

Sulla inefficienza od inutilità dell'attuale sistema di controlli sulle pubbliche amministrazioni a fini di prevenzione della corruzione e della *maladministration*

DI QUIRINO LORELLI

(Traccia dell'intervento per la riunione del 24 giugno 2009)

"What is the use of being elected
or re-elected unless you stand for something?"
(Grover Cleveland, 22° Presidente degli Stati Uniti)

Abstract: a quindici anni dalla soppressione del modello del controllo preventivo di legittimità su atti e dalla sua sostituzione con la triade 'controllo' (?) informativo - controllo sulla gestione - controllo di gestione, affidati i primi due alla Corte dei conti, il terzo agli organi di controllo interno, emerge il totale fallimento del retrostante schema politico-costituzionale di sufficienza del principio di responsabilità politica e quindi del voto come leva di lotta alla corruzione e di recupero di efficienza dell'amministrazione. Il nuovo modello di controllo, astruso da una realtà amministrativa fatta di poche buone pratiche e di molte clientele e violazioni della legge penale, è naufragato sulla storia d'Italia e sui soliti ed antichi fenomeni che diversificano la nostra democrazia da quelle anglosassoni cui per troppo tempo si è guardato; chi insiste in esso e nelle sue mai dimostrate potenzialità non si rende conto di giocare a favore della conservazione del sistema e della casta finì a se stessi. Il mito dell'elettore informato, ritenuto unico contrappeso al debordare del potere politico, impatta con livelli di corruzione che non hanno eguali nelle democrazie occidentali, con un'amministrazione lontana anni luce dalle esigenze e dai tempi della società civile e con la sua totale incapacità a far fronte all'evoluzione delle dinamiche sociali ed economiche. L'Italia dei mille festosi campanili del nuovo Titolo V non si è rivelata migliore di quella della vituperata Prima Repubblica.

Il presente scritto tenta di individuare le cause della inefficienza ed, in ultima istanza, dell'inutilità del sistema vigente dei controlli sull'attività delle pubbliche amministrazioni (controlli di gestione, sulla gestione, finanziari, contabili, ecc.) a fini di recupero di efficienza del sistema e di prevenzione della corruzione e della *maladministration*. In questa sede, per ragioni di snellezza, rimangono fuori dal quadro d'insieme il sistema dei controlli sugli organi e le relative ragioni della loro sostanziale e voluta disapplicazione - al di fuori delle patologiche eccezioni dello scioglimento delle assemblee elettive per mafia (art.143 del T.U.E.L.) - motivata da ragioni storiche, culturali ma anche costituzionali (il timore di lesione delle autonomie territoriali a partire da quelle regionali).

Per analizzare le cause dell'inefficienza, diseconomia od inutilità che dir si voglia dell'attuale sistema (o rete) di controlli non giurisdizionali, bisogna prendere le mosse necessariamente dalla filosofia istituzionale e costituzionale che sta dietro l'applicazione di talune riforme degli anni '80-'90 del secolo scorso.

1. Due visioni di amministrazione

Nello svolgere alcune brevi riflessioni sulle ragioni della inefficienza dell'attuale sistema di controlli a contrastare fenomeni di *maladministration* ed a prevenire la corruzione, in ogni sua forma, bisogna muovere dal postulato per il quale non è possibile ritenere, secondo uno schema classico (ma superato, a partire da quella 'crisi dello Stato' di cui già parlava Santi Romano), che *ex se* l'agire amministrativo sia sempre ed esclusivamente volto agli interessi delle collettività

amministrate (invero, la *maladministration* è esattamente l'opposto, traducendosi in dispendio di risorse, obiettivi generali non raggiunti, inefficienza dei servizi pubblici intesi in senso ampio, incapacità dell'amministrazione di fronteggiare esigenze minimali del vivere civile delle collettività). In questo si rinviene un elemento della 'conservazione' (o se si vuole) della controriforma, in quei percorsi politici ed istituzionali per i quali si procede ad una identificazione obbligatoria ed *ex se* dell'interesse generale e di quello della collettività solo e sempre con l'interesse espresso in certi modi e certe forme dall'amministrazione o, peggio, con le forme di realizzazione dell'azione amministrativa (un modello simile a quello teorizzato da Treitschke).

In tale assolutistica ed antilluministica visione dell'amministrazione l'interesse generale, pubblico, della collettività non è visto come insieme di interessi individuali, da tutelare anche singolarmente, nella salvaguardia delle diversità ed attraverso il diritto come collante della società umana e come strumento di composizione delle controversie; la visione 'conservatrice' privilegia sempre e solo l'amministrazione-apparato rispetto alle singole sensibilità, ai singoli diritti, alle singole opinioni, anche ove queste siano stabilmente organizzate.

Le scelte dell'amministrazione sono così pressoché intangibili, impermeabili a nuovi fenomeni sociali, di costume, di evoluzione culturale, se non ove questi si manifestino in occasione della tornata elettorale.

2. La necessità di definire una funzione pubblica di controllo

Un secondo postulato che rimane imprescindibile ai fini della presente analisi riguarda la definizione del controllo.

Il controllo è connaturato alle organizzazioni pluripersonali e sorge dall'esigenza di dar conto di comportamenti soggettivi agli altri consociati: esso è funzionale alla coesione sociale, intendendo per tale la *vis*, l'interesse comune, posto a base di ogni organizzazione pluripersonale. Esiste un'esigenza primaria degli ordinamenti giuridici e delle organizzazioni sociali (Stato, società, comunità organizzate, famiglia), di <<controllare>> la giuridicità, od almeno la conformità "ad un parametro"¹, di un certo comportamento, al fine di decidere se esso è meritevole di tutela o, al contrario, di sanzione. Una qualunque società od organizzazione priva di controlli al proprio interno è incapace di funzionare ed anzi verrebbe meno la loro essenza: infatti se la collettività organizzata non è in grado di valutare i comportamenti dei singoli o della stessa organizzazione e di verificare che questi siano conformi ad un sistema di regole, essa cessa di essere organizzazione e degrada ad insieme di individui, ciascuno dei quali opera solo sulla base di rapporti di forza.

Il controllo, sia che riguardi una o più attività, sia che attenga la verifica di organi od organizzazioni, sia infine che si svolga su singoli comportamenti, è caratterizzato da un *fine* superiore, di natura generale, rappresentato via via dall'interesse pubblico, da quello dei creditori, dal bene della organizzazione o della società, dalla sopravvivenza del gruppo.

La dottrina affermava che la nozione di controllo "consta di un giudizio di conformità a regole, che comporta in caso di difformità una misura repressiva, preventiva, rettificativa o eliminativa"²; altri hanno ricordato come comunque detta funzione consista "nella possibilità che un organo sindachi a fine di riparazione o di prevenzione, e in vista della salvaguardia degli interessi sui quali è chiamato a vigilare, l'operato di altri organi"³.

Le attività di controllo debbono per loro natura poter rimediare là dove il controllato ha fallito, dove ha tenuto un comportamento non conforme al parametro od alla regola e questo principio è

¹ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, pag.183 e segg.

² M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, III^a Ed., vol. I, pag.327.

³ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, XIV^a Edizione, Vol. I, pag.239, il quale ricordava poi che "sono da considerare poco efficienti e funzionali quei controlli di legittimità che sono affidati ad organi – quali i prefetti, le commissioni di controllo sulle Regioni e simili – costituiti in modo da non assicurarne la neutralità"

connaturale al buon funzionamento dell'organizzazione statale nel suo complesso. E' indifferente che a rimediare sia direttamente il controllore ovvero che vi sia giuridicamente obbligato il controllato o che, ancora, vi provveda un terzo soggetto, sostituendosi al controllato, ma è fondamentale ed imprescindibile che l'attività di controllo sia caratterizzata da quella *vis publica* per la quale il controllato sarà tenuto a conformare o ad uniformare il proprio comportamento al parametro del controllo, alla norma.

Bisogna distinguere nettamente l'attività di controllo - svolta nell'interesse supremo della collettività - da altre attività, collaterali al funzionamento degli apparati amministrativi pubblici, finalizzate a garantire l'assoluzione del principio di buon andamento dell'amministrazione o dei principi di economicità, efficienza, efficacia dell'azione amministrativa.

Il controllo si differenzia da qualunque attività consulenziale (per esempio quella affidata all'Avvocatura dello Stato) o collaborativa perché garantisce beni, interessi, valori propri non del soggetto controllato ma della collettività o, comunque, di soggetti terzi, diversi.

