



MIUR



FSE



A.D. MDLXII

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SASSARI

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI
SISTEMI PRODUTTIVI**

CICLO XXII

**LA RESPONSABILITA' DEGLI ESPONENTI DI SOCIETA' A
PARTECIPAZIONE PUBBLICA E IL GIUDICE CONTABILE**

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Michele M. Comenale Pinto

Tutor:

Chiar.mo Prof. Antonio Serra

Tesi di dottorato del
Dott. Antonio Guerrieri

Anno Accademico 2008-09

**LA RESPONSABILITA' DEGLI ESPONENTI DI SOCIETA' A
PARTECIPAZIONE PUBBLICA E IL GIUDICE CONTABILE**
(Dott. Antonio Guerrieri)

INDICE

CAPITOLO I

**L'indirizzo pan-pubblicistico della giurisprudenza nei giudizi afferenti la
responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico**

1. Cenni al fenomeno societario pubblico. L'anomalia rappresentata dalla "società pubblica" e l'intervento sostitutivo operato dalla giurisprudenza	PAG. 4
2. Il nuovo indirizzo della Cassazione in tema di giurisdizione e l'emersione del criterio di collegamento della responsabilità amministrativa del "danno alle risorse pubbliche"	PAG. 8
3. L'indirizzo pan-pubblicistico e l'estensione della giurisdizione contabile alle società a capitale pubblico	PAG. 15
3.1. Gli "indici di pubblicità" individuati dalla giurisprudenza contabile	PAG. 17
3.2. Il caso della società con partecipazione pubblica minoritaria	PAG. 21
3.3. Le ragioni poste alla base dell'indirizzo pan-pubblicistico	PAG. 22
4. La tesi (minoritaria) della esclusività della giurisdizione contabile	PAG. 26

CAPITOLO II

I limiti dell'orientamento pan-pubblicistico

1. La capacità espansiva del criterio di collegamento oggettivo fondato sul "danno alle risorse pubbliche"	PAG. 30
2 L'assenza di un fondamento normativo della giurisdizione contabile	PAG. 37
2.1. L'art. 16 bis della legge n. 31/2008 (c.d. "decreto mille proroghe")	PAG. 39
3. La (dubbia) compatibilità con il diritto comunitario di un doppio regime di responsabilità esclusivamente rivolto alle società a capitale pubblico	PAG. 43
4. I limiti di carattere istruttorio	PAG. 46

CAPITOLO III

La rilevanza del criterio di collegamento tradizionale della responsabilità amministrativa, dato dalla relazione di servizio

1. Il rapporto di strumentalità dell'attività esercitata e la rilevanza del tradizionale criterio di collegamento della responsabilità amministrativa dato dalla relazione di servizio.	PAG. 54
1.1. Il caso delle società c.d. "in house"	PAG. 59
1.2. Il problema della convenibilità diretta dei responsabili negli enti pubblici in forma societaria	PAG. 61
1.3. La sindacabilità delle scelte imprenditoriali delle società	PAG. 63
2. La mancanza di una relazione di servizio strumentale ed il rilievo, ai fini di giurisdizione, della forma giuridica rivestita dalla società	PAG. 67
2.1. Aspetti procedurali	PAG. 75
2.2. La rilevanza dei fatti accaduti presso le società partecipate	PAG. 79
3. La necessità di un'apposita struttura organizzativa dedicata alla gestione delle partecipazioni	PAG. 81
3.1. La resa del conto giudiziale relativo alle partecipazioni	PAG. 83
3.2. I soggetti preposti negli organismi societari in rappresentanza degli enti	PAG. 87

CAPITOLO IV

Gli ulteriori spazi di intervento da riconoscersi al Giudice contabile

1. L'eterogeneità delle possibili situazioni di rischio per le risorse pubbliche nel contesto delle società partecipate	PAG. 92
1.1 Il sindacato sulle scelte di investimento societario operate dagli enti	PAG. 96
2 Il rapporto di servizio <i>extra-sociale</i> tra gli amministratori della società e l'ente partecipante	PAG. 101
2.1. Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione	PAG. 107
2.2. Il danno c.d. <i>da disservizio</i>	PAG. 110
3. L'iniziativa della Procura contabile in sede civile	PAG. 115
3.1. L'azione sociale di responsabilità esercitata <i>in surrogatoria</i>	PAG. 116
3.1.1. La sospensione dell'azione ex art. 295 c.p.p.	PAG. 118
3.1.2. La mancata corrispondenza tra soggetto debitore nei confronti dell'Erario e soggetto surrogato	PAG. 121
3.2. L'azione sociale di responsabilità esercitata <i>in nome e per conto</i> dell'ente partecipante	PAG. 122
BIBLIOGRAFIA	PAG. 131

CAPITOLO I

L'indirizzo pan-pubblicistico della giurisprudenza nei giudizi afferenti la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico

1. Cenni al fenomeno societario pubblico. L'anomalia rappresentata dalla "società pubblica" e l'intervento sostitutivo operato dalla giurisprudenza.

Il fenomeno del ricorso da parte del settore pubblico al modello societario, per lo svolgimento di attività che fossero funzionali ad interessi collettivi, è fenomeno risalente nel tempo, avendo costituito tale modello, in passato, l'architrave stessa del sistema delle partecipazioni statali, sistema che ha resistito per decenni prima di venire superato per effetto delle politiche di privatizzazione.

In realtà, il modello societario era stato riproposto dal Legislatore già in occasione della privatizzazione degli stessi enti pubblici di gestione delle partecipazioni statali, allorquando tali enti vennero trasformati *ex lege* in società per azioni a capitale interamente pubblico, seppure con l'intento – dichiarato, ma non sempre realizzato nei fatti – di procedere alla successiva dismissione delle quote sociali (art. 15 d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359).

Allo stesso modello ricorreva poi il Legislatore - statale e regionale - anche in successive occasioni, ogniqualvolta, in particolare, vi era la necessità di costituire soggetti diversi dalla Pubblica Amministrazione, cui affidare o riservare specifiche attività che, anche se di rilevanza pubblica, in molti casi neppure avevano carattere economico.¹

La vera espansione del fenomeno delle società pubbliche, tuttavia, si realizzava con il c.d. "processo di esternalizzazione dei servizi pubblici" da parte degli enti locali; un processo, quest'ultimo, avviato agli inizi degli anni novanta, e che aveva visto progressivamente demandare a società esterne, da parte degli enti locali, non solo la proprietà di reti infrastrutturali, ma anche la gestione di servizi pubblici, o l'effettuazione di lavori pubblici, fino allo svolgimento, in generale, di attività economiche di interesse per le comunità di riferimento o addirittura attività di natura puramente amministrativa.²

¹ Sull'evoluzione storica delle "società pubbliche" e sulle incongruenze di tale evoluzione, si veda NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Società* 2006, pag. 999.

² Vedi l'art. 113 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che ha nella sostanza riprodotto i contenuti della disposizione introdotta dall'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, se non per il fatto che la gestione dei servizi pubblici locali era considerata possibile, da parte di s.p.a. o s.r.l., anche a prescindere da un affidamento in concessione.

Tra le ragioni dell'espansione di tale fenomeno, vi era l'esigenza, per la Pubblica Amministrazione, di misurarsi con concetti per essa innovativi, come quelli di efficienza, efficacia, della necessità di produrre risultati misurabili in termini aziendali.

Ciò richiedeva, in linea generale, una serie di profonde modifiche organizzative, non solo interne agli uffici (come l'istituzione di nuove articolazioni o l'adozione di diversi statuti inerenti il personale) ma anche esterne, come appunto l'affidamento a soggetti giuridici estranei alla struttura organizzativa dell'Amministrazione, spesso caratterizzati da vesti giuridiche privatistiche, di compiti pubblici o di funzioni amministrative, non solo dunque attività economiche.

Da qui una profonda evoluzione nel concetto stesso di Pubblica Amministrazione, favorita peraltro dallo stesso Legislatore, attraverso l'introduzione nel tempo di una serie di normative atte ad estendere al settore pubblico logiche e procedure tipicamente afferenti il settore privato.

Tra gli interventi legislativi più significativi, possono rammentarsi, ad esempio, quello introdotto dall'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo, secondo il quale viene riconosciuta, in generale, alla Pubblica Amministrazione la possibilità di concludere accordi sostitutivi di provvedimenti, o determinativi del contenuto di provvedimenti, ai quali applicare regole del diritto privato; ma può citarsi anche la normativa in materia di rapporto di pubblico impiego, al quale sono stati estesi regole e inquadramenti tipici del rapporto di impiego di diritto privato.

Nella stessa direzione, vale la pena di citare le disposizioni introdotte dalla recente legge di riforma sul procedimento amministrativo (legge n. 15 del 2005), il cui art. 1 bis stabilisce, in particolare, con norma avente carattere generale, che la Pubblica Amministrazione non solo ha la facoltà, ma deve avvalersi in via ordinaria degli stessi istituti di diritto privato per lo svolgimento di attività aventi natura non autoritativa, seppure il ricorso a tali istituti, se si è in presenza di soggetti preposti all'esercizio anche di attività amministrative, non deve mai comportare deroghe ai principi dettati per il procedimento amministrativo, ovvero ai principi di trasparenza, partecipazione, tutela dell'affidamento, ragionevolezza, imparzialità, nonché ai principi dettati dall'ordinamento comunitario (art. 1 ter della stessa legge).

Ab origine, la scelta di ricorrere al modello societario da parte del Legislatore, nasceva soprattutto dalla convinzione che, attraverso l'adozione di forme più flessibili nell'organizzazione o nella gestione delle attività, fosse possibile realizzare un servizio migliore e più economico di quello ottenibile attraverso le forme amministrative tradizionali.

Con riferimento in particolare agli Enti locali, si riteneva che la gestione di un servizio pubblico, o l'esercizio di un'attività economica di rilevanza collettiva, potesse

rivelarsi più efficiente ove esercitata al di fuori dell'Amministrazione, ad opera di *soggetti privati*, teoricamente capaci di garantire un contenimento dei costi superiore a quello ragionevolmente realizzabile da parte dello stesso Ente.

Ovviamente a tali ragioni, in qualche misura generali, non di rado se ne aggiungevano altre, di carattere più pratico, come ad esempio, sempre con riferimento agli Enti locali, quella di eludere gli stretti vincoli normativi dettati in materia di patto di stabilità, o di eludere l'applicazione di discipline di carattere imperativo, come quelle dettate in materia di assunzione del personale.

In molti casi, tuttavia, la necessità di ricorrere a figure soggettive differenti dall'Amministrazione nasceva da esigenze di carattere politico, e cioè dalla necessità di valorizzare l'esercizio di specifiche funzioni o compiti pubblici con soluzioni istituzionali *ad hoc*, differenti dai modelli organizzativi di tipo tradizionale, e forse solo per questo percepiti dall'opinione pubblica come strumenti più adeguati, non fonte di sprechi o di inefficienze.

In ogni caso, l'effetto finale dell'intero processo era costituito da una vera e propria proliferazione di strutture societarie, tutte afferenti il settore pubblico - seppure in diversa misura tra loro - ³ sintetizzabili in un'unica espressione di "*società pubbliche*".

Un concetto, quello di "*società pubblica*", il quale tuttavia sottintende una tipologia di soggetti "*anomali*", in cui convivono, da una parte, forme e regole di gestione disciplinate dal diritto privato, con finalità pubbliche e risorse finanziarie in gran parte provenienti dalla fiscalità.

Da qui l'esigenza di conciliare, rendendole tra loro compatibili, l'osservanza di discipline imperative, dettate a tutela di interessi pubblici, con la natura giuridica privatistica di tali soggetti; un problema complesso - attinente peraltro a svariati profili - nei cui confronti lo stesso Legislatore non sempre pare aver dimostrato piena consapevolezza, adottando spesso soluzioni poco tempestive o poco coerenti, se non addirittura foriere esse stesse di dubbi interpretativi o di incertezze applicative.

Ed è come forma di reazione a questa "*latitanza*" del Legislatore che si è assistito, per converso, ad una vera e propria "*opera sostitutiva*" intrapresa dalla giurisprudenza, la quale infatti, in molte occasioni, si è trovata ad affrontare e risolvere questioni aperte, con la necessità di adottare soluzioni interpretative "*novative*" - tali cioè da costituire un vero e proprio "*diritto di fonte giurisprudenziale*" - al fine di scongiurare la possibile

³ Da recenti analisi svolte da UnionCamere, emerge che le società direttamente controllate dai soli enti locali (con l'esclusione, cioè, di quelle controllate in maniera indiretta) sono attualmente circa 5.400 sull'intero territorio nazionale.

elusione di discipline di carattere imperativo, poste a presidio di primari interessi pubblici.

4

La linea guida di tale processo ermeneutico inaugurato dalla giurisprudenza – dapprima quella penale, successivamente quella amministrativa – può sintetizzarsi nell’aver voluto dare prevalenza agli *aspetti sostanziali* delle fattispecie a scapito degli aspetti formali (considerati irrilevanti in virtù dell’asserito principio della “*neutralità*” della forma giuridica), con soluzioni che tendevano ad estendere l’applicazione a tali fattispecie di discipline imperative di carattere pubblico.

Particolarmente rilevante, in tal senso, era la sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 1993 (*c.d. sentenza Cheli*), tramite la quale i giudici, chiamati nell’occasione a dirimere un conflitto di competenza sollevato dalla Corte dei Conti a seguito della mancata convocazione, da parte del Governo, del magistrato contabile in seno al Consiglio di Amministrazione di una società risultante dalla privatizzazione di un soppresso ente di gestione delle partecipazioni statali, avevano rimarcato che, nonostante l’intervenuta trasformazione degli enti di gestione in società a seguito del processo di privatizzazione, doveva permanere, in capo al giudice contabile, il potere di esercitare nei confronti di I.R.I., E.N.I., I.N.A. ed E.N.E.L, il controllo di cui all’art. 12 della legge 21 marzo 1958 n. 259 (*c.d. controllo concomitante e partecipativo*), e ciò “*fino a quando permanesse una partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario di tali società*”.

La stessa giurisprudenza penale, dal canto suo, ribadiva che, nei confronti degli esponenti di società a partecipazione pubblica derivanti dalla trasformazione di pre-esistenti enti pubblici economici, dovevano continuare a ritenersi ascrivibili i reati tipici dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio, nonostante si fosse in presenza, per tali enti, di statuti privatistici comunque applicabili in diversi ambiti; ciò che rilevava, in tal caso, non era infatti la forma giuridica rivestita, ma il criterio funzionale di cui agli artt. 357 e 358 cod. pen..⁵

Tuttavia, la possibilità di estendere *sic et simpliciter* discipline di carattere imperativo, al fine di conciliare forma privatistica ed interessi pubblici, si dimostrava più complessa nel caso della responsabilità risarcitoria, da intestare ai soggetti preposti alla gestione di tali società, atteso che l’adozione dello statuto societario, da parte di tali enti, non determinava affatto un esonero di responsabilità, ma l’applicazione di diverse regole

⁴ Per un commento ai problemi di giurisdizione derivanti dal processo di privatizzazione degli enti pubblici, ADIMARI D., *Privatizzazioni: nuovi problemi di giurisdizione* in www.amcorteconti.it.

⁵ Per tutte, Cass. Pen., sez. I, 22-06-2000, n. 10027, relativa al pre-esistente Ente Ferrovie dello Stato.

- quelle dettate dal codice civile – comunque rappresentanti un sistema di responsabilità coerente e completo.

In ogni caso, la vastità del fenomeno societario pubblico, da una parte, unito alla scarso ricorso, da parte degli enti proprietari delle partecipazioni, agli strumenti di reazione giudiziaria previsti dall'ordinamento nei confronti dei numerosi abusi consumati nel corso delle gestioni da parte degli esponenti societari a danno delle risorse pubbliche conferite, rendeva di fatto urgente il problema di verificare se, a seguito di tale mutamento generalizzato dei modelli organizzativi ed operativi della Pubblica Amministrazione, non dovesse ritenersi opportuno estendere a tali modelli anche la giurisdizione del giudice contabile, e con essa le regole in materia di responsabilità amministrativa.

Alla base di tale opzione, vi era ovviamente, anche qui, un'interpretazione *sostanziale* delle fattispecie, la quale tendeva a privilegiare non la forma giuridica ma la *reale* natura pubblica di tali soggetti, in gran parte (se non addirittura *in toto*) finanziati con risorse provenienti dalla fiscalità.

Ed è sulla base di tali considerazioni che, dopo il Giudice penale, anche il Giudice contabile cominciava a muoversi, in coerenza peraltro con i più recenti orientamenti espressi in tema di giurisdizione dalla Corte di Cassazione, la quale, con riferimento agli enti pubblici economici, aveva ritenuto superata la tradizionale distinzione tra quest'ultimi e gli enti pubblici non economici, legittimando un nuovo criterio di collegamento della responsabilità amministrativa, non più dipendente dal tipo di attività specificamente svolta dal singolo ente, ma dal carattere oggettivo della natura (pubblica) delle risorse da quest'ultimo impiegate.

2. Il nuovo indirizzo della Cassazione in tema di giurisdizione e l'emersione del criterio di collegamento della responsabilità amministrativa del "danno alle risorse pubbliche"

Con l'ordinanza n. 19667 del 22 dicembre 2003, le Sezioni Unite della Cassazione avevano ritenuto per la prima volta superata, ai fini del riparto di giurisdizione tra Giudice Ordinario e Giudice contabile, la tradizionale distinzione tra enti pubblici economici e non economici e, in particolare, il discrimine operato per oltre un ventennio nei giudizi di responsabilità.

In precedenza infatti, i giudizi in materia di responsabilità venivano ritenuti di competenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria qualora si riferissero ad atti lesivi posti in essere nell'ambito di attività di impresa, e di competenza dell'Autorità Giudiziaria contabile solamente nel caso opposto, qualora cioè si riferissero ad attività lesive

riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi, di organizzazione o a funzioni pubbliche svolte dall'ente.⁶

Nelle motivazioni dell'ordinanza citata, i giudici della giurisdizione, invocati nell'occasione per dirimere una controversia avente ad oggetto la responsabilità degli amministratori di un consorzio di natura industriale (ente pubblico economico), per atti di gestione lesivi del patrimonio dello stesso ente amministrato, mettevano in rilievo che ciò che doveva ritenersi caratterizzare la natura pubblica di un'attività non era la forma adottata ma la natura delle risorse finanziarie utilizzate, giacchè "*l'Amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni o poteri autoritativi, ma anche quando ... persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato*", e pertanto, anche tramite enti pubblici economici, che agivano appunto secondo norme e procedure contabili regolate dal diritto privato.

Il rovesciamento di impostazione era netto; la natura privatistica dell'attività di impresa svolta dall'ente, la quale in precedenza era considerata elemento sufficiente per fondare la giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, passava totalmente in secondo piano, a vantaggio di un diverso criterio di collegamento della responsabilità amministrativa, fondato sulla natura dei beni e delle risorse utilizzate nell'esercizio dell'attività.⁷

Corollario della nuova impostazione era la piena equiparazione, ai fini di cognizione del Giudice contabile, tra enti pubblici economici ed enti pubblici non economici; tra enti cioè, che esercitavano attività di impresa come attività esclusiva o prevalente, ed enti viceversa che avevano finalità istituzionali diverse dallo svolgimento di un'attività di impresa; in entrambi i casi, a parere dei giudici, doveva trattarsi di enti finanziati con risorse provenienti dalla fiscalità.

⁶ Questa impostazione fu inaugurata con la sentenza della Cass. sez. un. del 2 marzo 1982, n. 1282, in *Giur. it.* 1982, I, I, 615, con nota di Maddalena P., *Natura e funzioni del p.m. contabile e ricorso per giurisdizione*; in *Giust. civ.* 1982, I, 2386, con nota di Giampaolino L., *Nuove pronunce delle Sezioni unite sulla figura del procuratore generale presso la Corte dei Conti; sull'intervento nel giudizio per regolamento di giurisdizione; sull'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli enti pubblici economici*; in *Riv. dir. proc.* 1983, n. 539, con nota di Laserra, *La giurisdizione contenziosa della Corte dei Conti nelle materia di contabilità pubblica e gli agenti degli enti pubblici economici*.

⁷ Copiosa la bibliografia e i commenti relativi a tale ordinanza. Per tutti, si consenta di citare gli interventi al Corso di studio e formazione *L'evoluzione in senso soggettivo e oggettivo della giurisdizione della Corte dei conti alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione* tenutosi presso l'Aula SS.RR. della Corte Conti dal 27 al 29 ottobre 2004, di ALTIERI E., *Considerazioni sulla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, e CONSOLO C., *Differenze ontologiche tra le varie giurisdizioni e ruolo del Pubblico Ministero nel giudizio contabile*, in www.corteconti.it.

Non solo; ma, argomentando dalla disposizione di cui all'ultimo comma dell'articolo 1 della legge 20 del 1994 – nella novella introdotta dall'art. 3, comma 1, lett. c-bis della legge 639/1996 – i giudici avevano modo di chiarire come la reale intenzione del Legislatore, con l'inserzione di tale inciso, fosse stata in realtà quella di radicare la giurisdizione della Corte dei Conti ogniqualvolta si fosse in presenza di un danno all'Erario provocato da un agente pubblico, e ciò *"anche senza che fosse ravvisabile un rapporto di servizio tra questo e l'ente danneggiato"*.

In sostanza, qualunque danno causato da un agente pubblico ad un ente, anche se diverso da quello di appartenenza, doveva tradursi necessariamente in un danno alla finanza pubblica, intesa in senso allargato e non limitata al singolo ente, per il quale era lecito invocare la giurisdizione della Corte dei Conti, *"l'ambito della quale investe ora anche la responsabilità extra-contrattuale nei confronti di amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza"*.

Alla base dell'innovativa presa di posizione vi era l'esigenza, avvertita da più parti e fatta propria dai giudici, di garantire una tutela più efficace alle risorse pubbliche, in un periodo caratterizzato dalla moltiplicazione di enti e società che, a dispetto della forma giuridica rivestita - di diritto privato - venivano comunque finanziate con risorse provenienti dalla fiscalità generale; ciò avendo riguardo ad un contesto, quello delle società partecipate, in cui, dato il rapporto fiduciario intercorrente solitamente tra amministratori delle società ed esponenti politici degli organi dai quali questi ripetevano la nomina (governo nazionale, giunta regionale, giunta comunale), era raro che si creassero le condizioni per far valere eventuali responsabilità in sede giudiziaria.

All'ordinanza n. 19667 del 2003 facevano seguito ulteriori interventi, in un unico processo ermeneutico teso a consolidare le prese di posizione inaugurate con il pronunciamento citato.

Nella sentenza n. 3899 del 26 febbraio 2004, le Sezioni Unite, muovendo dalla medesima concezione ecumenica di *"danno alla finanza pubblica"* - secondo cui poteva considerarsi sufficiente, per invocare la responsabilità amministrativo-contabile, qualunque tipo di comportamento posto in essere dal soggetto agente che si fosse rivelato lesivo di risorse provenienti dalla fiscalità generale, non solo a danno del patrimonio dell'ente di appartenenza, ma anche se indirettamente a danno del patrimonio di enti pubblici diversi da quello di appartenenza - confermavano la giurisdizione del giudice contabile in una diversa vicenda, concernente però la responsabilità di amministratori non di un ente pubblico, bensì di una società per azioni, seppure a

capitale quasi interamente pubblico, rei anch'essi di condotte colpevolmente lesive del patrimonio della società amministrata.⁸

A differenza della precedente ordinanza, tuttavia, in tale circostanza i giudici ritenevano più opportuno richiamarsi al più tradizionale criterio di collegamento della responsabilità amministrativa, quello costituito dalla *relazione di servizio* tra autore del fatto illecito ed ente danneggiato, e per esso alla nozione di *obbligo di servizio*, dalla cui violazione fare scaturire la responsabilità amministrativa, in presenza di ulteriori elementi costitutivi.

Secondo i giudici, in particolare, *"l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale"* doveva sempre intervenire in presenza di un *"rapporto di servizio tra la società e l'ente territoriale, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo"*.⁹

La medesima concezione ecumenica del danno alla finanza pubblica traspariva inoltre in un successivo pronunciamento, la sentenza n. 5163 del 12 marzo 2004, ove i giudici, anche qui facendo riferimento al tradizionale criterio di collegamento dato dalla relazione di servizio tra Amministrazione e soggetto agente, si spingevano ad affermare che, perché tale relazione potesse nel caso specifico ritenersi instaurata, poteva considerarsi sufficiente la sola circostanza che il soggetto fosse stato incaricato di *"maneggiare del denaro pubblico."*

Il lungo percorso ermeneutico proseguiva poi con l'ordinanza n. 20132 del 12 ottobre 2004 (nota come vicenda UNALAT), in cui si ribadiva che, per ravvisare una relazione di servizio o, in senso lato, un collegamento tra l'azione dell'Amministrazione e l'esercizio da parte di un soggetto di una pubblica funzione o di un pubblico servizio, non dovesse più considerarsi necessaria la ricorrenza di un rapporto organico o d'impiego, ma fosse *"sufficiente che un soggetto venisse incaricato (non importa in base a quale titolo giuridico) dello svolgimento, in via continuativa, di una determinata attività in favore della Pubblica Amministrazione, con inserimento nell'organizzazione della medesima e con particolari vincoli e obblighi diretti ad assicurare la rispondenza dell'attività stessa"*

⁸ Per un breve commento di tale sentenza, VISCA M.A., *La giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. Civ. 2005, I*, pag. 208.

⁹ Ad onor del vero, occorre rammentare che tale sentenza, di poco successiva, sul piano cronologico, all'ordinanza 19667-03, si riferiva a fatti avvenuti non solo in un periodo antecedente, ma soprattutto anteriori all'entrata in vigore della novella legislativa di cui al citato comma 4 dell'articolo 1 della legge 20 del 1994; una disposizione, quest'ultima, esplicitamente applicabile ai soli *"fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge,"* e che dunque, come tale, non poteva ritenersi estensibile al caso di specie da parte dei giudici.

alle esigenze generali cui fosse preordinata.¹⁰ Né aveva rilievo il ricorso o meno a procedure di gestione finanziaria o a regimi contabili di carattere pubblicistico; tali procedure infatti, come quelle di rendicontazione, erano proprie infatti della giurisdizione contabile in senso stretto, esercitabile solo nei confronti dei c.d. agenti contabili;” nel caso specifico, si trattava di un’associazione di imprenditori – e dunque di un soggetto giuridico privato, sul piano formale ma anche sostanziale – resasi responsabile di uno sviamento, dalla destinazione stabilita nei regolamenti comunitari, di risorse pubbliche costituenti le indennità relative alla produzione del latte bovino.¹¹

Secondo i giudici, in tale circostanza la competenza a giudicare andava riconosciuta alla Corte dei Conti, “*dovendosi prescindere dalla natura del soggetto agente*”, avendo riguardo, esclusivamente, alla natura delle risorse finanziarie distratte.

Infine, quella che può considerarsi il punto di approdo del sopra descritto percorso ermeneutico, ovvero l’ordinanza n. 4511 del 1° marzo 2006, con la quale i giudici, consapevoli della profonda trasformazione che aveva interessato l’organizzazione della Pubblica Amministrazione nei periodi più recenti,¹² ritenevano di chiarire, senza ambiguità, quale dovesse essere la (nuova) linea discrezionale tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in tema di danno erariale.¹³

“Il baricentro – si legge nell’ordinanza – si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato o un ente pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d’essere del programma imposto dalla Pubblica Amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l’atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da potere determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l’ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il

¹⁰ Si vedano anche Cass. sez. un., 5 giugno 2000, n. 400; 24 luglio 2000, n. 515; 28 dicembre 2001, n. 16216; 22 febbraio 2002, n. 2628; 10 ottobre 2002, n. 14473; 21 novembre 2002, n. 16829, tutte in www.Italgiureweb.it.

¹¹ Per un commento di tale ordinanza, RODRIQUEZ S., *Le Sezioni Unite tornano a pronunciarsi sulla giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur. It.* 2005, pag. 848.

¹² Affermano infatti i giudici, che il nuovo orientamento è “*maturato in relazione al progressivo operare dell’Amministrazione tramite soggetti non organicamente inseriti nella stessa e del sempre più frequente operare di questa al di fuori degli schemi del – per molti versi superato – regolamento di contabilità di Stato, che ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti, ritiene del tutto irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa od in un contratto privato*”.

¹³ Tra i numerosi commenti a tale ordinanza si ricordano, tra gli altri, D’AURIA G., *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2006, pag. 970; REBECCHI P.L., *Sviamento nell’utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile*, in *Riv. Corte dei Conti* 2/2006 pag. 238; VENTURINI L., *Corte di Cassazione e giurisdizione della Corte dei conti in questo primo scorcio dell’anno: in particolare la sent. n. 4511 del 1° marzo 2006*, in amcorteconti.it.

finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile”.

Pertanto, in presenza di un danno arrecato alle pubbliche finanze, la giurisdizione della Corte dei Conti doveva radicarsi avendo riguardo alla natura delle risorse utilizzate in relazione ad una specifica finalità pubblica (*tesi finalistica*), non più soltanto avendo riguardo alla natura giuridica del soggetto in ipotesi ritenuto responsabile (tradizionale *tesi soggettiva*).

Ciò che rilevava non era, o non era più, la natura (pubblica) del soggetto agente, nè la capacità di quest'ultimo di esprimere una qualche potestà autoritativa - tramite provvedimenti aventi carattere amministrativo - ma l'origine erariale delle risorse utilizzate, le quali dovevano essere amministrate per il perseguimento di una finalità pubblica, e che invece erano state da quest'ultima sviate.

L'ordinanza n. 4511 veniva salutata con favore dalla dottrina più sensibile alle esigenze di tutela delle risorse pubbliche, la quale la considerava *“un ulteriore importante passo del percorso di affermazione della giurisdizione di responsabilità amministrativa in settori un tempo ad essa preclusi e di sempre maggiore interesse ed importanza per i profili sia oggettivi che soggettivi, in relazione alle necessità di un controllo effettivo ed efficace sul corretto uso di risorse pubbliche trasferite ai settori economici.”*¹⁴

In effetti, conseguenza principale della nuova impostazione sembrava proprio quella di estendere l'ambito della responsabilità amministrativa a fattispecie diverse e ulteriori rispetto a quelle di tipo tradizionale.

Laddove, infatti, si fosse stati in presenza di ausili finanziari pubblici, concessi, anche a privati, per l'attuazione di progetti nell'ambito di programmi che l'Amministrazione si proponeva di realizzare, ciascun beneficiario assumeva, nei confronti dell'Amministrazione, un'obbligazione di risultato (corrispondente all'attività o all'investimento per il quale aveva ottenuto il finanziamento pubblico), il cui inadempimento, nella misura in cui avesse compromesso il raggiungimento degli obiettivi fissati dal programma e dunque delle finalità perseguite dall'Amministrazione, generava responsabilità amministrativa per il soggetto percipiente.

L'importanza sistematica di questo pronunciamento veniva colta dalla dottrina anche sotto diversi e concorrenti profili.

¹⁴ Così REBECCHI P.L., op. in *Erogazioni ai settori produttivi e giurisdizione della Corte dei Conti*, in www.amcorteconti.it.

Per la prima volta infatti – come veniva opportunamente segnalato¹⁵ - i giudici di legittimità avevano inteso riconoscere autonoma ed immediata efficacia precettiva alla norma costituzionale di cui all'articolo 103 della Carta Costituzionale – secondo la quale *"la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica"* – disancorandone la concreta attuazione dalla ricorrenza, nel caso specifico, di un esplicito riferimento legislativo (c.d. *interpositio legislatoris*);¹⁶ un passaggio importante, quest'ultimo, che neppure nella, per altri aspetti rivoluzionaria ordinanza n. 19667 del 2003, i giudici avevano voluto intraprendere.

Nell'ordinanza n. 19667 infatti, nonostante l'asserita centralità della natura (pubblica) delle risorse impiegate, i giudici non avevano voluto spingersi fino al punto di legittimare la giurisdizione della Corte dei Conti ogniqualvolta si fosse in presenza di un (qualsiasi) impiego di risorse pubbliche, a prescindere cioè dalla natura giuridica del soggetto beneficiario, ovvero anche nei casi di fruizione di tali risorse ad opera di soggetti privati.

Essi, invece, avevano preferito continuare a fare riferimento alla categoria dei c.d. *agenti pubblici*, nonostante ne fosse affermata la responsabilità amministrativa anche di tipo *extra-contrattuale* - ovvero nei casi di danni arrecati ad enti diversi da quello di appartenenza - con l'*interpositio legislatoris* del comma 4 dell'articolo 1 della legge 20-1994.

Sotto altro profilo, la rilevanza sistematica della nuova impostazione dei giudici si percepiva in quanto essa sarebbe stata in grado meglio di tutelare il perimetro di applicazione della stessa responsabilità amministrativa, proteggendo le prerogative costituzionali della Corte dei Conti da possibili invasioni di campo provenienti da normative di carattere regionale, le quali ultime, a seguito della novella costituzionale

¹⁵ Cfr. MIELE T., in *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile. Il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite*, in AA.VV. *Giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità amministrativa contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli 2005, secondo il quale: *"né potrebbe obiettarsi, per andare di diverso avviso, che la norma costituzionale ha un valore meramente programmatico, essendo, per contro, fuori di dubbio che la disposizione in parola ha un chiaro ed evidente carattere precettivo. Come tale, essa deve ritenersi non solo di immediata applicazione, da un punto di vista temporale, ma anche di immediata e diretta efficacia sull'ordinamento giuridico, nel senso che non richiede, per dispiegare effetti sull'ordinamento giuridico, una interpositio legislatoris"*, op. cit. p. 135.

¹⁶ In precedenza, viceversa, costante giurisprudenza riteneva che la disposizione costituzionale dovesse leggersi nella sua interezza - *"la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge"* - e la congiunzione 'e' stesse a significare la necessità che il Legislatore, con specifiche disposizioni di legge, individuasse in concreto gli ambiti di competenza della Corte dei Conti, solo programmaticamente riferibili alle *materie di contabilità pubblica*. La stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito, aveva chiarito che l'art. 103 co. 2 della Costituzione avesse *"soltanto la finalità di riservare alla Corte dei conti la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica, secondo ambiti la cui concreta determinazione ... è rimessa alla discrezionalità del legislatore"* (Corte Cost. 20 novembre 1998, n. 371, in *Giur. cost.* 1998, 3257).

introdotta dalla legge n. 3 del 2001, e della conseguente riscrittura delle competenze regionali di cui all'art. 117 della Costituzione, avrebbero potuto introdurre deroghe, con riferimento agli enti di dimensione locale, alle regole o alle procedure previste dal sistema tradizionale della responsabilità amministrativa.¹⁷

3. L'indirizzo pan-pubblicistico e l'estensione della giurisdizione contabile alle società a capitale pubblico

Il mutamento di prospettiva operato dai giudici della Cassazione era tale, naturalmente, da comportare una notevole crescita del perimetro di competenza del Giudice contabile, tale che più di un commentatore rilevava oramai la comparsa, nel sistema, di una nuova nozione di "responsabilità finanziaria", più estesa della tradizionale nozione di responsabilità amministrativo-contabile, come forma di responsabilità nella quale potessero incorrere tutti coloro i quali, a qualunque titolo, fossero stati incaricati di gestire o comunque di utilizzare risorse di provenienza pubblica.¹⁸

In tale contesto, la prevalente dottrina, come la stessa giurisprudenza contabile, cominciava a ritenere che il ripensamento operato dai giudici della Cassazione potesse riferirsi non solo agli enti pubblici economici, ma anche alle società a partecipazione pubblica, tenuto conto della similitudine tra i due tipi di fattispecie discendente dalla medesima natura (pubblica) delle risorse finanziarie in dotazione.

¹⁷ In effetti, le recenti modifiche costituzionali, pur continuando a riservare, almeno formalmente, alla competenza esclusiva dello Stato la materia della "giurisdizione contabile", introducendo la possibilità, per le Regioni, di legiferare in materia di "ordinamento delle Amministrazioni Pubbliche diverse da quelle statali", hanno di fatto consentito che queste legiferassero anche in tema di responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dei dipendenti di enti locali o di Amministrazioni Pubbliche diverse da quelle statali; "di qui l'esigenza di tornare ad avere come punto di riferimento prioritario per la giurisdizione della Corte dei Conti non già le fonti normative primarie, che ben possono essere oggetto di modifica da parte delle Regioni in forza del loro potere di prevedere una disciplina differenziata, in base al co. 4 dell'art. 117 Cost., ma la fonte per eccellenza della giurisdizione della Corte dei Conti, che ... è costituita non già dalla normativa primaria, ma dall'art. 103 co. 2 Cost., che è sicuramente sottratto alla potestà legislativa regionale, e quindi alla tentazione delle Regioni di disciplinare diversamente la responsabilità amministrativa e sottrarre gli amministratori e i dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche di ambito regionale alla giurisdizione della Corte dei Conti." (vedi MIELE T., op. cit., pag. 136).

¹⁸ Parla di "<<eccesso di potere finanziario>>, inteso come deviazione dell'impiego delle pubbliche risorse dal fine tipico e dall'interesse pubblico previsto dalla legge nel caso di specie", MIELE T., in *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche*, intervento al corso di formazione ed aggiornamento tenuto a Roma il 13-14-15 dicembre 2006, presso l'Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti. In senso analogo, GUALANDI F. – MINOTTI F., in "Le recenti tendenze nel campo della responsabilità della P.A. con particolare riferimento alle società pubbliche", in www.dirittodeiservizipubblici.it, secondo i quali "con le ultime pronunce sia la Corte dei Conti che la Cassazione hanno chiaramente abbandonato il criterio del <<rapporto di servizio>> per approdare ad una sorta di <<eccesso di potere (o sviamento) contabile>>, inteso come sviamento dell'impiego di pubbliche risorse dal loro fine tipico."

A tal proposito, si ribadiva infatti che le Sezioni Unite, *"all'esito di un lungo percorso evolutivo ... hanno chiarito che il discrimen tra le due giurisdizioni risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo, e, pertanto, nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui esso si avvale (non facendo, significativamente, alcun accenno alla formula organizzativa assunta dall'ente)"*.¹⁹

Più in particolare, si riteneva che, laddove fossero di natura pubblica le risorse impiegate da un determinato soggetto, lì si sarebbe dovuta radicare la giurisdizione della Corte dei Conti, non potendo rilevare, in proposito, né la qualificazione formale (società od altro schema organizzativo) né gli strumenti (pubblici o privati) attraverso i quali venivano realizzati i fini pubblici preassegnati.

Da qui l'affermazione, da parte della giurisprudenza, della soggettività pubblica delle stesse società partecipate, al fine di pervenire, per tale via, a legittimare le azioni erariali esercitate direttamente a carico dei loro esponenti, respingendo in maniera sistematica - con una serie di argomentazioni alcune delle quali già introdotte dai giudici di Cassazione - ogni eccezione sul difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa dei convenuti.

In particolare, posto che *"presupposto indefettibile per la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti nei giudizi di responsabilità amministrativo-contabile è la qualifica di pubblico dipendente del convenuto"*,²⁰ qualificare la società, a prescindere dalla veste formale, alla stregua di un ente pubblico, equivaleva anche a riconoscere la qualifica di pubblico dipendente ai suoi stessi esponenti, e per tale via legittimare nei loro confronti l'esercizio dell'azione erariale, quest'ultima concepita dall'ordinamento come azione da esercitarsi a carico di *"funzionari"* pubblici (ex art. 13 del R.D. 1214/1939) o di *"impiegati"* pubblici (ex art. 82 del R.D. 2440/1923 ed art. 18 del D.P.R. n. 3 del 1957).

A sostegno di tale tesi, veniva rammentato come fosse stata la stessa Corte di Cassazione ad essere pervenuta, in una precedente occasione, alla qualificazione di una società partecipata come *"istituzione pubblica"*, in una vicenda che riguardava il diritto degli avvocati al trasferimento nell'elenco speciale ex art. 3 R.D.L. 1578/1933, a seguito della propria assunzione presso una s.p.a. costituita per la gestione di servizi pubblici locali; circostanza in occasione della quale la Corte aveva dichiarato che *"la qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente ad escluderne la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso"*, dovendosi in tal caso *"procedere ad una valutazione concreta in fatto, caso per caso"*.²¹

¹⁹ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114.

²⁰ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114.

²¹ Cass. SS.UU. del 3 maggio 2005 n. 9096.

Ad ulteriore sostegno di tale tesi, veniva ricordata la posizione delle stesse Sezioni Unite penali, le quali, in più di un'occasione, avevano considerato, l'avvenuta trasformazione di enti pubblici economici in società, *tamquam non esset*, confermandone a carico dei relativi esponenti l'ascrivibilità dei reati tipici dei pubblici ufficiali.

