancando nel suo attuale ordinamento un collegio in grado di proporre interpretazioni vincolanti per ciascuna delle due ricordate funzioni istituzionali, le eventuali deliberazioni adottate dalle Sezioni riunite in sede di controllo potranno essere disattese da ciascuna Procura.

Le nuove due disposizioni, il cui rapporto reciproco è ancora da chiarire, non brillano per valore innovativo e neppure promettono comportamenti diversi e rincuoranti economie di spesa; ma esse pongono problemi interpretativi di non facile soluzione, che inevitabilmente spingono a discutere dei massimi sistemi. E’ esperienza comune, d’altronde, che l’osservazione di fatti banali possa trascinare a meditazioni di alto respiro; e ciò soprattutto in materia di controlli.

Al di là delle ironie, comunque, si ritiene utile subito far presente che, almeno per quanto attiene al controllo della Corte dei conti sulla gestione delle autonomie costituzionalmente tutelate (regioni, province, comuni), non soltanto dovrebbe ritenersi proibito, anche al legislatore ordinario, configurare ipotesi di controllo su singoli atti, almeno dopo l’abrogazione degli articoli 125, primo comma, e 130 della Costituzione e i chiari orientamenti della legge n. 131, ma occorre **essere** attenti, secondo insegnamenti della Corte costituzionale (sentenza n. 29 del 1995), a tracciare e **rispettare** steccati di separazione tra controllo e funzione inquirente delle Procure.

Parlare di steccati non significa ovviamente escludere l’eventualità che dall’esito del controllo successivo l’organo inquirente possa trarre elementi di possibile danno erariale, ma significa evitare che il controllo “collaborativo” si concentri su valutazioni inerenti alla liceità di comportamenti, anziché preoccuparsi di suggerire agli organi elettivi azioni correttive in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nonché di regolarità della gestione.

Ha rilevato la Corte costituzionale, più precisamente, che “la titolarità congiunta nella stessa Corte dei conti della giurisdizione (...) e del controllo successivo sulla gestione, corredato dei poteri di acquisizione delle notizie e di ispezione prima indicati, pone delicati problemi di regolamentazione dei confini, non solo sotto il profilo dell’organizzazione interna dell’organo (in quanto postula una rigorosa separazione fra le sezioni giurisdizionali e quelle adibite al predetto controllo), ma anche

sotto il profilo dell'utilizzazione delle notizie o dei dati acquisiti attraverso l'esercizio dei poteri inerenti al controllo sulla gestione".¹

2. **Precedenti normativi.** Norme analoghe a quelle della finanziaria 2005 erano state in precedenza già emanate. L'art. 24, comma 5, della legge finanziaria per il 2003 (n. 289/2002) - disposizione peraltro prematuramente abrogata, tanto da non consentire serie esperienze applicative - aveva ad esempio previsto la comunicazione alla Corte dei conti dei contratti stipulati a trattativa privata dalle amministrazioni pubbliche, in tal caso però individuando espressamente quali destinatarie le Sezioni regionali di controllo².

La Corte era stata assai tempestiva nel rilevare, con deliberazioni adottate sia da strutture centrali di controllo (Sezioni riunite, 27 febbraio 2003, n. 7/Contr/03)³, sia da Sezioni regionali, che in alcuni casi destinatari della comunicazione dovevano ritenersi altri organi con funzioni di controllo successivo su attività (Sezione enti, Sezione per il controllo di gestione sulle amministrazioni dello Stato), e che, comunque, trattandosi di adempimento finalizzato ad attività di monitoraggio e di programmazione, non certo di controllo preventivo, la "comunicazione" doveva riguardare gli estremi di contratti già stipulati (e, di norma, operativi), e non essere accompagnata dall'invio di atti contrattuali.

Il legislatore è però tornato sui suoi passi con i commi 5 e 9 del decreto legge n. 168 del 2004 (c.d. taglia spese), convertito nella legge n. 191. La prima disposizione, che introduce un articolo aggiuntivo (198 bis) nel testo unico delle leggi comunali e provinciali, dispone che le strutture di controllo interno responsabili del controllo di gestione inviino i propri referti ("conclusioni", secondo la dizione della legge) anche alla Corte dei conti. Il comma 9, invece, prescriveva che gli enti territoriali adottassero, per il contenimento delle spese di consulenza, direttive alle società a totale partecipazione pubblica gerenti dei servizi e prevedeva che tali direttive fossero "preventivamente" comunicate alla Corte dei conti.