L'attività di controllo è un'attività correlata direttamente alla salvaguardia di principi fondamentali; come tale comporta l'esistenza di un potere pubblico autonomo ed indipendente che persegue l'interesse dell'intera comunità "così come risulta obiettivato nell'ordinamento generale"⁴.

3. Il bivio: controlli per l'amministrazione o controlli per i cittadini?

Le sopraesposte considerazioni non rimangono estranee al problema della individuazione delle cause della inefficacia degli attuali controlli.

Oggi vi è che l'intero sistema di controlli e la relativa disciplina di diritto positivo muovono esclusivamente all'interno di una logica ausiliaria all'amministrazione, che diviene ausiliaria alle scelte degli amministratori e dei dirigenti, laddove essi svolgono unicamente (eccezion fatta per il controllo preventivo su alcuni atti dello Stato, affidato alla Corte dei conti) una funzione di tipo informativo e referente al vertice dell'amministrazione od all'assemblea elettiva.

Con ciò non si vuole formulare un giudizio di valore sulle attuali (e sulle precedenti) articolazioni della funzione di controllo non giurisdizionale, ma annotare che esse si muovono dentro le logiche dell'agire amministrativo e non in una logica di garanzia delle libertà costituzionali e di salvaguardia della legalità del sistema (e nemmeno, per come vedremo, di affermazione oggettiva del principio dell'art.97 Cost.).

Muovendosi all'interno di tale logica sono elementi secondari, quasi irrilevanti, la terzietà, l'imparzialità e la neutralità del controllore rispetto al controllato: ne sia prova la nomina dei revisori dei conti da parte delle amministrazioni locali controllate, la nomina da parte delle autonomie locali nelle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti di due componenti, per non dire dei c.d. *controlli* interni (dove però ci muoviamo in una logica di totale stravolgimento della categoria ontologica del controllo giuridico).

Ma ne è prova anche l'assenza dalla carta costituzionale di qualunque riferimento ad una funzione pubblica di controllo nell'interesse della collettività, eccezion fatta per quanto statuito dall'art.100, comma 2.

Qui si è dinnanzi ad un vero e proprio bivio:

- a) se si accede alla tesi sopra definita 'conservatrice' - e della quale fa parte l'affermazione del principio di sufficienza della responsabilità politica, sul quale si veda appresso - non possono esistere controlli che non tutelino *ex se* la posizione dell'amministrazione (e quella

⁴ *ibidem*.

degli amministratori, specie se eletti)⁵; *questi controlli sono controlli per l'amministrazione, ma finiscono con il diventare controlli per gli amministratori*

- b) se si accede ad una visione democratica di amministrazione (che muove dall'art.1 della Costituzione) o comunque, se l'amministrazione è lo strumento attraverso il quale la Repubblica persegue quei fini fondamentali di cui agli artt.2-5 Cost., l'attività di controllo sull'amministrazione e, segnatamente, sui prodotti e risultati dell'attività amministrativa, ma anche sulle forme di estrinsecazione del potere amministrativo, diviene un democratico strumento di bilanciamento del potere esecutivo (a livello centrale e locale) nell'interesse della Repubblica. In tale contesto è possibile né assimilare l'attività di controllo all'attività di consulenza, ma nemmeno rinvenire nel controllo una natura collaborativa rispetto all'operato o alle attività del controllato, atteso che ne sarebbe snaturata la funzione stessa che, si ripete, è quella di tutelare un interesse superiore, di garantire l'applicazione della norma, di salvaguardare il principio di legalità. *Questi controlli sono controlli per i cittadini.*

Ora vi è che nel nostro ordinamento un modello di controllo terzo, di un controllo reso nell'interesse esclusivo della collettività, come somma dei diritti dei singoli, nell'interesse effettivo ed esclusivo del popolo sovrano, pur essendo consentito dalla Costituzione del 1948, è sempre rimasto estraneo al panorama istituzionale.

Ripeto, il controllo è sempre stato - anche quando era affidato ai co.re.co., al commissario di governo ed alla Corte dei conti (per le amministrazioni statali) - un controllo reso nell'interesse dell'amministrazione e non in quello della Repubblica.

Non è pertanto nella riproposizione dei vecchi modelli, almeno sotto il profilo della ricostruzione teorica, che possono risiedere possibili proposte risolutive delle questioni che affrontiamo.

4. Il punto di svolta verso la soppressione del modello del controllo su atti: la legislazione degli anni '90

Va dato atto che nel periodo 1989-1993 la politica ha affrontato processi di riforma meritori e coraggiosi, fondati su esigenze di rinnovamento dell'assetto istituzionale, precisamente

1. l'**istanza localista**, che ha condotto alla legge n.142/1990 e, più tardi, alla affermazione nella legge costituzionale n.3/2001 del principio regionalista, già contenuto nella Costituzione del 1948;

2. l'istanza di rivalutazione di alcune componenti della prima parte della Costituzione (o **istanza individualista**, senza alcun connotato negativo del termine), cioè delle (sole) componenti relative al primato dei diritti individuali (artt.13 – 28, cioè il titolo relativo ai rapporti civili, ma non quelli successivi relativi ai rapporti etico-sociali ed ai rapporti economici), tra cui è stato inserito anche quello di garanzia delle espressioni delle libertà economiche (non solo proprietà, ma anche impresa), istanza che ha condotto alla legge n.241/1990 ed alla legge n.287/1990 sulla concorrenza e l'Antitrust

3. l'**istanza c.d. libertaria** (anche qui, senza alcun connotato negativo del termine) che ha condotto alla riforma (1989) del codice di procedura penale nel senso di maggiore parità (mai compiuta) tra le posizioni dell'accusa e quelle della difesa e, su presupposti diversi sui quali rinvio al seguito, alla legge n.86/1990.

Queste istanze, si badi, **precedono** il periodo di "tangentopoli" e dunque vanno studiate come forme di approdo di processi sociali, giuridici ed economici di sviluppo della democrazia italiana. Ai fini che qui interessano non sembrano corretti i tentativi, pur fatti ed argomentati in varia maniera, di rinvenire in un successivo periodo storico (1992-2001) l'avvio di un percorso di (positiva)

⁵ ed è questo uno dei motivi per il quale si è sempre rifiutato un modello di controllo terzo dell'amministrazione, dopo il fallimento dei controlli politici dei co.re.co.;

rivoluzione culturale o di rinascita dello spirito democratico che avrebbe condotto all'approvazione delle richiamate grandi riforme istituzionali.

Ancor prima della approvazione della legge di riforma del codice penale ed in presenza di diverse proposte parlamentari⁶, sul finire degli anni '80 (precisamente mi riferisco al convegno di Amalfi del novembre 1988), veniva rilevato come la *supplenza* del giudice penale, anzi "la necessità di controllo da parte della Autorità Giudiziaria", veniva a dipendere dalla mancanza di altri tipi di controllo, cioè dal mal funzionamento dei controlli amministrativi⁷, visti come "insufficienti, deresponsabilizzanti, solo apparentemente collegiali, ... ripetitivi di scelte già fatte, perché cadono sugli atti e sulla procedura amministrativa unitariamente intesa e comunque vista come imputazione all'unico momento di assunzione della responsabilità discrezionale"⁸. Veniva così lamentato il pessimo funzionamento dei controlli amministrativi "Perché, se avessero funzionato i controlli amministrativi, se, in particolare, vi fossero stati seri controlli amministrativi anche nel merito, anche sui profili tecnici oltre che su quelli formali (e molto spesso non vi sono stati neppure questi ultimi), forse non sarebbe stato necessario l'intervento del magistrato"⁹. Veniva rilevato come l'autentico problema delle disfunzioni dell'amministrazione non risiedesse in un conquistato ruolo del giudice penale di controllore della discrezionalità, ma nel mancato funzionamento di un serio sistema di controlli, laddove la stessa composizione degli organismi di controllo, fortemente condizionata dal potere politico, ne condizionava negativamente i risultati¹⁰.

La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (legge n.86/1990) ebbe luogo sull'onda della preoccupazione di impedire "alla magistratura penale dubbie operazioni di censura e di controllo sull'esercizio della attività amministrativa, e talvolta vere e proprie sostituzioni del giudice all'amministratore in settori riservati alla competenza di quest'ultimo"¹¹.