3.1. Gli "indici di pubblicità" individuati dalla giurisprudenza contabile

Secondo l'indirizzo prevalente, la "reale natura pubblica" delle società partecipate deve apprezzarsi avendo riguardo ad una "nozione sostanziale di Pubblica Amministrazione", la quale, in linea con gli indirizzi ermeneutici anche comunitari, prescinda dagli aspetti formali delle singole strutture organizzative, a vantaggio degli elementi in qualche modo "funzionali" della loro attività, che tengano conto, cioè, del fatto di esercitare un'attività che sia diretta al soddisfacimento di bisogni di interesse generale.

Secondo tale indirizzo, è innanzi tutto alle nozioni, di origine comunitaria, dell'organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica che occorre fare riferimento, per la ricorrenza delle quali non assume rilievo l'eventuale forma societaria rivestita dall'ente, "considerata <neutrale> in ordine all'accertamento della c.d. pubblicità reale".²²

Con riferimento, infatti, alla nozione di organismo di diritto pubblico, perché questa possa integrarsi occorre la compresenza di tre requisiti, ma nessuno di questi appare dipendente dalla forma giuridica rivestita dall'ente; né la personalità giuridica, né il fatto che vi sia un controllo sulla gestione operato da un soggetto pubblico, né il c.d. *requisito teleologico*, ovvero la circostanza che nella singola fattispecie siano soddisfatti, attraverso la gestione, bisogni di interesse generale non aventi un carattere industriale o commerciale.²³ In tutti i casi, si tratta di requisiti indipendenti da un particolare tipo di forma giuridica.

In senso analogo, anche la nozione di impresa pubblica prescinde dalla forma giuridica rivestita dal singolo ente. Essa è definita, infatti, come quell'impresa sulla quale

²² Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114

²³ L'art. 2 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dal decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 30, definisce l'organismo di diritto pubblico come "qualsiasi organismo con personalità giuridica, istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano, dagli enti locali, da altri enti pubblici o da altri organismi di diritto pubblico, ovvero la cui gestione sia sottoposta al controllo di tali soggetti, ovvero i cui organismi di Amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti in misura non inferiore alla metà dei componenti designati dai medesimi soggetti."

le *c.d. amministrazioni aggiudicatrici* ²⁴ possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà, o perché ne possiedono una partecipazione finanziaria, ovvero in conseguenza semplicemente delle norme che ne disciplinano l'attività o l'organizzazione. ²⁵

Secondo i giudici, *"la classificabilità di un ente come organismo di diritto pubblico ovvero impresa pubblica ne implica la sottoponibilità non solo alle regole comunitarie in tema di appalti ma, al tempo stesso e per i medesimi motivi, anche a quelle interne in tema di controllo e sindacato giurisdizionale della magistratura contabile e ciò non solo per motivi logici, ontologici e sistematici, ma altresì per motivi funzionali e di coerenza del sistema"*. ²⁶

In altre parole, la ricorrenza, in una persona giuridica, dei requisiti dettati dalle nozioni di organismo di diritto pubblico o di impresa pubblica, non comporta solamente l'applicazione, nei confronti di questa, della normativa comunitaria in materia di appalti, ma, qualora si verta in un caso di responsabilità, può costituire un vero e proprio *"indice di pubblicità"* della sua *"reale"* natura giuridica.

Sempre a parere dei giudici, se ciò non volesse ammettersi, significherebbe attribuire alle nozioni citate una valenza soltanto parziale, e dunque *"confondere il profilo attinente all'essenza dell'ente con quello relativo alle modalità della sua azione"*. ²⁷

In particolare, *"sarebbe improprio e riduttivo ritenere che il problema dell'applicazione delle regole di aggiudicazione di matrice pubblicistica si risolva puramente in una questione di tutela della concorrenza fra imprese, all'interno dell'UE. Accanto a questa istanza, su un piano di pari dignità, si colloca infatti, e non da ora, l'istanza che tende ad elevare siffatte regole di aggiudicazione a strumento di garanzia del miglior uso delle risorse finanziarie pubbliche. Assicurare il rispetto di quelle regole equivale, dunque, ad assicurare l'effettività di detta garanzia"*. ²⁸

Sotto altro aspetto, i giudici non mancano di far notare che persino l'assenza, nel caso specifico, del *c.d. requisito teleologico*, non costituirebbe, di per sé, alcun limite

²⁴ Sono tali *"le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti territoriali e locali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni."*

²⁵ Secondo la definizione contenuta nella direttiva della Commissione UE n. 80/723/CEE del 25 giugno 1980, sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, *"l'influenza dominante su un'impresa è ex lege presunta quando, rispetto ad essa, i soggetti anzidetti, direttamente o indirettamente, ne detengono la maggioranza del capitale sottoscritto, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, o hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio d'Amministrazione, del comitato esecutivo o del collegio sindacale della stessa"* (art. 2).

²⁶ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114.

²⁷ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114.

²⁸ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 5 settembre 2007 n. 448.

all'estensione della normativa pubblicistica di controllo, dal momento che tale requisito non solo non rientra nella nozione di impresa pubblica (e semmai, solamente in quella dell'organismo di diritto pubblico) ma soprattutto non determinerebbe, contrariamente a quanto si sarebbe indotti a pensare, *"la non imprenditorialità della gestione, ma (solo) la sua funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività che lo Stato preferisce soddisfare direttamente ovvero nei confronti dei quali intende mantenere un'influenza determinante"*; potendo ben riscontrarsi la possibilità di gestioni *"imprenditoriali"* ugualmente funzionali a *"bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale."*²⁹

In aggiunta ai requisiti indicati dalle nozioni di organismo di diritto pubblico o di impresa pubblica, altri possono essere considerati *"indici del rilievo pubblicistico dell'attività"* di una società.

Tra questi, la ricorrenza di rilevanti deroghe al regime societario tipico - sia di provenienza statutaria che legale - le quali, comportando un'alterazione del modello nelle sue regole di funzionamento, potrebbero esser tali da minarne la stessa autonomia.

In senso analogo, potrebbe assumere rilievo una regolamentazione particolarmente rigida nei rapporti tra la società partecipata e le Autorità di governo (nazionale o locale), laddove si preveda, ad esempio, che l'adozione di determinati atti di gestione, o l'esercizio di ben individuati poteri sociali, possa essere subordinato all'assenso o alle *"direttive"* dell'Autorità politica.

A tale proposito, viene rammentato come sia stata la stessa Corte Costituzionale, in un'importante pronunciamento del 2003,³⁰ a rimarcare che, laddove si fosse in presenza di società costituite in base alla legge, affidatarie di compiti legislativamente previsti e per esse obbligatori, operanti direttamente nell'ambito delle politiche di un Ministero come strumento organizzativo di questo, per tali società sarebbe stato possibile ravvisare *"tutti i caratteri propri dell'ente strumentale, salvo quello di rivestire - per espressa disposizione legislativa - la forma della società per azioni"*.³¹

E per motivi sostanzialmente analoghi, viene ribadita la natura *"realmente"* pubblica anche delle società c.d. *in house*, costituenti una delle possibili opzioni di *gestione diretta* del servizio pubblico da parte degli enti locali.³²

²⁹ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114.

³⁰ In tal senso Corte Cost., 19 dicembre 2003 n. 363 (caso *Italia Lavoro s.p.a.*).

³¹ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114.

³² Come noto, all'affidamento *in house* può farsi ricorso, secondo la giurisprudenza sia nazionale che comunitaria, allorché: a) l'Amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

Secondo l'indirizzo prevalente, la società *in house* deve considerarsi un "organo indiretto" dell'Amministrazione, deputato all'esercizio di un servizio pubblico, proprio perchè "il rapporto tra ente locale e s.p.a. si svolge nell'ambito di un modulo essenzialmente pubblicistico".³³

Ulteriori "indici di soggettività pubblica" delle partecipate possono inoltre rintracciarsi, secondo la giurisprudenza, nella eventuale ricorrenza, nel caso specifico, del c.d. *controllo concomitante*, previsto e disciplinato dall'art. 12 della legge 259/58, ovvero – secondo una tesi, peraltro, certamente non priva di una qualche suggestività – nella disposizione prevista dall'art. 6 comma 1 della legge n. 145 del 2002, la quale, come noto, ha introdotto nel nostro ordinamento, anche per gli organi di vertice delle società partecipate dallo Stato, il c.d. meccanismo dello "spoil system".

Come è stato ribadito dalla stessa Consulta, infatti, il controllo concomitante, effettuato ad opera di un consigliere della Corte dei Conti nel corso delle riunioni degli organi di vertice delle società partecipate, non può venir meno nonostante l'intervenuta trasformazione degli enti pubblici in società, se non nel momento in cui "il processo di privatizzazione avrà assunto connotati sostanziali tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica".³⁴

Di converso, l'art. 6 comma 1 della legge n. 145 del 2002 – come è stato evidenziato da una recente, quanto singolare sentenza della Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti lombarda – "muove da un presupposto concettuale che pare rifiutare la logica della partecipazione puramente finanziaria al capitale della società controllata per riproporre il tradizionale 'schema' delle società controllate dallo Stato come vero e proprio strumento di politica industriale".³⁵

Secondo i giudici, in particolare, il rapporto fiduciario, che l'art. 6 comma 1 della legge 145 del 2002 presuppone debba costantemente assicurarsi tra gli esponenti aziendali ed i vertici politici di riferimento – e la cui sopravvenuta mancanza è tale da legittimare il potere di revoca – comporterebbe l'instaurazione, tra i soggetti preposti e l'ente, di quella *relazione di servizio* essenziale perchè possa ritenersi radicata, nei confronti di quest'ultimi, la giurisdizione del giudice contabile.

³³ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Trentino Alto Adige, 18 luglio 2006 n. 58.

³⁴ Corte Cost., 28 dicembre 1993 n. 466.

³⁵ Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008 n. 135.

3.2. Il caso della società con partecipazione pubblica minoritaria

Questione diversa è quella che attiene, viceversa, alla possibilità di estendere il riconoscimento della soggettività pubblica anche a quelle società a capitale misto in cui la partecipazione pubblica non sia maggioritaria, nè tale da determinare il possesso del *c.d. pacchetto di controllo*, ma minoritaria, se non addirittura minima.

Ebbene, in tali casi – è stato sostenuto – la circostanza che la partecipazione pubblica sia minoritaria potrebbe non costituire alcun ostacolo ai fini del riconoscimento della soggettività pubblica della società; ciò in quanto *"all'investimento di risorse di proprietà pubblica deve (sempre) corrispondere un interesse pubblico, che nelle società miste è destinato naturalmente a convivere con quello di cui è portatore l'azionista privato. Interesse, quest'ultimo, che se può avere l'effetto di escludere la piena appartenenza della società all'apparato pubblico propriamente inteso (sub specie di in house providing: v. da ultimo Corte di Giustizia, Sez. I, 6 aprile 2006 n. C-410/04), non fa invece in alcun modo venir meno la natura pubblica (né l'aspetto finalistico che vi è, come detto, sotteso) delle risorse investite dal socio pubblico"*.³⁶

Pertanto, se si concorda sul fatto che la giurisdizione della Corte dei Conti, *"come avallato dalle recenti decisioni 1° marzo 2006 n. 4511 e 20 giugno 2006 n. 14101 delle Sezioni Unite della Cassazione"*, debba oramai radicarsi avendo riguardo alla natura delle risorse utilizzate nonché alla finalità pubblica tramite queste perseguita - e non più, pertanto, in funzione soltanto della natura del soggetto responsabile – non si può negare la piena legittimità di un'azione erariale *"quale che sia l'entità della partecipazione pubblica"*; *"ed invero anche una minima quota sociale detenuta da un Ministero o da un ente locale coinvolge denaro pubblico e produce danno a carico della p.a. ... della cui corretta gestione e della cui lesione la Corte dei Conti è incondizionatamente giudice in base ad investitura costituzionale ex art. 103 co. 2 Cost."*.³⁷

Naturalmente, è stato sottolineato, dovrà trattarsi di una partecipazione che, quantunque minoritaria se non addirittura minimale (come potrebbe essere, ad esempio, una partecipazione pari all'1% del capitale), essa sia comunque tale da assicurare al socio pubblico quel minimo di influenza sull'attività di attuazione dell'oggetto sociale, non potendosi in linea generale riconoscere alcuna legittimità a scelte di allocazione di risorse pubbliche che non siano coerenti con le finalità istituzionali dell'ente di riferimento.

Qualunque tipo di investimento di risorse operato da un soggetto pubblico, infatti, deve pur sempre possedere, quanto meno, *"un vincolo teleologico al soddisfacimento dei*

³⁶ Così Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008 n. 135.

³⁷ Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 17 luglio 2007 n. 414.

*bisogni della collettività locale, superabile caso per caso soltanto subordinatamente alla dimostrazione che in tal guisa viene soddisfatta una specifica (e non generica, quale sarebbe quella secondabile mediante la semplice produzione di utili) esigenza della medesima collettività".*³⁸

Qualora, nel caso di specie, non dovesse riscontrarsi un tale tipo di esigenza, sarebbero gli stessi rappresentanti del soggetto pubblico ad esporsi al rischio di una possibile azione erariale; e ciò per effetto della illegittimità della scelta operata a monte, quella cioè di aver destinato parte delle proprie risorse a finalità estranee ai bisogni della collettività di riferimento.³⁹

3.3. Le ragioni poste alla base dell'indirizzo pan-pubblicistico

Alla base dell'orientamento pan-pubblicistico sopra descritto, vi sono una serie di ragioni tra loro concorrenti.

La prima di tali ragioni deriva da un'esigenza di opportunità.

In effetti, invocare la giurisdizione contabile, in tali circostanze, equivale a sottrarre la tutela delle ragioni erariali alla discrezionalità dei vertici (politici) degli enti proprietari delle partecipazioni.

La tutela verrebbe demandata ad un soggetto pubblico - il Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti - il quale, per l'indipendenza della sua figura oltre che per il vincolo di obbligatorietà tipico della sua azione, potrebbe costituire, a parere dei sostenitori di tale tesi, una maggiore garanzia sull'uso corretto delle risorse pubbliche.⁴⁰

Nel caso delle società partecipate infatti, può considerarsi quasi fisiologica una sorta di comunanza di interessi, tra amministratori societari ed esponenti politici dai quali questi ripetono la nomina, tale da costituire, in molti casi, un grosso freno nei confronti di

³⁸ Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 4 marzo 2008 n. 135.

³⁹ Cfr. Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia 4 marzo 2008 n. 135. Deve rammentarsi, al riguardo, che lo stesso articolo 3, comma 27 della legge finanziaria per il 2008 (legge n. 244 del 27 dicembre 2007), vieta in linea generale alle amministrazioni pubbliche di costituire società, o assumere o mantenere partecipazioni, se l'adozione di tale forma giuridica non risulti strettamente necessaria al perseguimento dei propri interessi istituzionali.

⁴⁰ Al riguardo, tuttavia, giova rammentare le parole pronunciate dallo stesso Presidente della Corte dei Conti Tullio Lazzaro, in occasione della recente inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2009, il quale, riferendosi alla figura del Pubblico Ministero presso le Procure Regionali, ha ritenuto di ammonire circa le eccessive aspettative *giustizialiste* che spesso si percepiscono nei commenti della dottrina o nella giurisprudenza. Secondo il Presidente Lazzaro, infatti, il Pubblico Ministero contabile *"deve avere ben presente che l'esercizio dell'azione di responsabilità mira essenzialmente ad ottenere il ristoro di un danno effettivamente subito dal patrimonio pubblico. Un effetto collaterale di monito ed esempio è certo nell'ordine naturale delle cose, ma il produrre un tale effetto moralizzatore non deve costituire la spinta ad esercitare l'azione di responsabilità. Non può chiedersi al pubblico ministero presso la Corte di trasformarsi in un angelo vendicatore dei mali della società."*

incisive azioni di controllo.

La seconda delle ragioni nasce viceversa da un'esigenza pratica.

Contrariamente alle società con capitale interamente privato infatti, nel caso delle società a capitale pubblico – e in particolare in quelle ove la partecipazione pubblica sia prevalente se non totalitaria – potrebbe non avere alcun senso obbligare la società partecipata a risarcire i danni arrecati al patrimonio dell'ente partecipante.

Il capitale sociale infatti - o comunque la partecipazione - apparterebbe allo stesso ente danneggiato, il quale pertanto dalla condanna della partecipata non trarrebbe alcun beneficio, avendo contribuito lui stesso (parzialmente o totalmente) a costituirne i mezzi dell'eventuale risarcimento.⁴¹

In tali casi, considerare la società alla stregua di una "*pubblica amministrazione*", equivale a modificarne la posizione processuale, da soggetto passivo dell'azione erariale a soggetto attivo, ovvero a destinatario finale dei relativi effetti risarcitori; analogamente, equivale a riconoscere ai suoi stessi esponenti – che siano gli amministratori, o singoli dipendenti - la qualifica di "*pubblici funzionari*", legittimandone per tale via la convenibilità in giudizio, con il vantaggio di agire direttamente nei confronti dei soggetti "*realmente*" responsabili degli atti lesivi.

In effetti, il problema principale, in tali casi, non sembra quello di convenire in giudizio direttamente la società, ma di convenire coloro che abbiano effettivamente operato per conto della società - ovvero i suoi amministratori e/o i suoi dipendenti – perché solo in tal modo l'azione risarcitoria potrebbe acquisire una sua rilevanza pratica.

Al riguardo, è stato giustamente fatto rilevare che "*la funzione risarcitoria ... presuppone, per il suo concreto esplicarsi, la piena autonomia (o meglio, la netta separazione) della capacità economico-patrimoniale del danneggiante, rispetto a quella del danneggiato, ex art. 2740 c.c.*"⁴²

⁴¹ Come opportunamente è stato rilevato, "*una eventuale condanna della società pubblica (realizzerebbe) una mera partita di giro e non un risarcimento effettivo*", in CHIARENZA V.C., *Problematiche specifiche delle istruttorie e dei giudizi in materia di s.p.a. pubbliche*, intervento all'incontro di studio *Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento ed affidate alla cognizione del Giudice contabile*, Roma, Aula SS.RR. Corte dei Conti 1-3 aprile 2008. In senso analogo, Corte dei Conti sez. I centr. app. n. 14 del 14 gennaio 2009, la quale, richiamando gli indirizzi della Cassazione in tema di società partecipate, ribadisce come la Corte dei Conti sia "*il giudice naturale degli amministratori (managers) per la loro mala gestio, di cui rispondono, anche secondo la disciplina civilistica, esclusivamente con il loro patrimonio. Né potrebbe ritenersi diversamente: altrimenti l'erario (a cui appartiene il patrimonio della Società) risponderebbe a se stesso (erario propriamente qualificato), con la conseguenza effettiva della non risarcibilità del danno arrecato.*"

⁴² In tal senso LONGAVITA F.M. ne *La giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori e dipendenti delle s.p.a.*, intervento al Convegno, organizzato dalla Procura Regionale della Corte dei Conti dell'Umbria *L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile*, tenutosi in Perugia, Palazzo Cesaroni, il 18 e il 19 aprile 2008.

Ed è proprio in tale meccanismo che risiede la particolarità dell'orientamento pan-pubblicistico, nonché dell'adozione del nuovo criterio di collegamento centrato sulla natura pubblica delle risorse impiegate.

Mentre il criterio tradizionale, infatti, basato sulla ricorrenza del *rapporto di servizio* tra l'Amministrazione e il soggetto agente, porterebbe a convenire la società come tale e non i dipendenti o gli amministratori che per essa hanno agito, il riconoscimento, viceversa, della natura *sostanzialmente* pubblica delle società partecipate, comporterebbe il vantaggio – anche di carattere istruttorio – di integrare una situazione del tutto identica a quella degli enti pubblici economici, nella quale il rapporto di servizio non viene *"più in rilievo come criterio di collegamento estrinseco, tra la società stessa e l'ente pubblico, ma unicamente come criterio intrinseco, di individuazione – nell'ambito della società – del responsabile dell'illecito."*⁴³

La terza ragione posta a fondamento dell'orientamento sopra descritto, deriva infine dalla volontà di rendere compatibili tra loro le regole della responsabilità amministrativa con il regime delle responsabilità patrimoniali disegnato dal codice civile.

Si tratta, quest'ultima, di una compatibilità difficile da realizzare - come la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare – specie laddove si pretenda di sostenere che gli effetti dell'azione erariale dovrebbero limitarsi al soddisfacimento *"preferenziale"* del (solo) socio pubblico.⁴⁴

In effetti, solo se la società viene considerata soggetto attivo dell'azione erariale (ovvero destinataria finale dei suoi effetti risarcitori) l'azione pubblica, finalizzata a questo punto alla *restitutio in integrum* dell'intero patrimonio sociale, potrebbe rappresentare un beneficio non solo per il socio pubblico, ma anche per tutti gli altri soggetti seppure in diversa misura interessati alle sorti della gestione sociale (possibili altri soci, creditori, lavoratori, ecc.).⁴⁵

⁴³ LONGAVITA F.M. op. cit..

⁴⁴ In tema, TORCHIA L. in *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica; una pericolosa sovrapposizione* in *Enti Pubblici* n. 2, 2006. In dottrina, era stato in precedenza sostenuto che l'azione del Procuratore Regionale avrebbe dovuto muoversi contro l'amministratore *"per il danno da questi provocato, non solo al patrimonio sociale, ma nello stesso tempo all'interesse pubblico, nella specie alla finanza del socio pubblico di governo della s.p.a"* (CAPUTI JAMBRENGHI V. in *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica*, in *Atti del Convegno su Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)* tenuto a Varenna il 15-17 settembre 2005, pag. 360).

⁴⁵ D'altra parte, come sostenuto da CONDEMI M. in *Evoluzione della giurisdizione della Corte dei Conti alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione*, in *Enti Pubblici* 2006, pag. 11, *"non si vede perché, avendo le stesse propria personalità giuridica e un patrimonio autonomo e distinto, si debba operare una specie di traslazione del danno, come subito dall'ente "padre", ente pubblico istituzionale o territoriale che ne abbia il controllo operativo e dal quale provengono le risorse finanziarie"*.

Se invece dovesse sostenersi che l'azione erariale, ugualmente a carico degli amministratori o dei dipendenti della società, debba avere l'intento di ristorare il danno esclusivamente del socio pubblico – considerato in tal caso unica *amministrazione danneggiata*, per la diminuzione di valore della partecipazione posseduta a seguito della perdita patrimoniale occorsa alla società – la stessa azione, atteggiandosi come strumento di tutela individuale a favore di uno solo dei soci, comporterebbe una disparità di trattamento, non solo tra gli stessi soci (qualora ve ne fosse più d'uno), ma anche nei confronti dei creditori, i quali non avrebbero difese contro il possibile depauperamento del patrimonio sociale, qualora l'azione di responsabilità amministrativa, nel frattempo, fosse pervenuta al reintegro non del patrimonio sociale, ma del patrimonio dell'ente pubblico partecipante.

In tali casi infatti, l'eventuale azione sociale promossa dai soci diversi dal socio pubblico, o dai creditori - sempre che tale azione dovesse ritenersi ammissibile - per vicende per le quali fosse già intervenuto un risarcimento (seppure ad esclusivo vantaggio del socio pubblico) rischierebbe di non potersi proseguire, potendo gli amministratori convenuti, a quel punto, eccepirne l'improcedibilità.⁴⁶

Ed è proprio la consapevolezza di tali conseguenze a suggerire, alla più attenta dottrina come alla stessa giurisprudenza, di ammettere, in tali casi, la configurabilità di una tutela alternativa e concorrente per il patrimonio sociale ad opera anche degli altri soggetti interessati.

Al riguardo, non è mancato chi abbia rimarcato che l'azione erariale, da una parte, e l'azione sociale di responsabilità, dall'altra, siano perfettamente complementari, *"attese le diversità tra i presupposti e le finalità delle due azioni (officiosa e connotata da elementi di natura sanzionatoria quella innanzi alla Corte dei Conti, facoltativa ed esclusivamente recuperatoria quella innanzi al Giudice Ordinario)"*;⁴⁷ e che, nel caso, eventuali problemi di compatibilità tra le due azioni dovrebbero risolversi non sulla base di *"un malinteso principio di esclusività della giurisdizione contabile"*,⁴⁸ ma attraverso le regole di tipo tradizionale; e pertanto, *"ove l'esito di una delle due azioni (sia quella proposta innanzi al giudice civile che quella proposta innanzi al magistrato contabile) dovesse comportare la piena soddisfazione delle ragioni degli azionisti, si porrebbe non una questione di giurisdizione ma una questione afferente ai limiti della proponibilità della*

⁴⁶ Più approfonditamente, IBBA C., in *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, relazione al Convegno su *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)* tenuto a Varenna il 15-17 settembre 2005, in *Riv. dir. civ.* 2006, pag. 145 e segg..

⁴⁷ Corte dei Conti, sez. giur. Lombardia 9 febbraio 2005 n. 32.

⁴⁸ Così CHIARENZA V.C., op. cit..

domanda avanti al giudice adito per secondo, sotto il profilo dell'eventuale pericolo di violazione del principio del ne bis in idem". ⁴⁹

In dottrina, si ribadisce che solo un'azione erariale che sia, da una parte, finalizzata alla *restitutio in integrum* del patrimonio sociale - e non solamente del patrimonio del socio pubblico, ovvero della quota di patrimonio sociale di sua spettanza - e che, dall'altra, non abbia alcun carattere di esclusività - in cui cioè sia ammessa la concorrenza di possibili azioni risarcitorie provenienti da altri soggetti diversamente interessati - potrebbe considerarsi compatibile con l'attuale sistema, in grado di evitare disparità di trattamento o vuoti di tutela, costituendo, al contempo, una tutela aggiuntiva per gli azionisti privati. ⁵⁰

4. La tesi (minoritaria) della esclusività della giurisdizione contabile

Sempre in dottrina, tuttavia, sono stati avanzati dubbi in ordine alla compatibilità tra le regole della responsabilità amministrativa ed il sistema di responsabilità regolato dalle disposizioni del codice civile; dubbi, cioè, in ordine alla circostanza che l'azione erariale possa essere affiancata da ulteriori e diverse azioni risarcitorie, avviate ugualmente a tutela del patrimonio sociale, ad opera della società o - ed è l'ipotesi estrema - ad opera di altri soci o creditori.

Secondo questa tesi più estrema, in particolare, il Pubblico Ministero contabile non agirebbe semplicemente come sostituto processuale della società, ma come organo pubblico che persegue finalità ulteriori anche rispetto a quelle della stessa Amministrazione, e dunque il suo intervento precluderebbe ogni altra azione a tutela del patrimonio sociale, compresa quella prevista dall'art. 2393 bis del codice civile su iniziativa dei soci di minoranza.

In tale contesto, "l'azione sociale della maggioranza più non trova spazio, essendo stata sostituita da una procedura pubblica, sicchè nessuno spazio può trovare - a sua volta - la surroga dei soci minoritari, nessuna azione essendoci da surrogare. Le due azioni - dovrebbe ritenersi - simul stant simul cadent, l'interesse al ripristino

⁴⁹ Corte dei Conti, sez. giur. Lombardia 9 febbraio 2005 n. 32. In senso conforme, Id. 22 febbraio 2006 n. 114, e 17 luglio 2007 n. 414.

⁵⁰ Cfr. CHIARENZA V.C. op. cit.. In senso analogo, Corte dei Conti sez. giur. F.V.G. n. 98 del 2009, secondo la quale *"l'azione di responsabilità, per le sue peculiarità, concorre con le altre azioni previste in materia di responsabilità degli amministratori (o sindaci) della società e non si sostituisce ad esse, <<costituendo, piuttosto, una forma di tutela aggiuntiva, giustificata dall'esigenza di salvaguardia delle funzioni e dei servizi pubblici ai quali la società stessa è preordinata>> (C. conti Sez. I App. n. 532 del 03.12.2008), anche volta ad evitare le conseguenze pregiudizievoli per il patrimonio pubblico derivanti dall'inerzia dei soggetti legittimati dinanzi al giudice ordinario."*

*dell'integrità del patrimonio sociale essendo ormai rimesso alla decisione del socio di maggioranza, decisione non delegabile al giudice".*⁵¹

Alla base di tale tesi, vi è una concezione della società in mano pubblica come mera struttura operativa della Pubblica Amministrazione, in cui l'interesse sociale finisce per perdere totalmente la propria autonomia finendo per identificarsi con *"l'interesse pubblico ad una corretta e proficua gestione imprenditoriale"*, per mezzo della quale (e solo per mezzo della quale) è possibile raggiungere gli obiettivi determinati dalla legge.

Secondo la riferita dottrina, l'identificazione dell'interesse sociale nell'interesse pubblico nasce direttamente dalla scelta, compiuta a monte dall'ente (istituzionale o territoriale), di voler perseguire le finalità individuate dall'ordinamento mediante il ricorso ad una società disciplinata dal codice civile; ed è per tale motivo che può concepirsi *"un'azione pubblica del Procuratore Regionale proposta a tutela di un interesse (quello sociale) diverso da quello che le è congeniale (l'interesse "pubblico", della "finanza pubblica", della "tutela erariale") ed in particolare di un interesse alla corretta e proficua gestione imprenditoriale di una s.p.a"*.⁵²

Si tratta, come detto, di una tesi estrema, cui sembra aderire, tuttavia, anche parte della più recente giurisprudenza.

Quest'ultima, in controtendenza rispetto all'orientamento prevalente - ma anche rispetto a precedenti pronunciamenti della stessa Sezione giudicante - muovendo dal presupposto del *"carattere esclusivo"* della giurisdizione contabile nelle materie di contabilità pubblica di cui all'art. 103 Cost., ha ritenuto dapprima di negare ogni possibile concorrenza tra l'azione erariale ed altri tipi di azioni risarcitorie; successivamente, asserendo che l'azione del Pubblico Ministero contabile non potrebbe comunque avere alcuna incidenza sulla posizione giuridica di soci non pubblici, ha limitato la condanna alla quota societaria pubblica, a favore del socio pubblico e non già del patrimonio sociale.⁵³

La soluzione proposta dai giudici lombardi è stata duramente criticata, non solo perché essa rischia di creare pericolosi vuoti di tutela, ma anche perché la stessa *"comporterebbe l'aberrante conseguenza pratica di diminuire la misura di responsabilità degli amministratori, limitandola al dolo ed alla colpa grave ed escludendone la*

⁵¹ CAPUTI JAMBRENGHI V., op. cit. pag. 361, secondo il quale, inoltre, *"non ha senso tutelare l'interesse al ripristino del fondo patrimoniale in favore dei soci privati di minoranza, se è vero che la natura giuridica del socio di maggioranza richiede una tutela speciale, che può condurre alla liquidazione della società o alla sua piena ripresa di attività"*.

⁵² CAPUTI JAMBRENGHI V. op. cit. pag. 374.

⁵³ Cfr. Corte dei Conti Sez. giur. Lombardia 4 marzo 2008 n. 135.

*solidarietà passiva, anziché rafforzare le tutela poste dall'ordinamento in difesa delle funzioni pubbliche gestite con lo strumento societario".*⁵⁴

In effetti, qualora in tale contesto dovesse ritenersi l'azione erariale un'azione a carattere esclusivo - ovvero preclusiva di differenti azioni risarcitorie, e in particolare dell'azione sociale disciplinata dal diritto societario - tornerebbero in rilievo tutte le diversità esistenti tra i caratteri delle due azioni, le quali, condizionando la proponibilità e gli effetti delle stesse, finirebbero per costituire motivo di conflitto tra i diversi possibili soggetti interessati.⁵⁵

Contrariamente alla responsabilità societaria infatti, nell'ambito della responsabilità amministrativa rilevano esclusivamente i comportamenti connotati da un grado di colpevolezza grave (se non da dolo) e, nel caso di concorso, la responsabilità è solitamente parziaria, non solidale.

Si tratta di caratteri la cui concomitanza, specie in determinate circostanze - ad esempio ove i soggetti responsabili siano più d'uno, come nel caso dei componenti di un organo collegiale - potrebbe comportare una procedura diversa nell'accertamento dei fatti, con notevoli differenze tra le due azioni risarcitorie con riferimento all'onere della prova.

Nella responsabilità amministrativa, infatti, è solitamente il Pubblico Ministero ad aver l'onere di dimostrare non solo l'oggettiva lesività dell'atto o dell'omissione commessa - in relazione alla mancata osservanza di regole di gestione diligente, prudente ed informata (c.d. *condotta ed evento dannoso*) - ma anche la riferibilità dell'atto al (singolo) soggetto agente (c.d. *nesso causale*), oltre che gli altri elementi necessari a sostenerne l'imputabilità, ovvero la gravità della colpa se non addirittura il dolo (c.d. *elemento psicologico*).⁵⁶

⁵⁴ CHIARENZA V.C., op. cit., il quale aggiunge che tale sentenza, nel momento in cui individua, quale unico legittimato attivo della responsabilità, l'Amministrazione proprietaria della partecipazione, "*svuota nei fatti il contenuto innovativo della giurisprudenza della Cassazione, che consiste ... nell'individuazione della stessa società pubblica quale Amministrazione danneggiata*".

⁵⁵ Tra cui la doverosità della stessa azione contabile, la quale potrebbe rivelarsi "*non indolore per la società, che potrebbe esserne screditata sul mercato e da ciò ulteriormente danneggiata*" (Ibba C., op. cit.); senza contare che, come è stato opportunamente messo in evidenza, "*una azione rimessa all'iniziativa del Pubblico Ministero e non lasciata all'apprezzamento dei soci si tradurrebbe in un evidente svantaggio, anche in termini di analisi costi/benefici, ponendo la stessa ed i suoi amministratori in una condizione di incertezza nelle regole dell'agire, del tutto incompatibile con la missione imprenditoriale dell'organismo*" (PINOTTI C., ne *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica* in Riv. Corte dei Conti 5/2004).

⁵⁶ Sulla responsabilità amministrativa degli appartenenti agli organi collegiali l'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 20 del 1994 rende infatti imputabili solo coloro che hanno espresso voto favorevole alla decisione produttiva del danno. In argomento, CANALE A., *Responsabilità amministrativa ed organi collegiali*, in www.diritto.it, 2005.

Nella responsabilità di tipo societario, viceversa, può accadere, in particolare nel caso degli organi collegiali, che debba essere il soggetto convenuto ad aver l'onere di provare l'assenza di colpa.

La rilevanza, infatti, di un grado di colpevolezza anche lieve, permette in tali casi, a chi agisce in responsabilità, di limitare il proprio onere probatorio alla sola riferibilità dell'atto lesivo ad uno solo dei componenti dell'organo collegiale, potendo rivelarsi sufficiente la constatazione di un comportamento meramente omissivo, da parte dei coresponsabili solidali, per coinvolgerli in giudizio invertendo a loro carico l'onere della prova.⁵⁷

Differenze non di poco conto esistono poi per quanto riguarda il *quantum* del risarcimento.⁵⁸

La responsabilità amministrativa, infatti, conosce l'istituto della riduzione dell'addebito, il quale, al contrario, risulta del tutto estraneo al diritto comune.

Nel caso di società a capitale pubblico, l'esercizio di tale potere – il quale, giova rammentare, non costituisce una mera facoltà, ma in molti casi un vero e proprio obbligo per lo stesso giudice – potrebbe rivelarsi un ulteriore danno per il patrimonio sociale, non potendo garantirsi un risarcimento integrale dei danni subiti.

Per altro aspetto – come è stato messo in evidenza da un'attenta dottrina – qualora l'azione erariale dovesse ritenersi di natura esclusiva, almeno nei termini assoluti prospettati dalla dottrina in precedenza richiamata e dalla sentenza citata, diventerebbe difficile giustificare la compatibilità con le recenti prese di posizione dei giudici di Cassazione, i quali, ritenendo legittimo estendere al giudizio di responsabilità amministrativa il principio della c.d. "*translatio iudicii*", hanno riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti in relazione ad un'azione di responsabilità precedentemente azionata direttamente dall'Amministrazione davanti al Giudice Ordinario nei confronti di un progettista – direttore dei lavori.⁵⁹

⁵⁷ Nel caso si tratti di consiglio di amministrazione di una società, rilevano, al riguardo, le regole dettate dall'art. 2392 del codice civile, secondo le quali "*la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale.*" Non è sufficiente, in altre parole, astenersi, ma occorre dissentire, peraltro senza indugio e prestando attenzione ad effettuare con immediatezza taluni specifici adempimenti.

⁵⁸ Viene in rilievo, al riguardo, la natura biunivoca dell'azione di responsabilità amministrativa, oscillante tra la tradizionale natura risarcitoria, da un lato, e la necessaria natura sanzionatoria, ovvero di monito, dall'altra.

⁵⁹ Cfr. Cass. SS.UU., 20 marzo 2008 n. 7446. In tal senso, CHIARENZA, V.C. op. cit.. In tema, e in particolare sui problemi applicativi della *translatio iudicii* nella giurisdizione contabile, a seguito della sentenze nn. 77 e 4109 del 2007, rispettivamente della Consulta e della Cassazione, CIARAMELLA A., *Le decisioni della Corte di cassazione sulla giurisdizione contabile: possibilità di una translatio iudicii*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento "*Questioni di legittimità costituzionale, di giurisdizione di massima e di interpretazione di norme comunitarie; aspetti*

CAPITOLO II

I limiti dell'orientamento pan-pubblicista

1 La capacità espansiva del criterio di collegamento oggettivo fondato sul "danno alle risorse pubbliche"

Nelle pagine precedenti si è riferito dell'orientamento prevalente, il quale, prendendo le mosse dai ripensamenti operati dai giudici della Cassazione in tema di riparto di giurisdizione, con la conseguente emersione di un criterio nuovo di collegamento della responsabilità amministrativa teso a dare rilevanza alla natura pubblica delle risorse investite in sostituzione della tradizionale nozione di rapporto di servizio, ritiene di estendere la cognizione del giudice contabile ai giudizi di responsabilità riguardanti anche gli esponenti di società a capitale pubblico, postulandone la natura giuridica "*sostanzialmente pubblica*", con il riconoscimento, sul piano processuale, nei loro confronti del ruolo di vere e proprie "*amministrazioni danneggiate*".

Corollario di tale visione è l'affermazione della qualifica di "*funzionari pubblici*" per gli stessi esponenti delle società partecipate, i quali in tal modo diventando i legittimati passivi dell'azione erariale, possono essere direttamente convenuti in giudizio, per i comportamenti posti in essere a danno del patrimonio delle società amministrate (c.d. *enti di appartenenza*), ma anche a danno del patrimonio di enti pubblici differenti da queste (tra i quali, gli enti partecipanti).

In realtà, la giurisdizione contabile nei giudizi afferenti la responsabilità di amministratori o dipendenti di società a capitale pubblico non sembra possa ritenersi un dato acquisito.

Ed in effetti, non esiste alcuna norma, nell'ordinamento positivo, che preveda, quanto meno in via diretta ed esplicita, un tale tipo di giurisdizione.

Non solo, ma anche gli stessi orientamenti finora espressi dai giudici della Cassazione – contrariamente a quanto viene solitamente asserito – nelle (poche) occasioni in cui tali giudici hanno la possibilità di misurarsi con fattispecie riferite alla responsabilità di esponenti di società con capitale pubblico, non sembrano potersi interpretare in maniera univoca, né sembrano palesare logiche diverse da quelle di tipo "*tradizionale*".

teorico – pratici", tenuto in Roma, Aula SS.RR. della Corte dei Conti, 11-13 dicembre 2007, in www.corteconti.it.

In termini generali, può lasciare perplessi la pretesa di affermare una sorta di competenza generalizzata da parte del giudice contabile, in ogni circostanza in cui si ravvisi l'utilizzo di risorse provenienti dalla fiscalità da parte di un qualsivoglia soggetto, appartenente al settore pubblico ma anche a quello privato.

Questa infatti sarebbe la conseguenza logica di un atteggiamento che, svalutando ogni riferimento soggettivo relativo al soggetto agente, miri a privilegiare, in tema di giurisdizione, prioritariamente se non esclusivamente la natura (pubblica) delle risorse utilizzate nella singola fattispecie.

Con ciò, naturalmente, non vogliono ignorarsi i possibili vantaggi che, nella delimitazione dell'ambito della giurisdizione, possono derivare dall'adozione di un criterio di collegamento che dipenda principalmente da elementi di carattere oggettivo, com'è la natura delle risorse utilizzate.