Anche in tal caso, preceduta e seguita da orientamenti autonomamente adottati da singole Sezioni regionali, la competente struttura centrale della Corte (Sezione delle autonomie, deliberazione n. 16/AUT/2004, del 22 ottobre 2004)⁴, ha fornito elementi interpretativi che: a) individuavano quali organi destinatari, in ambedue i casi, le Sezioni regionali di controllo (il dubbio che il legislatore intendesse riferirsi alle Procure era nella specie molto esile, non prestandosi gli atti in questione a valutazioni in termini di danno erariale); b) precisavano che le "conclusioni" dei controlli interni di gestione **potevano** essere dalla Corte utilizzate per verificare il livello di funzionamento dei controlli interni, nonché per integrare le istruttorie di controllo programmate; c) chiarivano che la comunicazione delle direttive (tempestiva, e non preventiva, come correttamente specificato dalla delibera della Sezione regionale per l'Emilia e Romagna) non attivava autonomi procedimenti di

¹ **La frase susseguente, d'altra parte, si preoccupa solo di chiarire che l'azione inquirente può prendere spunto dai prodotti del controllo:** "Più precisamente – prosegue infatti la sentenza - è incontestabile che il titolare dell'azione di responsabilità possa promuovere quest'ultima sulla base di una notizia o di un dato acquisito attraverso l'esercizio dei ricordati poteri istruttori inerenti al controllo sulla gestione, poiché, una volta che abbia avuto comunque conoscenza di un'ipotesi di danno, non può esimersi, ove ne ricorrano tutti i presupposti, dall'attivare l'azione di responsabilità. Ma i rapporti tra attività giurisdizionale e controllo sulla gestione debbono arrestarsi a questo punto, poiché si vanificherebbero illegittimamente gli inviolabili "diritti della difesa", garantiti a tutti i cittadini in ogni giudizio dall'art. 24 della Costituzione, ove le notizie o i dati acquisiti ai sensi delle disposizioni contestate potessero essere utilizzati anche in sede processuale (acquisizioni che, allo stato, devono avvenire nell'ambito della procedura prevista dall'art. 5 della legge n. 19 del 1994)". Sulle caratteristiche del controllo di gestione, v. anche Corte cost., sentenza n. 335/1995.

² Un'altra disposizione della stessa legge, come più oltre si vedrà, ha previsto la diretta comunicazione di atti alle Procure della Corte.

³ In questa *Rivista*, 2003, 9, 976.

⁴ In questa *Rivista*, 2005, 2, 184.

controllo preventivo su atti, ma **offriva** elementi istruttori per il controllo successivo; d) demandavano alle Sezioni regionali di istituire, eventualmente, banche dati delle società partecipate. Nel periodo precedente si è usato l'imperfetto, anziché il presente, perché il comma 9, che prendeva espressamente in considerazione il solo esercizio 2004, non è stato più reiterato con la finanziaria per il 2005 e deve pertanto intendersi anch'esso prematuramente soppresso. Di natura permanente è invece il comma 5, relativamente al quale talune Regioni hanno peraltro sollevato questione di legittimità costituzionale.

3. Effetti evocativi di un controllo su atti. E' subito da reiterare l'osservazione che le disposizioni del d.l. 168 dispongono (relazioni conclusive del controllo interno) o disponevano (direttive a società partecipate) l'invio alla Corte di documenti frutto di altri controlli e di per sé non suscettibili di verifiche di legittimità da parte della Corte stessa. Relazioni interne e direttive costituiscono e costituiscono, con ogni evidenza, strumenti e non oggetti possibili di controllo esterno, così che è stato per tutti facile non solo comprendere che la reticente e generica indicazione del legislatore doveva intendersi riferita alle Sezioni regionali di controllo, e non già alle Procure, ma anche che la documentazione così acquisita non era idonea ad attivare autonome procedure di controllo preventivo.

Ma qualcosa, tuttavia, si è mosso: l'evidente "strumentalità" dei documenti da trasmettere ha indotto alcune Sezioni regionali a dettare regolamentazioni nella forma, se non anche nella sostanza, mutate da quelle del controllo preventivo. Si è deliberato, in sostanza, che "l'esame" o la delibazione di tutte le relazioni e tutte le direttive fosse affidato a magistrati, cui compete cogliere le eventuali segnalazioni (nelle conclusioni del controllo interno) di comportamenti non efficaci, efficienti o economici. Ai magistrati stessi competeva anche valutare la coerenza delle direttive emanate dagli enti territoriali con le prescrizioni di legge, e ciò anche al fine di indirizzare agli organi rappresentativi delle autonomie segnalazioni di inadempienza o inesatto adempimento.