Essa, come fu correttamente rilevato, se per un verso mirava "a potenziare il controllo penale delle forme di illecita appropriazione delle risorse pubbliche, delle condotte di arricchimento ingiustificato e di prevaricazione a danno del cittadino", per altro verso modificava "quelle norme incriminatrici che, a causa della loro genericità ed indeterminatezza, più avrebbero potuto continuare ad assecondare lo sconfinamento dell'azione giudiziaria" nella sfera della discrezionalità amministrativa, eliminando dal panorama delle fattispecie delittuose i reati di distrazione, di interesse privato e di abuso innominato d'ufficio¹². Queste fattispecie delittuose lasciavano un ampio margine di discrezionalità al giudice penale nella qualificazione del comportamento alla stregua di fattispecie delittuosa, in quanto mancava la tipizzazione della condotta offensiva. Ciò comportava che l'esercizio della discrezionalità amministrativa potesse giungere a sfociare in un comportamento penalmente rilevante del funzionario o dell'amministratore anche in ipotesi nelle quali i profili del *damnum criminis* risultavano incerti, evanescenti¹³.

5. Il principio di sufficienza della responsabilità politica ed i conseguenti danni alla nozione di legalità.

⁶ Si ricordano i DDL n.1250 a firma Vassalli ed altri ed il DDL n. 2709 a firma Andò ed altri.

⁷ Cfr. M. Maddalena, "La corruzione della p.a.: nodo politico della riforma", in AA.VV., *I delitti contro la pubblica amministrazione. Riflessioni sulla riforma*, Atti del convegno di Amalfi del 12 e 13 novembre 1988, Napoli, 1989, p. 52.

⁸ Cfr. G. Guida, "Proposte per una fisiologia della p.a.", in AA.VV., *I delitti contro la pubblica amministrazione. Riflessioni sulla riforma ...cit.*, p. 64. Sulle relazioni tra controlli, efficienza dell'amministrazione e corruzione in Italia, si veda R. Bettini, *Burocrazia tra diritto, politica e corruzione*, Milano, 1998.

⁹ M. Maddalena, cit.

¹⁰ Cfr. V. Russo, *I reati contro la pubblica amministrazione a seguito della legge n. 86/1990*, Napoli, 1991.

¹¹ Cfr. C. F. Grosso "Prospettive di riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione", relazione tenuta nel maggio 1989 in Trevi ad un incontro di studio per magistrati sul tema reati contro la pubblica Amministrazione poteri del magistrato e discrezionalità amministrativa, in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura n. 42.

¹² Cfr. G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale*, Parte speciale, Appendice, Bologna, 1991.

¹³ Sul punto si vedano le considerazioni di G. Fiandaca – E. Musco, cit.

Ad aggravare il quadro così descritto, si aggiunge la esaltazione *multipartisan* della sufficienza del voto, come rimedio unico ed utile per combattere la *maladministration*, ma anche come meccanismo di controllo democratico dal basso che ovvia alle distorsioni ed al malfunzionamento di controlli istituzionali.

Questa esaltazione, a livello decentrato, regionale e locale, prende le mosse dall'introduzione del sistema di elezione diretta dei sindaci (legge n.81/1993) e dei presidenti delle regioni (legge cost. n.1/1999). Sull'elezione diretta poi si innestano gli effetti di due altre riforme:

a) la riforma costituzionale del 2001 con lo spostamento, almeno tendenziale, della generalità della spesa pubblica e dei compiti generali di benessere (dal centro (Stato) alle autonomie territoriali, secondo uno schema in fase di completamento con l'approvazione dell'ultima, invero criptica, legge sul federalismo fiscale (legge n.42/2009)

b) l'affermazione del principio di separazione tra politica ed amministrazione (d. lgs. 29/1993) nella accezione tutta italiana di insorgenza di irresponsabilità degli organi politici (e relativi componenti) per scelte solo formalmente imputabili agli apparati burocratici ed amministrativi (peraltro da essi soli scelti e da essi soli condizionati in ogni forma)¹⁴. Appare innegabile che l'affermazione di principio circa la rigidità della prospettata separazione – in realtà distinzione¹⁵ – tra politica ed amministrazione non è probabilmente mai stata supportata da una sufficiente conoscenza delle realtà locali o forse si è basata sulla astratta presunzione di esportabilità di taluni modelli amministrativi, propri di realtà territoriali particolarmente sviluppate e moderne, in altre realtà territoriali, contrassegnate da un diverso livello di relazioni tra cittadini, politica ed amministrazione locale e da una storica situazione di scarso sviluppo economico, elevato tasso di criminalità, disamore della collettività per le istituzioni e la vita civica e politica, ridotta percezione del bene collettivo.

Con l'elezione diretta - si dice - il popolo esprime un mandato per la cura degli interessi generali e di quelli individuali della collettività locale, temporalmente predeterminato e sostanzialmente non modificabile, se non attraverso nuove elezioni. L'elezione diretta infatti si accompagna ad una accentuazione del 'mito' del governo stabile e duraturo, che svolge la propria attività per cinque anni, allo scadere dei quali il corpo elettorale eserciterà le proprie valutazioni circa la capacità, i meriti dell'amministratore e deciderà se mantenerlo o licenziarlo (principio della esclusività e sufficienza della responsabilità politica).

In tale contesto l'elemento centrale è la responsabilità politica o di mandato, fatta passare come solo ed unico elemento (neutro) di efficienza dell'amministrazione. Si dice che l'amministratore farà bene perché allo scadere del mandato ci sarà il popolo a valutare i risultati dell'azione amministrativa ed a misurare il livello di raggiungimento degli obiettivi esposti nel programma politico sulla cui base l'amministratore è stato eletto.

Le altre responsabilità (penale, amministrativa, contabile, di risultato) essendo solo personali, cioè dell'eletto o dei burocrati che egli sceglie per garantire l'esecuzione del proprio programma di governo, non devono assolutamente impattare con il *motus perpetuus* dell'amministrazione

¹⁴ A tal riguardo va detto che il d. lgs. n. 165/2001 non garantisce l'autonomia decisionale del dirigente rispetto al potere politico, privandolo di garanzie sostanziali rispetto allo stesso. Le modalità del conferimento dell'incarico dirigenziale, la discrezionalità nella assegnazione di obiettivi e budget e quella, più limitata, di determinazione del trattamento economico accessorio, la possibilità di revoca dell'incarico da parte del potere politico anche prima della scadenza temporale naturale, vengono a determinare un fenomeno per il quale "è il politico che impone al dirigente il contenuto del provvedimento". Il fenomeno è particolarmente significativo nelle amministrazioni territoriali, specie se di ridotte dimensioni, e lo stesso legislatore ha dovuto prendere atto della impossibilità materiale di affermare in maniera decisa il suddetto processo di distinzione, come dimostra la possibilità, per i componenti delle giunte dei comuni con popolazione fino a 3000 abitanti, di porre in essere atti di gestione.

¹⁵ Cfr. G. Arena, G. Arena, "Amministrazione autonoma e responsabile", in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2003*

L'esaltazione del principio di sufficienza della responsabilità politica, come elemento capace di garantire una buona amministrazione è a fondamento della perdita di interesse per figure e modelli di controllo terzo al circuito VOTO-POLITICA-AMMINISTRAZIONE-VOTO. Ebbene l'affermazione del suddetto principio di sufficienza viene ancora oggi postulata ma, ad avviso di chi scrive, è essa stessa elemento di conservazione del sistema oltre che di indiscriminata giustificazione di fatti od addirittura di veri e propri modelli di *maladministration*.

L'obiezione per la quale la sufficienza del principio sarebbe dimostrata dalle esperienze di altri Paesi e, segnatamente, di quelli anglosassoni, trascurando dolosamente tanto di analizzare quali siano in quei sistemi gli altri contrappesi all'esercizio del potere amministrativo (primo fra tutti **l'effettività** delle norme penali e processualpenalistiche e delle relative decisioni di repressione dei reati ovviamente diversa che non in Italia), quanto di considerare le peculiarità sociologiche, istituzionali e criminali del sistema italiano, senza considerare le quali ogni ragionamento sulle cause di inefficacia dei controlli e sulla stessa nozione di *maladministration* rimane pura esercitazione accademica.