Specie nella fase istruttoria di un procedimento erariale, ad esempio, l'adozione di un simile criterio potrebbe consentire accertamenti più rapidi e più semplici, potendo in molti casi limitare l'attività istruttoria alla sola dimostrazione dell'*an* e del *quantum* del danno arrecato - nella forma alternativa della indebita destinazione di risorse pubbliche o, viceversa, dello sviamento di tali risorse dalla destinazione programmata - senza alcuna necessità, cioè, di entrare nel merito del tipo di relazione sottostante tra Amministrazione e soggetto agente, per definire la "reale" natura giuridica di quest'ultimo.

Si tratta, questo, di un elemento che potrebbe assumere rilievo in ogni circostanza in cui sia ravvisabile un tipo di relazione differente da una semplice relazione di dipendenza od organica.

In tali casi, infatti, la verifica dovrebbe spingersi oltre l'analisi di dati puramente formali, fino ad accertare, innanzi tutto, se nel caso specifico un qualche tipo di rapporto sia possibile effettivamente ravvisare - la qual cosa potrebbe non essere del tutto immediata, specie in assenza di convenzioni scritte o codificate - e, nel caso positivo, come sia possibile qualificare la natura di tale rapporto, attraverso un'indagine sul suo concreto atteggiarsi.

Peraltro, anche quest'ultimo tipo di dimostrazione potrebbe rivelarsi tutt'altro che semplice, perché, in effetti, anche la stessa interpretazione delle clausole convenzionali (ove esistenti) potrebbe non apparire univoca, rendendo laboriosa l'individuazione di quelli che, all'epoca dei fatti, doveva presumersi costituissero gli "obblighi di servizio" ipoteticamente violati. ⁶⁰

⁶⁰ In molti casi, infatti, i giudici hanno ritenuto di non ravvisare alcuna relazione di servizio, tra soggetto agente ed Amministrazione, nonostante la presenza di finanziamenti da parte di amministrazioni o di enti pubblici, e questo con riferimento ad attività svolte da organismi privati cui però non è stato riconosciuto l'affidamento di compiti pubblici (vedi Cass. 28 novembre 1997 n.

Senza contare che l'adozione di un criterio di collegamento di natura oggettiva consentirebbe di realizzare, nell'ambito della responsabilità amministrativa, un sistema di tutela simile e parallelo, almeno nei suoi presupposti, a quello tipico del sistema penale, con la possibilità di consentire la "comunicazione" dei dati istruttori, tra i due procedimenti, con notevoli vantaggi in termini di effettività della tutela.⁶¹

Il punto critico dell'adozione di questo nuovo criterio, tuttavia, appare l'esatta individuazione del suo ambito di applicazione, perché, in effetti, il rischio è che l'oggettività dei suoi presupposti sia tale da allargare a dismisura le possibili ipotesi di cognizione da parte del Giudice contabile. qualora si ometta di individuarne i confini con la dovuta precisione.

Nell'ordinanza 4511 del 2006, i giudici di Cassazione avevano chiarito che, per aversi responsabilità amministrativa, non doveva più ritenersi essenziale la ricorrenza,

12041, Cass. SS.UU. 19 maggio 2001 n. 211, Cass. SS.UU. 9 giugno 2004 n. 10979, Corte dei Conti Sez. giur. Sicilia 29 aprile 1999, n. 128).

⁶¹ E forse rispetto a questo addirittura più efficace, perché, contrariamente a quello penale, la responsabilità amministrativa richiede la prova di un elemento soggettivo meno qualificato, e pertanto, in molti casi, anche più semplice da dimostrare. Giova rammentare, al riguardo, che la legge 29 settembre 2000, n. 300, che ha ratificato tre importanti Convenzioni internazionali (la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari (T.I.F.) della Comunità Europea, sottoscritta a Bruxelles il 26 luglio 1995, la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea, sottoscritta a Bruxelles il 26 maggio 1997, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, sottoscritta a Parigi il 17 dicembre 1997) ha introdotto nel codice penale l'articolo 316 ter ("*Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato*") il quale punisce con la reclusione, da sei mesi a tre anni, "*chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per se o per altri, contributi o finanziamenti erogati dallo Stato o dalla Comunità Europea, salvo che il fatto non costituisca il reato di cui all'art. 640 bis c.p.*" (truffa). Nonostante l'introduzione di tale norma, tuttavia, in una ipotesi di indebita fruizione di finanziamenti pubblici, la tutela contabile potrebbe rivelarsi molto più efficace di quella penale, e non solo perché richiede un elemento soggettivo meno qualificato (ovvero la colpa grave), ma anche perché nel processo amministrativo viene applicata la disciplina processuale civile (per il rinvio mobile operato dall'art. 26 R.D. 1038/1933), la quale non prevede i limiti severi di utilizzabilità stabiliti nel procedimento penale, con il risultato che, in molti casi, gli elementi acquisiti nella fase istruttoria (tra cui i rapporti di servizio degli ufficiali di polizia giudiziaria, i verbali con i quali vengono assunte dichiarazioni rese da terzi, le dichiarazioni e le consulenze tecniche rese al Pubblico Ministero o al giudice, le testimonianze rese in sede di dibattimento) costituiscono documenti che, una volta acquisiti al fascicolo d'ufficio, e salva la possibilità di contestazione o di controprova, possono trovare ingresso nel procedimento come elementi di convincimento del giudice liberamente valutabili. Senza contare che lo stesso articolo 174 comma 1 della legge 266/2005 (legge finanziaria per il 2006) ha ampliato i mezzi di cautela a disposizione del Pubblico Ministero contabile, riconoscendone la facoltà di adottare "*... tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V, del codice civile*", tra i quali, *in primis*, il sequestro conservativo che, a differenza del sequestro preventivo penale, non solo può estendersi ad una gamma di danni risarcibili ben più vasti del semplice prezzo o profitto del reato (es. danno all'immagine per la P.A., o danno da disservizio), ma prevede requisiti di ammissibilità molto più immediati (*fumus boni iuris, periculum in mora*), che non richiedono cioè, contrariamente al sequestro penale, di dimostrare il "*pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati*".

nel caso di specie, di un rapporto di impiego o di servizio con la Pubblica Amministrazione, dovendosi a tal fine riconoscere la medesima valenza anche a diverse tipologie di rapporti, come la concessione o i rapporti di natura contrattuale.

In tutti questi casi, l'attività esercitata dal soggetto privato poteva considerarsi attratta nell'orbita delle finalità proprie dell'Amministrazione, e di conseguenza lo stesso, laddove se ne fosse riscontrata la gestione di pubblico denaro, essere sottoposto alle regole della responsabilità amministrativa.

In realtà, però, non sempre la fruizione di risorse pubbliche, da parte di un soggetto, ne presuppone un rapporto di origine concessoria o convenzionale.

Se ciò si verifica, sicuramente, nei casi in cui l'Amministrazione eroghi dei contributi - i quali possono essere previsti e disciplinati da diversi tipi di leggi di incentivazione economica, nazionali o regionali - la stessa cosa non può dirsi laddove si sia in presenza, viceversa, di diverse forme di agevolazione, come ad esempio quelle accordate dal sistema fiscale, le quali, sul piano dell'impegno finanziario per l'Erario nonché del vincolo di destinazione ad una ben precisa finalità sociale, possono considerarsi paragonabili ai contributi in denaro.

Un credito d'imposta, ad esempio, riconosciuto a seguito dell'effettuazione di un determinato tipo di investimento produttivo, o per il raggiungimento di un determinato livello occupazionale, costituisce anch'esso un'agevolazione finanziaria proveniente dalle casse dell'Erario, ispirata ad esigenze di carattere sociale e pertanto funzionale ad un ben preciso programma di obiettivi pubblici.

La differenza consiste nel fatto che mentre, per l'erogazione di un contributo, è necessario che vi sia un "contatto" tra Amministrazione erogante (o banca concessionaria) e soggetto beneficiario,⁶² il godimento di un credito di imposta avviene secondo automatismi o regole predeterminate, senza che sia necessario, cioè, alcun "contatto" tra soggetto fruitore ed Amministrazione; per fruire di un credito di imposta, infatti, non è necessaria la stipulazione di alcun contratto, né l'emanazione da parte dell'Amministrazione di alcun atto di natura concessoria.

L'effetto economico però è lo stesso, o comunque potrebbe essere lo stesso.

Sicuramente lo è per l'Erario, per il quale è, quanto meno sul piano quantitativo, del tutto indifferente l'erogazione di un contributo in denaro rispetto al riconoscimento di

⁶² E questo, sia nel caso della procedura *c.d. a bando* (ovvero con una scadenza, e domande presentate sulla base di criteri preventivamente stabiliti), sia nel caso della procedura *c.d. a sportello* (ovvero senza scadenza e senza selezione delle domande, ma con richieste di erogazione presentate direttamente allo sportello della banca incaricata, fino a concorrenza dei fondi stanziati).

un credito di imposta da far valere in dichiarazione dei redditi in diminuzione del debito fiscale.⁶³

Ciò inoltre se si rimane in un ambito d'impresa.

In effetti, l'ordinanza 4511 del 2006 faceva riferimento ad una fattispecie di indebita fruizione di contributi pubblici da parte di una società esercente appunto attività di impresa; nel caso specifico, si trattava di contributi ottenuti per la realizzazione di un nuovo impianto di innevamento programmato, che risultavano essere stati *sviati* da tale finalità.

Tuttavia, i toni utilizzati dai giudici, come pure, probabilmente, la stessa *ratio* delle argomentazioni da questi avanzate, non sembrano potersi limitare esclusivamente all'ambito dell'attività di impresa.

E in effetti qualunque privato, che si trovi a partecipare ad un programma di obiettivi pubblici per effetto della gestione di risorse finanziarie provenienti dalla fiscalità, potrebbe teoricamente essere considerato obbligato a sottostare alle stesse regole, ed essere sottoposto pertanto alla medesima giurisdizione; viceversa, non potrebbe comprendersi il motivo di un diverso trattamento, atteso che la natura (pubblica) delle risorse impiegate non muterebbe da una fattispecie all'altra.

Se si concorda sul punto, però, alla Corte dei Conti spetterebbe la conoscenza di qualunque tipo di ipotesi in cui un *privato*, per il sol fatto di essere destinatario di agevolazioni finanziarie o anche solo fiscali a carico del bilancio pubblico – per loro natura funzionali ad un programma di obiettivi pubblici – si fosse reso responsabile di uno "sviamento" di tali risorse dall'obiettivo programmato, e di conseguenza di una, seppur parziale, indebita fruizione.

Con conseguenze probabilmente paradossali.

Solo a titolo di esempio, anche il singolo studente universitario il quale, in ipotesi, abbia percepito un'agevolazione da parte dello Stato finalizzata al diritto allo studio – come ad esempio una riduzione della tassa d'iscrizione universitaria in proporzione alle condizioni di reddito della famiglia – potrebbe trovarsi ad essere convenuto in sede contabile, ove dovesse emergere la mancata corrispondenza tra i requisiti minimi previsti dal bando e le informazioni rese dallo stesso nella domanda di iscrizione.

In tal caso, non potrebbe infatti negarsi che si tratterebbe di agevolazioni finanziarie funzionali ad uno specifico programma di obiettivi pubblici, per ciò stesso

⁶³ L'unico caso in cui tale equivalenza potrebbe non manifestarsi, è se il soggetto beneficiario del credito di imposta non abbia redditi abbastanza capienti da dedurre l'intero importo dell'agevolazione; anche se, in ogni caso, la possibilità di rinviare nel tempo il godimento dell'agevolazione, spostandone la deduzione ai successivi periodi di imposta, limita fortemente l'eventualità che si verifichi tale ipotesi.

ispirato ad una ben precisa finalità sociale, quella di favorire il diritto allo studio di studenti meritevoli in condizioni disagiate.

E non varrebbe obiettare, al riguardo, che, per aversi responsabilità amministrativa, sarebbe necessario riscontrare nel caso specifico *“la violazione di determinati obblighi correlati alla finalizzazione vincolata delle risorse pubbliche al fine tipico del perseguimento dell’interesse pubblico previsto dalla legge e per il quale le risorse finanziarie pubbliche vengono erogate”*,⁶⁴ atteso che, tra gli obblighi di tale portata, non sembrerebbe potersi ricomprendere solamente quelli che presuppongano un comportamento positivo da parte di un soggetto - come lo svolgimento di una determinata attività produttiva, correlata alla concreta destinazione dei contributi ricevuti ad una specifica finalità - ma anche obblighi di contenuto diverso (nel caso specifico, l’obbligo di rendere informazioni complete e veritiere).

I rischi di una dilatazione eccessiva degli ambiti di cognizione da parte del Giudice contabile possono cogliersi, poi, anche sotto un diverso e concorrente profilo.

Nelle motivazioni dell’ordinanza n. 4511 del 2006 infatti, gli stessi giudici, nel prevedere l’estensione della responsabilità amministrativa al privato il quale, partecipando alla realizzazione di un programma di obiettivi pubblici attraverso la fruizione del contributo, si sia reso responsabile di aver cagionato un danno alla Pubblica Amministrazione, hanno ritenuto di specificare che il danno subito dall’ente, in tali circostanze, potrebbe non limitarsi a quello diretto, ma estendersi anche a quello indiretto, *“sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall’ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore”*.

L’inciso sembra avere un senso preciso, quello cioè di dare cittadinanza al danno riveniente dalla mancata realizzazione della finalità originaria e sottostante l’erogazione del contributo (c.d. *“danno da disservizio”*).

In tal modo, i giudici mettono in evidenza che il danno alla finanza pubblica potrebbe non esaurirsi nella sola distrazione di risorse dalla finalità programmata.

Esiste, o può esistere, un danno ulteriore, che proviene dall’esigenza, per l’ente pubblico responsabile del programma, di reiterare l’investimento di risorse se vuole realizzare comunque l’obiettivo originario rimasto inattuato.

Si tratta di un tipo di danno, quest’ultimo, che potrebbe essere in ipotesi anche molto rilevante, specie in quei casi ove la reiterazione delle procedure di spesa, o la

⁶⁴ La citazione è di MIELE T., il quale, consapevole probabilmente delle *“conseguenze estreme, e per certi versi paradossali, cui potrebbe dare luogo il suindicato criterio di incardinazione della giurisdizione della Corte dei Conti”*, ne tenta una opportuna ridefinizione della portata e dei confini, op. cit. pag. 28.

variazione delle condizioni ambientali originarie, dovessero essere tali da richiedere sforzi economici addirittura superiori a quelli inizialmente programmati.

Per altro aspetto, potrebbe trattarsi di un tipo di danno teoricamente verificabile anche in circostanze molto diverse da quella oggetto della specifica ordinanza (ovvero, l'erogazione di contributi pubblici); qualunque società, a prescindere dal fatto che sia partecipata o meno da un soggetto pubblico, potrebbe in teoria rendersi responsabile di un simile danno, qualora sia stata incaricata - non importa a quale titolo - di gestire un'attività o rendere un servizio che abbiano una diretta relazione con finalità di carattere sociale.

Laddove dovesse accertarsi - o nei limiti in cui dovesse accertarsi - che l'attività concretamente svolta sia risultata non corrispondente a quella inizialmente programmata (ad esempio, un servizio pubblico sia stato reso con modalità o tempi diversi da quelli previsti dalla convenzione) l'Amministrazione concedente - o meglio, l'Amministrazione interessata alla realizzazione di quel specifico programma - potrebbe trovarsi obbligata a provvedere altrimenti, ovviamente a carico delle stesse risorse erariali.

Da qui la configurabilità di una possibile azione pubblica, tesa a far valere la responsabilità amministrativa di coloro i quali, in capo alla società, si fossero resi responsabili della lesione cagionata all'ente interessato, per le diseconomie derivanti dalla mancata realizzazione delle finalità originarie e sottostanti i conferimenti (nel caso di società partecipata) o i contributi ricevuti (nel caso di società a capitale interamente privato).

Da questo tipo di considerazioni è possibile trarre alcune conclusioni.

L'adozione, ai fini di giurisdizione, di un criterio di collegamento avente carattere oggettivo, come quello del "*danno alle risorse pubbliche*", potrebbe comportare una dilatazione eccessiva delle ipotesi di possibile rilevanza erariale.

Tra queste, potrebbe rientrarvi infatti ogni tipo di fattispecie in cui sia possibile riscontrare un qualunque abuso nell'uso delle risorse pubbliche; e ciò sia che si verta in un ambito di attività di impresa, sia che si verta in un ambito diverso.

Le fattispecie di possibile rilevanza erariale potrebbero non limitarsi alla sola concessione di contributi, o ai conferimenti in società, ma estendersi ad ogni tipo di agevolazione finanziaria, comprese quelle contemplate dal sistema fiscale, per loro natura anch'esse dirette a promuovere specifiche finalità pubbliche.

Il risultato è che potrebbe venire a verificarsi, come conseguenza, una situazione ben poco soddisfacente, in un'ottica di miglior tutela delle risorse pubbliche, considerata soprattutto la struttura organizzativa degli uffici giudiziari, probabilmente non in grado di

perseguire in misura capillare ogni tipo di abuso teoricamente ipotizzabile, con grave danno, in ultima analisi, della stessa credibilità dell'ordinamento giuridico.⁶⁵

2. L'assenza di un fondamento normativo della giurisdizione contabile

Come è stato anticipato, nell'ordinamento positivo non si rinviene alcuna espressa disposizione normativa che preveda la soggezione della responsabilità di amministratori o dipendenti di società a capitale pubblico alle regole della responsabilità amministrativa.

Tale assenza non sembrerebbe del tutto casuale, dal momento che più volte, nel passato, una siffatta disposizione si è tentato di introdurla – in genere attraverso gli strumenti della decretazione d'urgenza – tutti tentativi, però, naufragati a seguito di più attente valutazioni in sede parlamentare.⁶⁶

Contrariamente a quanto asserito dall'orientamento prevalente,⁶⁷ tale norma non sembrerebbe ravvisarsi, nemmeno in via interpretativa, neanche dalla disposizione introdotta dall'articolo 7 della legge n. 97 del 2001.

Come noto, tale disposizione prevede l'obbligo, per l'Autorità Giudiziaria Ordinaria, di comunicare al Procuratore Regionale della Corte dei Conti, perché questi promuova a sua volta l'eventuale procedimento di responsabilità erariale, tutte le sentenze pronunciate a carico di dipendenti di Amministrazioni o di enti pubblici, specificando che l'obbligo di comunicazione deve ritenersi esteso anche alle sentenze pronunciate a carico di dipendenti di "enti a prevalente partecipazione pubblica."

⁶⁵ Sulla scarsa efficacia delle vigenti procedure di riscossione dei danni erariali accertati in sede giudiziaria, si veda la puntuale disamina di CORSETTI A., *La Corte dei Conti condanna ma non esegue: sistema attuale, criticità e prospettive di riforma del sistema di esecuzione delle sentenze contabili* in *Giust. Amm.* 2005, pag. 1217.

⁶⁶ Il riferimento è al disegno di legge governativo n. 1303 del 1995, concernente "Modificazioni alle vigenti disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti", il cui articolo 3 prevedeva di estendere la giurisdizione della Corte dei Conti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, nonché ai funzionari e ai dipendenti degli enti pubblici economici e delle società sulle quali lo Stato esercitava il controllo in ragione della partecipazione al capitale. Il disegno di legge non ebbe l'approvazione parlamentare, così come non ottenne la conversione in legge il coevo decreto legge 25 febbraio 1995 n. 47, che tentava viceversa per altra via di introdurre nell'ordinamento una norma molto simile.

⁶⁷ Secondo Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114, da tale norma sembrerebbe desumersi, infatti, "la volontà esplicita del Legislatore di ritenere sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di soggetti che operano presso enti a capitale prevalentemente pubblico e, quindi, anche nei confronti di dipendenti delle società per azioni il cui capitale sociale sia in misura prevalente in mani pubbliche". In argomento, BRANDOLINI E., *Qualificazione giuridica della società per azioni a partecipazione pubblica, giurisdizione della Corte dei Conti alla luce della L. 27 marzo 2001 n. 97 - Brevi osservazioni* in *Riv. Corte dei Conti* 4/2001, pag. 149.

Quest'ultimo enunciato legislativo ha indotto più di un commentatore a ritenere che il Legislatore, con tale intervento, avesse deciso di estendere la giurisdizione contabile anche alle società partecipate, o quanto meno alle società il cui capitale sociale fosse di provenienza pubblica in via maggioritaria (*"enti a prevalente partecipazione pubblica"*); con ciò realizzando quella *"interpositio legislatoris"* ritenuta essenziale per fondare l'intervento del Giudice contabile, secondo le norme costituzionali.

In realtà, tale enunciato normativo pare ispirarsi ad una *ratio* differente.

Esso costituisce infatti, molto più probabilmente, una disposizione di mero carattere organizzativo/interpretativo, avente la finalità di sollecitare la comunicazione di dati di possibile rilevanza erariale tra Giudice Ordinario e Giudice contabile, in cui l'esplicito riferimento agli *"enti a prevalente partecipazione pubblica"*, più che innovare agli ambiti della giurisdizione, sembra discendere, viceversa, dalla necessità di tener conto dell'intervenuta evoluzione della giurisprudenza penale, la quale, nel caso di privatizzazioni solo formali di pre-esistenti enti pubblici economici, aveva ritenuto di estendere in più occasioni l'ambito della propria azione, per evitare di compromettere la tutela di importanti beni giuridici.

Le stesse Sezioni Unite della Cassazione, nell'ordinanza n. 19667 del 2003, avevano avuto modo di chiarire, al riguardo, che le disposizioni di cui all'art. 7 della legge n. 97 del 2001 non avevano affatto inteso *"ampliare la competenza giurisdizionale della Corte dei Conti"*, ma si erano semplicemente inserite *"coerentemente nell'ambito delle innovazioni legislative sulla P.A."*.

La *ratio* di tale disposizione, in realtà, sembra desumersi dai limiti e dalle vischiosità le quali storicamente avevano caratterizzato (e caratterizzano tuttora) la comunicazione di dati tra Giudice penale e Giudice contabile.

La comunicazione di dati dal Giudice penale al Giudice contabile era stata regolata infatti, per lungo tratto, esclusivamente dall'articolo 129 comma 3 delle disp. att. c.p.p., a mente del quale il Pubblico Ministero presso il Tribunale aveva l'obbligo (e lo ha tuttora) di informare il Procuratore Generale presso la Corte dei Conti di tutti gli elementi istruttori di possibile rilevanza erariale.⁶⁸

L'applicazione concreta di tale norma, tuttavia, aveva da sempre dovuto scontare la ritrosia delle Procure a far circolare, fuori del circuito strettamente penale, informazioni caratterizzate per loro natura da un elevato grado di riservatezza.⁶⁹

⁶⁸ A mente dell'art. 129 disp. att. c.p.p., *"quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'Erario, il pubblico ministero informa il procuratore generale presso la Corte dei Conti, dando notizia dell'imputazione"*.

⁶⁹ In realtà, tale disposizione presenta numerosi limiti, sul piano applicativo. Tra questi, quello di posticipare l'informativa al Procuratore regionale al momento della conclusione delle indagini preliminari - *"dando notizia dell'imputazione"* recita infatti la norma - con ciò, di fatto, consentendo all'indagato di spogliarsi tempestivamente di tutti i beni posseduti prima ancora che il Procuratore

Ed è probabilmente per tale motivo che il Legislatore, quanto meno nelle ipotesi che più di altre avrebbero potuto suscitare la maggiore indignazione nell'opinione pubblica, deve aver ritenuto di estendere gli obblighi di comunicazione anche alla magistratura giudicante, non solo a quella inquirente.⁷⁰

2.1. L'art. 16 bis della legge n. 31/2008 (c.d. decreto "mille proroghe")

Considerazioni sostanzialmente analoghe possono trarsi dall'art. 16 bis del d.l. n. 248/2007 (c.d. decreto "milleproroghe", convertito dalla legge n. 31 del 2008) a mente del quale, *"per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50% nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del Giudice Ordinario."*⁷¹

Tale disposizione, la quale riserva i propri effetti ai giudizi successivi rispetto a *"quelli ancora in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione"*,

contabile sia messo in condizione di adottare possibili misure cautelari (qualora le stesse non siano state adottate in sede penale). Un secondo limite è di non prevedere alcun obbligo di comunicazione nei casi in cui il procedimento penale si concluda: o con un esito diverso dal rinvio a giudizio; o con una archiviazione, in assenza di un profilo soggettivo idoneo alla configurazione del reato anche se sufficiente a configurare un danno erariale risarcibile (come la colpa grave); o con una pronuncia di non luogo a procedere, per estinzione del reato; o con una definizione del procedimento mediante patteggiamento ex art. 444 c.p.p., che impedirebbe persino l'esercizio dell'azione civile da parte dell'Amministrazione danneggiata. Il tutto senza considerare che, anche in tali casi, permane, in capo ai componenti degli organi esecutivi delle indagini preliminari, l'obbligo generale di denuncia delle notizie di danno erariale (art. 20 del Testo unico degli impiegati civili dello Stato D.P.R. 3/1957); obbligo assistito, peraltro, da una specifica sanzione, quella dettata dall'art. 1, comma 3, L. 20/1994, a mente del quale *"qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia"*. Da ciò i tentativi, avanzati in dottrina, di mediare tra le esigenze opposte. E in effetti, l'obbligo dettato dall'art. 129 disp. att. c.p.p. non esclude che il Pubblico Ministero penale abbia la facoltà, comunque, di informare anticipatamente il Procuratore regionale presso la Corte dei Conti, nonché di fornirgli notizia di fatti dannosi per l'Erario, anche in caso di archiviazione della notizia di reato, e ciò alla luce di quanto previsto, in termini generali, dall'articolo 73 del Regio Decreto n. 12 del 1941 (*"Il pubblico ministero veglia all'osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato ..."*). In argomento, ARMATI G., *"Rapporto tra Pubblico Ministero penale e Pubblico Ministero contabile"* in www.amcorteconti.it, e PRETE F., *Profili problematici nei rapporti tra P.M. penale e P.M. contabile* in *Riv. Corte dei Conti* 4/2005 pag. 230.

⁷⁰ Spetta in particolare al giudice dell'esecuzione, individuato ai sensi dell'art. 665 c.p.p., l'invio al P.M. presso il giudice contabile delle sentenze penali di condanna, di cui agli artt. 6, comma 2, e 7 della legge n. 97 del 2001. Ciò in conformità con quanto stabilito dal Ministero della Giustizia – Dipartimento per gli affari di giustizia (Direzione generale della giustizia penale), con la circolare n. 027.001.04.69 del 26 ottobre 2006.

⁷¹ Per un esaustivo commento della disposizione, PERIN M., *S.p.A. pubbliche: controllo o impunità? Soluzioni del decreto mille proroghe e novità giurisprudenziali (note a margine dell'art. 16-bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito il c.d. decreto mille proroghe)*, in *Lexitalia.it*, marzo 2008.

sembrerebbe infatti limitarsi solamente a ribadire la giurisdizione del Giudice Ordinario in un'ipotesi specifica di società a capitale pubblico (quella avente titoli quotati in mercati regolamentati, con partecipazioni pubbliche inferiori al 50% del totale) senza nulla aggiungere, tuttavia, con riferimento alle diverse possibili ipotesi di società partecipate.

In particolare, a tale disposizione non sembra potersi riconoscere quel ruolo di norma cardine del sistema, tramite la quale legittimare, seppure *a contrario*, una generalizzata giurisdizione contabile nei confronti di amministratori e/o dipendenti di società partecipate.

Dalla sua lettura, in effetti, non sembrerebbe nemmeno trarsi il riconoscimento, da parte del Legislatore, di una "soggettività pubblica" delle società costituite e/o partecipate dalle Pubbliche Amministrazioni, "quanto meno ai fini dell'assoggettamento diretto degli amministratori e dipendenti delle stesse alla giurisdizione della Corte dei Conti, sia per i danni provocati alle società di appartenenza, sia per i danni arrecati agli enti di riferimento e/o a qualsivoglia altra Amministrazione pubblica, ex art. 1 comma 4 della legge 20/1994." ⁷²

Naturalmente, non può ignorarsi come la genesi di tale norma sia avvenuta in un contesto nel quale al Legislatore non poteva sfuggire né la rilevanza né l'attualità del dibattito (dottrinale e giurisprudenziale) in tema di giurisdizione afferente la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico; al riguardo, non è infatti mancato chi ne abbia fortemente criticato non solo il contenuto, ma soprattutto il metodo scelto per la sua introduzione, ipotizzando "facilmente prevedibili eccezioni di legittimità costituzionale e comunitaria". ⁷³

Tuttavia, è proprio tale consapevolezza, da parte del Legislatore, che sembrerebbe essere stata a consigliarlo nel senso di non assumere alcuna posizione dirimente sul punto, limitando a regolare unicamente un certo tipo di società a capitale pubblico - quella quotata con partecipazione pubblica minoritaria - ribadendone peraltro una giurisdizione che già poteva desumersi dal sistema normativo pre-esistente.

A conferma di ciò, possono rammentarsi le vicende parlamentari della citata norma, la quale, successivamente all'introduzione avvenuta per decreto legge, era stata oggetto, in ogni caso, di una significativa discussione in aula, seppur limitata dai tempi ristretti previsti per l'approvazione della legge di conversione. ⁷⁴

⁷² In tal senso, viceversa LONGAVITA F.M., op. cit, e ne *L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del p.m. contabile*, in *Riv. Corte dei Conti* n. 2/2008.

⁷³ Così SANDULLI M.A. ne *L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. pubbliche: registrazione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (ovvero: l'effetto perverso delle norme LAST MINUTE)* in *Federalismi.it* n°5/2008.

⁷⁴ Da come si evince dal resoconto stenografico del Senato, seduta n. 282 del 27 febbraio 2008.

Tra gli emendamenti proposti e respinti, vi è l'emendamento 16bis(102), il quale prevedeva l'integrale sostituzione dell'articolo introdotto con il decreto legge con una disposizione affatto diversa, non solo nel contenuto ma anche (e significativamente) nella stessa rubrica ("*Responsabilità degli amministratori di imprese pubbliche*").

In particolare, il primo comma di tale emendamento prevedeva una specifica nozione di impresa pubblica, a cui fare riferimento ai fini dell'individuazione dell'ambito di giurisdizione in materia di responsabilità; impresa pubblica era considerata – in analogia alla prevalente giurisprudenza contabile sul punto – l'ente dotato di personalità giuridica che possedeva cumulativamente i due requisiti seguenti: quello di essere istituito per soddisfare esigenze di carattere industriale o commerciale, seppure rivolte all'interesse generale o collettivo; la circostanza che l'attività fosse finanziata in misura maggioritaria dallo Stato, da altri enti territoriali o da diversi organismi di diritto pubblico, o in alternativa che la gestione o gli organismi cui era affidata l'amministrazione fossero soggetti al controllo di questi ultimi, nella forma di istruzioni o direttive provenienti dall'azionista di maggioranza.

Nel secondo e terzo comma veniva viceversa specificamente regolata la giurisdizione in materia di responsabilità, con una distinzione, tuttavia, tra dipendenti ed amministratori della stessa società.

Nel primo caso, quello dei dipendenti, la responsabilità veniva ricondotta interamente alle norme del diritto comune, demandando le relative controversie esclusivamente al Giudice Ordinario.

Nel secondo caso, quello degli amministratori, veniva viceversa adottato un criterio misto, discriminando la giurisdizione (contabile o civile) a seconda che il fatto dannoso potesse integrare o meno anche un *danno erariale*.

Dalla lettura di tale emendamento, deve evincersi che il Legislatore si è effettivamente posto il problema di regolare la specifica materia, definendo con precisione, ed in termini generali, quali dovessero essere i confini delle due giurisdizioni, anche al fine di superare in maniera definitiva i dubbi interpretativi emersi in precedenza.

Ma è proprio la circostanza della sua bocciatura, unita alla volontà di riproporre il testo originario, l'elemento che più di ogni altro pare dimostrare l'impossibilità di riconoscere alla novella legislativa l'effetto di introdurre "*un nuovo ambito di giurisdizione contabile*,"⁷⁵ contrariamente a quanto sostenuto dai suoi primi commentatori.

In altre parole, tale disposizione sembra rivestire, più che carattere novativo del sistema, un carattere meramente ricognitivo, ovvero di interpretazione autentica.

Essa non fa che ribadire il fatto che, qualora si sia in presenza di uno specifico

⁷⁵ Si esprime in tal modo SANDULLI M.A., op. cit..

modello societario, in materia di responsabilità debba ricorrere la giurisdizione del Giudice civile, giurisdizione tuttavia la quale poteva desumersi, probabilmente, già in base alla normativa positiva pre-esistente.⁷⁶

Naturalmente deve concordarsi con chi, di tale norma, abbia lamentato profondi limiti di razionalità;⁷⁷ tale disposizione infatti, più che dirimerli, rischia di generare dubbi interpretativi persino superiori rispetto a quelli che potevano nutrirsi già in precedenza, e ciò non solo per ciò che dice, ma soprattutto per ciò che non dice, introducendo peraltro nell'ordinamento un nuovo criterio di delimitazione del proprio ambito di applicazione, e dunque della giurisdizione, *"del tutto empirico ed irragionevole."*⁷⁸

I dubbi si riferiscono in particolare a tutti quei casi che non sono direttamente regolati dalla norma, ovvero a quelli delle società quotate nei mercati regolamentati ma con partecipazioni pubbliche superiori al 50% del capitale, o a quelli delle società non quotate, con partecipazione pubblica totalitaria, maggioritaria, o minoritaria (e, in quest'ultimo caso, con partecipazione sufficiente o meno a conferire il controllo).

Ebbene, per tutti questi casi, è stato sostenuto che il testo legislativo introdotto rivestirebbe un ruolo primario nel discriminare la giurisdizione in materia di responsabilità, *"potendo anche essere inquadrato nell'ambito di quella interpositio legislatoris che si correla al concreto operare dell'art. 103, comma 2, Cost., da molti ritenuta ancora necessaria."*⁷⁹

In realtà, se il Legislatore avesse voluto realizzare davvero un tale tipo di risultato, lo avrebbe fatto probabilmente in maniera esplicita, e, come è stato

⁷⁶ Nello stesso senso, SANDULLI M., ne *Sulla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento, tenutosi in Roma, nell'Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, dal 29 al 31 ottobre 2008, *"Le misure cautelari e le problematiche più recenti in materia di responsabilità amministrativo-contabile"*. secondo il quale *"l'art. 16 bis può assumere un significato molto diverso da quello che apparentemente gli si possa attribuire"*, in quanto essa *"oggettivamente esclude che possa affermarsi la regola che sempre la responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica sia regolata dalle norme che governano la responsabilità amministrativo-contabile"*, mentre *"riconosce (soltanto) che le norme civilistiche certamente si applicano nella fattispecie menzionata, che, si badi, non suppone affatto una posizione di minoranza che escluda il controllo"*.

⁷⁷ Denuncia l'ennesimo episodio di *"produzione legislativa affrettata, rozza e a tratti persino schizofrenica"* Sandulli M. op. cit.

⁷⁸ Così SANDULLI M.A., op. cit., secondo la quale *"un criterio ben più logico" sarebbe stato "individuabile nel carattere imprenditoriale delle s.p.a."*. Secondo NOVELLI P. – VENTURINI L. invece, sarebbe corrisposto *"a canoni di maggiore razionalità un criterio funzionale di riparto della giurisdizione basato sul "controllo", e dunque sulla capacità di determinare l'indirizzo della gestione della S.p.a. (c.d. "influenza dominante"), piuttosto che quello "proprietario", basato sulla titolarità maggioritaria del capitale, e dunque delle azioni"*; e questo anche perché, a differenza dell'ipotesi di maggioranza delle azioni, *"nel caso di partecipazioni inferiori al 50% più un'azione, invece, (sarebbe) indispensabile vagliare se permanga comunque, ed in che estensione, un potere di gestione in capo all'azionista pubblico"* in *"La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società"*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁷⁹ LONGAVITA F.M., op. cit..

evidenziato, non può certo negarsi che non abbia avuto la possibilità di farlo.

E' evidente, però, che la scelta sia stata diversa, se si è preferito respingere ogni emendamento presentato in tal senso.

Piuttosto, appare più ragionevole credere che, se il Legislatore ha preferito regolare un'unica fattispecie, quasi "*singolare*" di società a capitale pubblico,⁸⁰ il motivo può essere duplice.

O, come sostenuto dalla dottrina prevalente, dando per acquisita la giurisdizione contabile *in subjecta materia*, ha ritenuto opportuno comunque introdurre una specifica deroga "*nella, pur comprensibile, preoccupazione di sottrarre al giudizio della Corte dei Conti le società aventi le predette due caratteristiche.*"⁸¹

Oppure, molto più probabilmente, ha considerato la giurisdizione contabile per le società a capitale pubblico tutt'altro che acquisita, ma ha inteso ugualmente ribadire la (pre-esistente) giurisdizione del Giudice Ordinario, con riferimento ad alcune ben specifiche società al centro di rilevanti e significativi procedimenti giudiziari.

3. La (dubbia) compatibilità con il diritto comunitario di un doppio regime di responsabilità esclusivamente rivolto alle società a capitale pubblico

La pretesa estensione generalizzata della giurisdizione contabile alle società a capitale pubblico non pare inoltre del tutto compatibile con i principi dettati dal diritto comunitario, per la evidente disparità di trattamento che verrebbe a crearsi tra società partecipate e non, a causa del regime giuridico della proprietà delle azioni.

A tale riguardo, giova rammentare che l'acquisto di una partecipazione azionaria, da parte di un soggetto pubblico, e quale ne sia la sua rilevanza in termini quantitativi o percentuali sul capitale, non potrebbe mai orientarsi, quanto meno in via teleologica, se non a finalità che siano funzionali agli stessi interessi istituzionali dell'ente, e di conseguenza ad interessi collettivi.

In caso contrario, l'investimento di risorse pubbliche non troverebbe adeguata legittimazione - ostando al riguardo lo stesso principio di legalità, il quale, nel predeterminare le finalità istituzionali degli enti, ne comporta di conseguenza una limitazione anche nella libertà di azione - e la stessa Corte dei Conti, quanto meno nei

⁸⁰ E' stato rilevato, infatti, che la norma potrebbe teoricamente riferirsi, allo stato attuale, a solo quattro società quotate nel mercato primario; Eni, Enel, Terna e Finmeccanica.

⁸¹ SANDULLI M.A., op. cit..

casi oggetto di controllo ex art. 12 della legge n. 259 del 1958 (c.d. controllo concomitante), sarebbe tenuta a rilevarlo.⁸²

Per tale motivo, può affermarsi che elementi di natura pubblicistica dovrebbero rinvenirsi in ogni circostanza in cui un ente pubblico abbia acquisito il possesso di una quota di capitale in un (qualunque) tipo di società,⁸³ e che dunque, pretendere di distinguere - come ha ritenuto di fare la dottrina, ma anche la giurisprudenza - le singole fattispecie di società partecipate in funzione della consistenza percentuale del conferimento pubblico, non pare operazione del tutto coerente.

Questo perchè la sola presenza di una partecipazione di un soggetto pubblico, nel capitale di una società, quale ne sia il suo ammontare e dunque anche se minoritaria (ovvero non sufficiente a garantire il controllo), obbliga comunque gli amministratori a tenere conto, nel proprio operare e per quanto sia conciliabile con gli (altri) scopi della società, anche le finalità sociali sottostanti tale partecipazione.

E, qualora ciò non avvenga, non si comprende per quale ragione debba negarsi al Pubblico Ministero contabile di intervenire, al pari dei casi in cui la partecipazione pubblica sia totalitaria, maggioritaria o comunque sufficiente a garantire il controllo sulla gestione.

Ebbene, se si conviene sul punto, occorre tener presente che l'estensione delle regole della responsabilità amministrativa,⁸⁴ nei casi di partecipazione minoritaria forse ancor più che in quelli di partecipazione totalitaria o prevalente, proprio perché rischia di esporre gli amministratori societari ad un regime di responsabilità diverso e ulteriore rispetto a quello derivante dal diritto comune, potrebbe rivelarsi difficilmente compatibile con i canoni dell'ordinamento comunitario, qualora, in particolare, dovesse ritenersi, tale deroga al diritto comune, una restrizione alla libera circolazione dei capitali, sanzionabile

⁸² In questo senso, appaiono condivisibili le considerazioni di CAPUTI JAMBRENGHI V., op. cit. pag. 374, secondo il quale *"ciò che rende utile e per questo stesso motivo legittimata dall'ordinamento generale, in applicazione della norma costituzionale di cui all'art. 97 1° co., l'istituzione della nuova struttura operativa di Pubblica Amministrazione"* è che la *"gestione della società di capitali pubblica o semi pubblica produca, secondo il suo piano industriale, utilità collettive, utili disponibili per un nuovo investimento, riducendo al minimo gli oneri dell'Amministrazione e raggiungendo il livello degli introiti se non di profitto che sia stato previsto nell'analisi economica premessa alla sua costituzione;"* in caso contrario, *"essa non ha diritto di vita (recte prevale nell'ente pubblico - o nel legislatore - il dovere di non violare l'art. 97 1° co. Cost., astenendosi, quindi, dal costituirla o dal lasciarla agire)"*.