Le Sezioni che così hanno deliberato, nella convinzione che la previsione legislativa pretendesse l'esame della documentazione inviata, hanno pertanto disciplinato un percorso obbligatorio di controllo (sia pure come mera delibazione), di singoli atti, percorso che, seppur nella specie non confondibile con un controllo di legittimità, è aggiuntivo rispetto ai controlli di tipo gestionale, ed in essi non del tutto riassorbibile.

Altre Sezioni regionali sono state al riguardo più caute, sottolineando che una delibazione delle relazioni (e delle direttive) poteva tutt'al più essere utile per orientare la selezione degli enti da assoggettare poi, previa programmazione, a concrete istruttorie di controllo. Ma, fermo restando il potere-dovere di tener conto, nel corso delle istruttorie di controllo effettivamente programmate e svolte, sia dell'esito dei controlli interni (adempimento già previsto dalle leggi n. 20/1994 e n. 131/2003), sia dei problemi di *governance* delle società partecipate, anche tali Sezioni hanno convenuto sulla necessità di prevedere procedure per il protocollo dei documenti in arrivo e di verifica e segnalazione delle eventuali inadempienze **relative all'obbligo di inoltrare**.

In nessun caso, in coerenza con le indicazioni della Corte costituzionale, vecchie di dieci anni ma rafforzate dalla legge n. 131 del 2003, risulta essere stato previsto un collegamento tra esame (obbligatorio e a tappeto) o delibazione (eventuale e parziale) dei documenti, ed obbligo di segnalare alle Procure ipotesi di presunto danno erariale.

4. La finanziaria 2005 e i rischi di controllo "surrettizio". Tutto ciò premesso, occorre chiedersi se anche a fronte delle nuove e ricordate disposizioni della finanziaria 2005 saranno dalla Corte adottate⁵ analoghe determinazioni (individuazione delle Sezioni regionali di controllo quali

⁵ Nelle more della pubblicazione di questo contributo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, in sede di controllo, si sono espresse con la deliberazione n. 6/2005, del 15 febbraio 2005 (in www.Ipsa.it/giornaledidirittoamministrativo) che sarà parzialmente pubblicata e commentata nei prossimi numeri di questa Rivista, unitamente alla sentenza n. 64/2005 della Corte costituzionale, della quale il testo fa cenno più avanti. La deliberazione delle Sezioni riunite

destinatario degli atti di conferimento degli incarichi di studio, ricerca e consulenza adottati da soggetti di autonomia; organizzazione di sistemi di esame e/o deliberazione di tutti tali atti; segnalazioni agli organi elettivi di fattispecie non coerenti con le prescrizioni di legge); o se non si terrà invece conto che, in questo caso, la documentazione da trasmettere alla Corte non è frutto di controlli interni o controlli esperiti dalle amministrazioni sulle società partecipate, ma è costituita da atti amministrativi, il cui esame e/o deliberazione non può che denominarsi controllo.

Si è tentati di dire che ogni problema verrebbe meno se destinatario della trasmissione fossero in questo caso ritenute le Procure, sulla scia non soltanto del testo legislativo (che richiama il possibile danno erariale), ma anche di una curiosa e recentissima sentenza della Corte costituzionale (n. 64/2005) che, con qualche visibile confusione tra controllo e funzione inquirente, ha ritenuto non fondata la questione di costituzionalità posta nei confronti della disposizione che espressamente prevede l'obbligo di trasmettere alle Procure della Corte dei conti gli atti di riconoscimento di debito. Ma resta alta la probabilità di un diverso orientamento da parte delle Sezioni riunite, conforme a quello adottate nella precedente occasione: e occorrerà in tal caso avere contezza che il controllo c.d. collaborativo oggi esercitato dalla Corte sulla gestione delle autonomie non può in alcun caso risolversi nell'esame, sotto profili di legittimità, di singoli atti.

Vero è che questa è la presumibile intenzione del legislatore; ma vero è anche che la pena sarebbe inevitabilmente quella della incostituzionalità di una tale forma di controllo esterno. E tanto più incostituzionale risulterebbe, ovviamente, la supposizione di un flusso preordinato di segnalazioni tra Sezioni regionali di controllo e Procure, tale da costruire un'autostrada, e non già di tracciare un rigoroso confine, tra le due funzioni esplicitate dalla Corte.

L'interpretazione della legge deve d'altronde privilegiare la salvaguardia della costituzionalità e ciò dovrebbe semmai indurre le strutture di controllo a finalizzare l'esame (o deliberazione) degli atti esclusivamente a valutazioni inerenti al livello di spesa, quale possibile elemento orientativo nella selezione degli enti su cui programmare e poi avviare concrete istruttorie di controllo.