Se il principio di responsabilità politica è ritenuto da solo sufficiente ad ammodernare il Paese, a migliorare l'amministrazione ed i servizi da essa resi, è evidente che elementi di rallentamento dell'azione amministrativa, come il rispetto delle procedure e delle leggi e come tutta l'attività (pubblica) volta a garantire tale rispetto (inclusa l'attività incidentale del potere giurisdizionale nell'ambito dell'estrinsecarsi dell'azione amministrativa) divengono di intralcio. Allora – si è detto – bisogna privilegiare l'aspetto dell'efficacia o addirittura dell'effettività dell'azione amministrativa, rispetto alle forme del suo estrinsecarsi o rispetto ad aspetti (indimostratamente) ritenuti secondari (si è giunti alla recente teorizzazione dell'**atto illegittimo utile**, negandosi così qualche secolo di filosofia del diritto ...).

6. Occasioni mancate o costruzione di un sistema di eletti legibus soluti?

Venendo al tema dei controlli sugli enti locali, di cui all'art.130 Cost., la legge 142/1990 confermò la bontà del consolidato dualismo¹⁶ (frutto di lunghe elaborazioni risalenti anche alla fase preunitaria e *jus funditus* nel Testo unico della legge comunale e provinciale) tra controlli sugli organi, affidato agli apparati statali, attraverso il Ministero dell'Interno e controlli sugli atti, affidato al co.re.co. di derivazione mista, statale-regionale, politicamente connotato. Infatti il Consiglio regionale (art.42, lett.a) nominava 4 dei 5 componenti del comitato (il quinto era nominato dal Commissario di governo)¹⁷ con le ben note conseguenze sulla politicizzazione delle scelte dell'organo di controllo, legate agli equilibri politici regionali ma comunque sapientemente e prudentemente bilanciate, secondo la classica logica consociativa che ha caratterizzato il nostro Paese a partire dagli anni '60.

L'elemento della politicizzazione dell'organo di controllo e, quindi, quello della mancanza di terzietà dello stesso, è stato sicuramente quello che ha giocato a maggior detrimento del modello del controllo preventivo su atti, giungendosi ad identificare in tale modello di controllo una tra le 'degenerazioni partitiche'¹⁸ di cui gran parlare faceva la stampa e l'opinione pubblica alla fine degli anni '90.

¹⁶ Tale dualismo nei controlli risultava costituzionalizzato (art.126 Cost.) solo per le regioni e non per gli enti locali, secondo un intendimento politico del costituente di massimizzare l'elemento della regionalizzazione della Repubblica.

¹⁷ La norma sostanzialmente riproduceva (ed anzi appesantiva sotto il versante della politicizzazione) lo schema della L. 10 febbraio 1953, n. 62, secondo la quale il comitato era composto di tre esperti eletti dal consiglio regionale, di un membro nominato dal commissario del governo e di un giudice del tribunale amministrativo regionale designato dal presidente del tribunale stesso.

¹⁸ Tali 'degenerazioni' in una fase di esplosione della spesa pubblica, di alta inflazione e di forte conflitto sociale (aggravatosi dopo il referendum sull'abolizione della scala mobile), risultavano complessivamente insopportabili e rappresentarono – come è ormai acquisito alla storia – il vero fondamento del declino della fase c.d. della Prima Repubblica.

Sotto questo profilo, quindi, la legge n.142/1990 non ha nemmeno avviato un percorso di svincolo del sistema dei controlli sugli atti dalla politica, quasi ritenendoli connaturali ad un percorso di equilibri e dinamiche politiche, più che ad uno di ottimizzazione delle scelte amministrative od anche solo di garanzia della legalità delle stesse. Come ben noto tali controlli sono stati dismessi definitivamente con l'abolizione dell'art.130 Cost.

La legge n.142, le successive e centrali deleghe di cui alla legge 421/1992 ed alla legge 59/1997, il T.U.E.L. del 2000, la riforma del Titolo V della Costituzione ed oggi la Carta delle autonomie e la legge-delega sul federalismo fiscale (legge n.42/2009), dove, significativamente, la parola 'controllo' non compare mai, sono un elenco di occasioni perse per l'affermazione di un nuovo modello di controllo terzo, neutro ed imparziale.

*In particolare va segnalata la dolosa inattuazione – almeno nel senso qui prospettato di superamento del controllo politico in favore di un controllo neutro e terzo – del principio direttivo di cui all'art.3, lett.c) della legge n.59/1997, che prevedeva l'individuazione, con i decreti legislativi attuativi, di procedure e strumenti di raccordo che consentissero la collaborazione e l'azione coordinata tra enti locali, tra regioni e tra i diversi livelli di governo e di amministrazione *anche con eventuali interventi sostitutivi nel caso di inadempienza delle regioni e degli enti locali nell'esercizio delle funzioni amministrative ad essi conferite*, nonché la presenza e l'intervento, *anche unitario*, di rappresentanti statali, regionali e locali nelle diverse strutture, necessarie *per l'esercizio delle funzioni di raccordo, indirizzo, coordinamento e controllo*.*

Ora è che l'abrogazione degli artt.125 e 130 Cost. – semplice presa d'atto della chiusura di un sistema, dopo lo svuotamento del modello del controllo su atti, attuato dall'art.17, commi 32 e 33 della legge n.127/1997 - è coincisa con la soppressione non solo delle forme di realizzazione del controllo, ma del modello stesso del controllo su atti; si è cioè avviato al fallimento dei controlli amministrativi, non incidendo sulle ragioni che lo avevano prodotto, prima fra tutte la politicizzazione degli organi di controllo e la mancanza di terzietà dei componenti degli stessi, ma con la soppressione dell'intero modello del controllo su atti.

In parte diverse sono le considerazioni sui controlli sugli atti delle amministrazioni regionali, affidati dagli artt.41 e segg. della legge n.62/1953 ad una commissione statale, presieduta dal commissario di Governo nella regione¹⁹, nel qual caso la valenza politica o partitica incideva in misura minore, poiché solo 2 su 7 dei componenti della commissione erano nominati dal consiglio regionale. Il D.Lgs. n. 40/1993, sulla base della delega espressa di cui alla legge 421/1992²⁰, abolì il controllo di merito e limitò quello di legittimità ad alcune categorie di atti tassativamente indicate, ancora una volta, però, senza mettere in discussione né il modello, né la composizione dell'organo statale.

In questo caso la soppressione (abrogazione dell'art.125 Cost.) del modello fu giustificata dalla avvenuta equiparazione delle autonomie della Repubblica, cioè dalla riformulazione dell'art.114 Cost., la quale non avrebbe consentito il mantenimento di un controllo statale sulle attività regionali.

¹⁹ la commissione durava in carica fino alla rinnovazione del consiglio regionale ed era costituita:

- a) del commissario del governo, o di un funzionario dello stato da lui designato che la presiede;
- b) di un magistrato della corte dei conti;
- c) di tre funzionari dei ruoli civili della amministrazione dello stato, di cui due tratti dal personale dell'amministrazione civile dell'interno;
- d) di due esperti nelle discipline amministrative iscritti nelle liste elettorali di un comune della regione, relative ai cittadini chiamati ad eleggere la camera dei deputati, scelti in due terne di nomi designate dal consiglio regionale.

²⁰ art. 2, comma 1, lettera h), della legge 23 ottobre 1992, n. 421. Appare comunque singolare che la delega consti di una aggiunta ad un articolo che si occupava di pubblico impiego.

Ma ancora una volta, secondo uno schema di logica costituzionale che accomuna il destino di tutti i controlli sulle autonomie territoriali, anziché prevedersi una più equilibrata composizione dell'organo ed una accentuazione del suo carattere di indipendenza ed autonomia tanto dallo Stato, quanto dallo stesso sistema delle autonomie regionali, si preferì sbrigativamente sopprimere il modello del controllo su atti ritenendolo 'centralista' e quindi contrario a quei principi di autonomia e sussidiarietà caratterizzanti la riforma costituzionale. Tale prospettiva è avvalorata dalla relazione al Senato svolta l'8 marzo 2001²¹ in occasione dell'approvazione definitiva della riforma del Titolo V.

Anche i controlli sulle amministrazioni statali svolti dalla Corte dei conti subirono un drastico ridimensionamento grazie alla legge n.20/1994 prima ed alla legge n.639/1996, la quale ultima va segnalata anche come quella che ridusse le fattispecie di responsabilità per danno erariale alle sole ipotesi di comportamenti dolosi o gravemente colposi (escludendo tutte le fattispecie colpose non caratterizzate dall'elemento della gravità e non le sole ipotesi di colpa lieve, come viene ancora oggi sostenuto!), attuando, con riferimento al giudizio contabile, una perlomeno discutibile esegesi restrittiva dell'elemento psicologico di cui all'art.43 cod. pen.