⁸³ Al riguardo, giova rammentare che la legge n. 244 del 27 dicembre 2007 (legge finanziaria per il 2008) ha previsto una specifica procedura di verifica della rilevanza pubblica di ogni singola partecipazione, anche di minoranza, subordinando l'assunzione di nuove partecipazioni, così come il mantenimento di quelle esistenti, all'accertamento, da effettuarsi ad opera dell'organo di volta in volta competente (avuto riguardo alla struttura organizzativa della singola Amministrazione), della circostanza che l'attività di produzione di beni o servizi svolta dalla società partecipata sia *"strettamente necessaria per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali"*, o, in alternativa, costituisca un servizio di interesse generale (art. 3, commi 27-29).

⁸⁴ Tra le quali possono ricordarsi l'impari posizione delle parti e la non ricorribilità in Cassazione.

ai sensi dell'articolo 56 del Trattato CE, o, più esattamente, "una misura nazionale idonea ad impedire o a limitare l'acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possa dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall'investire nel capitale di queste ultime".⁸⁵

Al riguardo, non può ignorarsi che le società a capitale pubblico sono soggette ad obblighi di pubblicità del tutto simili a quelli delle società a capitale interamente privato, e che probabilmente, anche la semplice adozione del modello societario – se non solamente del *nomen iuris* di società - potrebbe rappresentare un elemento sufficiente a fondare il legittimo affidamento, da parte dei terzi, sull'estensione alla fattispecie dell'intera disciplina societaria, o addirittura della *solae* disciplina societaria.

Ciò vale, naturalmente, sia per quanto riguarda il regime delle responsabilità, sia per ogni tipo di disposizione direttamente o indirettamente dettata a tutela della posizione dei soci o dei terzi.⁸⁶

In particolare, ciò vale qualora si pretendesse di sostenere il carattere esclusivo dell'azione erariale nel contesto societario, se, cioè, tale azione fosse considerata preclusiva di ogni altro tipo di azione risarcitoria, e segnatamente dell'azione sociale disciplinata dal codice civile.

Al riguardo, giova rammentare che l'azione sociale di responsabilità - nelle sue diverse accezioni, disciplinate dagli artt. 2393, 2393 bis, e 2497 comma 3 c.c. – è azione tipica ed indefettibile dell'organizzazione societaria, come tale posta a tutela della posizione dei soci in una sorta di corrispettività tra il sacrificio patrimoniale costituito dall'ammontare dei loro conferimenti ed il diritto a veder ricostituito il medesimo patrimonio sociale, seppure attraverso lo strumento risarcitorio.

L'eliminazione di tale garanzia rischia, in altre parole, di compromettere la stessa sfera giuridica dei (possibili) soci diversi da quello pubblico, i quali in tal modo rimarrebbero esposti ad un rischio di impresa superiore a quello che, ragionevolmente, sarebbe lecito attendersi da un investimento di carattere societario.

Al riguardo, non vale obiettare che le società partecipate sono destinate solitamente a permanere in mano pubblica, perché in realtà ogni società, persino quelle a partecipazione pubblica totalitaria, resta pur sempre "un organismo associativo (o quanto meno, se teniamo conto della società anche originariamente uni-personale,

⁸⁵ Al riguardo, non può ignorarsi la recente presa di posizione assunta dalla Corte di Giustizia nella sentenza 6 dicembre 2007 C 463-04 e C464-04, n. 21, in occasione della quale i giudici hanno giudicato restrittiva della libertà di concorrenza la disposizione dettata dall'art. 2449 c.c.. In argomento, FRACCHIA F. OCCHIENA M., *Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica* in www.giustizia-amministrativa.it 2007.

⁸⁶ Importanti riflessioni sull'argomento sono rinvenibili in CIRENEI M.T., *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario; brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. Comm. Int.* 2005, 41.

*potenzialmente associativo) destinato a operare sul mercato e dotato di una disciplina che di ciò tiene conto, tutelando gli interessi di tutti coloro che, dal di dentro o dal di fuori, risentono gli effetti dell'agire sociale".*⁸⁷

In tali circostanze, la deroga al sistema di responsabilità societaria risulterebbe in contrasto con le regole basilari del diritto societario comunitario, e in particolare con il principio della parità di trattamento tra soci, per la diversa e divergente tutela degli azionisti pubblici rispetto a quella degli azionisti privati (cfr. art. 42 della seconda direttiva Cee n. 77/91 in materia societaria, a mente della quale "*per l'applicazione della presente direttiva le legislazioni degli Stati membri salvaguardano la parità di trattamento degli azionisti che si trovano in condizioni identiche*").

4. I limiti di carattere istruttorio

Tra le ragioni critiche nei confronti dell'orientamento pan-pubblicistico, teso ad estendere la giurisdizione contabile nei giudizi afferenti la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico, ve ne sono inoltre alcune di carattere pratico, connesse all'onere della prova e in particolare alla possibilità o meno di avvalersi, da parte degli organi inquirenti, di quelli che altrimenti dovrebbero costituire i normali poteri istruttori.

Al riguardo, non appare superflua una considerazione preliminare.

Nell'immaginario collettivo, solitamente l'azione del Pubblico Ministero contabile viene percepita come un'azione particolarmente invasiva della sfera personale dei propri destinatari, proprio perché essa proviene da un soggetto pubblico, in qualche misura considerato espressione del potere statale.

In particolare, i poteri del Pubblico Ministero contabile vengono solitamente accostati a quelli tipici del Pubblico Ministero penale, nella convinzione diffusa che tra questi due Uffici possa esservi una sorta di corrispondenza o di parallelismo.

E in effetti, non possono negarsi le similitudini che in effetti è dato riscontrare tra il modo di operare del Pubblico Ministero penale e il modo di operare del Pubblico Ministero contabile; tra queste, il carattere di obbligatorietà e quello di esclusività delle azioni esercitate da entrambi, anche se, nonostante le similitudini, devono tuttavia riscontrarsi significative differenze, specie tra i poteri di cui sono forniti i due Uffici.

Sotto un primo profilo, si rammenta che il principio di tassatività, il quale, come noto, nell'ambito penale comporta la limitazione dei casi aventi rilievo penale alle sole fattispecie espressamente configurate dalla legge come reato, non è caratteristico dell'azione di responsabilità amministrativa, il cui fulcro principale è costituito viceversa

⁸⁷ Così IBBA C., op. cit..

dal concetto di "danno erariale", il quale è di per sé un concetto atipico, non delimitato cioè da un numero chiuso di previsioni normative.⁸⁸

Sotto un secondo profilo, non può ignorarsi che le prerogative di cui è dotato il Pubblico Ministero penale non sono estensibili *in toto* alla diversa figura del Pubblico Ministero contabile.

Al Pubblico Ministero contabile viene infatti riconosciuto il potere - da esercitarsi anche tramite delega a funzionari di una qualunque Amministrazione - di richiedere l'esibizione di atti o documenti in possesso di Autorità giudiziarie ed amministrative, con la possibilità di disporre, se necessario, anche accertamenti diretti. Egli può sequestrare documenti (cartacei ed informatici); può disporre ispezioni e accertamenti diretti, non solo presso le Pubbliche Amministrazioni, ma anche presso terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a carico dei bilanci pubblici; può procedere, inoltre, ad audizioni personali, o disporre perizie e consulenze tecniche.⁸⁹

Il Pubblico Ministero penale ha tuttavia in più la possibilità di ordinare perquisizioni, di procedere al sequestro di cose ulteriori e diverse rispetto ai soli "documenti", di disporre, in determinate circostanze, intercettazioni ambientali e/o telefoniche.

⁸⁸ Il danno erariale è stato definito, dai giudici della Cassazione, come "l'esborso indebitamente sostenuto dallo Stato o dagli enti pubblici" (Cass. SS.UU. n. 10733 del 28 ottobre 1998). Sulla recente copiosa produzione normativa, che ha finito per mettere in discussione la tradizionale assenza di tipicità nella responsabilità amministrativa, REBECCHI P.L., in *Recenti fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa. Incremento delle tutele o "trappola della tipicità"?* in www.amcorteconti.it, nonché SANTORO P., *La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito*, in *Foro amm. - CDS*, 2007, 12, pp. 3565 e ss.

⁸⁹ Particolarmente frastagliato, e probabilmente bisognoso di una ridefinizione complessiva, appare il quadro normativo relativo ai poteri di indagine riconosciuti al Pubblico Ministero contabile. Tali poteri sono dettati o richiamati dalle seguenti disposizioni normative:

- art. 74 del R.D. 12 luglio 1934 n. 1214, che prevede la possibilità di richiedere in comunicazione atti e documenti in possesso di Autorità giudiziarie ed amministrative, con possibilità di disporre accertamenti diretti;

- art. 16, comma 3° del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modifiche, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, che prevede la possibilità di ispezioni e accertamenti diretti, anche a mezzo della Guardia di finanza, presso le Pubbliche Amministrazioni e i terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata;

- art. 2, comma 4° del D.L. 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modifiche, nella legge 14 gennaio 1994, n. 19 (recante Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), che prevede la possibilità di delegare adempimenti istruttori a funzionari delle Pubbliche Amministrazioni con la possibilità di avvalersi di consulenti tecnici, il tutto nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 73 del D.L.vo 28 luglio 1989, n. 271;

- art. 5, comma 6° del D.L. n. 453 del 1993, che amplia ulteriormente i poteri del magistrato inquirente, raccogliendoli organicamente in un'unica disposizione ed evidenziando come il P.M. contabile, nell'esercizio dell'istruttoria di sua competenza, può disporre l'esibizione di documenti, l'effettuazione di ispezioni ed accertamenti diretti presso le Pubbliche Amministrazioni ed i terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a carico dei bilanci pubblici, il sequestro di documenti, audizioni personali, perizie e consulenze.

- art. 3, comma 8° della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), che richiama nuovamente l'intero insieme dei poteri sopra riportati.

Da questa breve elencazione, si comprende come le possibilità di acquisire elementi probatori a carico dell'indagato, da parte del Pubblico Ministero penale, siano molto più estese di quelle che ha il Pubblico Ministero contabile a carico del soggetto ritenuto responsabile di un danno erariale; senza considerare l'intera gamma di richieste che al Pubblico Ministero penale è consentito avanzare al Giudice delle Indagini Preliminari, figura del tutto sconosciuta nell'ambito del procedimento erariale.

Alle limitazioni appena accennate devono aggiungersi le incertezze, segnalate persino da autorevoli esponenti della magistratura contabile, circa la possibilità di esperire, da parte del Pubblico Ministero contabile, accertamenti di carattere patrimoniale, e in particolare di carattere bancario.

Al riguardo, non è mancato addirittura chi abbia ritenuto di stigmatizzare il comportamento di qualche Pubblico Ministero contabile, teso ad estendere in maniera surrettizia i poteri di propria spettanza attraverso un uso strumentale e indiretto dei poteri di diversi soggetti pubblici, per il tramite di deleghe dirette all'esecuzione di determinati accertamenti istruttori.⁹⁰

Il tema è delicato, e si intreccia ovviamente con quello dei limiti e della natura dell'atto di delega, solitamente utilizzato nel corso di un'attività istruttoria.

In via generale, il potere di delega è regolato infatti dall'art. 2, comma 4 del D.L. 15 novembre 1993, n. 453 (convertito dalla legge n. 19 del 1994), il quale consente al Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti di delegare adempimenti istruttori a funzionari della Pubblica Amministrazione, godendo in questo della massima libertà di scelta, con il solo limite di dover ricercare un'intesa con il Presidente della Regione qualora intendesse coinvolgere nella delega funzionari della stessa Regione (comma 4 bis).

Prassi vuole che, se non altro per ragioni di economia processuale, il potere di delega sia rivolto solitamente a funzionari del Corpo della Guardia di Finanza – o meglio, a reparti appositamente costituiti - ai quali l'ordinamento riconosce determinati poteri ispettivi autonomi (in diversi settori dell'ordinamento, fiscale, giudiziario, ecc.) in taluni casi persino più incisivi di quelli riconosciuti allo stesso Pubblico Ministero contabile.

Ora se, pacificamente, l'atto delegato deve considerarsi una competenza a carattere derivato, con la conseguenza che l'attività istruttoria in esso richiesta non deve mai eccedere i poteri propri del soggetto delegante (il quale, non spogliandosi delle proprie competenze, conserva comunque la possibilità di revocare la delega in qualsiasi momento) i funzionari all'uopo delegati, nonostante la dotazione di poteri propri, non

⁹⁰ Vedasi PASQUALUCCI F., *L'attività istruttoria. Problemi ed ipotesi ricostruttive*, in amcorteconti.it.

potranno agire se non negli stretti limiti della delega ricevuta, in una sorta di dipendenza funzionale nei confronti del soggetto delegante.

La questione si è posta, in particolare, per le investigazioni di natura bancaria, per le quali il vigente Regolamento istitutivo dell'Anagrafe dei rapporti di conto corrente e di deposito (Decreto Ministeriale n. 269 del 2000, emanato in attuazione dell'art. 20 comma 4 della legge 30 dicembre 1991, n. 413) non prevede, nel novero dei soggetti tassativamente individuati, e legittimati ad avanzare richieste di accesso all'Anagrafe, la stessa Corte dei Conti.

Tale legittimazione non sembra potersi ravvisare - contrariamente a quanto sostenuto da qualcuno - neppure da un'interpretazione estensiva dell'art. 7, comma 1 del D.L.vo 1° settembre 1993 n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria), il quale, in materia di segreto bancario, esclude infatti l'opponibilità del segreto solamente nei confronti dell' *"autorità giudiziaria quando le informazioni richieste siano necessarie per le indagini, o i procedimenti relativi a violazioni sanzionate penalmente"*.⁹¹

In altre parole, in base alla normativa legislativa e regolamentare vigente, non sembra potersi riconoscere, al Pubblico Ministero contabile, alcun potere di compiere autonomamente indagini di natura bancaria. Un limite, quest'ultimo, che non pare legittimamente superabile attraverso un uso strumentale di poteri istruttori propri tuttavia di diversi soggetti, seppure specificamente delegati.

Tutto ciò comporta che, nel caso in cui si verta in procedimenti di esclusiva rilevanza erariale - ove, cioè, non sia consentita l'utilizzazione di poteri diversi da quelli espressamente indicati -⁹² non dovrebbe ritenersi consentita alcun tipo di indagine di

⁹¹ In tal senso CREA P. in *P.M. contabile e segreto bancario; quando una virgola può fare la differenza*, in *Lexitalia.it*, n. 6/2003, il quale rammenta che, come a suo tempo ribadito dalla Corte Costituzionale (sentenza 18 febbraio 1992 n. 51), al *"tradizionale riserbo delle banche"* non corrisponde alcuna posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta dei clienti, e il c.d. *"segreto bancario"* altro non è che un uso normativo integrativo dei contratti tra la banca e il cliente, che vincola alla riservatezza l'istituto di credito nei confronti di terzi estranei *"fatta eccezione soltanto per quelli legittimati da specifiche norme di legge poste a tutela di superiori interessi pubblici"*. Secondo l'autore, alla Corte dei Conti deve riconoscersi il potere di effettuare indagini di natura bancaria al pari di qualunque altra Autorità Giudiziaria; non vada dimenticato infatti, che *"nessuna norma prevede ... il segreto, nessuna norma prevede una riserva di legge sul segreto e conseguenzialmente nessuna norma disciplina i casi, i modi, i tempi per superarlo"*. A conferma di ciò, vi è lo stesso dato testuale, dal momento che l'art. 7, comma 1 del D. Lgs 1 settembre 1993, n. 385, che disciplina i casi di esclusione della opponibilità del segreto bancario, nell'aver posto la virgola immediatamente prima della congiunzione "o", distingue nettamente i casi di richiesta provenienti genericamente dall'Autorità Giudiziaria per le proprie indagini, da quelle riguardanti (specificamente) procedimenti penali, ossia quelli *"relativi a violazioni sanzionate penalmente"*. In sostanza, nel concetto di Autorità Giudiziaria deve ricomprendersi ogni tipo di magistratura, di ogni ordine e grado, inquirente e giudicante. Per la tesi che nega viceversa al Pubblico Ministero contabile di effettuare indagini bancarie, DONATO TOMÀ G.G. in *La tutela degli interessi erariali tra le indagini del P.M. contabile e le investigazioni tributarie*, in *Riv. Corte dei Conti* 4/2007.

⁹² Diverso è il caso, viceversa, in cui si sia in presenza di fattispecie che non abbiano esclusivamente rilevanza erariale (come, ad esempio, le fattispecie che rilevano anche su un piano

natura bancaria, che non si limiti all'acquisizione della sola documentazione direttamente rilevabile da documenti a loro volta già in possesso, come, ad esempio, nel caso di estratti conto di conti rinvenuti in sede di accesso, o di estratti conto relativi a conti correnti sui quali l'Amministrazione accredita salari o stipendi di funzionari sottoposti a procedimento.

Con gravi conseguenze, ovviamente, sull'incisività della stessa attività istruttoria, la quale potrebbe rivelarsi deficitaria, non solo con riferimento alla concreta dimostrazione del danno - le indagini bancarie potrebbero ad esempio assumere valore decisivo al fine di dimostrare la costituzione di fondi occulti, o la distrazione di fondi dalle finalità programmate - ma anche nell'acquisizione dei dati necessari per adottare eventuali misure cautelari, come il sequestro di somme di pertinenza del soggetto responsabile (somme le quali, però, potrebbero essere difficilmente rintracciabili in assenza di un'adeguata ricerca bancaria).

Per altro aspetto, sempre riguardo all'incisività o meno dell'attività istruttoria - qualora la stessa si svolga nel *solo* ambito amministrativo - non può ignorarsi che, nella vigente disciplina di settore, sia mancante qualsiasi previsione espressa di sanzioni, o di obblighi di fare, per coloro i quali, destinatari di richieste istruttorie, si rifiutino di adempiervi o assumano un comportamento inerte o poco collaborativo.

In teoria, tale comportamento potrebbe assumere rilevanza penale, nella duplice veste della "*omissione o rifiuto di atti d'ufficio*", ex art. 328 c.p. (nel caso si tratti di un funzionario pubblico) o della "*inosservanza di provvedimenti di Autorità giudiziaria*", ex art. 650 c.p. (nel caso si tratti di un soggetto privato).

Non può tuttavia ignorarsi che tali rimedi potrebbero in ogni caso rivelarsi inadeguati a garantire la completezza del procedimento istruttorio, specie nei casi in cui dovesse trattarsi di procedimenti afferenti la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico (per danni arrecati al patrimonio sociale ed indirettamente al patrimonio pubblico), in particolare ove vi sia la necessità di entrare in possesso di informazioni "*interne*" all'impresa, afferenti, cioè, la sua stessa gestione.

Il dubbio, in tali circostanze, è capire infatti su quali poteri istruttori possa farsi realmente affidamento, posto che la gran parte - se non la quasi totalità - delle disposizioni inerenti le facoltà ispettive dello stesso Pubblico Ministero contabile, fanno esplicito riferimento alle "*amministrazioni pubbliche*", facendo in tal modo intendere che solo nei confronti di queste sia possibile richiedere l'esibizione o la comunicazione di atti o

penale o tributario). In tali casi, gli elementi di natura istruttoria ben possono essere ricercati (o necessariamente essere ricercati, nel caso di indagine penale) con i poteri propri di un diverso settore normativo, per poi essere comunicati successivamente per le contestazioni di natura erariale.

di documenti, eseguire ispezioni o accertamenti diretti, sequestrare, nel caso, specifica documentazione.

In effetti l'unica, tra tali disposizioni, che fa esplicito riferimento a soggetti esterni alla Pubblica Amministrazione – legittimandone, nei loro confronti, l'esercizio di determinati poteri istruttori - è quella contenuta nell'art. 16, comma 3 del decreto legge 13 maggio 1991 (convertito in legge n. 203 del 1991), a mente del quale *"la Corte dei Conti ... può disporre, anche a mezzo della Guardia di finanza, ispezioni ed accertamenti diretti presso le pubbliche amministrazioni ed i terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata"*.

Tale norma, tuttavia, sembra avere un senso ed un ambito di applicazione molto precisi, facendo sicuro riferimento a quei soggetti, estranei alla Pubblica Amministrazione, che abbiano avuto a che fare con quest'ultima in maniera occasionale, attraverso la fruizione di risorse pubbliche per il perseguimento di specifici obiettivi programmati.

Da questo punto di vista, potrebbe apparire una forzatura considerare una società partecipata, per il sol fatto di avere nel proprio capitale (anche) conferimenti di provenienza pubblica, un *"beneficiario di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata"*.

Per altro aspetto, anche nel caso in cui dovesse pretendersi di considerare la società partecipata alla stregua di un'amministrazione pubblica, e per tale via sottoporla ai medesimi poteri istruttori generalmente esperibili, non si può ignorare come il tutto vada rapportato alla c.d. fase istruttoria, ad una fase, cioè, pre-processuale, nella quale potrebbe essere ancora tutto da dimostrare, se effettivamente la società oggetto di indagine possa o meno considerarsi una vera e propria *"amministrazione in veste societaria"*.

In situazioni del genere, l'esecuzione di operazioni istruttorie potrebbe rivelarsi tutt'altro che immediata, con il rischio, tuttavia, che da tali operazioni possa difficilmente prescindere, qualora si voglia effettivamente perseguire gli esponenti della società per i danni arrecati dalle loro condotte al patrimonio sociale.

Ed è probabilmente per tale motivo che, nella prassi delle vertenze giudiziarie afferenti la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico, molto spesso le vicende sottostanti abbiano tratto origine da fatti di carattere penale, ove i dati necessari per sostenere la pretesa erariale provenivano da attività istruttorie svolte in sede giudiziaria, e *comunicati* solo in un momento successivo al Procuratore Regionale presso la Corte dei Conti per le determinazioni di sua competenza.

Paradossalmente, se confrontati con quelli del Pubblico Ministero contabile, appaiono addirittura più penetranti, per certi aspetti, gli stessi poteri ispettivi che il

codice civile riconosce, seppure nella sola ipotesi della società a responsabilità limitata, ai soci non amministratori; a mente dell'art. 2476 c.c. infatti, *"i soci che non partecipano all'Amministrazione hanno diritto di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di controllare, anche tramite professionisti di loro fiducia, i libri sociali ed i documenti relativi all'Amministrazione"*.

Di fronte dunque ad una legittima richiesta di consultazione di atti proveniente dal socio non amministratore, colui che abbia incarico di amministrare l'attività sociale non ha alcun titolo (legittimo) di opporsi, non potendo eccepire, probabilmente, neppure l'eventuale esigenza di riservatezza che, per particolari tipologie di atti o documenti, dovesse ritenersi esistente per motivazioni gestionali.

La terminologia adoperata dalla norma, infatti - *"libri sociali e documenti relativi all'Amministrazione"* - così come la sua stessa *ratio*, sembrano infatti attestare la volontà, da parte del Legislatore, di non escludere dall'esercizio del diritto di accesso alcun atto o documento inerente la gestione della società.

Oggetto di consultazione da parte del socio, pertanto, devono ritenersi non solo i libri sociali e i libri e le scritture contabili (obbligatorie e non), ma anche qualunque tipo di documento non avente carattere contabile (lettere commerciali, proposte contrattuali, ecc).

Ma vi è di più. I poteri ispettivi del socio - che nulla esclude possa ritenersi di estendere, per via statutaria, anche nelle società per azioni - non sembrano incontrare neppure quei limiti i quali viceversa devono ritenersi sussistenti, in via generale, per gli accertamenti operati dal Pubblico Ministero contabile, al quale infatti non è consentito procedere *"a verifiche generalizzate di interi settori di attività amministrativa, in maniera del tutto generica e per un rilevante periodo di tempo"* - o, nel caso di società partecipate, a verifiche dell'intera gestione sociale - dovendo circoscrivere l'ambito della propria indagine a quanto rilevato, esclusivamente, dalla *"notitia damni"* specificamente pervenutagli.⁹³

Senza contare un ulteriore aspetto che non pare debba sottovalutarsi.

A differenza infatti dell'azione erariale - la quale presuppone la ricorrenza di un elemento soggettivo particolarmente qualificato, come il dolo o la colpa grave - l'azione di responsabilità sociale, cui lo stesso diritto di ispezione del socio appare strettamente

⁹³ In tal senso, Corte Cost. 9 marzo 1989, n. 104, secondo la quale la legge non attribuisce al Pubblico Ministero contabile *"l'amplissimo potere di svolgere indagini a propria discrezionalità in un ampio settore dell'amministrazione senza che, secondo le circostanze, sia presumibile la commissione di illeciti produttivi di danni. Non è sufficiente, cioè, la mera supposizione. Il suo intervento non può basarsi su mere ipotesi."* In argomento, RAMPINI M., *La formazione della prova nella fase istruttoria del processo contabile*, Relazione al Convegno *"L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile"*, tenutosi in Perugia, presso la Procura regionale della Corte dei Conti, il 18 e il 19 aprile 2008.

funzionale, richiede oneri di allegazione e probatori sicuramente molto più semplici ed immediati.

L'azione sociale è infatti un'azione di tipo contrattuale, che, in quanto tale, impone a chi la propone di allegare e provare solamente l'esistenza del rapporto; è il convenuto che, in base alla regola generale dell'art. 1218 c.c., deve allegare e provare che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile.

Al Pubblico Ministero contabile, viceversa, spetta di allegare e provare non solo la condotta o l'evento dannoso (in relazione agli obblighi di servizio che si presumono violati), ma anche il nesso causale (con riferimento al singolo soggetto agente), nonché gli elementi psicologici necessari a sostenerne l'imputabilità (ovvero la gravità della colpa se non il dolo).

CAPITOLO III

La rilevanza del criterio di collegamento tradizionale della responsabilità amministrativa, dato dalla relazione di servizio

1. Il rapporto di strumentalità dell'attività esercitata e la rilevanza del tradizionale criterio di collegamento della responsabilità amministrativa dato dalla relazione di servizio

L'orientamento pan-pubblicistico, al di là di quanto asserito dai suoi sostenitori, non sembra potersi suffragare nemmeno ove si abbia riguardo agli stessi orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione, se ci si limita, in particolare, alle (sole) circostanze nelle quali la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi su fattispecie che riguardavano appunto la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico.

Con ciò non può ovviamente negarsi la portata innovativa dell'ordinanza n. 19667 del 2003, come anche di altri pronunciamenti successivi, tramite i quali sono stati introdotti ulteriori argomenti innovativi atti a suffragare una possibile estensione dell'ambito di giurisdizione del Giudice contabile.

Si tratta, in particolare, di una serie di argomenti che hanno indotto più di un commentatore a ritenere che, oltre a quelle inerenti gli enti pubblici economici, potessero demandarsi al Giudice contabile anche le controversie afferenti la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico, o, più in generale, di esponenti di ogni tipo di soggetto giuridico di diritto privato riferibile, seppure indirettamente, alla Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, non può mancarsi di rilevare come però, proprio nei casi in cui si verteva della responsabilità di esponenti di società partecipate, i giudici della giurisdizione abbiano, senza eccezioni, preferito rimanere ancorati al "tradizionale" criterio di collegamento dato dalla relazione di servizio, limitandosi, al massimo, a svilupparne gli elementi indiziari utili alla sua individuazione pratica.

Al riguardo, è significativo un passaggio della sentenza n. 3899 del 2004, allorché i giudici, pur non rinnegando "l'innovativo indirizzo" inaugurato con la precedente ordinanza n. 19667 del 2003, considerano tuttavia quest'ultimo "non decisivo nel caso di specie, per la cui soluzione sono sufficienti i criteri tradizionali."⁹⁴

In effetti, nella giurisprudenza della Suprema Corte, non pare ravvisarsi in alcuna

⁹⁴ Cass. SS.UU. 26 febbraio 2004 n. 3899.

circostanza un'affermazione esplicita nel senso di un'equiparazione *tout court* fra ente pubblico economico e società partecipata, o, in alternativa, un'affermazione esplicita della natura giuridica "sostanzialmente" pubblica di una società partecipata, in considerazione della mera presenza, nel capitale, di conferimenti provenienti da soggetti pubblici.

Piuttosto, come è stato messo in evidenza anche da attenta dottrina, in tema di società a capitale pubblico i giudici hanno più volte palesato la preferenza per un "ancoraggio della responsabilità amministrativa alla natura oggettivamente pubblica dell'attività o del servizio da esse svolto", rifacendosi nel caso al "collaudato e pragmatico criterio di collegamento costituito dal rapporto di servizio tra la figura soggettiva privata e l'Amministrazione o ente pubblico."⁹⁵

A differenza, dunque, della responsabilità di esponenti di enti pubblici economici, da inquadrarsi senza dubbio alcuno tra le "materie di contabilità pubblica" richiamate dalla norma costituzionale fondativa della giurisdizione della Corte dei Conti (l'art. 103 Cost.), la responsabilità afferente gli esponenti di società a capitale pubblico diventa "erariale" solo se, e nei limiti in cui, la società "operi nell'ambito di un rapporto di servizio con pubbliche amministrazioni per lo svolgimento di loro compiti istituzionali."

Al di fuori di tale rapporto, le società a capitale pubblico non possono considerarsi soggette a giurisdizione contabile, "benché finanziate da bilanci pubblici", e ciò peraltro – è stato precisato – "dovrebbe rendere insignificante la partecipazione maggioritaria o minoritaria dell'Amministrazione al capitale della società, con la conseguenza che tali figure in nulla differiscono, ai fini di cui si tratta, da tutti gli altri soggetti privati."⁹⁶

La stessa ordinanza n. 4511 del 2006, salutata da gran parte della dottrina come "approdo ad un criterio oggettivo di incardinazione della giurisdizione contabile fondata sulla natura pubblica delle risorse finanziarie," se non addirittura, come "nuovo statuto della fattispecie di responsabilità amministrativo-contabile,"⁹⁷ non sembra spingersi fino al punto di superare, rendendolo superfluo ai fini di giurisdizione, il tradizionale criterio di collegamento del rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione.

Piuttosto, appare il contrario, ovvero che, nel caso di contributi pubblici, la

⁹⁵ Così D'AURIA G., in *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale <revirement> della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Foro Italiano* 2005, I, pag. 2684 e ss.

⁹⁶ D'AURIA G., op. cit..

⁹⁷ Così VENTURINI L., in *Corte di Cassazione e giurisdizione della Corte dei conti in questo primo scorcio dell'anno: in particolare la sent. n. 4511 del 1° marzo 2006*, in www.amcorteconti.it, e richiami ivi, tra gli altri, a MADDALENA P., "La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici; rapporti con la responsabilità civile e sue peculiarità", in *Foro Italiano* 1979, f. 2, p. 65; RISTUCCIA M., *La responsabilità sociale erariale nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte dei Conti* vol. 1/2005, pag. 328 e ss; LONGO N., *Natura giuridica ed orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte dei Conti* vol. 1/2001, pag. 365 e ss..

semplice erogazione del contributo deve considerarsi elemento costitutivo di un rapporto sinallagmatico tra soggetto fruitore ed Amministrazione, per effetto del quale il soggetto fruitore assume l'obbligo (di servizio) di non distogliere dalla finalità programmata i fondi all'uopo ricevuti.⁹⁸

Ed è la stessa Corte di Cassazione a chiarire, in un successivo intervento avente ad oggetto pur sempre l'erogazione di contributi pubblici a privati, cosa debba intendersi con esattezza per rapporto di servizio *"quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e Giudice Ordinario."*

"Per rapporto di servizio", si legge infatti nella sentenza, "si deve intendere una relazione con la P.A. caratterizzata per il tratto di investire un soggetto altrimenti estraneo all'Amministrazione, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, altra persona giuridica o fisica, privata o pubblica" (sottolineatura aggiunta).⁹⁹

In sostanza, perché possa radicarsi la giurisdizione contabile, non pare sufficiente la mera ricorrenza di un conferimento pubblico, nemmeno ove questo sia maggioritario, ma occorre avere riguardo al tipo di attività esercitata dalla società, e in particolare al rapporto che sia dato rilevare tra tale tipo di attività e le finalità istituzionali dell'ente dal quale la società stessa ripete i propri conferimenti.

Nella nozione rilevante di rapporto di servizio, in particolare, deve aversi riguardo ai *"compiti"* che l'Amministrazione abbia inteso demandare a soggetti terzi perché questi li svolgano *"in sua vece"*, o, più esattamente, ai compiti che l'Amministrazione, qualora non avesse deciso di delegarne l'attuazione a terzi, sarebbe stata obbligata a svolgere direttamente.

Si tratta di una nozione che, di per sé, non sembra suscettibile di un'interpretazione estensiva, contrariamente a quanto sostenuto, viceversa, in un recente quanto significativo pronunciamento della Sezione giurisdizionale lombarda della Corte dei Conti, ove si è ritenuto di ravvisare l'esistenza di una relazione di servizio, tra società ed ente di riferimento, dal *"rapporto fiduciario"* il quale per legge - secondo la novella di cui all'art. 6 della legge n. 145 del 2002 (introduttiva del c.d. *spoil system*) - si è asserito debba necessariamente intercorrere tra amministratori della società ed

⁹⁸ Negli stessi termini Corte dei Conti sez. giur. Umbria n. 47/2008, laddove si precisa che *"la lettura capovolta delle conclusioni del P.G., riportate nell'ordinanza SS.UU. n. 4511 del 2006, pone in evidenza come l'obbligo sinallagmatico a carico del soggetto privato di non distogliere i fondi ricevuti dalla loro destinazione a fini pubblici si configura non già come il presupposto dell'erogazione, ma come l'espletamento di un'attività rientrante tra i compiti propri della P.A."*.

⁹⁹ Cass. SS.UU. 20 ottobre 2006 n. 22513.

esponenti politici dell'ente di riferimento.¹⁰⁰

In realtà, ciò che tale nozione richiede è che vi sia, tra società ed Amministrazione, un rapporto tale per cui la prima possa ritenersi "*organo indiretto*" della seconda, ovvero che all'interno dell'attività sociale possa ravvisarsi, non tanto una finalizzazione a "*programmi*" perseguiti dall'Amministrazione, ma una vera e propria assimilazione di "*compiti o funzioni pubblici*" istituzionalmente demandati a quest'ultima.

In altre parole, non pare sufficiente una mera "*funzionalizzazione*" dell'attività sociale a fini di pubblico interesse, perché da ciò discenderebbe la conseguenza di allargare a dismisura l'ambito della giurisdizione, ricomprendendo nella nozione di rapporto di servizio, ad esempio, qualunque soggetto di diritto privato la cui attività sia, anche se lontanamente, riferibile alle finalità proprie dell'Amministrazione.

Al riguardo, giova rammentare che l'uso di strumenti organizzativi disciplinati dal diritto privato, ad opera di un'Amministrazione pubblica, non potrebbe neppure concepirsi senza che questi fossero strettamente strumentali allo svolgimento di attività a loro volta "*funzionali*" al perseguimento di compiti istituzionali dell'Amministrazione.

Si tratta, quest'ultima, di una conseguenza dello stesso principio di legalità, che regola l'azione di ogni ente pubblico e che, nel predeterminare sul piano legislativo le competenze istituzionali di ciascuna Amministrazione, esclude che possano anche solo concepirsi Amministrazioni "*libere nei fini*", e pertanto che possa utilizzarsi lo strumento societario per finalità che non siano strettamente funzionali ad uno dei fini pubblici assegnati per legge.

In altri termini, se l'oggetto sociale, o anche solo l'attività concretamente esercitata dalla società, dovesse risultare estranea ai compiti istituzionali dell'Amministrazione partecipante, quest'ultima non avrebbe titolo giuridico nemmeno per mantenere la partecipazione, e lo stesso atto di conferimento finirebbe per assumere il valore di atto di vera e propria distrazione di risorse, fonte essa stessa di danno erariale, quanto meno sotto l'aspetto finanziario.

Si tratta, quest'ultimo, di un principio immanente nell'ordinamento, nei cui confronti, peraltro, persino le recenti disposizioni normative, atte ad introdurre uno specifico meccanismo di verifica, non appaiono altro che meramente ricognitive.¹⁰¹

Anche per tali motivi, "*organo indiretto*" dell'Amministrazione non può considerarsi una qualunque società la cui attività sia meramente funzionale alle finalità perseguite dall'ente pubblico partecipante, perché in tal modo si avvalerebbe l'interpretazione

¹⁰⁰ Cfr. Corte dei Conti Sez. giur. Lombardia n. 135 del 2008.

¹⁰¹ Il riferimento è alle norme introdotte dalla legge n. 244 del 27 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008), con le quali è stato introdotto uno specifico meccanismo di verifica della rilevanza pubblica delle partecipazioni possedute dalle Amministrazioni pubbliche (vedi *supra*).

secondo cui tutte le società partecipate, per il solo fatto di essere legittimamente partecipate, dovrebbero considerarsi organi indiretti delle Amministrazioni.

"Organo indiretto" dell'Amministrazione deve considerarsi, viceversa, quella società (ovvero, l'ente di diritto privato) la cui attività, più che "funzionale" alle finalità perseguite dall'Amministrazione, sia "sostitutiva" nelle competenze di questa, ovvero che eserciti un'attività che l'Amministrazione, qualora non avesse deciso di delegarne l'attuazione a terzi, "avrebbe dovuto svolgere direttamente".

In tale contesto, la proprietà (pubblica) del capitale non pare rivestire alcuna valenza decisiva, anche se, indubitabilmente, la ricorrenza di una tale circostanza non potrebbe non considerarsi un indice importante della "strumentalizzazione" della stessa società.

In senso analogo, rischia di rivelarsi fuorviante ogni riferimento ai concetti di impresa pubblica o di organismo di diritto pubblico, e questo perché sono diverse le finalità alla base dell'elaborazione, da parte del diritto comunitario, sia del concetto di impresa pubblica che della nozione di organismo di diritto pubblico, la quale ultima trae origine dall'esigenza di individuare i soggetti tenuti ad osservare la normativa sulle gare; ma chi è tenuto, in aggiunta alle pubbliche amministrazioni, ad approvvigionarsi tramite gara non può essere considerato, solo per questo, "organo indiretto" della Pubblica Amministrazione.

Sotto altro aspetto, il requisito della strumentalità non può individuarsi sulla base di elementi meramente formali, come, ad esempio, la ricorrenza di una possibile concessione amministrativa; anche in tali casi, infatti, occorrerebbe avere riguardo a dati sostanziali, ovvero all'attività che viene concretamente svolta o, al limite, al regime giuridico cui sono sottoposti i processi decisionali all'interno della società.

Sul piano empirico, potrebbe rivelarsi utile, nel caso di società risultanti da processi di privatizzazione, accertare se l'organismo societario assolva o meno alle medesime funzioni svolte in precedenza dall'ente pubblico di derivazione, secondo una sostanziale linea di continuità.

In ogni caso, comunque, sarà sempre necessaria una verifica concreta, se effettivamente l'attività svolta dalla società corrisponda o meno ad uno dei compiti istituzionali intestati per legge all'ente pubblico di riferimento; soltanto in tali ipotesi, infatti, sarà possibile ravvisare il requisito della *strumentalità*, decisivo ai fini dell'estensione della giurisdizione contabile nei giudizi afferenti la responsabilità degli stessi esponenti societari.

Naturalmente, quella proposta potrebbe rivelarsi una soluzione solo parzialmente soddisfacente, in considerazione del rischio di mobilità che caratterizzerebbe un criterio di delimitazione della competenza riferito a un concetto, la strumentalità nei confronti di un

compito istituzionale dell'Amministrazione, che in determinate circostanze potrebbe rivelarsi di non facile interpretazione.

In particolare, l'indeterminatezza non deriverebbe dal concetto di strumentalità – sull'interpretazione del quale non sembrano potersi avanzare particolari dubbi – ma sull'esatta delimitazione dei compiti istituzionali degli enti, nei cui confronti dover operare il giudizio di comparazione.

In effetti, nel caso in cui l'ente di riferimento sia un ente di natura territoriale, cui spetta cioè, istituzionalmente, di perseguire interessi generali della collettività rappresentata, il rischio è che al concetto di "strumentalità" possa sovrapporsi quello di "funzionalità", annacquando in tal modo le distinzioni, ed anzi ricomprendendo, nell'ambito della giurisdizione contabile, qualunque tipo di soggetto giuridico la cui attività appaia, sia pure lontanamente o indirettamente, riferibile alle finalità pubbliche dell'ente.