Occorre in altre parole avere il coraggio di resistere, in ogni sede, ai riconoscibili e ormai ricorrenti tentativi del legislatore - operati sia dicendo (ad esempio: l'espressione "comunicazione preventiva" usata dal d.l. n. 168), sia non dicendo (mancata diretta individuazione della struttura impegnata) - di indurre la Corte a ripristinare, anche sulle autonomie, un sistema surrettizio di controlli di legittimità su singoli atti.

In ogni caso, ove la deliberazione degli atti dovesse ritenersi obbligatoria, sarebbe quanto meno auspicabile che l'adempimento facesse carico alla Sezione centrale delle autonomie, chiamata a riferire al Parlamento sui profili generali della spesa regionale e locale, senza necessità di scendere alla valutazione delle singole gestioni, e non invece alle Sezioni regionali, aventi obbligo di riferire "esclusivamente" agli organi elettivi di volta in volta interessati.

5. Conclusioni. Le conclusioni del paragrafo precedente non sono confutate, ma, anzi, sono rafforzate dalla pur bizzarra e già citata sentenza n. 64/2005 della Corte costituzionale, che, per motivi non spiegati, evita di tracciare distinzioni tra controllo (nella specie successivo, gestionale e collaborativo) e funzione inquirente delle Procure della Corte dei conti. A fronte di una disposizione (art. 23, comma 5, legge n. 289/2002) che esplicitamente dettava l'obbligo di trasmettere alle Procure atti amministrativi (riconoscimenti di debito), la sentenza ha enunciato principi validi in tema di controllo, rilevando che, se il coordinamento della finanza pubblica può talora consentire l'ingerenza, nell'attività delle regioni ed enti locali, di organi dello Stato (cfr. sentenza n. 36/2004), a maggior ragione deve ritenersi legittimo il controllo svolto da un organo terzo qual è la Corte dei conti. Controllo "rispettoso dell'autonomia locale", aggiunge poi la sentenza, che tiene espressamente fermo il principio secondo cui "i controlli di legittimità sugli atti amministrativi degli enti locali debbono ritenersi espunti dal nostro ordinamento", a seguito dell'abrogazione degli artt. 125 (primo comma) e 130 della Costituzione.

individua come destinatario degli atti le Sezioni aventi compiti di controllo successivo demandando ad autonome decisioni delle stesse di stabilire "i criteri organizzativi interni per l'esame degli atti".

Si tratta, com'è agevole constatare, di principi ampiamente condivisibili, anche perché ripetitivi di quelli enunciati da precedenti decisioni della Corte. La novità risiede semmai nel fatto che essi siano richiamati e riaffermati in una fattispecie legislativa in cui di controllo esterno non si parla, ma di obbligatoria trasmissione di atti alla rete delle Procure della Corte dei conti.

La spiegazione più probabile è che, per il profilo in questione, sia stata ritenuta implicitamente accettabile dalla Corte costituzionale la tesi dell'Avvocatura, secondo cui al legislatore statale è consentito disporre l'invio diretto alle Procure di determinati atti delle autonomie, in tal modo disciplinando il funzionamento di un organo giurisdizionale, in materia esclusivamente riservata, pertanto, alla legge statale.

Se così fosse, anche tale conclusione potrebbe ritenersi ampiamente condivisibile, semmai restando aperta per la Corte dei conti, e non per le autonomie regionali o territoriali, la possibilità teorica di difendere la propria autonomia decisionale anche per ciò che attiene all'organizzazione delle proprie funzioni. Ma, a ben vedere, anche per siffatta difesa risulterebbe sufficiente la via dell'interpretazione, dal momento che il disposto invio obbligatorio di atti alle Procure non vincola (art. 23, comma 5, legge n. 289/2002) o non vincolerebbe (commi 11 e 42 della legge finanziaria 2005) quest'ultime ad esaminare obbligatoriamente tutti gli atti pervenuti, semmai suggerendo e/o agevolando procedure di indagine.

Anche a proposito delle Procure, come a proposito delle Sezioni di controllo, resta e resterebbe in altre parole fermo il principio che disposizioni del genere - nate tra l'altro da valutazioni contingenti sull'importanza, a fini di contenimento della spesa pubblica, di particolari profili - non possono incidere sull'autonoma organizzazione dell'esercizio di funzioni istituzionali. Esercizio che una precedente e meglio ponderata sentenza della Corte costituzionale (n. 104 del 1989) vincolava ad "elementi specifici e concreti", dal momento che un potere esercitato su "mere ipotesi e astratte supposizioni" e diretto "in modo del tutto generico, ad un intero settore di attività amministrativa", costituirebbe "una vera e propria attività di controllo da parte di un organo che per legge non è abilitato ad effettuarlo".