Ma anche in questo caso fu il modello del controllo preventivo su atti ad essere sostanzialmente dismesso, come, ancora una volta, emerge a chiare lettere dagli atti parlamentari. In particolare in occasione della approvazione (191 voti favorevoli, 11 contrari e 10 astenuti al Senato) della predetta legge 639/1996, di conversione del D.L. 543/1996, fu abolita anche la sola possibilità di potersi pronunciare, in corso di un controllo sulla gestione, sulla legittimità di singoli atti delle amministrazioni dello Stato: al riguardo fu detto che "Si è inteso ... definire meglio la tipologia di quel controllo nel senso di non guardare a singoli atti bensì al complesso dell'attività e quindi ai risultati della gestione complessiva dell'ente"²² e che "La norma si propone di evitare che il controllo sulla gestione si concentri, come spesso è avvenuto nei tre anni dall'entrata in vigore della legge n. 20 del 1994, sulla mera valutazione di «conformità a legge» di atti singolarmente assunti a controllo"²³.

In buona sostanza a venire dismesso fu l'intero modello del controllo su atti, sostituendolo con quello, indefinito, magmatico, generico del controllo interno di gestione e di quello esterno (della Corte dei conti) sulla gestione, dove questa veniva variamente definita come l'insieme delle attività amministrative finalizzate ad un risultato od a compiti di benessere pubblico, ecc. A ben vedere non si trattò solo di accantonamento del controllo preventivo di legittimità, ma, più globalmente, di messa da parte dell'intero controllo di legalità non giurisdizionale, come ne sono prova proprio le vicende parlamentari del D.L. 543/1996.

Ora pare chiaro che il modello efficientista proposto pare ignorare che la volontà dell'amministrazione pubblica è destinata sempre ad esprimersi attraverso formali provvedimenti giuridici o atti amministrativi.

Questo modello è sintetizzabile nella triade '*controllo*' (?) *informativo - controllo sulla gestione - controllo di gestione*, affidati i primi due alla Corte dei conti, il terzo agli organi di controllo interno e trova il proprio fondamento positivo nelle leggi 19 e 20/1994, nella troppo magnificata sentenza della Corte costituzionale n.29/1995, nel d. lgs. 286/1999 e, da ultimo, nella legge 131/2003 (c.d. La

²¹ Senato della Repubblica, XIII Legislatura, seduta pubblica, resoconto sommario e stenografico, giovedì 8 marzo 2001, Relazione del sen. Cabras, relatore della legge cost. 3/2001:

"si elimina la funzione centralista del controllo" (pag. VIII)

"Una quarta questione importante, che si riaggancia al secondo punto concernente il rovesciamento delle competenze dell'articolo 117, è legata all'eliminazione di una funzione centralista di controllo, da un lato delle regioni nei confronti dei comuni, dall'altro dallo Stato centrale nei confronti delle regioni. Con l'approvazione di questo provvedimento può essere soltanto invocato un conflitto di attribuzioni presso la Corte costituzionale.

"Le leggi regionali non avranno più bisogno del sigillo del Governo per entrare in vigore, così come le autonomie comunali avranno soltanto la legge come elemento di riferimento per i provvedimenti che devono adottare e non più un controllo, che in molti casi è stato anche di merito, esercitato dai comitati di controllo" (pagg.5-6)

²² Senato della Repubblica, XIII Legislatura, seduta pubblica, resoconto sommario e stenografico, giovedì 19 dicembre 1996 (pomeridiana), Relazione del sen. Villone, pag.55.

²³ Intervento del sottosegretario di Stato Zoppi, pag.64.

Loggia) ed in alcune leggi finanziarie successive, ma prende le mosse, ancora una volta, dalle leggi-delega 421/1992²⁴ e 59/1997²⁵.

Non è questa la sede per ripercorrere quindici anni di laboriosi scritti, studi, interventi in convegni (e finanche deliberazioni della Corte dei conti) sulla centralità, importanza, modernità di tali categorie del 'controllo' e (ben lietamente) mi astengo, limitandomi solo a rinviare alla ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale²⁶.

Ebbene a questo punto il problema diviene quello di comprendere se ai fini che qui interessano – cioè di prevenzione della *maladministration* e di lotta alla corruzione pubblica – questo nuovo modello di controllo così introdotto e le sue forme attuative siano sufficienti, utili, proficui, se abbiano nei quasi vent'anni trascorsi determinato un recupero di efficienza e competitività del sistema pubblico, una riduzione dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, un miglioramento della partecipazione democratica.

7. La mancanza di effettività dei controlli come corollario del principio di sufficienza della responsabilità politica.

²⁴ Art.2, lett.g), n.2); lett.h), ult. cpv.; lett.l), primo cpv.; lett.mm);

²⁵ Art.12, lett.q); art.17, comma 1, lett.a); art.20, comma 6,

²⁶ **Corte cost. n.29/1995:**

“Anche se l'art. 125 della Costituzione e le corrispondenti disposizioni contenute negli Statuti speciali esprimono implicitamente un'opzione generale a favore del controllo di legittimità sui singoli atti amministrativi regionali, gli stessi articoli non precludono che possa essere istituito dal legislatore un tipo di controllo, come quello previsto dalle disposizioni contestate, che abbia ad oggetto, non già i singoli atti amministrativi, ma l'attività amministrativa, considerata nel suo concreto e complessivo svolgimento, e che debba essere eseguito, non già in rapporto a parametri di stretta legalità, ma in riferimento ai risultati effettivamente raggiunti collegati agli obiettivi programmati nelle leggi o nel bilancio, tenuto conto delle procedure e dei mezzi utilizzati per il loro raggiungimento. Infatti, il disegno costituzionale della pubblica amministrazione - delineato in base ai principi del buon andamento dei pubblici uffici (art. 97), della responsabilità dei funzionari (art. 28), del tendenziale equilibrio di bilancio (art. 81) e del coordinamento dell'autonomia finanziaria delle regioni con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni (art. 119) - permette al legislatore ordinario di sviluppare le potenzialità in esso contenute attraverso la previsione di forme di controllo ulteriori rispetto al controllo, essenzialmente esterno, di legittimità e l'estensione di tali forme ulteriori alle amministrazioni regionali.”

Ancora più esplicitamente “l'imputazione alla Corte dei conti del controllo sulla gestione esercitabile anche nei confronti delle amministrazioni regionali non può essere considerata come l'attribuzione di un potere statale che si contrappone alle autonomie delle regioni, ma come la previsione di un compito essenzialmente collaborativo posto al servizio di esigenze pubbliche costituzionalmente tutelate, e precisamente volto a garantire che ogni settore della pubblica amministrazione risponda effettivamente al modello ideale tracciato dall'art. 97 della Costituzione, quello di un apparato pubblico realmente operante sulla base dei principi di legalità, imparzialità ed efficienza”

“In ragione della radicale diversità tra il controllo di legittimità o quello contabile e il controllo sulla gestione, quest'ultimo, a differenza dei primi, non incide sull'efficacia giuridica dei singoli atti, né assume rilievo diretto in ordine alla responsabilità dei funzionari. L'esito del controllo di gestione, come precisa l'art. 3, sesto comma, della legge impugnata, consta di relazioni, almeno annuali, che vengono inviate tanto agli organi che assumono le decisioni politiche concernenti gli obiettivi e le prescrizioni da imporre all'amministrazione, quanto alle stesse amministrazioni interessate, al fine di agevolare l'adozione di soluzioni legislative e amministrative dirette al raggiungimento dell'economicità e dell'efficienza nell'azione degli apparati pubblici, nonché dell'efficacia dei relativi risultati.

Nei confronti delle amministrazioni interessate, lo stesso art. 3, sesto comma, sottolinea il rapporto fortemente collaborativo della Corte dei conti, cui è data la possibilità di formulare a quelle "in qualsiasi (altro) momento" le proprie osservazioni e di ricevere dalle stesse comunicazione delle "misure conseguenzialmente adottate". Questo tipo di rapporto è la conseguenza del fatto che il controllo dei risultati della gestione è, prima di tutto, diretto a stimolare nell'ente o nell'amministrazione controllati processi di "autocorrezione" sia sul piano delle decisioni legislative, dell'organizzazione amministrativa e delle attività gestionali, sia sul piano dei "controlli interni". Ed, invero, perché questo obiettivo possa essere efficacemente perseguito, è determinante l'attribuzione di tale funzione di controllo a un organo, come la Corte dei conti, la cui attività contrassegna un momento di neutralizzazione rispetto alla conformazione legislativa (politica) degli interessi”

Appare chiaro che questo modello è inidoneo a configurare un controllo come check and balance.