Al riguardo, deve rilevarsi comunque che, con ogni probabilità, qualunque criterio di delimitazione della giurisdizione, che non abbia natura strettamente oggettiva, presenterebbe un tasso di mobilità per certi aspetti molto simile (anche quello basato, ad esempio, sullo stesso concetto di "controllo societario" ex art. 2359 c.c.).

Di converso, un criterio strettamente oggettivo, come ad esempio uno basato sulla soglia percentuale di possesso del capitale, rischierebbe di rivelarsi troppo rigido, con trattamenti simili per fattispecie in realtà differenti tra loro, o trattamenti diversi per fattispecie tra loro sostanzialmente assimilabili.

Per superare tali difficoltà, occorre che il riferimento sia alla circostanza che l'attività esercitata dalla società rappresenti, seppure in una qualche misura, un'attività che l'ente sarebbe tenuto a svolgere direttamente qualora non avesse deciso di delegarne l'attuazione ad un diverso soggetto giuridico.

Solo in tal caso, lo scrutinio potrebbe concentrarsi sulla "necessarietà" o meno del servizio svolto dalla società, ovvero sulla circostanza che, per tale tipo di attività, l'ente non potrebbe ometterne l'attuazione, senza violare la propria "missione" istituzionale.

La relazione di strumentalità, a questo punto, potrebbe enuclearsi in un numero più limitato di fattispecie societarie, la cui natura giuridica potrebbe definirsi "pubblica" ai fini della giurisdizione.

1.1. Il caso delle società c.d "in house"

Una menzione a parte merita il caso delle c.d *società in house*, ovvero quelle società costituite dagli enti locali, alle quali questi ultimi abbiano demandato il compito di fornire un servizio pubblico tramite assegnazione diretta (art. 113, comma 5 lett. c), del

D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

Da più parti suole assimilarsi tali fattispecie alla categoria degli enti pubblici in forma societaria, semplicemente sulla base del rilievo che il “*controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*”, che necessariamente deve essere esercitato dall’Amministrazione, possa rappresentare di per sé un elemento idoneo a costituire una relazione di strumentalità, tra l’attività prevista dallo statuto di tali soggetti ed i fini istituzionali dell’Amministrazione proprietaria.

In realtà, il requisito del “*controllo analogo*” avrebbe come unica finalità quella di legittimare l’affidamento diretto del servizio da parte dell’ente locale.¹⁰²

Si tratta di un elemento che attiene all’organizzazione interna della società, e solo parzialmente alla sua attività; attività le cui caratteristiche potrebbero infatti non avere alcun tipo di strumentalità, nel senso sopra descritto, con i compiti istituzionali dell’Amministrazione.¹⁰³

In altri termini, ad una *società in house* potrebbe essere stato demandato l’incarico di realizzare un determinato servizio pubblico esattamente nello stesso modo di una società interamente privata individuata tramite gara (art. 113, comma 5, lett. a)) ovvero di una società mista il cui socio privato sia stato selezionato tramite una procedura di evidenza pubblica (art. 113, comma 5, lett. b)).

Peraltro, non può non rammentarsi che, con riferimento alle *società in house*, non sembra potersi rintracciare alcun vincolo normativo alla cedibilità delle azioni, contrariamente a quanto espressamente previsto, viceversa, per le società cui gli enti locali, anche in forma associata, abbiano conferito la proprietà di reti, impianti, od altre dotazioni patrimoniali (art. 113, comma 13); e infatti, “*l’ente locale può cedere tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici dei servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento*” (art. 113, comma 12).¹⁰⁴

Ebbene, appare possibile, quindi, che una società inizialmente *in house*, incaricata

¹⁰² In argomento, FERRANTE N., *Gli affidamenti <in house>: il rapporto tra l’Amministrazione e la società affidataria nella logica del <controllo analogo>* in www.altalex.it 2006; GILBERTI B., *In house providing; questione vecchie e nuove*” (nota a Corte di Giustizia 13 ottobre 2005 n. 458 del 2003, caso Parking Brixen) in *Foro Amm. CDS*, 2006, pag. 44.

¹⁰³ Per una disamina della fattispecie, e in particolare sulla compatibilità del modello con la normativa dettata dal diritto comune, DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali* in *Giur. Comm.* 2006;

¹⁰⁴ Non pare smentire tale conclusione la recente decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 3 marzo 2008, la quale, pur elencando, tra i requisiti di riconoscimento del controllo analogo, la circostanza che lo statuto societario non preveda la possibilità di alienare a soggetti privati quote del capitale sociale, pur se minoritarie (in ciò ribadendo quanto in precedenza stabilito dalla sentenza della V sezione n. 5072 del 30 agosto 2006), non esclude tuttavia che l’ente pubblico possa procedere all’alienazione della società o di una sua partecipazione, con il solo limite di doverlo fare secondo le regole dell’evidenza pubblica.

cioè di svolgere un servizio pubblico a seguito di un affidamento diretto dello stesso servizio – reso possibile dalla ricorrenza di un *controllo analogo* da parte dell'ente locale sulla sua gestione – possa successivamente essere ceduta a terzi (selezionati con procedura di evidenza pubblica).

In un caso del genere, qualora, ai fini di giurisdizione, si aderisse all'opinione maggioritaria - cioè che tali società devono considerarsi mere "*estrinsecazioni*" degli enti pubblici conferenti - l'atto di cessione della partecipazione avrebbe come effetto quello di modificarne insieme anche la giurisdizione, in assenza tuttavia di qualunque tipo di mutamento dell'attività concretamente svolta dalla medesima società.

Al riguardo, il rischio è di incorrere nello stesso errore metodologico in cui si incorre allorquando, per legittimare la competenza del Giudice contabile, si fa riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico.

La normativa in tema di affidamento di servizi pubblici - così come la stessa nozione di "*società in house*" sottoposta al regime di controllo analogo – trae origine infatti dall'esigenza, tipicamente comunitaria, di tutela della concorrenza, in ciò analogamente alla normativa dettata in tema di approvvigionamenti tramite gara.

Così, come nel caso dell'organismo di diritto pubblico, l'obbligo di approvvigionarsi tramite gara nulla può dire della natura giuridica (pubblica) della società che ne è soggetta, nel caso delle "*società in house*", la sola circostanza che il servizio pubblico sia stato (inizialmente) affidato senza ricorrere ad alcuna procedura di gara, nulla potrebbe dire sulla natura giuridica (pubblica, ai nostri fini) di tali società, la quale può considerarsi pubblica solamente se, effettivamente, il servizio reso corrisponda ad un compito che l'Amministrazione avrebbe dovuto realizzare altrimenti, ma non perché la sua gestione sia sottoposta a procedure decisionali simili a quelle che caratterizzano la fornitura diretta di servizi da parte dell'Amministrazione.

1.2. Il problema della convenibilità diretta dei responsabili negli enti pubblici in forma societaria

Il mantenimento del criterio tradizionale di collegamento costituito dalla relazione di servizio esclude che la società a capitale pubblico possa considerarsi una sorta di "*amministrazione danneggiata*", e, per tale via, i suoi esponenti essere considerati "*funzionari pubblici*", come tali convenibili in giudizio direttamente da parte del Pubblico Ministero contabile.

In effetti, l'obiezione principale che viene mossa all'orientamento tradizionale, è proprio che in tali casi resterebbe il problema, tipico delle società finanziate con risorse pubbliche, di convenire direttamente in giudizio i soggetti che per queste hanno agito, e

non solamente le società come tali.

A tale obiezione è possibile tuttavia replicare, rammentando in particolare come sia stata la stessa Corte di Cassazione, anche nel recente passato, ad immaginare una specifica soluzione al problema, attraverso una ricostruzione interpretativa della fattispecie.

Secondo i giudici, sarebbe possibile tentare, in tali circostanze, un particolare percorso ermeneutico, che preveda l'individuazione di uno specifico "rapporto di servizio di fatto", tra singolo esponente societario e Pubblica Amministrazione, diverso e ulteriore rispetto a quello intercorrente tra società ed ente, in virtù del quale riconoscere una "legittimazione passiva aggiuntiva" a quella normalmente operante nei confronti della società.¹⁰⁵

In alternativa, potrebbe tentarsi l'individuazione di uno specifico "rapporto di legittimazione pubblica" all'interno della società, il quale, in maniera analoga, possa essere tale da affiancare quello esterno intercorrente tra società ed ente.¹⁰⁶

Si tratta di percorsi interpretativi che non risultavano in precedenza estranei neppure alla stessa giurisprudenza contabile, laddove, ad esempio, la stessa aveva ritenuto di confermare la propria giurisdizione, nei confronti di alcuni soggetti che avevano agito per conto di una persona giuridica di diritto privato, tra la quale e la Pubblica Amministrazione era stata riscontrata una formale relazione di servizio; in tale circostanza, era stato individuato uno specifico "rapporto di servizio di fatto" tra tali soggetti e l'Amministrazione, parallelo alla relazione di servizio principale intercorrente tra la persona giuridica privata e l'ente pubblico.¹⁰⁷

D'altra parte, nella stessa sentenza n. 3899 del 2004 – ritenuta solitamente, specie tra i sostenitori della tesi pan-pubblicistica, uno dei capisaldi del *revirement* interpretativo della Cassazione – sembrerebbe trasparire un ragionamento abbastanza

¹⁰⁵ Cfr. Cass. SS.UU. 21 dicembre 1999 n. 922, che ha confermato la responsabilità amministrativa del medico convenzionato con l'Autorità Sanitaria Locale, in considerazione della devoluzione, da parte dell'Azienda, di determinati compiti che potevano considerarsi di natura amministrativa, come quelli di certificazione sanitaria e finanziaria.

¹⁰⁶ cfr. Corte dei Conti, Sez. I centrale di appello n. 152/2004/A del 5 maggio 2004 che ha confermato Sez. Lazio n. 2876/02, per l'autonoma legittimazione di un dipendente della società concessionaria di lavori pubblici che rivesta le funzioni di direttore dei lavori nonché del socio amministratore di fatto della società concessionaria; ovvero Cass. SS.UU., 10 ottobre 2002 n. 14473, che ha confermato la sussistenza del rapporto di servizio in relazione all'affidamento di corsi di formazione professionale ad un ente privato da parte di una regione, precisando inoltre che si configura la legittimazione passiva anche dei singoli soggetti che abbiano, ancorché indebitamente, avuto il maneggio dei fondi destinati alla formazione, a titolo di responsabilità contabile, in www.italgiureweb.it.

¹⁰⁷ Cfr. Corte dei Conti Sez. II Centr d'App. n. 125-A/2006, ma anche Corte dei Conti Sez. giur. Campania 21 marzo 2006 n. 95, secondo la quale l'amministratore deve ritenersi responsabile quale "terminale di un'attività di gestione di fondi pubblici e pertanto soggetto agente nell'interesse della Pubblica Amministrazione."

simile.

Se è vero infatti, che in questa circostanza i giudici non hanno ritenuto di convenire direttamente la società, bensì i soggetti che per essa avevano agito (cioè i suoi amministratori) sul presupposto che la partecipazione al processo della società, oltre a rischiare di rivelarsi una mera *"partita di giro"* sul piano risarcitorio,¹⁰⁸ nulla avrebbe aggiunto a fondamento della legittimazione passiva dei suoi stessi esponenti, è anche vero che gli amministratori della società sembrano essere stati chiamati a rispondere non in quanto tali, ma in quanto *"funzionari di fatto"* dell'Amministrazione partecipante, ovvero per i danni arrecati al patrimonio sociale, ma non in quanto tali, ma nel loro riflesso *"indiretto"* sul patrimonio dell'ente partecipante, sotto forma di perdita di valore della partecipazione pubblica.¹⁰⁹

La contraddizione nel ragionamento operato dai giudici, semmai, la si percepisce nell'assoluta mancanza di ogni riferimento esplicito a quali dovessero intendersi gli *"obblighi di servizio"* dalla cui violazione far derivare la responsabilità, apparentemente scaturenti dal rapporto organico che vincola gli amministratori alla società, piuttosto che a rapporti di natura diversa, ulteriori e personali, tra questi ultimi e l'ente padre.¹¹⁰

1.3. La sindacabilità delle scelte imprenditoriali delle società

E' importante a questo punto chiedersi: potrebbe il Giudice contabile - e se sì, fino a che punto - nei casi in cui sia configurabile la sua giurisdizione, spingere il proprio sindacato fino a valutare il merito di scelte discrezionali attinenti la gestione operativa di

¹⁰⁸ Usa questa espressione, CHIARENZA V.C., op. cit..

¹⁰⁹ Ed è in tal senso che deve interpretarsi il riferimento, operato dai giudici nel corpo della sentenza, all'ultimo comma dell'articolo 1 della legge n. 20 del 1994, a mente del quale *"La Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge"*.

¹¹⁰ In tal modo, facendo ritenere a taluno di poter rivendicare *"una concezione finalistica del giudizio di responsabilità che assume un generale ruolo di salvaguardia delle risorse erariali ove destinate a un fine pubblico"* (ASTEGIANO G. *La responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica; dal giudice ordinario a quello contabile?* in *Dir. Regione* 2004, 3). I giudici, anche qui, sposano l'interpretazione già seguita nell'ordinanza n. 19667-03 alla novella di cui al comma 4 dell'articolo 1 legge 14 gennaio 1994 n. 20, secondo la quale il Legislatore avrebbe inteso, con tale norma, radicare la giurisdizione della Corte dei Conti ogniqualvolta fosse ravvisabile un danno all'Erario provocato da un agente pubblico, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto di servizio diretto con l'ente danneggiato. Giova rammentare, in ogni caso, che la sentenza in questione, di poco successiva cronologicamente all'ordinanza n. 19667-03, aveva ad oggetto fatti intervenuti non solo in un periodo precedente, ma soprattutto prima che entrasse in vigore la novella legislativa di cui al citato comma 4, espressamente applicabile solo a *"fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge,"* e che pertanto i giudici non avrebbero potuto tenere in considerazione tale ultima norma in questa diversa circostanza.

una società?

Fin qui si è sostenuto che, per potersi configurare la giurisdizione contabile nei giudizi afferenti la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico, occorre che possa riscontrarsi, nella fattispecie specifica, un rapporto di c.d. "*strumentalità*" tra l'attività svolta dalla società ed uno dei compiti istituzionali dell'ente di riferimento (il quale ente potrebbe anche non essere quello direttamente in possesso della partecipazione sociale); o, più esattamente, che l'attività svolta dalla società possa considerarsi, in una certa misura, "*sostitutiva*" per l'Amministrazione pubblica nello svolgimento di uno dei propri compiti.

Tale "*connotato pubblicistico*" - e non la semplice origine pubblica dei conferimenti - deve considerarsi elemento idoneo e sufficiente ad escludere, per tale società, la natura giuridica privatistica - in ossequio al principio della c.d. "*neutralità*" della forma giuridica societaria, concetto cui si ispira la stessa tesi pan-pubblicistica - ammettendone la convenibilità in giudizio, per i danni occorsi al patrimonio sociale quale componente indiretta del patrimonio erariale.

A tal proposito, deve rilevarsi che tra i "*compiti istituzionali*" di un'Amministrazione pubblica difficilmente potrebbe ricomprendersi un qualche tipo di attività avente natura imprenditoriale, se si intende quest'ultima come attività per sua natura orientata al libero mercato concorrenziale.

Proprio tale circostanza induce a ritenere che, per una società teoricamente riconducibile alla giurisdizione contabile, ovvero strumentale nel senso appena descritto, difficilmente potrebbero ritenersi estensibili quei limiti di sindacato solitamente derivanti dall'interpretazione del diritto comune - in base ai quali sarebbe da considerarsi escluso, per un (qualunque) Giudice, ogni tipo di sindacato di merito sulle scelte operative di una società, una volta che tali scelte fossero state adottate, da parte degli amministratori, all'interno di un perimetro di poteri espressamente riconosciuto loro dalla legge o dalle norme statutarie, e con l'accortezza di acquisire preventivamente ogni tipo di informazione necessaria al riguardo - essendo subordinati, tali limiti di sindacato, alla natura imprenditoriale delle scelte adottate.

Se così non fosse, ciò significherebbe far prevalere la forma giuridica adottata sulla reale sostanza, di ente preposto alla realizzazione di un'attività strumentalmente pubblica, estranea, come tale, ad ogni logica di natura imprenditoriale.

Al riguardo potrebbe obiettarsi che, in realtà, un problema di sindacato sul merito di scelte gestionali aventi contenuto imprenditoriale potrebbe porsi anche per questo tipo di fattispecie di società, se si considera che, qualunque sia la natura dell'attività da queste concretamente esercitata, essa in ogni caso non potrebbe operarsi se non con un "*metodo di natura imprenditoriale*", ovvero per il tramite di strumenti tipici del diritto

privato nella gestione del personale come nella gestione dei contratti, e tenendo in debito conto, nelle valutazioni di convenienza, di un contesto ambientale più ampio e più complesso di quello riferibile al settore pubblico.

Può farsi l'esempio di una società, interamente partecipata da un ente locale, cui lo stesso ente abbia conferito la proprietà esclusiva della rete di distribuzione di una determinata *utility* pubblica.

Anche solo il mantenimento del bene ricevuto, infatti, richiede una serie di attività di manutenzione (ordinaria e straordinaria) per le quali necessariamente - trattandosi di ente societario - occorre avvalersi degli strumenti tipici del diritto privato, con un confronto tra costi e benefici da operare in un contesto ambientale non limitato semplicemente a quello tipico del settore pubblico.

In effetti, a prescindere dalla natura, imprenditoriale o meno, dell'attività concretamente svolta, la logica delle scelte gestionali non potrebbe essere diversa da quella che caratterizza le decisioni operative di un imprenditore privato.

In realtà, però, nel caso specifico occorrerebbe verificare la compatibilità, di un tale tipo di sindacato da parte del Giudice contabile, non tanto e non solo con i limiti di sindacato generalmente riconosciuti nei confronti delle società di diritto comune, ma con il limite generale dettato dall'art. 1, comma 1 della legge n. 20 del 1994 (nel testo rinnovato dal decreto legge n. 543 del 1996, convertito in legge n. 639 del 1996), a mente del quale deve ritenersi escluso, per il Giudice contabile, ogni potere di sindacato sulle scelte discrezionali operate dall'Amministrazione; ciò perché ogni scelta a contenuto imprenditoriale è per sua natura connotata da una marcata discrezionalità.

Sull'applicabilità di tale divieto alle società a capitale pubblico, ovvero a scelte operate dall'Amministrazione non nell'esercizio delle proprie funzioni amministrative, ma in qualità di imprenditore, non esiste unanimità di consenso.

Tuttavia, la discrezionalità che caratterizza le scelte imprenditoriali non dovrebbe intendersi come quella tipica del diritto amministrativo, e ciò perché la scelta imprenditoriale è libera, non costituisce, a differenza della scelta discrezionale del diritto amministrativo, una valutazione di opportunità tra una serie limitata e definita di opzioni possibili (e regolate dalla norma).

Peraltro, non consentire al Giudice contabile, in tali casi, di entrare nel merito delle scelte operative delle società equivale, in sostanza, a renderne ininfluenza lo stesso intervento, con riferimento a tipi di attività, peraltro, nei confronti delle quali, attesa la natura tendenzialmente antieconomica delle stesse (le attività devono essere *sostitutive* di un *compito istituzionale* dell'Amministrazione, perché si configuri la giurisdizione contabile) potrebbero rivelarsi di scarsa utilità gli stessi strumenti della revisione

contabile societaria.¹¹¹

Sulla portata e l'ambito di applicazione del divieto citato, la Corte di Cassazione ha avuto più volte modo di pronunciarsi, orientandosi, al termine di un lungo percorso ermeneutico che ha visto registrare una significativa evoluzione anche delle proprie posizioni, nel senso di limitarne la portata, ed anzi ribadendo che, laddove la Pubblica Amministrazione agisca in qualità di imprenditore, seppure in vista del perseguimento di interessi pubblici, non esiste discrezionalità in senso tecnico, ma scelte di comportamento da scrutinare sulla base di una clausola di ragionevolezza.¹¹²

Di conseguenza, al Giudice contabile non può negarsi il potere di entrare nel merito di scelte gestorie anche a contenuto imprenditoriale, non potendosi confondere le valutazioni con il concetto di discrezionalità amministrativa, le quali *"non si ricollegano all'attribuzione, da parte del legislatore, di una scelta elettiva fra più comportamenti, attribuzione che riconduce l'agire discrezionale al principio di legalità"*.

Mentre *"di discrezionalità può solo parlarsi con riferimento agli atti di rilievo pubblicistico, senza confondere tale fenomeno con quello della libertà di scelta attribuita all'Amministrazione quando la stessa agisce come imprenditore, nella quale non vige il detto principio regolatore e per la quale, a seguito del recente révirement della giurisprudenza delle Sezioni Unite, sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità per danno erariale."*¹¹³

Và detto che nella circostanza citata la Corte di Cassazione non ha ritenuto di

¹¹¹ Puntuali al riguardo le osservazioni di DE DOMINICIS A.R., in *Casi di "malagestio" nella conduzione privatistica delle società per azioni a capitale pubblico* in Riv. Corte dei Conti 3/2006, secondo il quale *"ritenere ...che la Corte dei conti, giudice precostituito dell'economia pubblica, e delle conseguenti responsabilità patrimoniali, non possa sindacare nè le scelte aziendali di una s.p.a. a capitale pubblico, né i risultati patrimoniali esibiti a consuntivo nei bilanci di esercizio (perché ciò potrebbe costituire un sindacato sull'autonomia delle gestioni rette dallo strumento privatistico) significa limitare l'oggetto della giurisdizione contabile alle sole fattispecie dannose indirette, discendenti da illecito penale o da illecito civile. Ma se così fosse, resterebbe fuori dal giudizio di responsabilità amministrativa tutta l'area del danno diretto: che può dipendere dai rilievi degli organi di controllo interno (collegio sindacale ed auditing aziendale) oppure dall'analisi dei risultati dei bilanci di esercizio e dagli altri atti contabilmente rilevanti"*.

¹¹² Secondo BUCCARELLI A., *"l'area dell'autonomia negoziale che è espressione di una scelta, ma anche strumento di realizzazione della stessa, appare più vasta e atipica, ma soggetto a sindacato ad ampio spettro anche in relazione al rispetto dell'interesse pubblicistico di corretto utilizzo delle risorse ..."*, mentre l'area della discrezionalità è più ristretta, poiché attiene ai poteri d'autorità conferiti alla P.A. e soggetta a sindacato di conformità e non libero", in *Casi particolari di responsabilità contabile; esperienze di indagine sulla responsabilità amministrativa delle e nelle compagnie societarie pubbliche*, pag. 5, intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Le nuove responsabilità - casi particolari di responsabilità contabile", tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008;

¹¹³ Così Cass. SS.UU. 28 marzo 2006, n. 7024. Per un primo commento di tale sentenza, D'AURIA G., *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione delle società pubbliche; a proposito di alcune sentenze delle Sezioni Unite*, in *Foro Italiano* 2007, I, 2488.

esprimersi sulla questione della giurisdizione in tema di responsabilità nelle società pubbliche - limitandosi ad un mero richiamo del recente *revirement* operato dalle Sezioni Unite - non prendendo posizione sulla equiparazione o meno dell'attività imprenditoriale svolta dall'Amministrazione per il tramite di una società o quella esercitata direttamente per il tramite di un ente pubblico economico.

In ogni caso, non pare dubbio che, laddove le scelte dell'Amministrazione abbiano contenuto imprenditoriale, sia che ciò avvenga nella forma dell'ente pubblico economico, sia che ciò avvenga nella veste societaria, al Giudice contabile non dovrebbe negarsi il potere di entrare nel merito di scelte gestionali, qualora, e nei limiti in cui, tali scelte dovessero rivelarsi per certi aspetti *irragionevoli*; ¹¹⁴ da qui, il limite dello scrutinio, il quale di fatto non potrebbe estendersi a condotte diverse e ulteriori rispetto a quelle che possono considerarsi inconcepibili, o manifestamente contrarie alla legge, palesemente arbitrarie o contrarie ad ogni strategia di carattere imprenditoriale.

2. La mancanza di una relazione di servizio strumentale ed il rilievo, ai fini di giurisdizione, della forma giuridica rivestita dalla società

Nei paragrafi precedenti, si è riferito del criterio di collegamento della responsabilità amministrativa che dovrebbe orientare l'interprete nel discriminare la giurisdizione nei giudizi afferenti la responsabilità di esponenti di società a capitale pubblico, atteso che non pare auspicabile alcun concorso di responsabilità (civilistica e amministrativa) se non si voglia incorrere in un sistema sanzionatorio più gravoso per i soli esponenti di società a capitale pubblico, difficilmente compatibile con gli stessi canoni dell'ordinamento comunitario.

Di converso, laddove non sia dato riscontrare la presenza di una relazione di servizio strumentale - nei termini descritti in precedenza - tra l'attività della società ed uno dei compiti istituzionali dell'ente di riferimento, non pare configurabile la giurisdizione del Giudice contabile, dovendosi applicare in tali casi il regime di responsabilità proprio del diritto comune.

¹¹⁴ Mette in guardia dai rischi di una valutazione giuscontabile delle scelte aziendali MARTUCCI DI SCARFIZZI A., secondo il quale occorrerà approfondire da parte dei giudici i moduli comportamentali delle società, "*perché un conto è valutare le condotte antiggiuridiche e la colpa grave allorché trattasi di agenti pubblici operanti nelle Pubbliche Amministrazioni tradizionali, altra cosa è valutare le condotte di amministratori e dipendenti di società partecipate in mano pubblica. Cambia, infatti, il modello organizzativo, cambia il modo di porsi rispetto agli obiettivi da conseguire, cambia la <proporzionalità> che deve necessariamente esserci tra mezzi impiegati e fini da perseguire*", in *Fattispecie di responsabilità amministrativa dei dipendenti di società pubbliche e società partecipate nei confronti delle medesime - Profili di giurisdizione*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento "*Le nuove responsabilità - casi particolari di responsabilità contabile*", tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008.

In effetti, la pretesa estensione della giurisdizione contabile alle società a capitale pubblico, sul presupposto della natura "sostanzialmente" pubblica delle stesse essenzialmente derivante dalla provenienza (a sua volta pubblica) dei conferimenti ricevuti, potrebbe apparire una forzatura se si ha riguardo al sistema complessivo della tutela patrimoniale, il quale, probabilmente, era già dotato di strumenti adeguati per far fronte a possibili "deviazioni", nell'uso delle risorse pubbliche conferite, ad opera di amministratori o di esponenti delle società stesse.¹¹⁵

Da questo punto di vista, non può non condividersi l'atteggiamento di sostanziale sfiducia, nutrito dalla gran parte della dottrina e della giurisprudenza, circa la capacità di reazione del sistema nei confronti di possibili sprechi di risorse realizzati a scapito del patrimonio di società a capitale pubblico nel corso della gestione, in considerazione dell'affinità spesso riscontrabile tra gli amministratori di tali società e gli esponenti politici dai quali questi ultimi ripetono la nomina.

Ma, ciò nonostante, non si vede tuttavia per quale ragione questa situazione di sostanziale irresponsabilità debba ritenersi un fatto del tutto scontato ed immodificabile.

Anche perché l'estensione a tali società - ed in genere ad una serie numerosa e significativa di enti, strettamente legati al settore pubblico per il tipo di attività esercitata ovvero per la provenienza dei conferimenti - di forme di controllo di stampo pubblicitario, rischia di rivelarsi particolarmente invasiva nei confronti della loro gestione, sopprimendone di fatto ogni utilità pratica, e con essa la funzione che il Legislatore, presumibilmente, aveva inteso perseguire attraverso il ricorso a tale tipo di strumenti di diritto privato, prevedendone in alcuni casi la costituzione diretta, o riconoscendo in altri casi alla Pubblica Amministrazione la facoltà di avvalersene per il perseguimento delle proprie finalità.¹¹⁶

Giova rammentare, a tale proposito, quanto fù a suo tempo rimarcato dalla stessa Relazione al codice civile - a commento dell'introduzione della disciplina relativa alle società partecipate dallo Stato - ove si rilevava che in casi come questi "è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici."

Naturalmente, non si possono ovviamente negare le notevoli similarità che, sul piano sostanziale, è possibile riscontrare tra il caso di un soggetto giuridico (di ogni tipo)

¹¹⁵ In effetti, l'estensione della responsabilità amministrativa agli amministratori e/o ai dipendenti di società partecipate appare davvero il frutto di una scelta esclusiva della giurisprudenza, la quale, riconducendo alla nozione di "pubblici dipendenti" soggetti che tale qualifica non rivestivano, derogando alla giurisdizione generale, ha applicato nel caso specifico un sistema sanzionatorio aggiuntivo, per certi aspetti più gravoso persino di quello derivante dal diritto comune.

¹¹⁶ Per una disamina delle fattispecie di provenienza pubblica, IBBA C., *Società legali e società legifimate*, voce in *Enc. Treccani*, 1993.

chiamato a partecipare alla realizzazione di un programma di obiettivi pubblici determinato dall'Amministrazione per mezzo della fruizione di un contributo, e quello di una società, chiamata ugualmente a partecipare ad un programma di obiettivi pubblici determinato dall'Amministrazione, questa volta tuttavia con risorse ricevute a titolo di conferimento.

Tuttavia, è proprio in tali casi che alla forma giuridica rivestita deve riconoscersi un valore di sostanza, se non si vuole svalutare completamente la scelta, operata dal Legislatore o dall'Amministrazione, di adottare il modello societario.

Come è stato puntualmente rilevato, l'adozione della forma societaria non è di per sé un fatto neutro, perchè, *"che sia prevista o imposta da una norma di legge speciale o singolare o che sia il frutto della libera e legittima scelta di un determinato soggetto pubblico – determina necessariamente l'applicazione del diritto societario; nel primo caso per effetto della volontà espressa dal legislatore speciale o singolare, nel secondo semplicemente per effetto delle norme del codice civile che ricollegano alla costituzione di un determinato tipo di società – anche a tutela di interessi estranei a quello dei soci – l'applicazione della relativa disciplina."*¹¹⁷

Nello stesso senso si era mosso lo stesso Legislatore del 1942, allorquando, ponendosi il problema di regolare la società con partecipazioni dello Stato, ritenne - e probabilmente non a caso - di non prevederne alcuna disciplina speciale, se si fa eccezione, ovviamente, per talune disposizioni inerenti la nomina degli organi sociali.

Una scelta confermata dal Legislatore della riforma societaria del 2003, il quale anzi, per certi aspetti, pare aver voluto avvicinare ancor di più il regime giuridico delle società partecipate (dallo Stato) a quello delle società con esclusivo capitale privato, rendendo ancora più omogenea, nel regolamento societario, la posizione degli amministratori nominati dalla parte pubblica a quella degli amministratori nominati dalla parte privata.¹¹⁸

¹¹⁷ IBBA, C., op. cit., pag. 148.

¹¹⁸ A ciò deve aggiungersi la recente rivisitazione, avvenuta per effetto dell'art. 13 della legge 25 febbraio 2008, n. 34 (legge comunitaria per il 2007), dell'art. 2449 del codice civile, la quale, in tema di nomina di amministratori e sindaci nelle società con partecipazioni dello Stato o di enti pubblici, dando seguito alle censure operate dalla Corte di Giustizia con la sentenza 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04 n. 21, secondo cui le disposizioni nazionali non devono conferire agli Stati o agli enti pubblici la facoltà di esercitare un controllo sproporzionato nella gestione delle società da essi partecipate, ha imposto, nella nomina diretta di amministratori o sindaci da parte degli enti, il rispetto della regola di proporzionalità con il capitale conferito. In argomento, VITALE C., *La Corte di giustizia «boccia» l'art. 2449 del codice civile* in *Giornale di Diritto Amministrativo* 2008, pag. 521. Per una disamina completa della vicenda, e in particolare della sentenza nazionale dalla quale ha tratto origine la sentenza della Corte di Giustizia comunitaria, vedasi URSI R., *Nota redazionale a T.A.R. Lombardia 13 ottobre 2004 n. 175 (caso AEM s.p.a.)* in *Foro Italiano* 2005, III, 34, e FRACCHIA F., *Studio delle società pubbliche e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, in *Foro It.*, 2005, III, 38.

Ai giudici spetta ovviamente il compito di ricercare, nel momento interpretativo, un punto di mediazione tra il dato normativo, ove carente o incompleto, e la tutela degli interessi generali della collettività.

Occorre però che tale compito venga assolto tenendo conto di tutti i possibili riflessi nei diversi settori normativi interessati; e al riguardo, *"non può ignorarsi che la società è un organismo associativo (o quanto meno, se teniamo conto della società anche originariamente uni-personale, potenzialmente associativo) destinato a operare sul mercato e dotato di una disciplina che di ciò tiene conto, tutelando gli interessi di tutti coloro che, dal di dentro o dal di fuori, risentono gli effetti dell'agire sociale; non può ignorarsi, in particolare, che la disciplina societaria prevede già un organico sistema di responsabilità (più o meno funzionante, ma esaustivo e completo) a protezione anche di soggetti diversi e di interessi diversi da quelli di cui è portatore il socio pubblico."*¹¹⁹

La verifica della corretta destinazione delle risorse pubbliche, pertanto, non dovrebbe operarsi senza tener conto della tipologia della singola forma organizzativa - nonché della disciplina e delle garanzie che a tale forma siano riconducibili - che il Legislatore o l'Amministrazione, in questo caso con la mediazione della norma, hanno scelto espressamente di adottare.

In altre parole, la società deve rimanere società a prescindere da chi ne sia il proprietario (o ne abbia il possesso del capitale), e la tutela contro eventuali atti di *mala gestio*, pur se lesivi di un interesse riconducibile al pubblico, deve operarsi, *in primis*, all'interno del contesto societario, attraverso il ricorso agli strumenti di reazione previsti dalla disciplina di settore, ai quali soli l'ente socio ha il dovere di ricorrere per assicurare che le risorse conferite siano effettivamente destinate alle finalità (pubbliche) che hanno legittimato il conferimento.

Soluzioni diverse, in cui si ipotizzino, viceversa, responsabilità amministrative dirette per gli amministratori o i dipendenti delle singole società, sono ipotizzabili solamente in situazioni particolari, ove si tratti, ad esempio, di risarcire beni giuridici differenti da quelli aventi natura strettamente patrimoniale.¹²⁰

¹¹⁹ IBBA C., op. cit., pag. 148.

¹²⁰ Concorde nella necessità di ricercare una soluzione di compromesso tra l'esigenza di tutelare l'interesse finanziario pubblico ed il rispetto del sistema di responsabilità delineato dal codice civile è PINOTTI C., secondo la quale *"è del tutto ammissibile che gli amministratori di società in mano pubblica, proprio in ragione della natura pubblica delle risorse loro affidate in vista di finalità di pubblico interesse, abbiano uno statuto di responsabilità più severo rispetto agli altri in quanto frutto di una scelta legislativa attributiva della materia alla giurisdizione contabile, purché ciò non determini la creazione di un vero e proprio sistema di responsabilità (di tipo pubblicistico) parallelo a quello civilistico e con esso interferente in senso conflittuale, perché ciò paradossalmente porterebbe alla reciproca 'neutralizzazione' dei due sistemi di responsabilità"* in *La responsabilità degli amministratori di società, tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte dei Conti* n. 5/2004, p. 367.

Ma se a entrare in gioco è il patrimonio, sia che si tratti del patrimonio della società, sia che si tratti del patrimonio dell'ente pubblico "indirettamente" danneggiato, la soluzione più compatibile con l'attuale sistema normativo pare essere una sorta di complementarità nelle forme di tutela, ove, al mantenimento in capo agli enti partecipanti dei poteri e delle prerogative di socio, si accompagni una penetrante e costante attività di monitoraggio, da parte del Pubblico Ministero contabile, nei confronti delle condotte degli enti partecipanti – e soprattutto di chi li rappresenta - affinché questi ultimi si avvalgano, con la dovuta tempestività, di ogni tipo di strumento ritenuto opportuno per preservare il valore dell'investimento pubblico.

Su un piano strettamente erariale, ciò che dovrebbe rilevare è l'inerzia nell'attivazione degli strumenti di reazione - anche e soprattutto di reazione giudiziaria - unita, ove riscontrabile, alla mancata adozione, nel corso della gestione, di idonee iniziative di vigilanza, attraverso un uso calibrato e costante dei poteri di socio, e con una considerazione particolare per tutti quei casi in cui, per la rilevanza della partecipazione posseduta o la presenza di eventuali poteri speciali, il socio pubblico possa avvalersi di forme di vigilanza ancora più incisive.

La tutela erariale, in altre parole, dovrebbe partire dalla tutela civilistica, non sostituirsi ad essa; ed in effetti, nel caso delle società partecipate, il danno erariale trova solo la sua origine negli atti di cattiva gestione posti in essere dagli amministratori o dagli esponenti della società.

Esso si consolida solo successivamente, in capo al patrimonio dell'ente partecipante (istituzionale o territoriale) se e quando tale ente ometta, per il tramite di chi lo rappresenta, di attivare gli opportuni strumenti di reazione che l'ordinamento gli riconosce nella sua qualità di socio.

In tale contesto, l'azione del Pubblico Ministero contabile dovrebbe orientarsi, prioritariamente, a far valere la responsabilità di coloro – questi sì, veri e propri "funzionari pubblici" – ai quali, nell'organigramma dell'ente partecipante, sia stato delegato l'esercizio delle prerogative di socio nel contesto societario.¹²¹

E per una esatta qualificazione di tali soggetti, un ruolo decisivo potrebbe assumerlo l'adozione, da parte degli enti pubblici cui fanno capo eventuali partecipazioni, di possibili "modelli organizzativi", i quali, in maniera analoga a ciò che avviene anche in altri settori dell'ordinamento,¹²² definiscano con chiarezza l'organigramma dell'ente ed il

¹²¹ Tra tali prerogative, possono ricordarsi, ad esempio, il potere di indicare le nomine di amministratori e sindaci, di deciderne la revoca, di intervenire in assemblea in nome e per conto dell'ente, di decidere in ordine alla possibile promozione di azioni di responsabilità, alla loro rinuncia o transazione.

¹²² Il riferimento è alla vigente disciplina in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (legge n. 231 del 2001).

contenuto delle deleghe interne, con una descrizione analitica dei criteri da seguire nei momenti più significativi della vita societaria, come, ad esempio, in occasione dell'approvazione dei bilanci o dell'adozione di determinate delibere di natura straordinaria.¹²³

In generale, modelli organizzativi che, delimitando i poteri e le aree di responsabilità dei singoli funzionari addetti, li rendano al contempo direttamente responsabili nei confronti degli organi della giustizia contabile, e forse, anche solo per questo, più indipendenti nei confronti degli stessi organi di direzione politica, i quali potrebbero in effetti rivelarsi restii, in molte circostanze, a farsi promotori di azioni incisive di reazione nei confronti di atti di cattiva gestione posti in essere da amministratori molto spesso a loro legati da rapporti di natura fiduciaria o di assonanza politica.¹²⁴

La soluzione appena prospettata avrebbe l'indubbio vantaggio di rivelarsi coerente con la *ratio* e le finalità del c.d. *potere riduttivo*, il quale, come noto, ha come fine quello di evitare che il dipendente pubblico, nell'esercizio delle proprie funzioni, sia scoraggiato dall'assumersi le necessarie responsabilità.¹²⁵

¹²³ Modelli che sono diventati ancora più necessari a seguito della riforma dei servizi pubblici locali, che ha trasformato, in sostanza, l'Ente Pubblico da mero "gestore" del servizio a "soggetto strategico" nella politica di indirizzo della programmazione, dell'ottimizzazione e della razionalizzazione dei servizi. L'Ente locale, che sia socio in più società e/o enti controllati o partecipati, deve oramai immaginarsi come una sorta di capogruppo di altri soggetti giuridici, aventi tutti una propria e distinta personalità giuridica. In tale veste, esso deve predisporre una serie di regole e procedure atte a disciplinare i rapporti e le relazioni tra l'Ente e le Società controllate o partecipate, dotandosi a tal fine di un modello organizzativo di controllo interno all'Amministrazione, cui demandare l'implementazione e la gestione di tale insieme di regole. Al riguardo, giova rammentare come alcuni tra gli enti più attenti alla problematica in questione, si siano già dotati di apposite strutture appositamente preposte allo svolgimento di compiti di supporto tecnico-specialistico e di coordinamento tra l'organo di governo dell'Ente locale e le società. Tra questi, lo stesso Comune di Roma, che ha istituito uno specifico "Dipartimento Politiche Economiche e Coordinamento del Gruppo Comune di Roma" (cui sono stati devoluti compiti di controllo delle società partecipate, di esame dei documenti contabili, di analisi dei bilanci, di redazione di tutti i provvedimenti amministrativi dei settori interessati), nonché una "Agenzia per il Controllo e la Qualità dei Servizi Pubblici Locali" (cui viceversa è stato demandato il compito di monitorare la qualità dei servizi erogati come definiti dai contratti di servizio, nonché di fornire il necessario supporto tecnico-specialistico all'organo di governo del Comune nell'elaborazione dei progetti o delle ricerche negli specifici settori).

¹²⁴ La *ratio* è la prevenzione dal rischio, che si realizza attraverso la predeterminazione delle aree di responsabilità e la contemporanea creazione di opportune contrapposizioni di interessi tra soggetti diversi nell'ambito dell'organizzazione amministrativa dell'Ente. Il concetto è simile a quello sottostante la disciplina dettata in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, per i reati commessi a loro vantaggio o nel loro interesse (legge 231-2001), la quale subordina infatti il godimento da parte dell'Ente di un particolare esimente, all'adozione preventiva di un apposito modello organizzativo e gestionale, il quale modello, disciplinando i rapporti interni e le procedure da seguire nelle varie fasi della gestione aziendale, sia idoneo a prevenire la commistione dei reati da parte dei dipendenti o da parte degli amministratori.

¹²⁵ La Corte Costituzionale ha ritenuto legittimo questo potere, evidenziando come il suo scopo sia quello di "ricercare un punto di equilibrio tale da rendere, per i dipendenti e gli amministratori

Qualora si pretendesse, infatti, di demandare al solo organo inquirente contabile la tutela delle ragioni degli enti partecipanti, l'applicazione da parte del giudice del potere riduttivo – il cui ricorso, deve rammentarsi, è in molti casi doveroso ¹²⁶ - finirebbe per risolversi, inevitabilmente, in un'ulteriore lesione per il patrimonio sociale, con conseguenze negative per tutti i soggetti interessati alle sorti del medesimo, tra cui, paradossalmente, anche il socio pubblico.

In effetti, se al potere riduttivo deve riconoscersi un qualche tipo di utilità, questa si percepisce ove si tratti di valutare il comportamento di un normale dipendente pubblico, il quale, in molte circostanze, potrebbe trovarsi a dover prendere decisioni aventi una rilevanza patrimoniale di gran lunga superiore alla propria dimensione economica.

Una riduzione forfetaria della sanzione, viceversa, non appare altrettanto giustificata ove si tratti di valutare il comportamento di amministratori di una società, i quali, solitamente, per assumere tali incarichi ricevono remunerazioni di mercato, adeguate ai rischi di una gestione imprenditoriale. ¹²⁷

pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo" (Corte Cost. 20 novembre 1998, n. 371, in *Giur. cost.* 1998, 3256).

¹²⁶ Il riferimento è alle disposizioni introdotte dalla legge n. 266 del 23 dicembre 2005 (legge finanziaria 2006), il cui comma 231 dell'art. 1 ha previsto che *"con riferimento alle sentenze di primo grado pronunciate nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti per fatti commessi antecedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge, i soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna possono chiedere alla competente sezione di appello, in sede di impugnazione, che il procedimento venga definito mediante il pagamento di una somma non inferiore al 10 per cento e non superiore al 20 per cento del danno quantificato nella sentenza"*. La Corte di Appello, sentito il procuratore competente, *"delibera in merito alla richiesta e, in caso di accoglimento, determina la somma dovuta in misura non superiore al 30 per cento del danno quantificato nella sentenza di primo grado, stabilendo il termine per il versamento"* (comma 232), e *"il giudizio di appello si intende definito a decorrere dalla data di deposito della ricevuta di versamento presso la segreteria della sezione di appello."* Sulla legittimità costituzionale di tali disposizioni si è espressa la Corte Costituzionale, con sentenza n. 183 del 12 giugno 2007, secondo la quale queste norme non rappresentano alcuna fattispecie premiale costituzionalmente illegittima, a danno del buon andamento della Pubblica Amministrazione, delle pubbliche risorse e del libero convincimento del giudice, ma si inseriscono rettamente nel solco della responsabilità amministrativa come fattispecie peculiare del c.d. *potere riduttivo*, ovvero la fattispecie determinativa del debito addebitato al convenuto ritenuto colpevole, ad esito di giudizio secondo parametri di equità. Nella sentenza n. 242 del 2 luglio 2008, la Corte Costituzionale confermava inoltre la ratio delle norme citate, evidenziandone il fine di ottenere un'accelerazione dei processi, ed un rapido incameramento da parte dell'Erario almeno delle somme di minore entità, e non quello di configurare un'ipotesi di condono. In argomento VENTURINI L., *"La Consulta pone luce sui fini ed i limiti costituzionali dei giudizi di responsabilità amministrativa a carico di dipendenti ed amministratori pubblici e ne individua la funzione di garanzia per la collettività"*, in www.amcorteconti.it.

¹²⁷ Da questo punto di vista, non può trascurarsi la disparità di trattamento che potrebbe determinarsi, sotto il profilo del migliore trattamento eventualmente riservato ai primi, tra amministratori di società partecipate dal settore pubblico ed amministratori di società private, laddove l'esercizio dell'azione amministrativa conduca ad un risarcimento del danno solo parziale, impedendo al contempo ulteriori azioni di natura civilistica sugli stessi fatti.

In favore della conservazione, per le società a capitale pubblico, dell'ordinario sistema di responsabilità disciplinato dal diritto comune, militano inoltre ulteriori argomentazioni.

A differenza del sistema di diritto comune, infatti, nel sistema della responsabilità amministrativa non si applica, salvo eccezioni, alcuna regola di solidarietà passiva; non solo, ma hanno rilievo esclusivamente i casi connotati da dolo o colpa grave, e i termini di prescrizione sono molto più favorevoli per i soggetti responsabili, in quanto decorrenti dalla data del presunto evento dannoso e non da quella, solitamente successiva, di cessazione dalla carica.

Per altro aspetto, deve rilevarsi che pretendere di demandare al Pubblico Ministero contabile, magari in via esclusiva, la tutela del patrimonio delle società partecipate – e, per essa, le ragioni degli enti partecipanti – rischia di generare due effetti, entrambi negativi in un'ottica di sistema; da una parte, quello di una effettiva de-responsabilizzazione dei funzionari degli enti partecipanti; dall'altra, la possibilità che venga a crearsi, di fatto, un'area di impunità molto vasta.¹²⁸

Sotto il primo profilo, non può trascurarsi il rischio che l'iniziativa pubblica si riveli un grosso freno, per i funzionari degli enti, nell'esercizio della (pur doverosa) opera di vigilanza.

Il rischio, in particolare, è che venga a crearsi un sistema perverso, nel quale chi ha l'obbligo di esercitare le prerogative dell'ente sia indotto a procrastinare, se non addirittura ad evitare l'uso di strumenti cui, viceversa, in circostanze simili, qualunque socio privato farebbe immediato ricorso.

Il Pubblico Ministero contabile diverrebbe cioè una sorta di paracadute; meglio attendere, senza avviare, ad esempio, alcuna azione legale di recupero, piuttosto che agire rischiando di compromettere non solo l'immagine della società, ma anche e soprattutto il rapporto con gli stessi amministratori, legati spesso agli organi della direzione politica dell'ente da rapporti di carattere fiduciario o di affinità politica.¹²⁹

¹²⁸ Recenti statistiche hanno rilevato che le società direttamente controllate da enti locali sono in Italia attualmente circa 5.400.

¹²⁹ A meno che, ovviamente, la Procura contabile non decida di convenire, unitamente agli amministratori della società, gli stessi funzionari dell'ente, per la loro colpevole inerzia nell'esercizio della necessaria opera di vigilanza; strada, tuttavia, per nulla o quasi, almeno finora, praticata dalla giurisprudenza. Emblematico il caso della sentenza della Sezione giurisdizionale del Trentino Alto Adige 18 luglio 2006 n. 58, che, nel condannare gli amministratori di una società partecipata interamente da enti pubblici locali (*la Autobrennero s.p.a.*) al risarcimento dei danni causati alla stessa per effetto di un costosissimo contenzioso giudiziario avvenuto a seguito di un loro colpevole comportamento (peraltro con ampio uso del potere riduttivo), ha tenuto tuttavia completamente fuori dalla vicenda non solo gli enti pubblici soci, ma anche i loro stessi rappresentanti, nonostante abbia riscontrato una "*macroscopica inosservanza*" di puntuali disposizioni legislative, connotata da ripetuta "*negligenza, leggerezza, e manifesta incuria dei pubblici interessi*" (in *Riv. Corte dei conti* 2006, 4, II, 58). Per una disamina di tale sentenza, GILENO M., *Società per azioni costituita in forma*

Sotto un secondo profilo, non può ignorarsi come il fenomeno delle società partecipate abbia assunto oramai una dimensione persino superiore, presumibilmente, alle stesse aspettative del Legislatore, e che esso, nonostante i tentativi operati anche di recente di ricondurlo ad una dimensione più contenuta, non pare sia destinato a regredire in misura significativa.

Il moltiplicarsi dei bisogni collettivi, infatti, unito all'esigenza, prettamente politica, di prevedere spesso strutture organizzative *ad hoc*, destinate cioè al soddisfacimento di uno specifico bisogno, costituiscono dati dai quali, ragionevolmente, pare difficile riuscire a tornare indietro.

In tale contesto, demandare al Pubblico Ministero contabile – specialmente se in via esclusiva - il compito di farsi carico di tutte le (innumerevoli) possibili fattispecie di danno, rischia di rendere, la tutela delle risorse pubbliche, del tutto episodica e aleatoria, con grave nocumento, in ultima analisi, della stessa credibilità dell'ordinamento giuridico.

2.1. Aspetti procedurali

La soluzione proposta rischia di essere poco compatibile con le posizioni espresse dalla stessa Procura Generale presso la Corte dei Conti, la quale, in una recente Nota interpretativa indirizzata a tutte le Amministrazioni Pubbliche (la n. 1 del 2 agosto 2007)¹³⁰ nell'elencare i soggetti tenuti all'obbligo di denuncia di danni erariali alle Procure Regionali, ha ricompreso tra questi anche gli stessi amministratori, sindaci e dirigenti delle società a partecipazione pubblica – qualunque sia il sistema di amministrazione e controllo – dando per "*pacifica la sussistenza del potere di cognizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori o dipendenti per danni causati ad enti pubblici economici ed a società a partecipazione pubblica*".¹³¹

privatistica e giurisdizione della Corte dei Conti: una sentenza innovativa in Riv. Corte dei Conti n. 6/2006.

¹³⁰ Che abroga e sostituisce la precedente nota interpretativa n. 16 del 28 febbraio 1998, avente lo stesso oggetto.

¹³¹ V'è osservato che non esiste un numero chiuso di ipotesi e che notizie rilevanti in tal senso potrebbero giungere alla Procura in tanti modi diversi, persino in forma anonima; come è stato rilevato, anche nel caso di un'azione promossa in sede civile da uno dei soci di minoranza, a carico degli amministratori o della stessa società, "*può ritenersi che, una volta conclusa od anche soltanto instaurata la contestazione giudiziale tra socio privato e, direttamente, amministratore di nomina pubblica (rectius, amministratore che ripete la propria nomina da un soggetto pubblico, non solo per effetto di un potere speciale ma anche a seguito di nomina assembleare) – a fortiori se tra socio privato e società a capitale pubblico maggioritario – debba destarsi nella maggior parte dei casi l'interesse della Procura regionale della Corte dei conti per verificare se l'oggetto del contendere in una causa che non può riguardarlo implichi tuttavia un concreto rischio di depauperamento del patrimonio sociale, lucro cessante o danno emergente, ascrivibile in astratto alla diretta responsabilità di un amministratore di nomina pubblica o di un dipendente,*" provvedendo all'apertura di un procedimento anche attraverso l'interruzione dei termini prescrizionali dell'azione, in attesa di conoscere l'esito del processo civile e di valutarne le

- 75 -

Occorre pertanto chiedersi; come conciliare tali disposizioni normative – sicuramente vincolanti – con la necessità di preservare però, per le stesse società a capitale pubblico che non siano in una relazione di servizio strumentale con l'Amministrazione pubblica, il tradizionale regime di responsabilità?

In effetti, si tratta di un problema che potrebbe presentarsi in ogni occasione in cui al Procuratore regionale giunga una qualsiasi *notitia damni* afferente la gestione di una società partecipata.

Deve rammentarsi, al riguardo, che l'ordinamento non prevede, per l'acquisizione della *notizia damni* da parte della Procura contabile, non solo alcun limite, ma neanche una particolare procedura - analogamente a quanto si verifica nel sistema penale - e che pertanto l'organo inquirente può venire a conoscenza di fatti potenzialmente lesivi del patrimonio pubblico anche a prescindere da una segnalazione "*qualificata*", proveniente cioè da un numero chiuso di fonti possibili ed individuate.

Per altro aspetto, non può non tenersi conto come l'attività del Pubblico Ministero contabile, in maniera analoga a quella del Pubblico Ministero penale, non sia un'attività discrezionale, ma vincolata, nel senso che lo stesso organo inquirente non potrebbe ignorare, senza incorrere in responsabilità personale, una segnalazione di danno erariale proveniente da una fonte credibile, ancorché anonima.

Un possibile modo di procedere, pertanto, potrebbe essere il seguente.

Il Pubblico Ministero, ricevuta la notizia, avvia in ogni caso i necessari accertamenti istruttori, iscrivendo un nuovo procedimento nei confronti di coloro cui spetterebbe il compito di vigilare sull'andamento delle partecipazioni (tenuto conto dell'organigramma e delle competenze interne all'ente partecipante). Una volta acquisiti i necessari elementi istruttori, utili a confermare o meno la notizia ricevuta, convoca i rappresentanti dell'ente in audizione personale, notificando loro, ove necessario, una specifica comunicazione istruttoria. Sospende, a quel punto, ogni ulteriore attività, in attesa di vagliare il comportamento di questi, avuto riguardo, naturalmente, ai termini prescrizionali dell'azione.

Un tal modo di procedere risulterebbe coerente, probabilmente, con gli stessi principi ispiratori del procedimento erariale, la cui finalità principale è appunto quella di prevenire, più che di reprimere, dei possibili danni all'Erario.

In particolare, esso risulterebbe coerente con la natura del c.d. "*invito a dedurre*", il quale, come chiarito dalla stessa Corte Costituzionale, deve considerarsi "*un atto che muove dall'acquisizione di ulteriori elementi, se del caso anche di carattere esimente, in*

conseguenze in relazione agli interessi erariali (CAPUTI JAMBRENGHI V., op. cit., 348).

vista delle conclusive determinazioni che non necessariamente dovranno essere nel senso dell'inizio dell'azione di responsabilità" (Corte Cost. 4 giugno 1997, n. 163).¹³²

Un tal modo di procedere potrebbe inoltre rivelarsi un potente deterrente nei confronti di eventuali atteggiamenti dilatori od omissivi posti in essere da parte degli enti partecipanti, e ciò in quanto i funzionari responsabili dell'esercizio delle prerogative societarie si troverebbero a rischiare in proprio una possibile azione di responsabilità in caso di colpevole inerzia.

Senza contare che, in caso di disaccordo tra questi e gli stessi rappresentanti politici dell'ente - se, ovviamente, dovesse trattarsi di soggetti diversi tra loro - un tal modo di procedere sortirebbe l'effetto, con ogni probabilità, di creare tra costoro una profonda quanto positiva contrapposizione di interessi, destinata, nella gran parte dei casi, a risolversi in un'azione di controllo ancora più incisiva contro possibili atti lesivi posti in essere dalle società partecipate.

Naturalmente, il fatto di rappresentare un deterrente non determina, di per sé, l'obbligo per l'ente di avviare sempre e comunque specifiche azioni legali di recupero.

Ciò che spetta all'ente, piuttosto, nella sua qualità di socio, è di ponderare, tra le possibili condotte, quella che più di altre potrebbe costituire la presa di posizione più opportuna avendo riguardo a tutti gli interessi in gioco.

Ai fini della responsabilità amministrativa, ciò che rileva è che, quand'anche l'ente dovesse ritenere opportuno rinunciare o transigere ad una possibile azione legale, tale scelta sia consapevole e soprattutto adeguatamente motivata, nel senso di apparire trasparente e riscontrabile in maniera oggettiva anche da parte della Procura contabile.

Per tale motivo, non paiono condivisibili le affermazioni di una recente giurisprudenza, secondo la quale *"sarebbe fonte di perplessità postulare ... uno schema*

¹³² Il c.d. *invito a dedurre* è disciplinato dall'art. 5, comma 1, della legge 14 gennaio n. 19, secondo il quale il Procuratore regionale che intenda esercitare l'azione di responsabilità, deve *"invitare il presunto responsabile del danno a depositare entro un termine non inferiore a trenta giorni dalla notifica della relativa comunicazione le proprie deduzioni ed eventuali documenti. Nello stesso termine il presunto responsabile può chiedere di essere ascoltato personalmente."* Sulla funzione di tale istituto, la Corte dei Conti a Sezioni Riunite (sentenze su questioni di massima 16 febbraio 1998 n. 7/Q e 19 giugno 1998, n. 14/Q) ha chiarito che allo stesso deve riconoscersi una duplice funzione, quella di garantire la massima completezza istruttoria (per esigenze di economica processuale), e quella di consentire al possibile convenibile di svolgere, *ante causam*, le proprie argomentazioni difensive al fine di evitare - ove rivestano carattere esimente - la successiva citazione a giudizio. L'invito cioè, deve essere finalizzato a consentire al magistrato inquirente l'acquisizione - attraverso le eventuali deduzioni del convenibile, o l'audizione dello stesso - di ulteriori elementi conoscitivi, a conferma o meno (ove di carattere esimente) di quelli che già possiede; *"con esso non si formulano addebiti ma soltanto ipotesi di responsabilità, così come emergenti allo stato degli atti, soggette a verifica dialettica con l'indiziato"* (PISCITELLI G., *L'invito a dedurre nel procedimento istruttorio del procuratore contabile*, in *Riv. Corte dei Conti*, n. 4/2002, pag. 317). In argomento, CHIAPPINELLO C. *Diritto di accesso agli atti nella fase preprocessuale del giudizio contabile* in www.amcorteconti.it, APOLLONIO G. *L'invito a dedurre del Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti* in www.altalex.com, intervento del 19 marzo 2007, PATTI. G., *Reiterazione dell'invito a dedurre ed inammissibilità dell'atto di citazione* in *Riv. Corte dei Conti* n. 5/2007.

nel quale l'azione erariale risulti esperibile nei (soli) confronti del socio pubblico per l'eventuale mancato esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti del management, giacché potrebbe per tal via addivenirsi allo schema, un po' paradossale, dell'esercizio obbligatorio di un'azione pubblicistica di responsabilità avverso gli autori del mancato esercizio di un'azione discrezionale (giacché ex lege rinunciabile e/o transigibile) di diritto privato.”¹³³

Non deve dimenticarsi, infatti, che se un soggetto pubblico decide di avvalersi, per realizzare le finalità istituzionali, di una partecipazione in una determinata società - con ciò investendovi proprie risorse evidentemente pubbliche - deve pur sempre farlo in nome di un interesse pubblico, nonostante si avvalga, in tal caso, di un'attività *“disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato”*.

Ciò significa che la discrezionalità che solitamente caratterizza la figura del socio nella valutazione dei propri interessi, deve atteggiarsi in questo caso in maniera del tutto particolare, dovendosi rapportare al ruolo e alle finalità istituzionali rivestite dall'ente, nonché alla provenienza pubblica delle risorse da questo investite.

In altre parole, l'ente pubblico resta pubblico anche se, e quando riveste la posizione di socio, così come restano pubblici gli stessi funzionari che devono agire in suo nome o che devono rappresentarlo nel contesto societario.

Ogni decisione riguardante la gestione della partecipazione, come ogni decisione riguardante la gestione della partecipata - nei limiti in cui ciò sia ovviamente possibile per il singolo socio, anche se pubblico - deve operarsi tenendo conto della provenienza delle risorse conferite, e in particolare, della necessità di perseguire nella maniera migliore le finalità (pubbliche) per le quali si era operato il conferimento.

Sostenere il contrario, ovvero che dalla semplice adozione di una forma organizzativa di diritto privato debba derivare una sorta di libero arbitrio, per lo stesso ente - e in particolare per chi lo rappresenta nel contesto societario - nella selezione delle condotte da assumere nel corso della gestione sociale - in ciò analogamente ad un socio privato - appare francamente un'interpretazione che non solo non pare trovare alcuna corrispondenza nelle norme dell'ordinamento, ma che equivarrebbe, in sostanza, anche a negare alla Pubblica Amministrazione la possibilità stessa di avvalersi, per la propria azione, di strumenti ed istituti disciplinati dal diritto privato.

¹³³ Corte dei Conti, sez. giur. Lombardia n. 135-2008.

2.2. La rilevanza dei fatti accaduti presso le società partecipate

In precedenza si è posta la domanda se, nei casi di giurisdizione diretta, al Giudice contabile possa o meno consentirsi di entrare nel merito delle decisioni gestionali di una singola società partecipata.

Questione particolare è quella invece di verificare se, nei casi in cui non sia configurabile la giurisdizione diretta, allo stesso Giudice contabile possa riconoscersi, e in quali limiti, il potere di entrare nel merito delle decisioni gestionali attinente la società partecipate *"in maniera incidentale"*, ovvero al fine di trarne i necessari elementi di supporto per valutare, a sua volta, la condotta specificamente tenuta dai funzionari dell'ente, in ipotesi ritenuti responsabili di aver trascurato i propri doveri di vigilanza e di conseguenza avallato condotte degli esponenti societari potenzialmente lesive per il patrimonio sociale ed indirettamente per il patrimonio dell'ente.

La questione è complessa, perché, in effetti, il procedimento di responsabilità amministrativa a carico dei funzionari incaricati della gestione delle partecipazioni pubbliche, per come è stato ipotizzato, sarebbe costituito da una sorta di giudizio di secondo grado, in cui il presupposto di partenza sarebbe, appunto, la lesione patrimoniale occorsa al patrimonio della società partecipata, del quale il danno erariale - rappresentato dalla perdita di valore della partecipazione - altro non sarebbe che un riflesso indiretto.

In altre parole, per sindacare la condotta dei funzionari dell'ente, potrebbe risultare difficile prescindere da una valutazione preventiva dei fatti accaduti *"a monte"*, realizzati cioè in capo alla società partecipata.

Posta la questione in questi termini, ove si negasse al Giudice contabile di entrare nel merito di scelte gestionali operate dalle società partecipate, difficilmente potrebbe addivenirsi all'accertamento di eventuali responsabilità erariali, posto che l'origine di queste discenderebbe dalle lesioni ingiustamente arrecate al patrimonio della società.

Il problema è reale, perché, qualora non si verta in un'ipotesi di giurisdizione diretta - in cui la società partecipata verrebbe considerata una sorta di *"pubblica amministrazione danneggiata"*, come tale direttamente convenibile in giudizio - il Procuratore contabile non avrebbe titolo ad esercitare nei confronti della società quei poteri di richiesta che viceversa apparirebbero necessari, a meno di non ritenere la società stessa *"beneficiaria di provvidenze finanziarie a carico dei bilanci pubblici"*, e, per tale via, considerare legittima la richiesta di documenti, o l'effettuazione di ispezioni o di accertamenti diretti (art. 5, comma 6° del D.L. n. 453 del 1993).

In disparte i problemi di carattere istruttorio - i quali, tuttavia, sul piano pratico, non sembrano potersi sottovalutare - deve ribadirsi, ovviamente, che, per tale via, non

sarebbe possibile in ogni caso addivenire a contestazioni nei confronti di coloro che operano all'interno delle società, per le condotte lesive poste in essere nel corso della gestione (essendo tali soggetti estranei al giudizio amministrativo).

Occorrerebbe tuttavia interrogarsi sulla sorte di eventuali elementi istruttori comunque raccolti, specialmente ove dovessero emergere gravi violazioni, da parte degli amministratori delle società, ai propri doveri, o condotte comunque gravemente negligenti da parte di questi.

D'altra parte però, deve anche tenersi presente che oggetto di responsabilità erariale non sarebbe, o non dovrebbe essere, la condotta degli amministratori societari né, soprattutto, la colpevolezza o meno del loro comportamento, la quale, in un rapporto sociale, per sua natura di tipo contrattuale, ben potrebbe ritenersi presunta, laddove sia oggettivamente riscontrabile una diminuzione significativa del patrimonio della società.

Oggetto di responsabilità erariale sarebbe, viceversa, l'inerzia o la totale inadeguatezza della reazione operata dai funzionari dell'ente incaricati di seguire l'andamento della partecipazione, la cui colpevolezza, in linea di massima, prescinderebbe dalla gravità o meno della colpevolezza degli esponenti societari.

Nel senso che, per aversi responsabilità erariale, non occorre dimostrare la colpevolezza o meno della condotta lesiva posta in essere da coloro che operano all'interno della società, né che tale colpevolezza sia particolarmente grave, ma che, a fronte di una perdita comunque subita dal patrimonio sociale, i funzionari pubblici, incaricati di seguire l'andamento della partecipazione, non abbiano intrapreso, o abbiano intrapreso ma in maniera del tutto inadeguata, alcun tipo di iniziativa finalizzata al reintegro di quanto era andato perduto; o, in alternativa, non abbiano motivato, o abbiano motivato ma in maniera del tutto insufficiente, la decisione – pur legittima – di rinviare il ricorso a specifici strumenti di reazione.

In altre parole, la qualificazione in termini soggettivi dell'atto o dell'attività lesiva realizzata in capo alla società, potrebbe risultare del tutto superflua ai fini della valutazione della condotta dei funzionari dell'ente, i quali, anche in presenza di atti o attività lesive connotate da colpa lieve, potrebbero ugualmente essersi considerati responsabili di una negligenza grave, ove abbiano colpevolmente trascurato di monitorare la situazione e di intraprendere, in maniera tempestiva, ogni iniziativa ritenuta necessaria.

La stessa cosa è a dirsi per la quantificazione del danno, la cui misura, o la cui possibile reiterazione nel tempo, potrebbero costituire elementi importanti ai fini della valutazione della gravità o meno della condotta degli esponenti societari - oltre che costituire un dato essenziale per la quantificazione dello stesso danno erariale, tendenzialmente proporzionale alle perdite della società - ma nulla ci dicono in ordine

alla responsabilità dei funzionari dell'ente, la cui condotta deve in ogni caso valutarsi a prescindere da tali elementi.

Sul piano procedurale, ciò che rileva è che vi sia stato – o meglio, che il Pubblico Ministero abbia avuto notizia di – un fatto, gestionale o meno, dal quale sia derivato nocumento al patrimonio della società.

Appurato questo, la natura contrattuale del rapporto sociale potrebbe rendere del tutto superfluo, per il Pubblico Ministero, qualunque riscontro sulla ricorrenza o meno della colpevolezza degli esponenti societari, non assumendo, tale verifica, alcun rilievo in ordine alla responsabilità amministrativa dei funzionari dell'ente, i quali in ogni caso avrebbero dovuto vigilare e valutare tempestivamente l'opportunità o meno di attivare i necessari strumenti di reazione.

3. La necessità di un'apposita struttura organizzativa dedicata alla gestione delle partecipazioni

Dalle pagine precedenti emerge l'opportunità, per gli enti che intendano avvalersi di partecipazioni in società di capitali per realizzare i propri fini istituzionali, di prevedere l'istituzione al proprio interno di apposite strutture organizzative, dedite specificamente alla gestione di tali partecipazioni, cui demandare in via permanente l'esercizio delle stesse prerogative di socio nel contesto societario.

L'istituzione di una tale struttura, in realtà, appare opportuna non solo in relazione alla necessità di individuare, in determinati casi, i soggetti cui imputare la responsabilità nell'ambito di un procedimento erariale, ma soprattutto in relazione al ruolo che oramai deve riconoscersi alle stesse società partecipate, divenute sempre più, specie nel settore della finanza locale, lo strumento principale di realizzazione delle politiche pubbliche.

Da qui la necessità, per gli stessi enti di riferimento,¹³⁴ di esercitare un più incisivo controllo sulla gestione delle società partecipate, restringendone al contempo la sfera di autonomia degli amministratori.¹³⁵

Il possibile – e per certi versi, auspicabile - accrescimento dei poteri di direzione degli enti – e in particolare degli esponenti politici ai loro vertici – non può tuttavia prescindere da una corrispondente e parallela estensione dell'area della loro responsabilità, dovendosi riconoscere nei loro confronti un preciso obbligo di vigilare

¹³⁴ E' preferibile parlare di enti di riferimento, e non di enti partecipanti, perché, in effetti, i due concetti non sempre potrebbero coincidere.

¹³⁵ Un'esigenza, quest'ultima, non sempre di fatto realizzabile, data l'inadeguatezza della normativa in materia, poco incline a garantire quel rapporto di compatibilità politica che però sarebbe fondamentale mantenere tra costoro ed i soggetti incaricati di amministrare la società.

acchè le risorse investite conferite siano successivamente destinate alle finalità (pubbliche) programmate, con l'onere di reagire qualora ciò non avvenga.

E' un'opera di vigilanza, quest'ultima, che non può ammettere soluzioni di continuità, e che gli enti partecipanti devono realizzare attraverso l'uso di tutti gli strumenti che l'ordinamento societario mette a disposizione del socio – e non solo quelli di reazione giudiziaria – tra cui i poteri di *governance*, diretta e indiretta, che, specie nei casi in cui la partecipazione pubblica dovesse essere maggioritaria, ben potrebbero prevenire l'insorgenza di anomale perdite di esercizio - con le relative conseguenze - correggendo per tempo gli andamenti della gestione.

Ci si riferisce, in particolare, a tutte quelle regole e procedure che, implementate all'interno dell'organizzazione societaria, possono essere in grado di garantire un maggior livello di efficienza e di economicità alla gestione, tra le quali le varie forme di rendicontazione periodica elaborate dalla dottrina aziendale - come i *budget* preventivi, i *report* contabili, i rapporti di gestione, i *report* sui risultati economico-finanziari - nonchè le verifiche dirette, o gli *audit* fatti eseguire da soggetti esterni su incarico degli stessi enti partecipanti.

Si tratta di prevedere un radicale cambiamento di mentalità, se rapportato ai meccanismi burocratici tradizionali di funzionamento delle Pubbliche Amministrazioni, che però proprio la diffusione del modello societario quale forma organizzativa principale per realizzare compiti pubblici, rende particolarmente urgente, imponendo la ricerca di professionalità adeguate, all'interno degli enti, per interloquire con i *management* aziendali.

Le società, infatti, non sono più semplici enti strumentali, legati all'ente pubblico da un nesso così stretto di dipendenza da confondersi con la struttura stessa dell'Amministrazione proprietaria.

In altre parole, l'ente partecipante deve rapportarsi all'ente partecipato – il quale è, e resta pur sempre un soggetto terzo - nella sua responsabilità di socio, e a tal fine prevedere, al proprio interno, determinate procedure tecniche e amministrative che siano idonee a mettere in condizione i propri rappresentanti non solo, e non tanto, a partecipare alle sedute degli organi collegiali in seno alle società, ma soprattutto a discutere e ad assumere decisioni vincolanti per l'ente, in argomenti gestionali spesso tra i più disparati, in tempi ristretti di volta in volta richiesti dalle singole circostanze.

Ed è per tali motivi, prima ancora che per esigenze di imputazione della responsabilità, che appare dunque opportuno prevedere, nella pianta organica delle Amministrazioni, l'istituzione di apposite strutture amministrative cui demandare la gestione dei rapporti con le società partecipate (specie ove queste siano numerose), anche al fine di tenere sotto controllo l'andamento complessivo delle partecipazioni, con

un unico riferimento, possibilmente specializzato, per l'istruttoria delle decisioni da prendere da parte dagli organi di vertice dell'ente, ma anche per la determinazione dei contenuti delle direttive da impartire alle società, o il monitoraggio delle prestazioni da eseguire, regolate dai contratti di servizio.¹³⁶

3.1. La resa del conto giudiziale relativo alle partecipazioni

L'istituzione di una simile struttura organizzativa appare necessaria, inoltre, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 2 della legge 8 ottobre 1984 n. 658 (cui fa rinvio l'art. 1, comma 3 del d.l. 453 del 19 novembre 1993, convertito in legge 14 gennaio 1994 n. 19), a mente del quale, tra i soggetti all'obbligo della resa del conto giudiziale alla competente Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei Conti, devono ricomprendersi anche *"gli incaricati della gestione delle azioni e delle partecipazioni in società costituite o partecipate con capitale pubblico"*.

L'obbligo della resa del conto giudiziale compete ai c.d *agenti contabili*, ovvero a coloro che, istituzionalmente, hanno il maneggio o la disponibilità di denaro o di beni di pertinenza di un ente pubblico o di una Pubblica Amministrazione.

Tra gli agenti contabili, possono distinguersi, in funzione dell'oggetto della cosa mantenuta, gli agenti contabili *a denaro* dagli agenti contabili *a materia*,¹³⁷ anche se, per una esatta individuazione di questi ultimi, occorre, sul piano ermeneutico, definire il significato delle due espressioni normative *"valori e materie di proprietà"* (contenuta nell'art. 44 del Testo Unico n. 1214 del 1934, recante *"Approvazione del Testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti"*) e *"debito di materie"* (cui fa riferimento, viceversa, l'art. 74 del R.D. n. 2440 del 1923, recante *"Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato"*).

Solitamente, nel concetto di *"materie"* rilevante ai fini dell'obbligo della resa del conto giudiziale, si ritiene debbano comprendersi tutti quei beni e quei valori inclusi nella parte attiva del conto del patrimonio (crediti, partecipazioni, azioni, beni mobili), con la sola eccezione dei beni immobili e degli altri beni considerati immobili agli effetti inventariali (come le universalità di beni, quali i musei, le pinacoteche, ecc.).

¹³⁶ Secondo Corte dei Conti sez. I centr. app. n. 14 del 14 gennaio 2009, *"la mancata vigilanza da parte dei soggetti (pubblici funzionari, Autorità o Agenzie di vigilanza e regolamentazione) non può qualificarsi come colpa semplice, ma, al contrario, omissione di precisi e tassativi obblighi di servizio, che sono alla base della stessa esistenza di questi organi di vigilanza ed in relazione ai quali vi è la controprestazione economica. Questa omissione, pertanto, non può che qualificarsi come colpa grave e, quando è volontariamente e consapevolmente attuata, anche dolo amministrativo."*

¹³⁷ Vedasi l'art. 178 del Regolamento di contabilità generale dello Stato (R.D. 23 maggio 1924, n. 827), ma anche l'art. 93 del Decreto legislativo n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali).

L'obbligo, cioè, non si limita esclusivamente a beni di tipo *materiale* (come i beni di consumo, le attrezzature o gli arredi esistenti nei magazzini) ma anche ai crediti, alle partecipazioni, ai diritti e alle azioni societarie.¹³⁸

In particolare l'inclusione, tra i beni mobili per i quali prevedere l'assoggettamento al giudizio di conto, dei *"diritti e delle azioni societarie"*, deve considerarsi applicazione di un principio costituzionale, come è stato ribadito, anche di recente, dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione, secondo le quali *"una norma di legge che sottraesse determinate specie di beni alla giurisdizione di conto, proprio per i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, incorrerebbe, comunque, in un fondato sospetto di contrasto con l'art. 103 Cost."*¹³⁹

L'assoggettamento delle partecipazioni pubbliche al giudizio di conto comporta, nel concreto, che l'ente proprietario individui pertanto, con atto di carattere generale, quali soggetti al proprio interno debbano ritenersi preposti alla gestione di tali partecipazioni – e all'esercizio dei diritti di azionista nel contesto degli organi sociali – cui spetta il compito di relazionare allo stesso ente al termine di ciascun esercizio (in qualità di *agenti contabili*).¹⁴⁰

Nella parte della relazione di conto relativa alle partecipazioni, dovrà pertanto ricomprendersi la consistenza iniziale e finale del valore delle quote di capitale gestite, ma anche le variazioni intervenute nel corso dell'esercizio, con l'indicazione delle cause che le hanno determinate; al riguardo, è la stessa Corte di Cassazione che ha ritenuto di ribadire che *"il giudizio (di conto) non può essere limitato al titolo originario nella sua*

¹³⁸ A mente dell'art. 20 del Regolamento di contabilità generale dello Stato (R.D. 23 maggio 1924, n. 827), *"I beni mobili dello Stato si distinguono come segue: a) mobili destinati al servizio civile governativo, cioè arredi degli uffici, collezioni di leggi e decreti, utensili, macchine, attrezzi e simili; b) oggetti mobili destinati alla difesa dello Stato, cioè il materiale da guerra per l'esercito, per l'armata e per l'aeronautica; c) diritti ed azioni che a norma del codice civile sono considerati come beni mobili"*.

¹³⁹ Così Cass. SS.UU. ord. n. 7390 del 27 marzo 2007, la quale riporta quanto affermato in precedenza dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 110 del 1970, in cui i giudici delle leggi avevano conferito al principio contenuto nell'art. 103 Cost. *"capacità espansiva alla disciplina dettata dal T.U. del 1934 per gli agenti contabili dello Stato, consentendone l'estensione a situazioni non espressamente regolate in modo specifico"*.

¹⁴⁰ Parla di *"interpretazione innovativa delle attività rimesse all'agente contabile"* PILATO S., in *Combinazioni aziendali di società partecipate da enti pubblici; aspetti patologici e profili di responsabilità* (intervento al Corso di formazione e aggiornamento *"Le nuove responsabilità – casi particolari di responsabilità contabile"*, tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008), secondo il quale la figura del soggetto contabile può essere individuata *"non nel soggetto incaricato di custodire i titoli (istituto tesoriere ex art. 63 d.l.vo 77/95 per le azioni materializzate) bensì nella struttura organizzativa preposta all'incarico di gestire il servizio pubblico, con il connesso esercizio nelle assemblee societarie del diritto di voto e delle altre facoltà di partecipazione societaria"*.

*materialità, ma deve riguardare anche le variazioni del valore dei titoli e gli utili o dividendi distribuiti".*¹⁴¹

La mancata adozione di misure organizzative adeguate al fine di assicurare il corretto adempimento dell'obbligo della resa del conto - rappresentando un ostacolo al puntuale esercizio della giurisdizione nei confronti dei soggetti deputati al maneggio di beni appartenenti all'ente - può costituire, di per sé, *"fonte di responsabilità amministrativa, ove ne siano derivati danni all'Amministrazione"*, con conseguente assoggettamento dei responsabili di tale condotta alla speciale giurisdizione della Corte dei Conti.

Particolarmente controverso, tuttavia, è il limite oggettivo da riconoscere al giudizio di conto.

Secondo quanto riferito dai giudici della Cassazione, infatti, sembrerebbe da escludersi, da tale contesto, qualunque tipo di sindacato sull'esercizio o meno, da parte dell'agente contabile, dei diritti spettanti all'azionista pubblico; e ciò attesa la *"netta distinzione tra Amministrazione/potere di spesa e maneggio/custodia"*, che escluderebbe appunto la possibilità di contestare all'agente contabile l'esercizio o il mancato esercizio dei diritti dell'azionista o comunque del titolare della partecipazione, come i voti espressi, la stipulazione o meno di un patto di sindacato, l'adesione o meno ad un diritto di opzione.

Il rischio infatti, secondo i giudici, sarebbe quello di *"una dilatazione della giurisdizione di conto"*, la quale non troverebbe giustificazione neppure dalla necessità di contrastare vaste aree di irresponsabilità (la cui emersione sarebbe possibile dall'espansione del fenomeno societario pubblico), dovendosi, al riguardo, *"trovare un adeguato correttivo in un puntuale esercizio della giurisdizione in materia di responsabilità"*.¹⁴²

In realtà, la posizione espressa dai giudici, dettata presumibilmente dalla volontà di evitare che, attraverso *"un'anomala utilizzazione del giudizio di conto"*, possa pervenirsi ad un uso strumentale del giudizio stesso, e, per tale via, ad un vero e proprio giudizio di responsabilità amministrativa, non appare del tutto condivisibile, anche perché la distinzione tra attività di *"amministrazione/potere di spesa"*, da una parte, ed attività

¹⁴¹ Cass. SS.UU. ord. n. 7390 del 27 marzo 2007. Sottolinea l'importanza sistematica di tale sentenza il Presidente della Corte dei Conti TULLIO LAZZARO, secondo cui essa costituisce *"una pronuncia importante, tenuto conto dell'ampiezza del ricorso allo strumento societario da parte dei pubblici poteri e della conseguente necessità di una sede neutrale di verifica della corretta gestione patrimoniale delle partecipazioni sociali da parte dell'azionista pubblico, che dovrebbe ispirarsi a criteri di efficacia gestionale e di tendenziale remuneratività del capitale investito, come imposto anche dalle regole comunitarie sui rapporti tra pubblici poteri e società pubbliche"* tratto da Relazione per l'inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2008, Roma.