Un primo punto di partenza irrinunciabile è che la violazione del principio di legalità concreta la lesione o del bene comune, dell'interesse generale (nel caso di comportamenti che concretino ipotesi di reato) o quella dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei cittadini. Non può esservi una violazione del principio di legalità che sia neutra, inoffensiva od addirittura vantaggiosa per il bene generale, perché affermare ciò equivarrebbe a negare l'essenza stessa dello Stato di diritto.

Un altrettanto irrinunciabile punto di partenza è quello del principio di effettività inteso come effettività della norma e di ciascuna funzione pubblica e quindi come capacità di incidere su situazioni giuridiche o di fatto esterne. Ciò vale sia con riferimento al controllo giuridico che alle altre fattispecie di controllo (economico, di efficienza, contabile, ecc.) e vale, più genericamente, tanto nel controllo sulle organizzazioni e le attività pubbliche quanto private (ad esempio: gli esiti del controllo svolto dai sindaci sull'operato dei consigli di amministrazione portano all'azione di responsabilità contro gli amministratori, sino alla loro rimozione!).

Non possono esistere funzioni pubbliche e poteri pubblici autonomi da altri poteri le cui attività non producano conseguenze, positive o negative, sul mondo giuridico esterno e segnatamente nella sfera degli altri poteri e funzioni pubbliche con le quali si relazionano nell'ottica di tutela dell'interesse generale e dello stesso diritto, collante di ogni Paese.

Questo principio deve valere per la funzione di controllo non giurisdizionale delle pubbliche amministrazioni e dei risultati dell'esercizio del potere amministrativo, anche sulla base di quanto riferito in apertura circa la necessità di affermare un ruolo delle funzioni di controllo pubbliche in chiave di tutela delle libertà fondamentali, oltreché del principio di legalità.

Ma a questo punto si torna al solito bivio:

- a) la funzione pubblica di controllo è uno degli strumenti di *check and balance* del potere esecutivo²⁷, a qualunque livello di governo considerato e svolge una suprema funzione di tutela dell'interesse generale in chiave di salvaguardia delle libertà fondamentali;
- b) la funzione pubblica di controllo è una parte accessoria e marginale del potere esecutivo, a qualunque livello considerato e delle sue estrinsecazioni concrete intese come modalità dell'agire amministrativo, finendo con lo svolgere una funzione di supporto tecnico o giuridico all'amministrazione. In questo caso la (sotto)funzione di controllo non ha come funzione primaria la salvaguardia del principio di legalità, la tutela dell'interesse generale in chiave di salvaguardia delle libertà fondamentali.

Sono corollari dei due modelli:

Nel modello a):

a1) l'autonomia ed indipendenza dell'organo di controllo e di coloro che lo compongono dall'amministrazione controllata, intesa nell'accezione 'alta' delle autorità indipendenti. I controllori svolgono professionalmente tale ruolo; la legge salvaguarda la loro autonomia ed indipendenza dal potere politico ed economico;

a2) la terzietà dei componenti dell'organo di controllo;

²⁷ I Federalist Papers di Hamilton e Madison, scritti tra l'ottobre del 1787 e il maggio del 1788, rappresentano il primo trattato di politica in cui viene menzionata specificamente l'idea dei controlli e contrappesi, come metodo per limitare i poteri del governo e prevenirne gli abusi.

Bertrand Russel ricordava come non basta assicurare il diritto di voto ad ogni cittadino, dando vita ad un sistema di delega permanente.

a3) la possibilità di attivare singoli procedimenti di controllo su istanza di chiunque vi abbia interesse (cittadini, associazioni, minoranze politiche, altre amministrazioni);

a4) gli esiti dell'attività di controllo incidono direttamente sulla sfera giuridica del controllato, in chiave sostitutiva, correttiva, repressiva, impeditiva a prescindere dalla eventuale contraria volontà del controllato e fatta comunque salva la possibilità di quest'ultimo di ricorrere alla tutela giurisdizionale delle proprie posizioni e decisioni

a5) l'organo di controllo è strettamente relazionato con la giurisdizione civile e penale al fine di attivare i relativi procedimenti a salvaguardia di diritti economici, civili e politici (giurisdizione civile ed amministrativa) o di diritti personali inviolabili e del supremo interesse pubblico (giurisdizione penale e contabile)

Nel modello b):

b1) l'autonomia del controllore è relativa. Esso può anche essere nominato dal controllato (i collegi dei revisori degli enti locali; i sindaci delle s.p.a. pubbliche a totale o maggioritaria partecipazione del Ministero o di un ente pubblico, dove vengono nominati direttamente dall'azionista di maggioranza); non vi è indipendenza dal potere politico che provvede anche alla retribuzione dei controllori o che può chiedere, nella massima discrezionalità, l'avvio di 'controlli';

b2) l'avvio dei procedimenti di controllo è impermeabile rispetto ad istanze esterne all'amministrazione; non sono legittimati a richiedere controllo altro che i soggetti controllati nelle loro articolazioni organizzative (il Parlamento sul Governo; il Consiglio sulla Giunta; la Giunta su singoli fenomeni di gestione e quindi sui risultati della dirigenza)

b3) gli esiti del controllo si traducono in raccolte di informazioni, più o meno elaborate, su fenomeni che hanno già spiegato i propri effetti; queste raccolte di informazioni sono ad esclusivo utilizzo dell'amministrazione (*rectius*: del controllato) in chiave autocorrettiva.

b4) il controllo non è in chiave di salvaguardia del principio di legalità dell'agire amministrativo, né ha come ultimo referente il popolo od i cittadini. Essi, anzi, possono anche non sapere nemmeno dell'esistenza di attività di controllo su un certo fenomeno od un certo atto.

b5) le relazioni dell'organo di controllo con la giurisdizione sono disincentivate se non vietate espressamente

8. analisi delle singole cause di inefficacia ed inutilità del sistema attuale

8.1. Inadeguatezza ontologica dei controlli interni a prevenire corruzione e maladministration

Al principio di sufficienza della responsabilità politica segue che l'unica forma di controlli utili sono quelli "interni" (disciplinati dal d.lgs. 286/1999), che cioè perseguono il fine di far completare l'azione amministrativa e la cui *ratio* deve per definizione coincidere con quella dell'amministrazione: il fine del controllo interno e quello dell'amministrazione coincidono. Da qui all'affermazione per la quale il controllo interno deve collimare con la volontà (anche politica) di colui il quale impersona in un certo momento storico e cronologico l'amministrazione, il passo è breve.

E' nota la prevalenza numerica di coloro i quali ritengono ampiamente sufficienti i controlli interni in chiave autocorrettiva per garantire la legalità delle scelte amministrative e, nel contempo, per assicurare efficienza, efficacia, economicità e trasparenza di tali scelte. Secondo costoro solo interventi che provengano dall'interno dell'amministrazione possono garantire tali principi e solo i cittadini, una volta ogni cinque anni, in occasione della tornata elettorale, potranno dire se, nel suo complesso, i propri rappresentanti siano riusciti a gestire l'amministrazione garantendo scelte legali e servizi efficienti. In altri termini l'amministrazione deve correggersi da sola, deve dimostrare ai propri amministrati che è capace di essere una casa di vetro e se ciò non avviene i cittadini avranno sempre a propria disposizione, quale vero strumento di controllo esterno e democratico, il proprio voto.