¹⁴² In tal senso, Cass. SS.UU. ord. n. 7390 del 27 marzo 2007.

di "maneggio/custodia" dall'altra, nel caso delle partecipazioni sociali, non sembra possa affermarsi in maniera così netta.

Il concetto di "gestione" infatti, se riferito a partecipazioni sociali, sembra implicare non solo un'attività di mero mantenimento materiale dei titoli, o l'esecuzione di atti puramente "amministrativi" (come ad esempio, l'incasso di un dividendo) ma anche l'esercizio, oculato, di una serie di diritti e facoltà, che l'ordinamento riconosce al possessore dei titoli proprio in funzione conservativa del valore stesso dei titoli.¹⁴³

In altre parole, se può concordarsi sul fatto che non potrebbe imputarsi, in sede di giudizio di conto, alcuna responsabilità a coloro che siano stati incaricati della gestione dei titoli, con riferimento a scelte operate, o che avrebbero dovuto essere operate "a monte" della propria sfera di autonomia decisionale (come quella di stipulare o meno un patto di sindacato, ad esempio, o aderire o meno ad un diritto d'opzione), è anche vero che questi stessi soggetti non possono ritenersi del tutto estranei all'esercizio di quei diritti o facoltà che viceversa sono strettamente connessi al possesso dei titoli ricevuti, dovendosi considerare, tale tipo di attività, strettamente funzionale al mantenimento del valore dei titoli, in un'ottica dinamica e non puramente statica.¹⁴⁴

Ed anzi, in determinate circostanze, proprio il mancato esercizio dei diritti dell'azionista pubblico potrebbe assumere rilevanza erariale, in un giudizio dinanzi alla Corte dei Conti.

Per tali motivi, destano qualche perplessità le affermazioni espresse dalla giurisprudenza, secondo cui "la gestione contabile deve ... limitarsi ad un'attività di carattere reale o materiale", costituendo la stessa solo il "momento finale o esecutivo della gestione finanziaria", del tutto separata dall'attività di amministrazione, secondo un "fondamentale principio regolatore del sistema della contabilità pubblica".¹⁴⁵

Naturalmente, deve spettare agli organi direttivi dell'ente (e in particolare, agli organi stessi di direzione politica) disegnare lo schema generale dei principi e dei criteri direttivi cui uniformare, singolarmente o collettivamente, le condotte da tenere nell'amministrazione delle partecipazioni sociali, con riferimento ad una serie di situazioni tipo ipoteticamente presentabili nel corso della gestione.

¹⁴³ Distingue tra un *criterio statico*, di "mera" custodia o custodia "pura" dei titoli, ed un diverso e più complesso *criterio dinamico* di amministrazione e gestione delle partecipazioni azionarie, PILATO, S, op. cit..

¹⁴⁴ Un'attività, quest'ultima, da esercitarsi ovviamente in piena coerenza con le finalità istituzionali dell'ente proprietario, nonostante il contesto privatistico di riferimento.

¹⁴⁵ Secondo i giudici, "il sistema distingue nettamente tra i soggetti titolari degli organi aventi il potere di spesa o, più in generale, titolari dei diritti e poteri connessi all'uso dei beni o dispositivi in relazione ad esso, e coloro cui è affidato il maneggio o la custodia dei beni, distinzione enunciata nettamente dalla legge sulla contabilità dello Stato, R.D. n. 2440 del 1923, art. 76".

Ma, una volta disegnata l'architrave generale, sono i soggetti incaricati della gestione della partecipazione cui spetta l'onere di esercitare anche i diritti e le facoltà dell'azionista, proprio al fine di rendicontare, al termine dell'esercizio - con forme e procedure da prevedersi necessariamente all'interno dell'ente - non solo la consistenza e il valore dei titoli (con le cause delle possibili variazioni) ma soprattutto le modalità concrete adottate nel dare attuazione alle direttive ricevute, con particolare riferimento alle iniziative intraprese o alle posizioni assunte nel contesto societario, anche da parte dei soggetti preposti, in rappresentanza dell'ente, in seno agli organismi societari (amministrativi, deliberativi o di controllo).

3.2. I soggetti preposti negli organismi societari in rappresentanza degli enti

Nell'ottica della miglior tutela delle risorse pubbliche, particolarmente delicata appare la selezione dei soggetti da nominare all'interno degli organi sociali; e ciò in considerazione della riforma del diritto societario, la quale, nel modificarne le competenze, ha inteso riconoscere un più ampio ventaglio di poteri, non solo agli amministratori, ma anche ai componenti dell'organo di controllo interno.

In particolare, un'estensione significativa di poteri è stata introdotta per i componenti del collegio sindacale, ai quali sono state riconosciute una serie di competenze diverse, ulteriori rispetto a quella tradizionale di vigilanza sull'osservanza delle leggi e delle norme statutarie, tra le quali quella di vigilare sull'adeguatezza o meno dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società, con la possibilità di eseguire direttamente ispezioni, richiedere notizie sull'andamento degli affari sociali, scambiare informazioni, ove necessario, con gli organi di controllo delle società controllate (art. 2403 c.c.).

Ciò che appare essenziale è che tali soggetti esercitino le proprie funzioni nella consapevolezza di rappresentare un soggetto giuridico pubblico, e per esso un capitale che non è riferibile ad un imprenditore privato, ma, seppure in ultima istanza, alla stessa collettività dei cittadini.

Per tale motivo, appare decisivo che possa instaurarsi una relazione diretta e stabile tra i soggetti preposti, in rappresentanza dell'ente, all'interno degli organi sociali della società, e coloro cui viceversa, in capo all'ente, compete la responsabilità di gestire la partecipazione, seguendone l'andamento.

In particolare, è necessario che i soggetti preposti relazionino periodicamente sulle iniziative assunte, come anche sulle decisioni a cui hanno partecipato nel contesto

sociale, anche al fine di mettere in condizione i soggetti cui spetta la vigilanza di redigere, a loro volta, con la precisione dovuta, il conto giudiziale.

Al riguardo, non sembra potersi condividere quella dottrina la quale, pur concordando sul fatto che tramite il giudizio di conto debba "*verificarsi il concreto esercizio della gestione da parte delle società stesse*", sostiene tuttavia che tale giudizio debba "*essere attivato nei confronti di coloro che nelle società, anche a capitale minoritario pubblico, esprimono la volontà del socio pubblico e che dovrebbero essere chiamati a rispondere delle variazioni negative del valore delle quote di capitale e delle azioni*".¹⁴⁶

Qualora si aderisse a tale tesi, infatti, il giudizio di conto si tramuterebbe davvero in un giudizio di responsabilità afferente la gestione della società partecipata, per il tramite di un sindacato indiretto sull'operato di chi però, nel contesto sociale, ha solamente l'obbligo di rappresentare il socio pubblico.

Una soluzione, quest'ultima, che non farebbe che confermare i timori già espressi dai giudici della Cassazione, nei confronti del rischio di una possibile "*dilatazione della giurisdizione di conto*".

In realtà, ai soggetti preposti spetta di comportarsi secondo regole e procedure ben delimitate, provenienti da chi, in capo all'ente, ha la responsabilità di gestire la partecipazione preservandone il valore.

Sostenere il contrario, ovvero che al soggetto preposto debba riconoscersi, per il sol fatto della nomina, una sorta di assoluta autonomia, in virtù della quale poter vagliare arbitrariamente le condotte da assumere all'interno del contesto sociale, senza alcun confronto con i referenti dell'ente partecipante, significherebbe ammettere una vera e propria inversione di ruoli, esonerando di fatto dalla responsabilità che gli è propria proprio coloro cui viceversa spetta il compito interpretare la volontà del socio pubblico, selezionando nel caso tra le diverse opzioni possibili.¹⁴⁷

In altre parole, se può ritenersi ammissibile un sindacato, da parte del giudice, in sede di giudizio di conto – e su questo non pare possano esserci dubbi – tale sindacato non deve tuttavia operarsi nei confronti degli atti di gestione della società, ma nei confronti degli atti di gestione della stessa partecipazione sociale.

¹⁴⁶ La citazione è tratta da BUSCEMA A., ne *La resa del conto dei titolari dei poteri azionari per le società a capitale pubblico*, Relazione al Convegno "*L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile*", tenutosi in Perugia, presso la Procura regionale della Corte dei Conti, il 18 e il 19 aprile 2008.

¹⁴⁷ Naturalmente, le posizioni potrebbero anche coincidere sul piano personale, se e nella misura in cui sia stato dato incarico alla stessa persona sia di seguire l'andamento della partecipazione che di rappresentare l'ente in seno agli organismi societari.

Ed è, appunto, con riferimento ad una (razionale) gestione della partecipazione sociale, che deve valutarsi la responsabilità di chi, trascurando di attivare gli opportuni strumenti di reazione, anche giudiziaria – riconosciuti dall'ordinamento a tutti i soci, compreso il socio pubblico ¹⁴⁸ - abbia di fatto tollerato il compimento di atti gravemente lesivi per lo stesso patrimonio sociale, se non addirittura illegittimi. ¹⁴⁹

Ed in senso analogo, è con riferimento ad una (razionale) gestione della partecipazione sociale che deve valutarsi anche la responsabilità di chi, rivestendo ruoli idonei per compiere le opportune verifiche, e comunque per percepire per tempo i segnali di un possibile dissesto dell'attività sociale, abbia trascurato di segnalare agli organi direttivi dell'ente l'assoluta inutilità economica di un possibile, ulteriore intervento di ricapitalizzazione, data l'incapacità conclamata della partecipata di realizzare gli obiettivi pubblici programmati. ¹⁵⁰

Deve segnalarsi, al riguardo, che, come ribadito dalla stessa Corte Costituzionale, non par dubbio che il giudizio di responsabilità amministrativa *"può ben trovare origine dall'esito del giudizio di conto"*, ¹⁵¹ essendo tali giudizi *"strettamente connessi, giacché l'esame dei conti resi obbligatoriamente dagli agenti contabili e consegnatari può essere efficace strumento per rilevare inadempimenti di altri funzionari ed agenti: nel qual caso l'art. 44 del regolamento di procedura stabilisce che possa provvedersi alla riunione dei giudizi di conto e di responsabilità"*. ¹⁵²

¹⁴⁸ Gli strumenti di reazione sono ovviamente quelli predisposti dal diritto societario, come l'azione sociale di responsabilità, l'azione individuale del socio, la revoca degli amministratori e dei sindaci.

¹⁴⁹ Paradigmatica, in tal senso, appare la vicenda giudiziaria relativa alla Acque Albule s.p.a., nella quale sono stati condannati tre soggetti che avevano rivestito, in diversi periodi, la carica di sindaco del Comune di Tivoli (socio totalitario della società) per aver omesso di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori societari per i danni da questi provocati al patrimonio sociale, determinandone la caduta in prescrizione e dunque il consolidamento del danno erariale nel bilancio comunale. La stessa Corte di Cassazione, invocata nell'occasione ai fini di regolamento di giurisdizione, rappresentava che *"la controversia ha ad oggetto non l'utilizzo di poteri discrezionali da parte dei sindaci bensì l'omesso esercizio di qualsiasi elementare forma di tutela del patrimonio comunale, che avrebbe dovuto esprimersi principalmente nella proposizione dell'azione di responsabilità degli amministratori della società Acque Albule. Tale omessa attività non rientra, pertanto, nel contesto delle attività discrezionali dell'amministrazione, rimesse a valutazioni di merito, ma consiste in una violazione di precisi obblighi di tutela del patrimonio comunale conseguenti al prescelto modulo organizzativo dell'attività (s.p.a. a capitale interamente pubblico)"* (Cass. SS.UU. n. 13702 del 22 luglio 2004).

¹⁵⁰ In tal senso, Corte dei Conti, Sez. giur. Marche n. 492 del 12 luglio 2005, che ha affermato la responsabilità dei componenti di un consiglio comunale che non avevano ravvisato l'assoluta disutilità economica dell'intervento di ricapitalizzazione per l'inidoneità stessa della società a raggiungere gli obiettivi di interesse pubblico statutariamente prefissati, in base ad una valutazione di utilità-disutilità da riportare *ex ante* al momento di assunzione della delibera di ricapitalizzazione.

¹⁵¹ Cass. SS.UU. ord. n. 7390 del 27 marzo 2007.

¹⁵² In tal senso Corte Cost. n. 68 del 1970.

Da qui la possibilità, tutt'altro che teorica, che dall'analisi del valore della partecipazione, effettuata in sede di giudizio di conto, nonché dall'analisi degli atti concretamente posti in essere da coloro cui spettava l'onere di seguire l'andamento delle partecipazioni,¹⁵³ possa pervenirsi ad un vero e proprio giudizio di responsabilità amministrativa, per danni recati agli interessi (patrimoniali) dell'ente proprietario, qualora emergesse la colpevole inerzia dell'ente nei confronti di atti censurabili, commessi da esponenti della società.

Ed è in tale contesto che diventa palese come la decisione di promuovere l'azione sociale per danni nei confronti degli amministratori di una partecipata, non può considerarsi oggetto di mero apprezzamento discrezionale - come tale non sindacabile - ma un preciso ed ineludibile dovere giuridico, connesso alla natura pubblica delle risorse conferite, strettamente correlato all'obbligo di vigilanza da esercitarsi nei confronti dell'andamento della gestione societaria.¹⁵⁴

In altre parole, in presenza di gravi segnali di difficoltà di natura economico-finanziaria, pregiudizievoli al regolare funzionamento della società partecipata, il funzionario pubblico addetto ha il dovere di intraprendere ogni iniziativa che, in qualche misura, sia utile a ripristinare una gestione societaria corretta ed orientata agli obiettivi programmati, ricorrendo, ove necessario, a possibili interventi correttivi.

Solo per inciso, deve infine segnalarsi che tale tipo di colpevole inerzia, da parte del funzionario pubblico, potrebbe rilevare - in determinate circostanze - anche come forma di responsabilità dell'ente nei confronti degli altri soci o dei creditori, ove dovesse configurarsi, in particolare, tale comportamento in termini di *"violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale"* della società, conseguente ad abusiva attività di direzione e coordinamento operata nell'interesse proprio o altrui (art. 2497 c.c.).

Una forma di responsabilità che, nei limiti in cui dovesse condurre ad una qualche forma di risarcimento, potrebbe assumere rilevanza anche di tipo erariale, con la

¹⁵³ E dunque non solo da coloro che rivestono cariche sociali all'interno della società, i quali devono considerarsi in una sorta di dipendenza gerarchico/funzionale rispetto ai funzionari dell'ente incaricati della gestione della partecipazione.

¹⁵⁴ In tal senso Cass SS.UU. ord. 27 febbraio 2008, n. 5083, che ha confermato la giurisdizione della Corte dei Conti in una vicenda nella quale erano stati condannati a risarcire la Regione di appartenenza l'Assessore all'Agricoltura e il Presidente della stessa Regione, per aver imposto ad una società partecipata *"indirizzi incompatibili con il perseguimento di un risultato positivo di esercizio e per non avere comunque adottato le iniziative volte ad impedire le perdite della predetta società per azioni, quasi totalmente partecipata dalla regione"*. In particolare, in difetto di atti della Regione che la suffragassero, la condotta dell'Assessore non poteva considerarsi espressiva di una scelta discrezionale, *"ma come integrante comportamenti di fatto adottati in violazione di legge nell'esercizio di attribuzioni amministrative, come tali senz'altro sindacabili da parte della Corte dei conti sotto il profilo della responsabilità amministrativa."*

possibilità di convenire in giudizio chi, appunto, avrebbe dovuto reagire nei confronti di determinate condotte lesive e viceversa, colpevolmente, non abbia ritenuto di farlo.

Può pensarsi, ad esempio, al caso di una società partecipata le cui risorse siano state destinate a finalità estranee, anche molto diverse da quelle stabilite nel regolamento statutario, e ciò anche a causa della trascuratezza dell'ente titolare della partecipazione di controllo, colpevolmente disinteressato a riportare nell'alveo delle finalità statutarie l'utilizzazione delle risorse della società.

Qualora dovesse accertarsi, in un giudizio civile, che il comportamento dell'ente integra una forma di abuso di posizione dominante, l'avvenuto risarcimento del danno ai soci e ai creditori potrebbe assumere, probabilmente, anche rilevanza erariale, con la responsabilità amministrativa dei funzionari cui spettava il compito di attivarsi, evitando che la partecipata distraesse risorse dagli obiettivi statuari.

CAPITOLO IV

Gli ulteriori spazi di intervento da riconoscersi al Giudice contabile

1. L'eterogeneità delle possibili situazioni di rischio per le risorse pubbliche nel contesto delle società partecipate

Nelle pagine precedenti, si è fatto riferimento ad una singola ipotesi di danno alla finanza pubblica realizzabile nel contesto delle società partecipate, quella secondo cui il danno sia stato cagionato, al patrimonio sociale e indirettamente al patrimonio dell'ente partecipante, da atti lesivi posti in essere nel corso della gestione da parte degli esponenti delle stesse società partecipate.

Nella realtà, tuttavia, la dissipazione di denaro pubblico può avvenire, in tale contesto, anche in modi diversi da questo.

Si può verificare, infatti, una vera e propria "*distrazione di risorse*" dalle finalità cui le stesse erano destinate, nello stesso momento genetico della partecipazione pubblica – ovvero al momento della sua acquisizione da parte dell'ente, o in sede di costituzione della società – la quale può rivelarsi persino più dannosa, per gli interessi dell'Erario, degli stessi atti della classica cattiva gestione.

Se, infatti, un ente decide di acquisire una quota azionaria di una società, che tuttavia non esercita, né ha in programma di esercitare, alcuna attività economica che abbia, seppure lontanamente, attinenza con i fini istituzionali dell'ente – se non addirittura con qualsivoglia finalità di interesse pubblico – ¹⁵⁵ ovvero decide di partecipare alla costituzione di una nuova società, con un oggetto statutario talmente ampio e variegato da rendere il conferimento pubblico in partenza del tutto insufficiente a realizzare, persino nella più rosea delle aspettative, le finalità programmate, la dissipazione di denaro pubblico sarebbe *in re ipsa*, come evidente sarebbe il fatto che per una tale condotta non potrebbe intestarsi alcun tipo di responsabilità agli esponenti delle società partecipate. ¹⁵⁶

¹⁵⁵ Analogo è il caso di una società avente un oggetto sociale talmente ampio da ricomprendere anche tipologie di attività del tutto slegate da qualsivoglia finalità di interesse collettivo. Di per sé, la partecipazione in società che non abbiano alcuna attinenza con i fini istituzionali dell'ente, rappresenta una violazione della legge attributiva della competenza, che si traduce nell'illegittimità dell'atto, con conseguente illiceità della condotta, secondo il tradizionale vizio dell'incompetenza (Cass. civ., Sez. un., ord. 8 marzo 2005, n. 4956).

¹⁵⁶ Vedasi Corte dei Conti Sez. Trentino Alto Adige – Trento, n. 19 del 10 aprile 2008, in cui si afferma "*la colpa grave degli amministratori comunali per aver costituito una società di progetto allorquando, con prospettiva ex ante, per la palese irrealizzabilità dell'effettivo scopo societario*

L'individuazione concreta, infatti, delle finalità sottostanti la decisione di investire proprie risorse in una società, da parte di un ente pubblico, attiene *in primis* alla responsabilità di chi ha compiuto quella scelta, e non a quella di chi sia stato poi chiamato, proprio da chi ha compiuto quella scelta, ad amministrare la società.

Quest'ultimo ha il dovere di perseguire nel migliore dei modi l'oggetto previsto dallo statuto - tenendo conto, per quanto possibile, di tutti gli interessi di cui sono portatori i soci, pubblici e privati ¹⁵⁷ - non potendosi imputare allo stesso alcun tipo di responsabilità se successivamente dovesse emergere l'impossibilità di realizzare l'oggetto sociale per una cronica carenza di mezzi finanziari.

La stessa cosa è a dirsi nella differente ipotesi di oggetto sociale che sia talmente ampio da non avere alcuna attinenza, o solo parzialmente attinenza, con i compiti istituzionali dell'ente - anche in tal caso, il conferimento pubblico potrebbe rivelarsi già in partenza del tutto inadeguato - perché a chi amministra la società non può imputarsi la responsabilità di una scelta che non rientra nella propria sfera decisionale.

Diverso è il caso, ovviamente, in cui, nel corso della gestione, le finalità originariamente programmate - che, nella logica del sistema, avevano legittimato l'investimento pubblico - non siano *di fatto* più perseguite, con un'attività orientata, seppur parzialmente, verso obiettivi diversi e incoerenti con tali finalità originarie (o non riconducibili in alcun modo alle stesse). ¹⁵⁸

Rientra in tali ipotesi la c.d. "*gemmazione di società satellite*", ovvero la costituzione di "*società figlie*" il cui scopo sociale non abbia alcuna attinenza con le finalità tipiche della "*società madre*", a sua volta direttamente partecipata dall'ente pubblico di riferimento; un fenomeno molto diffuso, come anche difficile da monitorare, ¹⁵⁹ che anche più di altre condotte può comportare una sostanziale "*distrazione*" di risorse pubbliche verso finalità, non solo diverse da quelle inizialmente programmate, ma molto spesso addirittura distanti da qualunque tipo di interesse pubblico. ¹⁶⁰

sotto il profilo giuridico e fattuale, si desumeva la non convenienza dell'operazione, in relazione al danno derivante dalle spese, tra le altre, per la liquidazione sociale."

¹⁵⁷ Ovviamente se, e nella misura in cui tali interessi si identifichino, in tutto o in parte, con l'interesse della società, non potendosi quest'ultimo mai discostare dalla funzione concreta della società, che è - e deve rimanere, pena lo snaturamento del tipo societario - quella prevista dal codice civile.

¹⁵⁸ Secondo Corte dei Conti sez. I centr. app. n. 14 del 14 gennaio 2009, "*nel caso in cui l'attività attribuita non è svolta nelle forme, nei modi e per le finalità specificamente previste nell'atto di conferimento, le risorse economiche (finanziarie) trasferite sono inutilmente impiegate (distratte dal loro scopo), risolvendosi in danno del patrimonio pubblico."*

¹⁵⁹ In assenza di un obbligo generalizzato di pubblicazione del bilancio consolidato, da parte degli enti pubblici proprietari di partecipazioni in società.

¹⁶⁰ Nel caso della gemmazione di società satellite, non potrebbe evitarsi di verificare, ad esempio, se le attività da queste realizzate siano o meno previste dallo statuto della società madre (es.: il controllo di Wind da parte di Enel rientrava o meno nell'oggetto sociale di Enel?).

Anche in un contesto siffatto, non pare soluzione del tutto coerente quella di inasprire esclusivamente le responsabilità di chi, nella veste di amministratore della società madre, abbia deciso la diversificazione delle attività, sorvolando sulle responsabilità di chi invece, nella veste di socio (pubblico), aveva il dovere, oltre che i poteri, di garantire il mantenimento dei caratteri e delle finalità dell'investimento pubblico.

Giova segnalare, peraltro, che in casi come quelli citati potrebbe benissimo venire a mancare una vera e propria lesione alla finanza pubblica, se ci si limita ovviamente ad una valutazione di tipo strettamente patrimoniale; e ciò sia che si abbia riguardo al patrimonio della società, sia che si abbia riguardo, viceversa, al patrimonio dell'ente partecipante.

Di per sé, infatti, la diversificazione delle attività realizzate tramite l'investimento pubblico, che verrebbe a realizzarsi attraverso la costituzione di una o più società figlie, potrebbe costituire un ottimo affare su un piano strettamente economico, in grado di realizzare utili per la società madre, e, seppure indirettamente, vantaggi patrimoniali per gli stessi enti partecipanti, in termini di apprezzamento di valore delle partecipazioni.

Peraltro, andrebbe anche rammentato che la decisione assunta dagli amministratori della società madre, di diversificare l'attività attraverso la costituzione di una serie di società satellite, potrebbe considerarsi di per sé una tipica valutazione di natura imprenditoriale, come tale insindacabile da parte del giudice a meno di non minare l'autonomia stessa della società, alla quale, in linea di massima, dovrebbe competere in maniera esclusiva la decisione di seguire, tra le varie opzioni, quella che più altre appare la soluzione migliore per perseguire gli scopi sociali.

In realtà, ciò che in tali casi viene messo in discussione non è il patrimonio pubblico (quanto meno in via diretta) ma lo stesso riferimento etico dell'ente partecipante, il quale ha l'obbligo, in forza del principio di legalità che ne regola l'azione, di destinare le proprie risorse (evidentemente pubbliche) al perseguimento esclusivo dei propri compiti istituzionali, e in particolare, nel caso si tratti di ente territoriale - come tale rappresentante di interessi politici generali - specificamente al soddisfacimento dei bisogni della collettività di riferimento.

Giova rammentare, inoltre, che le fattispecie appena accennate di distrazione, realizzata "a monte" - in sede di fissazione cioè dell'oggetto sociale - o "a valle" del conferimento pubblico - attraverso la gemmazione di società satellite aventi uno scopo sociale per nulla coerente con gli scopi perseguiti dalla società madre - non esauriscono le possibili minacce alle risorse pubbliche.

Particolarmente rischiosi, al riguardo, sono tutti quei casi, anche molto diversi tra loro - e che solitamente coinvolgono società a capitale misto pubblico-privato - nei quali

si realizza, attraverso una serie di comportamenti coordinati tra loro e in qualche misura pre-ordinati, una sostanziale privatizzazione dei profitti ed una contemporanea socializzazione delle perdite.

Si tratta in genere di una serie molto variegata di accordi, stretti, ancor prima della costituzione della società, tra gli esponenti politici degli enti partecipanti e singoli investitori privati – e talvolta persino oggetto di specifici patti para-sociali - tramite i quali vengono concordati tempi e modi dell'investimento pubblico, in modo da creare le condizioni più favorevoli per l'investimento privato, sollevandolo dagli specifici rischi della gestione imprenditoriale.

L'esempio più ricorrente è quello della costituzione di una società, a capitale misto, in cui la partecipazione pubblica sia all'inizio sensibilmente maggioritaria.

Passato il primo periodo di *start-up*, durante il quale le (prevedibili) perdite di gestione vengono assorbite dal capitale inizialmente conferito (in gran parte pubblico), la società delibera un consistente aumento di capitale a pagamento, cui tuttavia partecipa il solo socio privato.

Il socio pubblico, non partecipando all'aumento di capitale, finisce a questo punto in minoranza, per effetto della diminuzione percentuale della propria quota, e cede al socio privato la gestione della società, con la possibilità di incamerare, da quel momento in poi, i (prevedibili) successivi utili.

La pericolosità di una simile condotta, per le ragioni dell'Erario, la si percepisce ove si tenga presente che, in un caso siffatto, apparirebbe oltremodo difficile contestare agli amministratori dell'ente la mancata partecipazione all'aumento di capitale, dal momento che tale scelta, se ci si limita ovviamente ad un'analisi storica dell'attività sociale e dunque alla documentazione contabile riferibile fino a quel momento, non può che considerarsi la soluzione preferibile, l'unica in grado di evitare perdite di capitale ulteriori rispetto a quelle già realizzate (e subite) nei primi esercizi di attività.

Da qui il rischio che, attraverso tale tipo di accordi – la cui stipula, peraltro, a seguito del riconoscimento normativo avvenuto ad opera della riforma del diritto societario, deve ritenersi pratica consentita anche ai soci pubblici ¹⁶¹- possano realizzarsi, ad esclusivo vantaggio di soci privati, regolamenti di interessi per nulla convenienti per la parte pubblica, con posizioni dominanti, di fatto, nella gestione delle società, tali da orientare l'attività di impresa a favore di clienti o fornitori di propria scelta, con i quali

¹⁶¹ Sulla legittimità di tale tipo di accordi per i soggetti pubblici, nonché sulle possibili loro implicazioni, LIBANORA M., *I patti parasociali delle società pubbliche* in *Aziendaitalia* 11/2007, pag. 791.

praticare condizioni contrattuali fuori mercato e, per effetto di tali pratiche, "drenare" risorse pubbliche dalle finalità cui le stesse erano destinate.¹⁶²

Naturalmente non può negarsi, ad un ente pubblico cui spetti di rappresentare interessi di carattere generale, la libertà (discrezionalità) di scegliere, consapevolmente, regolamenti di interessi che potrebbero apparire *prima facie* poco convenienti – e dunque anche di accettare di subire determinate perdite, o di demandare la gestione di un'iniziativa svolta in comune al socio privato - quando ciò sia giustificato da specifiche finalità di carattere pubblico, come ad esempio quella di mantenere in vita un'azienda che rivesta un ruolo fondamentale per l'economia di un territorio, al fine di conservare i livelli occupazionali.

Ma ciò che appare necessario è che tali scelte siano motivate e trasparenti, e non essere il frutto di accordi paralleli e riservati, per ciò stesso estranei alla logica cui dovrebbe sottostare ogni tipo di decisione di un ente pubblico, a prescindere dal contesto giuridico, privatistico o meno, in cui tali decisioni siano assunte.

1.1. Il sindacato sulle scelte di investimento societario operate dagli enti

Dunque, il "danno alla finanza pubblica", nel contesto delle società partecipate, può presentarsi in forme e strutture anche molto diverse, in qualche misura persino subdole - nel senso di non essere facilmente percepibili - e pertanto l'ipotesi del mero *atto di cattiva gestione*, intervenuto a detrimento del patrimonio della società amministrata, non pare esaurire ogni possibile ipotesi di minaccia alle risorse pubbliche.

¹⁶² Emblematico il caso oggetto della sentenza del T.A.R. Lazio n. 1897 del 2002, riferita ad una società costituita e controllata dalla Rai-Radiotelevisione italiana s.p.a. per lo svolgimento, in concessione, dell'attività di installazione ed esercizio di impianti tecnici di telecomunicazione, attività considerata dallo stesso Ministero delle Comunicazioni "di rilevante interesse strategico nazionale" per la "potenzialità" dell'applicazione degli impianti, tale da poterli sfruttare anche per delicatissimi compiti di sicurezza. Alla Rai s.p.a. è stato contestato di aver perso, di fatto, il controllo del servizio ad essa affidato, in quanto, pur avendo ceduto una quota solo minoritaria del capitale sociale della controllata ad un socio privato, era stato contestualmente sottoscritto un patto parasociale che conferiva al partner un potere di indirizzo strategico addirittura superiore a quello del socio di maggioranza (Rai), con conseguente alterazione dei limiti dell'autorizzazione ottenuta dal Ministero. Sulla base quindi della effettiva portata e incidenza di tali patti e richiamando la categoria civilistica del controllo di fatto (art. 2359, primo comma, n. 3) il tribunale adito ha accertato il potere di indirizzo strategico "debordante rispetto alla consistenza quantitativa della rilevata partecipazione azionaria". Nel caso specifico, infatti, il patto prevedeva un sostanziale potere di veto, da parte del socio privato, per tutta una serie di importantissime delibere dell'organo amministrativo, quali *business plans*, acquisto di partecipazioni, conclusione di contratti, modifica, sospensione, revoca o cessazione di ogni tipo di consenso rilevante per la società. In sostanza un patto che, seppure in un ambito strettamente privatistico non avrebbe dato adito a particolari censure, avendo ad oggetto interessi soggettivi disponibili, si è rivelato illegittimo a causa della lesione di interessi pubblici di rilevante entità, tutelati dal Ministero attraverso l'atto di concessione del servizio.

Appare opportuno, pertanto, verificare se, e in quali limiti, possano riconoscersi al Pubblico Ministero contabile spazi di operatività diversi e ulteriori rispetto a quelli che in precedenza si sono riconosciuti.

Innanzitutto, occorre verificare se, effettivamente, possa consentirsi a quest'ultimo un sindacato sulle scelte di investimento societario operate "a monte" dagli stessi enti pubblici partecipanti.

Si tratterebbe, ovviamente, di un sindacato che non si limiterebbe agli atti da cui traggono origine le partecipazioni, ovvero quelli di acquisizione o di conferimento - nel caso di società costituita ex novo - ma che si estenderebbe agli atti successivi di investimento di ulteriore capitale, come quelli conseguenti ad operazioni di ricapitalizzazione, di riduzione di capitale, di diversificazione dell'attività ed in genere di modificazione dell'oggetto sociale.

In via preliminare, deve premettersi che la decisione, operata da un ente, di acquisire una partecipazione sociale, deve considerarsi una decisione a forte contenuto discrezionale; essa costituisce, infatti, il risultato di una scelta elettiva tra più opzioni equamente praticabili, tutte legittime e in qualche misura alternative tra loro.

Nel settore dei servizi pubblici, in particolare, è la stessa legge che prevede la possibilità di scelta tra diverse forme alternative di gestione, tra le quali l'ente ha il dovere di scegliere quella che più di altre, a suo insindacabile giudizio, potrebbe costituire la soluzione più efficiente ed efficace.¹⁶³

Si tratta di decisioni che, sul piano formale, sono solitamente incorporate in atti di carattere amministrativo degli stessi enti, in genere delibere dei propri organi collegiali; ed è per tale motivo che potrebbe obiettarsi la vigenza di uno specifico divieto, per il Giudice contabile, di sindacare nel merito tali scelte discrezionali, in virtù del disposto di cui all'art. 1, comma 1 della legge n. 20 del 1994.¹⁶⁴

In realtà, la decisione di acquisire una partecipazione sociale, da parte di un ente pubblico - sia che si tratti di una partecipazione in una società già costituita, sia che si

¹⁶³ Purchè, naturalmente, se ne rispettino i necessari presupposti. Nel caso, ad esempio, delle società di trasformazione urbana, previste dall'art. 120 del T.U.E.L., occorre, da una parte, che la società progetti e realizzi gli interventi di trasformazione urbana "in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti", e dall'altra, che il partner privato venga scelto "tramite procedura di evidenza pubblica." L'assenza di tali presupposti determina responsabilità erariale per "coloro che hanno promosso ed approvato l'operazione tesa alla nascita di un soggetto societario, che non avrebbe potuto ragionevolmente realizzare il proprio scopo sociale", in considerazione delle "illegittimità che hanno interessato la fase genetica della costituzione della società", ricollegabili sotto il profilo causale all'esito fallimentare della società stessa e dunque all'evento di danno oggetto di causa, "in ragione della sostanziale irrealizzabilità del programma societario" (Corte dei Conti sez. giur. F.V.G. n. 98 del 2009).

¹⁶⁴ A mente del quale la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica deve affermarsi "ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali".

tratti di una partecipazione in una società ancora da costituire - non sembra rappresentare, di per sé, una decisione di puro carattere amministrativo, ma costituisce al contempo anche un atto di autonomia privata.

La stessa cosa è a dirsi per ogni altro tipo di decisione operata dall'ente nel successivo svolgersi della vita societaria, come nei casi di operazioni di ricapitalizzazione, di diversificazione dell'attività, e persino di scioglimento della società.

Ed è appunto la natura (anche) imprenditoriale di tali decisioni, che ne implica il loro assoggettamento - seppure nei limiti della ragionevolezza - al sindacato del Giudice contabile, come ribadito dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione nei pronunciamenti in precedenza ricordati.

In particolare, tali scelte devono ritenersi sindacabili sul piano dell'effettiva convenienza economica, la quale deve rapportarsi, prioritariamente, alla congruità delle motivazioni sottostanti - ovvero alle ragioni giuridiche e di opportunità poste alla base delle decisioni e solitamente richiamate nella parte introduttiva degli atti amministrativi che le contengono - oltre che ad una valutazione comparativa delle diverse alternative possibili.¹⁶⁵

Da questo punto di vista, un'attenzione particolare la meritano le operazioni di ricapitalizzazione, o comunque tutte le operazioni in cui sia previsto un incremento dell'impegno finanziario dell'ente, dovendosi sempre verificare, in tali casi, se le condizioni che avevano legittimato all'origine l'investimento pubblico permangano ancora, ovvero se, a seguito anche di perdite realizzate nel corso della gestione, non siano venute meno, nel frattempo, quelle condizioni minime ambientali necessarie per perseguire con successo le finalità pubbliche poste a base dell'impegno finanziario dell'ente.

Giova rammentare, al riguardo, che le conclusioni cui si è giunti non sembrano potersi mutare neppure qualora si pretendesse di mettere in dubbio la natura (anche) imprenditoriale delle decisioni di investimento societario operate dagli enti, sostenendone con ciò la natura prettamente amministrativa, come tale espressione del potere discrezionale dell'ente.

Infatti, come già riferito, la ricorrenza del vincolo normativo di cui all'art. 1,

¹⁶⁵ Vedasi Corte dei Conti sez. giur. Umbria n. 354 dell'8 novembre 2006, secondo la quale costituisce fonte di responsabilità amministrativa la permanenza di un consorzio in una società di produzione di beni e servizi che presenta diversi indici di diseconomicità ed inefficienza, tra i quali l'assenza di sede (costituita presso il consorzio stesso), di personale, di beni, oltre all'assenza di utili, tanto da far ritenere assente lo stesso concetto di azienda di cui agli artt. 2555 e 2082 c.c.. Secondo i giudici, la condotta censurata in tal caso non è neppure quella, positiva, della scelta di partecipare alla società, ma quella diversa, negativa, di non aver espletato un'adeguata vigilanza, affinché questa scelta, in sé corretta, non decampasse, nella sua attuazione concreta, dai fini istituzionali che l'avevano ispirata, realizzando una "società fittizia", ovvero una "scatola vuota", secondo il linguaggio in uso nell'imprenditoria privata.

comma 1 della legge 20 del 1994, non ha impedito alla Corte di Cassazione, anche se solamente al termine di un percorso interpretativo che ha richiesto diversi pronunciamenti nel tempo, di schierarsi a favore di una (seppur limitata) sindacabilità degli atti amministrativi da parte del Giudice contabile, in ciò analogamente a quanto consentito a qualsiasi Giudice, nei limiti cioè del rispetto della regola di ragionevolezza.

Al riguardo, appare opportuno ripercorrere le tappe del percorso ermeneutico operato dalla Cassazione.

In un'importante sentenza del gennaio del 2001 (la n. 33 del 29 gennaio 2001) i giudici di legittimità, investiti del problema dei limiti di sindacabilità, da parte del Giudice contabile, di scelte discrezionali operate dall'Amministrazione, si erano espressi nel senso che a quest'ultimo, in sede di verifica della compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, non doveva consentirsi alcun sindacato su tali decisioni se riferito fino *"all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore"*, ritenendo, la valutazione dei mezzi utilizzati per attuare scelte discrezionali, ammissibile esclusivamente nel caso in cui tali mezzi avessero manifestato una *"assoluta ed incontrovertibile estraneità"* rispetto ai fini.

Si trattava peraltro di uno scrutinio da operarsi *ex ante*, e non *ex post*, ovvero con riferimento al momento della scelta operata dagli amministratori, e non, viceversa, alla luce dei risultati positivi o negativi che successivamente potevano considerarsi originati da tale scelta.¹⁶⁶

Al Giudice contabile doveva precludersi, in altre parole, l'individuazione dei fini pubblici rispetto ai quali valutare la compatibilità delle scelte amministrative, perché ciò avrebbe *"falsato ab origine"* il risultato del giudizio di congruità, dal momento che ciò che poteva considerarsi congruo rispetto a un fine poteva non esserlo altrettanto con riferimento ad un altro.

La tesi veniva sviluppata in una successiva sentenza del maggio 2003 (la n. 6851 del 6 maggio 2003) nella quale si ribadiva che la presenza di una *"norma specifica che preclude al giudice contabile di sindacare nel merito le scelte discrezionali della PA"*,

¹⁶⁶ Così Cass. SS.UU. 29 gennaio 2001 n. 33, in *Foro Italiano*, 2001, I, 1171 ss. con nota di D'AURIA G., *Responsabilità amministrativa e insindacabilità di scelte discrezionali di amministratori pubblici*, avente ad oggetto la nota vicenda riguardante le spese sostenute dal Comune di Milano per inviare alcuni giornalisti italiani ad una mostra sul disegno industriale italiano organizzata a Shanghai nel 1983; in tale occasione i giudici di legittimità, in tema di limiti esterni del sindacato del giudice contabile sulle scelte discrezionali, affermano che *"la Corte dei conti, nella sua qualità di giudice contabile, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico; ma, per non travalicare i limiti esterni del suo potere giurisdizionale, una volta accertata tale compatibilità, non può estendere il suo sindacato all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore, la quale rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali di cui la legge stabilisce l'insindacabilità e può dare rilievo alla non adeguatezza dei mezzi prescelti dal pubblico amministratore solo nell'ipotesi di assoluta ed incontrovertibile estraneità dei mezzi stessi rispetto ai fini."*

doveva costituire un limite "esterno" alla giurisdizione contabile (e solo alla giurisdizione contabile) tale da precludere allo stesso giudice qualunque interpretazione autonoma dei fini pubblici perseguiti dall'ente, per evitare che tale giudizio potesse condurre fino a sostituire "le sue scelte a quelle dell'Amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale ad essa istituzionalmente devoluto con una valutazione ex post e senza adeguata comparazione tra costi sostenuti e risultati perseguiti".