Volendo collocare il controllo interno nell'ambito degli schemi generali esposti sopra, esso ricade pienamente sotto il modello b), rimanendo esso parte della funzione di amministrazione attiva. Infatti:

- i controllori sono nominati dal controllato, sia nel controllo di gestione, sia nei controlli contabili e finanziari affidati ai revisori dei conti;
- i procedimenti di controllo rimangono totalmente interni all'amministrazione
- gli esiti dell'attività di controllo rinviando alla successiva manifestazione di volontà dell'amministrazione (o dell'organo) controllato, il quale può non conformarsi alle indicazioni da essi rinvenienti;
- anche ove siano rinvenute illegittimità od illegalità gli organi interni di controllo non possono modificare l'atto od incidere direttamente sulle attività (anzi l'art. 2, comma 3 del d. lgs. 286/1999 lo vieta espressamente²⁸)
- in alcun caso gli esiti dei controlli interni – in specie se non collimanti con la *voluntas agendi* politica dei vertici – sono destinati a divenire pubblici od accessibili a terzi

In presenza di caratteristiche di tal fatta i controlli interni non possono essere assunti ad estrinsecazione di una funzione pubblica di controllo intesa come strumento di *check and balance* del potere amministrativo; essi rimangono anzi estranei alla funzione di controllo e rientrano, a pieno titolo, nella funzione (e nel connesso potere) amministrativa, sempre più in espansione in quella visione 'conservatrice' alla quale facemmo riferimento in apertura del presente scritto.

Quello che abbiamo quindi definito terzo elemento della triade [*'controllo' (?) informativo - controllo sulla gestione - controllo di gestione*], appare per tutti tali motivi ontologicamente inidoneo ai fini di prevenzione della corruzione e della *maladministration*.

7.2. Inefficacia dei controlli esterni affidati alla Corte dei conti; qualche proposta

In questa logica anche i controlli "esterni", se proprio devono rimanere, sono controlli da finalizzare alle 3E dell'azione amministrativa e non mai alla salvaguardia (terza) del pubblico interesse dell'interesse generale, anche perché questi ultimi DEVONO, per definizione coincidere con quello dell'amministrazione, del potere politico che la dirige. Invero il concetto di controllo esterno e terzo è rimasto estraneo al nostro ordinamento ed alla nostra storia, eccezion fatta per il controllo generale di legalità affidato al potere giudiziario, che, da solo, non è sufficiente ad eliminare la *maladministration*, specie laddove questa non abbia rilievo penale o comunque laddove non sia dimostrabile processualmente la violazione della norma penale.

²⁸ "Il controllo di regolarità amministrativa e contabile non comprende verifiche da effettuarsi in via preventiva se non nei casi espressamente previsti dalla legge e fatto salvo, in ogni caso, il principio secondo cui le definitive determinazioni in ordine all'efficacia dell'atto sono adottate dall'organo amministrativo responsabile".

Il primo elemento della triade [*'controllo' (?) informativo - controllo sulla gestione - controllo di gestione*, affidati i primi due alla Corte dei conti] si pone in diretta relazione con il descritto fenomeno di sufficienza del principio di responsabilità politica e consta nell'utilizzo della Corte dei conti quale strumento di informazione delle assemblee elettive ed, in ultima istanza, del potere politico, della politica. Consta in una raccolta di informazioni che svolge la Corte presso gli organi di revisione o le amministrazioni, enfaticamente nominate *'monitoraggio'* o *'vigilanza'* ma non ha alcuna delle caratteristiche della funzione pubblica di controllo nel senso sopra illustrato; peraltro per come è stato congegnato potrebbe essere svolto volontariamente da società private, università, associazioni ed enti di ricerca.

Oggi il controllo sulla gestione viene svolto dalla Corte dei conti, centrale e periferica, su tutte le amministrazioni pubbliche, secondo le previsioni dell'art.3 della legge 20/1994 ed è retto dai seguenti parametri, normativamente indicati:

- legittimità e la regolarità delle gestioni (art.3, co.4, legge 20/1994);
- funzionamento dei controlli interni (art.3, co.4, legge 20/1994 et art.7, co.7 legge 131/2003);
- rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge (art.3, co.4, legge 20/1994) e perseguimento degli obiettivi posti dalle leggi statali o regionali di principio e di programma (art.7, co.7 legge 131/2003);
- valutazione comparativa di costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa (art.3, co.4, legge 20/1994);
- rispetto degli equilibri di bilancio da parte di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, in relazione al patto di stabilità interno ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (art.7, co.7 legge 131/2003 et art.1, co.168 legge 266/2005);
- sana gestione finanziaria degli enti locali (art.7, co.7 legge 131/2003 et art.1, co.168 legge 266/2005).

Ebbene su questa intricata base normativa del controllo sulla gestione svolto dalla Corte dei conti si innescano alcune previsioni che rendono pressoché inidonee le attività della Corte ai fini qui prospettati. Più precisamente:

- I) l'art.7, comma 7 della legge 131/2003, stabilisce che le sezioni di controllo della Corte dei conti riferiscono sugli esiti delle verifiche esclusivamente ai consigli degli enti controllati;
- II) l'art.1, comma 168 della legge 266/2005 secondo cui le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, qualora accertino, anche sulla base delle relazioni dei revisori interni degli enti locali, comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria o il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto, adottano specifica pronuncia e vigilano sull'adozione da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive e sul rispetto dei vincoli e limitazioni posti in caso di mancato rispetto delle regole del patto di stabilità interno.

Come si nota, anche in tali ultime due previsioni, oltretutto in quelle della legge n.20/1994, il controllo esercitato dalla Corte è privo di conseguenze tangibili che vadano oltre l'attività informativa, statistica e di segnalazione (significativo è prevedere un obbligo di vigilanza in capo ad un soggetto privo del potere di intervenire per reprimere, evitare, prevenire, risolvere il comportamento dannoso, il che svuota di contenuti la categoria giuridica della vigilanza).

Nemmeno la recentissima previsione di un "controllo concomitante" (art.11, comma 2 della legge 15/2009) affidato alla Corte dei conti appare risolutivo della nota questione, poiché, ancora una volta, non si tratta di controllo ma di mera attività informativa.

La previsione non attribuisce alcun potere autonomo od impeditivo alla Corte dei conti rispetto a rivelate situazioni di *mala gestio*, atteso che non viene previsto un potere di paralisi degli eventi

pregiudizievoli in capo alla Corte (Presidente, Sezione o magistrato istruttore), ma solo un dovere di comunicazione al Ministro.

Tale dovere di comunicazione è già esistente atteso che le relazioni sulla gestione vengono sempre inviate alle amministrazioni controllate, alle quali la Corte dei conti può già, in ogni momento, formulare le proprie osservazioni (art.3, comma 6, cpv. 2 della legge 20/1994).

La norma dunque è ben lungi dall'assegnare un nuovo o più incisivo potere alla Corte dei conti, ma si limita a riproporre, in formula diversa, quanto già stabilito dalla legge 20/1994.

Si noti poi che l'eventuale sospensione dell'impegno di somme stanziato, che compete al Ministro od all'organo di governo territoriale oggetto del controllo (giunta regionale, provinciale, comunale, direttore generale delle aziende sanitarie ed ospedaliere, ecc.) avviene sulla base di "proprie valutazioni" dell'organo stesso e non consegue necessariamente alla comunicazione del Presidente della Corte dei conti. Ma nemmeno l'attribuzione di siffatto potere al Ministro costituisce una novità atteso che già l'art.17, comma 21 della legge 266/2005 (Legge Finanziaria 2006), attribuisce al Ministro il potere di disporre "la sospensione dell'assunzione di impegni di spesa o dell'emissione di titoli di pagamento a carico di uno o più capitoli di bilancio" sia nel caso in cui l'andamento della spesa sia tale da non assicurare il rispetto delle originarie previsioni di spesa, sia quando con riferimento al grado di raggiungimento degli obiettivi assegnati ed al grado di realizzazione dei programmi da attuare, la prosecuzione dell'attività non risponda a criteri di efficienza e di efficacia.

La scarsa incisività di tali disposizioni, che, invero, si traducono nella produzione di una sterminata mole di relazioni, referti e documenti da parte delle Sezioni di controllo ma che non hanno sinora mai impedito il verificarsi di casi di mala gestio o peggio l'emergere di fattispecie penalmente rilevanti è comunque legata ad un fenomeno ben noto a coloro che si sono occupati di controlli sotto il profilo scientifico.

Non si tratta infatti di stabilire prevalenze tra controllo *ex ante* ed *ex post*, preventivo e successivo, ma di riaffermare il principio di effettività della norma che, nel settore dei controlli, è ormai completamente abbandonato.

Infatti tutte le attribuzioni alla Corte dei conti di funzioni di controllo, anche attraverso diversi obblighi di invii alla stessa di documenti ed atti da parte delle amministrazioni pubbliche, appaiono completamente inutili – trasformandosi in autentici pesi burocratici che riducono l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa – poiché privi di effetti tangibili e concreti sotto il piano della prevenzione di illegittimità, di violazioni della legge penale, di sprechi o di mala amministrazione.

Questo perché all'attribuzione di un potere della Corte dei conti, di un qualsiasi potere, non è mai seguita, a partire dal 1994, anno di ristrutturazione delle funzioni di controllo, la previsione di una conseguenza sul piano pratico, si tratti di sanzione o di riforma dell'atto e/o comportamento amministrativo sul quale un controllo è stato esercitato.

Tutte le attribuzioni di controllo della Corte dei conti sinora e con la sola eccezione dell'efficacia paralizzante del controllo preventivo di legittimità sugli atti dello Stato – limitato a pochissimi casi – rimangono prive di effetti e di conseguenze tangibili sul piano amministrativo. Le uniche conseguenze che si registrano riguardano i casi di apertura, all'esito delle relazioni di controllo, di fascicoli processuali da parte della magistratura requirente in sede penale e contabile.

Ove volesse realmente affidare alla Corte dei conti, in sede di controllo sulla gestione, un incisivo potere preventivo volto ad evitare eventuali danni erariali od anche solo al fine di evitare le "gravi irregolarità gestionali ovvero gravi deviazioni da obiettivi, procedure o tempi di attuazione stabiliti da norme, nazionali o comunitarie, ovvero da direttive del Governo", cui la legge 15/2009 fa riferimento, si sarebbe potuto assegnare il relativo potere di paralisi (sospensione, interruzione, blocco, etc.) del mandato direttamente al magistrato istruttore della relazione (od alla Sezione di controllo nella sua collegialità), prevedendo una sorta di riesame del provvedimento sospensivo del pagamento innanzi ad un diverso collegio della Corte dei conti (le SS.RR. od una apposita Sezione del riesame istituita a livello centrale).

Tale possibilità - modellata sui provvedimenti giurisdizionali di sequestro, previsti sia nella giustizia penale (artt. 253 e segg. cod. proc. pen.) che in quella contabile (art.48 R.D. 1038/1933 ed art.3 del D.L. 15 novembre 1993, n. 453) ed affidati agli uffici requirenti, previa verifica giurisdizionale - avrebbe una efficacia reale rispetto alla prevenzione di fenomeni di mala gestio atteso che le indagini delle Sezioni di controllo della Corte dei conti spesso avvengono quando ancora non si è completata l'azione amministrativa (eventualmente) illegittima o foriera di danno all'erario.

8. Conclusioni

E' inutile dire che sotto il profilo delle prove empiriche non si conoscono casi di amministrazioni in cui i controlli interni o gli esiti dei referti della Corte dei conti, così come degli altri organi di controllo esterno (Ragioneria dello Stato, Ministero dell'Economia, Prefettura e Ministero degli Interni) abbiano concorso a prevenire fenomeni di corruzione.

Sol si pensi che su tutti i comuni e le aziende sanitarie *sciolti* per mafia negli ultimi tre anni erano state stilate referti delle locali sezioni di controllo della Corte dei conti, erano state rispettate rigorosamente le procedure di monitoraggio della sana finanza pubblica e del rispetto del patto di stabilità. Parallelamente tutte le gare d'appalto risultate 'truccate' o comunque caratterizzate dal surrichiamato costo implicito non sono mai state controllate nelle loro fasi procedurali, poiché il diritto vigente non lo consente in alcuna forma, nemmeno incidentale, se non *ex post* e da parte del potere giurisdizionale.

Scrivendo Madison "Il fatto che tali misure siano necessarie per controllare gli abusi del governo può costituire una riflessione sulla natura umana. Ma che cosa è lo stesso governo se non la più grande di tutte le riflessioni sulla natura umana? Se gli uomini fossero angeli non sarebbe necessario nessun governo. Se gli angeli governassero non sarebbe necessario nessun controllo, né esterno né interno, sul governo"

Si lamenta la inefficienza dei controlli perché essi non prevengono la *maladministration*, perché non garantiscono efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, né i diritti dei cittadini, né la tutela dell'interesse generale del Paese e nemmeno riescono a prevenire casi di illiceità dell'agire degli amministratori e dei dipendenti pubblici.

Nel momento però in cui dai controlli (e dagli organi di controllo) ci si attende questo si è fatto un salto, si immagina un modello (teorico) di controllo che non è più interno all'amministrazione, ma che opera nell'interesse diretto (e non più mediato) della collettività. Esso modello rimane estraneo anche al circuito VOTO-POLITICA-AMMINISTRAZIONE-VOTO, perché tutela i diritti della collettività e dei singoli che la compongono a fronte di scelte e di azioni provenienti dall'amministrazione (dagli amministratori) che risultano illegittime, inefficienti, dispendiose, inutili a compiti di elevazione del benessere collettivo, unico e solo fine dell'attività amministrativa. Probabilmente è la stessa crisi economica e finanziaria, la riduzione del tenore di vita e la compressione dei consumi che rende meno sopportabile la *maladministration* e che più a ragione che a torto, ritiene sostanzialmente inutile, costosa ed inefficiente la rete di controlli, monitoraggi, verifiche che nel corso degli anni si è stratificata ed avvitata su se stessa, priva di qualunque potere decisionale e della stessa capacità di incidere su quei deleteri fenomeni.

Certo pare possibile proseguire lungo il disegno conservatore, molto trasversale, al quale più volte abbiamo accennato, e proporre una ulteriore esaltazione del principio di sufficienza della responsabilità politica e quindi spostare il *focus* dei problemi sull'esigenza di maggiori poteri al capo del Governo, ai presidenti delle Regioni o ai sindaci.

Se però l'opinione pubblica mostra una costante ed incrementale sfiducia verso l'amministrazione, esprimendo fenomeni che vanno dall'odio verso la casta, al disprezzo (anche in

sedi istituzionali) per i fannulloni, al sorgere di movimenti politici nuovi ma simili a quello di Guglielmo Giannino;

se le ragioni della complessiva sfiducia verso l'amministrazione della giustizia, comprendono, oltre alla sua lentezza, anche l'idea generalizzata di impunità dei politici, specie per fatti di corruzione;

se nelle classifiche e statistiche internazionali, per quanto criticabili sotto il profilo della scientificità statistica, l'Italia continua a comparire in posizioni comparabili a quelle di dittature asiatiche od africane

se puntualmente l'astensionismo in occasione delle tornate elettorali (non parliamo proprio dei referendum) è una variabile in costante ed inarrestabile incremento;

se dall'Unione europea puntualmente e quasi mensilmente si esprime preoccupazione per il continuo peggioramento dei conti pubblici e ciò è dovuto ad un costante incremento della spesa corrente;

se il fenomeno della corruzione appare inarrestabile ed inesorabile, sicché ormai anche nella sola partecipazione alle gare pubbliche le imprese sono costrette a calcolare un margine di costo pari al costo dell'intermediazione politica (tangente) e se da più anni la classe imprenditoriale denuncia la pesantezza di tale costo occulto, che è stato anche una delle cause di fuga delle imprese all'estero;

se, anche in autorevolissime sedi come questa si sente il bisogno di discutere del loro sostanziale fallimento;

allora la struttura attuale dei controlli (così come quella precedente dei co.re.co – commissario di governo – Corte dei conti) non può ontologicamente essere adatta a combattere corruzione e *maladministration*, ad assolvere ad un'alta funzione democratica.

Nel possibile approccio, ormai urgente, indispensabile, ad una radicale e coraggiosa riforma del sistema dei controlli, cioè tanto dei modelli, quanto delle forme di attuazione, nel senso auspicato in questo scritto di abbandono del circuito chiuso sarebbe utile tenere a base le seguenti considerazioni:

per progettare e attuare politiche pubbliche efficaci occorrono istituzioni capaci di decidere e di attuare efficacemente le decisioni prese. Beninteso, esse lo sono veramente, se lo fanno con la partecipazione dei cittadini, se garantiscono adeguati controlli sull'esercizio del potere, se danno a tutti la sicurezza dei propri diritti e delle proprie libertà; se assicurano un equilibrato pluralismo istituzionale. Se ciò non accade, alla lunga non sapranno neppure prendere le decisioni giuste, né sapranno farle rispettare. In altre parole, la forza delle istituzioni nasce dalla loro legittimazione democratica, dalla loro capacità di interpretare attese e domande sociali, di mobilitare coscienze e volontà sulle scelte da compiere e sulle innovazioni da realizzare.

(Volutamente tralascio la fonte)