Questa interpretazione, la quale, peraltro, nei suoi aspetti "discriminatori" nei confronti della (sola) giurisdizione contabile, aveva sollevato pesanti critiche in dottrina,¹⁶⁷ veniva superata dalla stessa Corte in pronunciamenti successivi, in considerazione della rilevanza, oramai assunta sul piano della legittimità e non più soltanto della mera opportunità, dalla violazione ai c.d. criteri di economicità ed efficacia prescritti dalla normativa generale di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo.

In sostanza, attraverso "il cavallo di Troia dei criteri di economicità ed efficacia"¹⁶⁸ la Cassazione abbatteva ogni ostacolo frapposto in precedenza al sindacato sulla discrezionalità amministrativa da parte del Giudice contabile; e ciò perché oramai tali criteri dovevano considerarsi "una regola di legittimità dell'azione amministrativa, la cui osservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, nel senso che lo stesso comporta il controllo della loro concreta applicazione, essendo lo stesso estraneo alla sfera propriamente discrezionale."

In altre parole, la corretta verifica della legittimità dell'azione amministrativa non poteva più prescindere dalla "ragionevole proporzionalità" tra obiettivi conseguiti e costi sostenuti, e la stessa individuazione degli obiettivi istituzionali dell'ente pubblico, nei confronti dei cui amministratori o dipendenti si procedeva in sede contabile, non doveva più considerarsi questione attinente ai limiti "esterni" della giurisdizione, bensì a quelli "interni", comportante cioè, nel caso, un mero "error in iudicando" e non più invasione della sfera discrezionale.

Da ciò il corollario per cui, dovendo considerarsi, tali criteri di economicità ed efficacia, vere e proprie "clausole generali" nell'ordinamento, la verifica della loro osservanza, da parte del giudice, non doveva più considerarsi sindacato sulla discrezionalità amministrativa, ma controllo (seppur limitato) sulla legittimità dell'atto.

Effetto principale di questa nuova impostazione era la rideterminazione del concetto stesso di discrezionalità amministrativa, la quale non poteva più configurarsi in

¹⁶⁷ Vedi PINOTTI C. ne *La violazione dei principi di economicità, efficacia e pubblicità può essere accertata dal giudice contabile solo attraverso un controllo di ragionevolezza che va tenuto distinto dal controllo sul potere "discrezionale": Sezioni Unite della Cassazione, atto terzo*, nota a Cass. SS.UU. 28 marzo 2006 n. 7024, in *Contratti dello Stato ed Enti Pubblici* 2006, p. 622.

¹⁶⁸ Usa tale espressione Pinotti C., op. cit..

maniera differente tra le diverse giurisdizioni, senza con ciò correre il rischio di creare un vero e proprio spazio di immunità giurisdizionale (c.d. *riserva di Amministrazione*) assolutamente infondato, in quanto non previsto da alcuna norma di rango costituzionale.

Da qui la conseguenza che, al pari di qualunque altro giudice, anche a quello contabile doveva riconoscersi la possibilità di riesaminare, nonostante l'esplicito divieto normativo, l'interpretazione e l'applicazione delle norme giuridiche nel modo in cui venivano applicate all'interno degli atti amministrativi, con il potere di sanzionarne, eventualmente, i casi di eccesso di potere per irragionevolezza.

Ed è sulla scorta di tali principi che deve quindi valutarsi in senso positivo la possibilità, da parte del Giudice contabile, di entrare nel merito delle scelte di investimento societario operate dagli enti, proprio perché tali scelte, nonostante la natura discrezionale, non possono esimersi da un vaglio di ragionevolezza, ed essere sanzionate ove denotino incongruità, illogicità, irrazionalità, incoerenza, sproporzionalità dei mezzi rispetto ai fini, con raffronti da compiere sulla base di parametri obiettivi, valutabili *ex ante* e rilevabili anche dalla comune esperienza.

2. Il rapporto di servizio *extra-sociale* tra gli amministratori delle società e l'ente partecipante

Uno spazio di tutela ulteriore, per le ragioni dell'Erario, può concepirsi ove si tenga conto del particolare rapporto che potrebbe intercorrere tra ente che detiene la partecipazione e soggetto designato dallo stesso a rappresentarlo nel contesto societario.

Tale rapporto, infatti, può considerarsi un rapporto estraneo a quello sociale - seppure a quest'ultimo strettamente collegato - diverso e ulteriore rispetto a un mero vincolo di amministrazione, il cui fondamento nasce dall'esigenza di rendere coerente il comportamento del soggetto preposto con le finalità pubbliche sottostanti la propria nomina (se intervenuta ai sensi dell'art. 2449 c.c.) o la propria designazione (se intervenuta viceversa con il normale procedimento assembleare).

A tale riguardo, è stata avanzata l'ipotesi di un'azione pubblica, su iniziativa del Pubblico Ministero contabile, che abbia ad oggetto però un bene diverso da quello patrimoniale, e la cui finalità sarebbe appunto quella di costituire un presidio proprio di quegli interessi pubblici sottesi, non tanto alla nomina del soggetto preposto, ma allo stesso mantenimento della partecipazione pubblica da parte dell'ente.

L'azione avrebbe nel rapporto gestorio soltanto l'occasione della sua esperibilità, ma come fondamento un rapporto diverso da quello sociale, di natura prettamente pubblicistica.¹⁶⁹

La tesi, che non manca di una certa suggestività, apre scenari finora quasi inesplorati da parte della giurisprudenza contabile, la quale, come è stato constatato nelle pagine precedenti, ha ritenuto viceversa di percorrere, finora, strade diverse, qualificando in termini pubblicistici lo stesso rapporto sociale, al fine di pervenire, attraverso tale via, ad una tutela diretta dei contenuti più strettamente patrimoniali.

La tesi, per come è stata avanzata, sembra tuttavia richiedere una qualche precisazione, in particolare su cosa debba intendersi per *interessi pubblici sottesi al mantenimento della partecipazione*, la cui difesa, in ipotesi, dovrebbe operarsi da parte del Pubblico Ministero contabile.

Ciò perché la stessa dottrina proponente non pare esprimersi sul punto, ed anzi, sembra lasciare aperti dei dubbi laddove, pur muovendo dal presupposto che tale tipo di azione (erariale) non potrebbe considerarsi che di natura esclusiva – e pertanto non sovrapponibile a nessun'altra azione, neppure ad un'azione sociale eventualmente promossa dall'ente socio – nel prosieguo della trattazione pare considerare, viceversa, tali due azioni tra loro non complementari, bensì alternative nel risarcimento dello stesso danno, quando ipotizza, in particolare, che *"nel caso l'amministratore abbia già risarcito il danno erariale, ma successivamente attraverso l'azione civile, il patrimonio sociale sia stato reintegrato, lo stesso potrà far valere un diritto di ripetizione."*¹⁷⁰

Ora, in via preliminare – come ribadito anche in precedenza – deve rammentarsi che ogni partecipazione pubblica, anche se minoritaria, deve pur sempre essere giustificata da una precisa finalità sociale, non potendosi ammettere che risorse provenienti dalla fiscalità generale siano impiegate per scopi che non siano coerenti con le finalità istituzionali dell'Amministrazione di volta in volta socia.

Si tratta, quest'ultima, di una circostanza che qualunque soggetto, che sia chiamato a ricoprire cariche sociali all'interno di una società partecipata, non può far finta di ignorare; ed anzi, è a tali finalità che lo stesso deve uniformare la propria azione all'interno del contesto sociale; e ciò a prescindere dal meccanismo attraverso il quale si sia pervenuti alla sua nomina, se cioè in virtù di una clausola statutaria specifica (ai sensi dell'art. 2449 c.c.) o, viceversa, se attraverso il normale procedimento assembleare, con

¹⁶⁹ La tesi viene proposta da SANDULLI M., ne *Sulla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Le misure cautelari e le problematiche più recenti in materia di responsabilità amministrativo-contabile", tenutosi in Roma, nell'Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, dal 29 al 31 ottobre 2008.

¹⁷⁰ SANDULLI M., intervento citato, pag. 13.

meccanismi di voto tali da poterne riferire la scelta, naturalmente, in maniera univoca al socio pubblico (come il meccanismo del voto di lista).

Il problema sorge ove si rifletta concretamente su cosa debba intendersi per *interesse pubblico sotteso alla partecipazione*.

Se, infatti, per interesse pubblico deve intendersi semplicemente l'esigenza che, nel corso della gestione, venga rispettato un necessario principio di economicità, l'eventuale violazione di tale prescrizione comporterebbe una lesione di carattere patrimoniale - come tale riferibile al patrimonio della società - per la risarcibilità della quale, per tesi, si è esclusa in termini generali la configurabilità di un'autonoma azione erariale.

Se, viceversa, per interesse pubblico devono intendersi le esigenze di carattere sociale che devono ritenersi a fondamento della stessa partecipazione pubblica da parte dell'ente, non può mancarsi di evidenziare come, in effetti, tali esigenze non abbiano carattere statico, ma dinamico, dipendendone la concreta determinazione, nel divenire del rapporto sociale, dalle direttive di volta in volta provenienti dai vertici (politici) degli enti partecipanti, che rappresentano, appunto, gli atti di indirizzo attraverso i quali vengono indicati i pubblici interessi da realizzare ed i comportamenti idonei per realizzarli.

In tale sede, non rileva se, ed entro quali limiti tali direttive devono ritenersi vincolanti per gli amministratori, sul piano del rapporto sociale.

L'orientamento prevalente ammette al riguardo due tipi di limiti; uno "esterno", derivante dalla regolamentazione - legale o convenzionale - dell'attività esercitata della società (e dunque dallo stesso oggetto sociale); l'altro c.d. "interno", nascente dalla necessità di conservare agli amministratori quel minimo di discrezionalità, nell'attuazione delle scelte gestorie, che la stessa legge considera indefettibile e in qualche misura qualificante della loro stessa posizione nell'ambito della struttura societaria (art. 2380 bis c.c.).

Ciò che interessa in tale contesto, è che tali direttive - le quali, per loro natura, tendono a dare rilevanza nel contesto sociale ad interessi provenienti da soggetti estranei a quelli investiti direttamente di cariche sociali - possano considerarsi, seppure in determinati limiti, siano assolutamente legittime.

E al riguardo, una conferma della loro legittimità può trarsi dalla stessa disciplina in materia di *attività di direzione e coordinamento* (art. 2497 c.c.), la quale appunto, regolando le conseguenze sul piano della responsabilità della c.d. *direzione unitaria* nei confronti dei soci e dei terzi, implica, necessariamente, il riconoscimento sul piano della legittimità di tali direttive esterne.

Giova rammentare, al riguardo, che la direzione unitaria non potrebbe, peraltro, considerarsi legittima solamente nel caso in cui provenga da un soggetto privato, posto che il riferimento operato dalla norma al concetto di "enti", non sembrerebbe sollevare alcun dubbio sul fatto che lo stesso tipo di direzione unitaria possa promanare anche da un soggetto pubblico.

Ed anzi, si può dire che, se per una società singolarmente considerata, la circostanza che i suoi indirizzi di gestione provengano da soggetti diversi dagli amministratori, rappresenta di per sé un fatto anomalo - e in alcuni casi addirittura patologico - nel caso di società con partecipazioni pubbliche - che siano o meno di controllo - tale evenienza deve considerarsi un fatto normale, quasi necessario, derivante non tanto dal tipo di attività esercitata, nè dalla natura delle risorse utilizzate, ma in particolare dalla rilevanza pubblica delle finalità per le quali quest'ultime sono state investite.

Ora, come è stato anticipato, le esigenze sociali sottese ad una partecipazione pubblica sono per loro natura dinamiche, dipendendone la concreta determinazione dalle direttive di volta in volta scaturenti dagli organi (politici) degli enti di riferimento; ed anzi, si può dire che queste stesse direttive siano in realtà degli indirizzi politici, storicamente determinati.

Ebbene, se si ammette che oggetto di azione erariale debba essere un bene diverso dal patrimonio sociale, ovvero gli interessi pubblici posti a fondamento della partecipazione stessa, e se si concorda sul fatto che tali interessi non possono essere definiti, storicamente, che dagli organi politici degli enti partecipanti, ciò significa che all'organo pubblico finirebbe per demandarsi la tutela di indirizzi politici, di volta in volta determinati.

La soluzione, in prima approssimazione, non appare del tutto soddisfacente, anche a prescindere dall'opinione che si ritenga di avere circa la rilevanza giuridica o meno, nell'amministrazione delle società partecipate, del c.d. *indirizzo politico*; indirizzo politico che, nella normativa più recente, ma anche in decisioni della giurisprudenza, pare assumere oramai ruoli e rilevanza che in precedenza gli erano completamente negati.

Secondo l'opinione tradizionale i titolari degli organi di vertice delle società partecipate potevano restare indifferenti al mutamento dei riferimenti politici dai quali essi ripetevano la nomina.

Non era ammessa, cioè, alcuna possibilità di revoca che non fosse suffragata, o da specifiche violazioni da parte di questi a precisi doveri di gestione, o, viceversa, da circostanze di carattere oggettivo, estranee cioè alla responsabilità dei soggetti revocati, ma tali da mettere in seria discussione quel vincolo di fiducia e di collaborazione il cui

mantenimento, tra singolo amministratore e società (e non tra amministratore e vertici politici degli enti di riferimento) doveva ritenersi assolutamente necessario.

Tale opinione tradizionale viene messa in discussione con l'approvazione della disciplina in tema di riforma della dirigenza pubblica (legge n. 145 del 2002), la quale introduce nell'ordinamento una sorta di "spoil system" per tutti gli amministratori di nomina pubblica (compresi quelli delle società controllate o partecipate dallo Stato); in particolare, *"le nomine degli organi di vertice e dei consigli di Amministrazione (...) delle società controllate o partecipate dallo Stato (...) conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura, possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo"* (art. 6).

Tale disposizione presuppone, infatti, che per lo svolgimento di determinati incarichi direttivi debba mantenersi, tra vertice politico e soggetto preposto, uno specifico rapporto di fiducia.¹⁷¹

La norma, evidentemente, mira ad evitare che possibili nomine, effettuate dall'esecutivo precedente a ridosso della scadenza del mandato, possano rilevarsi tali da inficiare la capacità del nuovo esecutivo di realizzare i propri obiettivi politici; ma, a ben guardare, è proprio tale rilievo che conferisce, al rapporto di fiducia tra amministratori e referenti politici, quella generale rilevanza giuridica che non sembra potersi limitare allo stretto riferimento temporale individuato dalla norma.

Nel rapporto tra amministratori di provenienza pubblica ed ente pubblico, in altre parole, viene ad inserirsi un nuovo elemento di valutazione, quello secondo cui l'amministratore non deve più giudicarsi, esclusivamente, sulla base della propria capacità di esercitare il mandato secondo gli scopi pubblicistici sottesi alla corretta

¹⁷¹ Analoghe disposizioni sono contenute nella legislazione di talune Regioni ritenute legittime dalla Corte Costituzionale (sentenza 16 giugno 2006, n. 223), e nello stesso senso si muovono anche altre disposizioni di legge dettate in materia di dirigenza pubblica. In particolare, con riferimento agli incarichi "apicali" della P.A. (segretario generale, capo dipartimento ed altri equivalenti) l'art. 19 comma 8 del d.lgs n. 165 del 2001 stabilisce che questi "cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo". Diverso è il caso, viceversa, della disposizione di cui all'art. 3, comma 7 della legge n. 145 del 2002, la quale prevedeva, per i titolari di incarichi dirigenziali di livello generale in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa, un meccanismo transitorio di incidenza sul rapporto d'ufficio, dichiarato incostituzionale dalla Corte con sentenza n. 103 del 2007 per l'assoluta automaticità che, non garantendo alcun tipo di contraddittorio preliminare, avrebbe violato il principio del giusto procedimento, e con esso quello della continuità dell'azione amministrativa, strettamente correlato a quello del buon andamento dell'azione amministrativa. In argomento, CLARICH M., *Corte Costituzionale e spoil system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione* su www.lavoce.info 2006; GRAZIANO F., <Spoil system> ed enti pubblici vigilati dallo Stato (Consiglio di Stato, parere 27 febbraio 2003, n. 514 bis) in Riv. Corte dei Conti n. 4/2005, pag. 238; JORIO F., *Lo spoil system viene nuovamente ridisegnato dal giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007: stabilizzazione della dirigenza e giusto procedimento* in www.federalismi.it; MERLONI F., *Verso una maggiore delimitazione dello spoil system?* in www.astrid-online.it.

gestione dell'attività imprenditoriale della società, ma in ragione, anche, di una sorta di "compatibilità politica".¹⁷²

In tale contesto, è la revoca che diviene lo strumento principale attraverso cui reagire nel caso in cui il soggetto preposto non si riveli più idoneo allo svolgimento della gestione societaria in coerenza con le nuove direttive di indirizzo politico.

Naturalmente, perché possa ammettersi giusta causa di revoca, non può considerarsi sufficiente il venir meno di una semplice fedeltà politica, ma occorre, in qualche misura, che venga a mancare una sorta di "fiducia tecnica" nell'amministratore, ovvero che da una valutazione personale del soggetto e delle sue caratteristiche possa ragionevolmente prevedersi che la sua azione potrebbe rivelarsi, da quel momento in poi, non sufficientemente coerente con gli obiettivi di indirizzo politico perseguiti dall'esecutivo.¹⁷³

Obiettivi di indirizzo politico i quali, ovviamente, non potranno discostarsi da quello che rappresenta l'oggetto statutario della società, non potendosi ammettere, in caso contrario, alcuna giusta causa di revoca laddove l'amministratore si fosse rifiutato (doverosamente, ex art. 2391 c.c.) di dare corso a direttive che fossero in conflitto con gli interessi della società così come definiti nello statuto.

Da tali considerazioni viene confermato che, al di là dei limiti di ammissibilità, è la revoca lo strumento principale cui l'ordinamento riconosce il compito di assicurare l'effettivo perseguire degli indirizzi politici, e per essi, degli interessi pubblici sottesi al

¹⁷² In questo senso URSI R., in *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.* 2004, pag. 747 segg..

¹⁷³ Nello stesso senso, sembra esprimersi il T.A.R. Lazio nella c.d. sentenza *Petroni* (la n. 11271-2007), nel momento in cui si sostiene, muovendo dal presupposto che il rapporto tra Ministero e R.A.I. fosse da inquadrare nella logica di un rapporto concessorio, che la revoca è "intrinsicamente nel potere di nomina ove questa non sia rigidamente vincolata al rispetto di regole fisse e predeterminate ma rimessa alla libera scelta del nominante. Si vuol cioè dire che l'organo pubblico, che ex lege è autorizzato a conferire un incarico sulla base di un rapporto fiduciario con il soggetto da designare, può sempre motivatamente revocarlo adducendo e documentando fatti o accadimenti che ragionevolmente giustificano il venir meno della fiducia, salvo che detta possibilità non sia espressamente esclusa dalla norma attributiva del potere di nomina"; nel caso specifico, tuttavia, la revoca del consigliere Petroni doveva considerarsi illegittima, non perché si trattasse di una "operazione di chiaro stampo politico", bensì perché la stessa era stata realizzata "con strumenti legali finalizzati a ben altri scopi ed utilizzati nella sussistenza di ben definiti presupposti e nel rispetto di prestabilite garanzie", non risultando agli atti alcun elemento dal quale si potesse desumere, da parte del Ministro, il venir meno di quel rapporto di fiducia tecnica nei confronti dello stesso consigliere Petroni, ovvero nessuna valutazione personale del soggetto e delle sue qualità tale da poter ragionevolmente prevedere che la sua azione sarebbe potuta risultare, in futuro, non sufficientemente coerente con gli obiettivi di indirizzo politico perseguiti dall'esecutivo. Per un commento alla sentenza citata, ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica, poteri dei soci e riparto fra giurisdizioni: spunti in tema di (atti sociali preordinati alla) revoca di un membro del Consiglio di amministrazione della RAI Radiotelevisione italiana s.p.a.*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2008, pag. 751.

mantenimento della partecipazione da parte dell'ente, e di conseguenza alla nomina degli stessi amministratori.

In tale contesto, prevedere che debba essere un organo pubblico, come il Pubblico Ministero contabile, ad agire per la salvaguardia di interessi pubblici diversi da quelli patrimoniali, come se questi ultimi potessero considerarsi indipendenti dagli indirizzi politici di volta in volta determinati e come tali promananti dai rappresentanti degli enti partecipanti democraticamente eletti, da una parte non consente di percepire il significato odierno che deve riconoscersi, oramai, alle stesse società partecipate - quello di costituire, cioè, veri e propri strumenti di attuazione di politiche pubbliche - dall'altra rischia di apparire fuorviante e in contraddizione con il processo di selezione degli interessi pubblici, il quale viceversa deve considerarsi tipico e inderogabile in un sistema democratico.

Il rischio è che si pretenda di giungere, per via giudiziaria, alla tutela di interessi di troppo vasta portata, come l'ordinata convivenza dei cittadini o il maggior benessere della collettività, i quali non solo non sembrano singolarmente enucleabili - costituendo gli stessi la finalità stessa dello Stato unitariamente considerato - ma la cui concreta determinazione, di fatto, non può che essere oggetto, necessariamente, di valutazioni di carattere politico, da suffragarsi con il voto democratico, ove non vi è spazio per alcun sindacato da parte di un giudice.¹⁷⁴

Diverso sarebbe, invece, se con tale meccanismo si intenda far trovare ingresso, anche nel contesto delle società partecipate, alla tutela di beni giuridici che, diversi da quelli patrimoniali, la stessa giurisprudenza contabile considera oramai pacificamente risarcibili anche nell'ambito della responsabilità amministrativa, come il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione o il c.d. *danno da disservizio*.

2.1. Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione

Il danno all'immagine è, secondo l'accezione individuata dalla giurisprudenza, un danno non patrimoniale, come tale rientrante nella categoria del danno esistenziale di recente creazione giurisprudenziale.

¹⁷⁴ Vedasi Corte dei Conti SS.RR. 9 aprile 1990 n. 659/A, che ha ammesso viceversa la risarcibilità del *danno all'economia nazionale*, considerato autonomo bene giuridico pubblico, il pregiudizio del quale deve essere economicamente valutabile pur se non direttamente incidente sulla situazione patrimoniale del soggetto leso.

Esso è danno-conseguenza, che si realizza con la diminuzione del prestigio, del buon nome o dell'autorevolezza dell'Amministrazione, in conseguenza della diffusione della notizia del danno illecito attraverso i *media* della stampa o della televisione.¹⁷⁵

Nel caso di società a capitale pubblico, un possibile danno all'immagine della Pubblica Amministrazione potrebbe ipotizzarsi nel caso in cui, dalla diffusione mediatica di atti illeciti riferibili ad esponenti della stessa società, o alla stessa società partecipata, sia derivato nocumento al prestigio, al buon nome, o all'autorevolezza della stessa Pubblica Amministrazione.

Può farsi l'esempio di una società partecipata, la quale, in precedenza, rivestiva il ruolo di monopolista pubblico nella fornitura di un determinato servizio.

Ebbene, può accadere che, nonostante l'intervenuto mutamento della veste giuridica, attraverso ad esempio l'eventuale cessione della gran parte del capitale a soggetti privati, nella considerazione collettiva la società – o meglio, l'azienda da questa gestita – continui ad essere percepita come una vera e propria articolazione della Pubblica Amministrazione, o, più esattamente, come un'azienda che, per la natura o le modalità del servizio offerto, debba considerarsi soggetta a determinate norme di comportamento nei rapporti con la clientela (percezione riferibile alla precedente veste giuridica).

Da qui la concreta possibilità che la condotta illecita tenuta dagli amministratori, ove e nei limiti in cui essa sia stata oggetto anche di diffusione mediatica, possa riverberare i suoi effetti negativi sul buon nome e sul prestigio della Pubblica Amministrazione, allorquando, in particolare, nel sentire comune tale condotta fosse stata percepita come violazione a precisi doveri d'ufficio, o avesse ingenerato nei singoli cittadini la convinzione che la Pubblica Amministrazione, invece di conformare la propria azione al rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, abbia consentito che le proprie funzioni venissero esercitate in maniera distorta.

¹⁷⁵ Dalla Relazione per l'inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2009, tenuta dal Procuratore Generale della Corte dei Conti dott. FURIO PASQUALUCCI, emerge come siano in continuo aumento le citazioni a giudizio e le sentenze di condanna per danni non patrimoniali causati alla Pubblica Amministrazione, e segnatamente per quelli qualificati dalla stessa Corte dei Conti come "*danno all'immagine*", che si verifica quando il comportamento di funzionari pubblici, dipendenti o amministratori di P.A. – per la "*gravità*" dello stesso, di solito integrante reato penale, nonchè per la "*diffusione*" del sentimento di dispregio e di allarme sociale che creano, il cd. *clamor fori* – "*si traduce di fatto in una alterazione della stessa identità della P.A. e, più ancora, nell'apparire di una sua immagine negativa, in quanto struttura organizzata confusamente, gestita in maniera inefficiente, non responsabile e non responsabilizzata*" (la definizione è tratta dalla sentenza che – per prima – ha qualificato il danno all'immagine come danno non patrimoniale e, specificatamente, esistenziale: Corte dei Conti, SS.RR., 23 aprile 2003 n. 10/QM). Per una disamina delle fattispecie, anche alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza, nonchè sui possibili aspetti evolutivi della nozione, vedasi SPINELLI S., "*Pubblica Amministrazione e danno non patrimoniale*", in www.personaedanno.it, e CUMIN G., "*Il danno all'immagine come patologia del sistema (della responsabilità amministrativa)*" in *Riv. Corte della Conti* n. 5/2008.

La rilevanza della fattispecie la si apprezza ove si tenga presente che, per giurisprudenza consolidata, non appare necessaria alcun tipo di relazione tra danno all'immagine e una specifica lesione di natura patrimoniale, non dovendosi ritenere limitata, la risarcibilità del primo, alle sole ipotesi in cui sia riscontrabile la concomitante presenza di un danno diretto al patrimonio pubblico.¹⁷⁶

Potrebbe aversi ugualmente, in altre parole, danno all'immagine anche in assenza di una lesione al patrimonio della società partecipata - ovvero al patrimonio dell'ente pubblico partecipante - ed anzi, addirittura nel caso in cui dall'atto illecito, commesso dagli amministratori della società, fosse derivato in realtà un beneficio, in termini patrimoniali, per la società amministrata o per lo stesso ente.

Ciò che avrebbe rilevanza, in tali casi, è che dall'attività illecita in qualche misura riferibile alla partecipata potesse, teoricamente, derivare un disvalore in termini di immagine per la Pubblica Amministrazione, ma soprattutto che tale disvalore si sia effettivamente realizzato, come conseguenza della diffusione del messaggio nocivo attraverso gli strumenti della comunicazione di massa.¹⁷⁷

In casi del genere, apparirebbe lecito consentire al Pubblico Ministero contabile di intervenire, facendo valere la responsabilità amministrativa di coloro che, operando per conto della società, dovessero essersi resi partecipi di un'attività illecita.

Perché tuttavia possa verificarsi questo, è necessario che, tra coloro che hanno operato e la Pubblica Amministrazione, possa individuarsi una specifica relazione di servizio, la quale dovrebbe fondarsi sulla consapevolezza, da parte del soggetto agente, dei possibili effetti negativi sul buon nome dell'Amministrazione che la propria condotta (ovvero, la condotta della società amministrata) avrebbe potuto comportare nella pubblica opinione, attesa la diffusa convinzione di una sorta di immedesimazione tra l'agire della società e l'agire della Pubblica Amministrazione.

In altre parole, ove, nella fattispecie concreta, dovesse pervenirsi alla dimostrazione dell'assoluta consapevolezza, da parte del soggetto agente, del tipo di percezione diffusa tra i cittadini circa l'attività svolta dalla società amministrata, ovvero,

¹⁷⁶ La giurisdizione della Corte dei Conti sui danni erariali derivanti dalla lesione di un bene immateriale, alla cui categoria va ricondotto il bene immagine, sussiste ed è autonomamente azionabile anche se non sussiste o non sia stato chiesto alcun risarcimento per danno arrecato a bene patrimoniale (Corte dei Conti, sezioni riunite, 28 maggio 1999 n. 16/99/QM).

¹⁷⁷ L'elaborazione della giurisprudenza ha disancorato il danno all'immagine dall'illecito penale, affermando che *"il danno all'immagine ed al prestigio della P.A."*, quale *"danno ingiusto"* ad uno dei diritti fondamentali della persona giuridica pubblica, può discendere - oltre che da un comportamento causativo di reato penale - anche da un comportamento gravemente illegittimo ovvero da un comportamento gravemente illecito di natura extrapenale, purché idoneo - nella sua consistenza fenomenica - a produrre una *"perdita di prestigio ed un grave detrimento della personalità pubblica"*, tale da determinare una *"spesa necessaria al ripristino del bene leso"* (Corte dei Conti, Umbria, 6 marzo 2001, n. 98; conforme a precedente della medesima Sezione, n. 557/2000).

più in particolare, del fatto che nella pubblica opinione sia diffusa la convinzione che la società debba sottostare a regole di servizio e di condotta corrispondenti a quelli di una Pubblica Amministrazione, la configurabilità di una responsabilità amministrativa, per danno all'immagine arrecato all'Amministrazione a seguito di condotte non corrispondenti a tali regole, apparirebbe certamente concreta, anche a prescindere dalla ricorrenza o meno di possibili lesioni patrimoniali direttamente cagionate al patrimonio della società.

Sotto un diverso profilo, deve ribadirsi anche che, in un contesto del genere, potrebbe rilevarsi difficile apprezzare una qualche significativa differenza tra amministratori di provenienza pubblica ed amministratori di provenienza privata, ovvero, tra società con partecipazioni pubbliche e società con capitale interamente privato.

Posto, infatti, che la relazione di servizio che sarebbe rilevante, in tali ipotesi, sarebbe costituita da una sorta di "*relazione di servizio putativa*", di natura extra-sociale, tra singolo amministratore e la Pubblica Amministrazione - la cui dimostrazione, peraltro, esula dal rapporto meramente interno tra ente partecipante e soggetto da questa preposto - un tale tipo di responsabilità potrebbe teoricamente rilevarsi configurabile anche per un amministratore di provenienza privata, qualora, in particolare, se ne dovesse arrivare a dimostrare la piena consapevolezza dei possibili effetti negativi, in termini di credibilità per la Pubblica Amministrazione (intesa questa nell'accezione più generale), di una propria condotta illecita, o comunque di una condotta non conforme a quelle regole di comportamento che agli occhi dei cittadini sarebbe lecito attendersi.

2.2. Il danno c.d da *disservizio*

Il danno da disservizio consiste nella mancata o ridotta prestazione o nella cattiva qualità del servizio fornito all'Amministrazione.

Esso non è costituito da un nocumento patrimoniale, ma dal mancato raggiungimento, in termini quantitativi e/o qualitativi, delle finalità stesse dell'ente; la sua dimensione, necessariamente equitativa, deriva dal costo dell'attività svolta senza che l'ente ne abbia tratto beneficio, a cui si aggiunge il costo del possibile rinnovo dell'attività funzionale ai fini dell'Amministrazione.

Il danno da disservizio è categoria giuridica elaborata dalla giurisprudenza contabile nell'ambito del rapporto di servizio tradizionale, tra dipendente e Amministrazione di appartenenza, nel caso e nei limiti in cui sia possibile riscontrare una relazione diretta tra fatto illecito del dipendente e possibili conseguenze nocive sulla

funzionalità stessa della Pubblica Amministrazione, in termini di minore efficienza, efficacia od economicità.¹⁷⁸

La configurabilità di un tale tipo di danno, nel caso di società a capitale pubblico, può apparire certamente difficile da ipotizzare, ma occorre tuttavia operare delle distinzioni al riguardo.

Nel caso, infatti, in cui si sia in presenza di società che possono considerarsi veri e propri enti pubblici in veste societaria - nell'accezione in precedenza accolta - il ragionamento complessivo non dovrebbe mutare di molto da quello riferibile ad un'Amministrazione di tipo tradizionale; in tali casi, un danno da disservizio appare certamente configurabile, nonchè autonomamente risarcibile.

Laddove si verta, viceversa, nel campo dei servizi pubblici, l'autonoma rilevanza di un tale tipo di danno potrebbe risultare più difficile da ipotizzare, data la ricorrenza, nello specifico settore, di "contratti di servizio" tra società di gestione ed enti affidanti, ai quali viene affidata, solitamente, anche la regolamentazione di tutti quei casi di disservizio, potenzialmente derivanti dalla violazione di regole contrattuali nel corso del rapporto.

Esiste poi un terzo tipo di fattispecie, quella costituita dalle società, che pure essendo in mano pubblica, non possono essere considerate enti pubblici in veste societaria - nell'accezione in precedenza accolta - ma che sono ugualmente incaricate di esercitare attività di rilevanza pubblica.

Per tale tipo di società, l'eventualità che possa ipotizzarsi un autonomo danno da disservizio appare certamente possibile.

Naturalmente, occorre prestare attenzione, perchè, in ogni caso, qualunque danno da disservizio non potrebbe comunque immedesimarsi semplicemente in un'attività illegittima. Il danno da disservizio rappresenta infatti un *ulteriore* danno rispetto a quello rilevabile direttamente dalle conseguenze di un'attività illegittima, ed è proprio per questo che esso può (o deve) ricevere una sanzione diversa da parte del giudice.

In realtà, anche nel campo dei servizi pubblici - ove in genere vengono inserite specifiche clausole penali, nei contratti di servizio, atte a sanzionare, attraverso una preventiva *monetizzazione*, i casi di possibile disservizio - non è infrequente che possano verificarsi situazioni in cui finisca per essere sacrificato l'interesse di chi, in ultima istanza, dovrebbe costituire il destinatario finale del servizio pubblico, ovvero la collettività dei cittadini.

¹⁷⁸ Per una disamina della genesi, avvenuta in sede giurisprudenziale, della nozione di danno da disservizio, AURIEMMA S. *Lineamenti di una responsabilità organizzativa nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. Corte dei Conti* n. 2/2008. In argomento, anche TOMASSINI E., *Il danno da disservizio* in *Riv. Corte dei Conti* n. 3/2005.

Ciò può avvenire, ad esempio, se il soggetto affidatario decide di violare scientemente, e in maniera ricorrente, specifici obblighi disciplinati dal *contratto di servizio*, in particolare quelli che definiscono i limiti (quantitativi e qualitativi) al di sotto dei quali non sia possibile scendere nella fornitura del servizio.

La stessa cosa può verificarsi anche nella diversa ipotesi in cui, per errore nella stipulazione della convenzione, questo genere di obblighi sia stato descritto in maniera del tutto superficiale, ovvero se, nel corso del tempo, siano intervenute importanti modificazioni nell'ambiente circostante (ovvero, nelle esigenze della collettività) da richiedere la necessità di un aggiornamento dei livelli di servizio inizialmente programmati.

A titolo di esempio, può farsi il caso di una società di trasporti urbani, la quale, per convenzione stipulata con l'Amministrazione locale concedente, si sia assunta l'onere di fornire un determinato livello minimo di servizio, quantificato, dalla disciplina contrattuale, in un numero di prestazioni - ovvero, corse dei propri mezzi - nell'unità di tempo.

Ebbene, potrebbe verificarsi che, tenuto conto dell'ammontare delle clausole penali stabilite nella convenzione - nel caso di mancato adempimento agli *standard* di servizio programmati - alla società concessionaria possa risultare di fatto conveniente *tagliare* un certo numero di prestazioni - risparmiando sul relativo costo industriale - piuttosto che dare integrale esecuzione agli obblighi contrattuali.¹⁷⁹

Se ci si limita a considerazioni di natura strettamente patrimoniale, l'ente concedente, ove sia allo stesso tempo socio della società affidataria, potrebbe da tale condotta non solo non subire alcun danno, ma anzi, ricavarne un beneficio, costituito, da una parte, dall'ammontare delle penali da riscuotere a seguito di una fornitura del servizio soltanto parziale, dall'altra, dal beneficio "*indiretto*" costituito dall'apprezzamento di valore della partecipazione, per i maggiori utili che tale condotta assicurerebbe alla società concessionaria.

In una situazione del genere, l'unico a rimetterci sarebbe in realtà l'interesse della collettività, ovvero dei cittadini utilizzatori finali del servizio, ai quali, in ultima istanza, lo stesso non verrebbe fornito nella misura necessaria.

In altre parole, l'unico a rimetterci sarebbe lo stesso riferimento etico dell'ente - soprattutto se trattasi di ente territoriale - il quale, tra le proprie finalità istituzionali, non

¹⁷⁹ Secondo Corte dei Conti sez. I centr. App. n. 14 del 14 gennaio 2009, tuttavia, "*la resa dei servizi con standards inferiori al pattuito, la carente manutenzione e il mancato o inadeguato sviluppo della rete (da restituire al concessionario-pubblico potere alla fine della concessione) costituiscono danno erariale ed indebito incremento dell'utile societario.*"

potrebbe avere sicuramente quella di "lucrare" da attività imprenditoriali esercitate a scapito dei cittadini rappresentati.

L'esempio riportato ha lo scopo di evidenziare che, in effetti, anche nel campo dei servizi pubblici, possono ipotizzarsi situazioni in cui, dal mancato adempimento di regole contrattuali, possono crearsi veri e propri disservizi a scapito della collettività rappresentata - prima ancora dell'ente che la rappresenta - teoricamente rilevanti in maniera autonoma sul piano risarcitorio.

Partendo dallo stesso esempio, è possibile riflettere inoltre su un diverso aspetto, ovvero che, nel contesto delle società a capitale pubblico, non sempre appare univoca l'interpretazione di cosa debba rilevare come *interesse pubblico*.

Ciò perchè l'interesse (pubblico) sotteso al corretto svolgimento dell'attività da parte della società partecipata, potrebbe essere cosa diversa dall'interesse (pubblico) dell'ente partecipante nella sua qualità di socio; e l'interesse di quest'ultimo, ove lo si intenda in termini puramente patrimoniali, potrebbe non coincidere, a sua volta, con l'ulteriore interesse (pubblico) della collettività sociale cui lo stesso ente è tenuto a riferire la propria azione.

In situazioni del genere, emergono tutti i limiti di quell'orientamento giurisprudenziale che, attraverso la semplice estensione della giurisdizione contabile alle società partecipate, pretenderebbe di risolvere ogni possibile lesione all'interesse pubblico, supponendo di ravvisare una relazione diretta ed univoca tra lesione al patrimonio della società e lesione alle finalità pubbliche con essa perseguite.

Come si è visto, invece, l'interesse pubblico, se inteso come interesse della collettività, ovvero nella sua dimensione etica e non puramente patrimoniale, potrebbe rischiare di essere compromesso anche in assenza di una specifica lesione di carattere patrimoniale, per la società partecipata.

Nel contesto delle società partecipate, è lo stesso concetto di interesse pubblico ad essere di difficile percezione, dipendendone di volta in volta la concreta individuazione dallo specifico punto di osservazione rispetto al quale ci si pone.

Interesse pubblico è, senza dubbio alcuno, l'interesse (patrimoniale) dell'ente socio ad una corretta gestione societaria, perché questa sia al contempo efficiente ed economica.

Interesse pubblico è però anche l'esigenza, di natura prettamente sociale, correlata al mantenimento della stessa partecipazione da parte dell'ente; esigenza, peraltro, che non solo potrebbe non essere affatto stabile nel tempo - dipendendo, in parte, dagli stessi orientamenti politici storicamente perseguiti - ma che potrebbe, in molti casi, persino non coincidere neppure con una gestione societaria efficiente ed economica (in un'ottica puramente aziendale).

Interesse pubblico è poi, immancabilmente, lo stesso interesse della collettività dei cittadini rappresentati ad ottenere un servizio che sia al contempo il più adeguato ed efficace possibile, ovvero, in altre parole, a vedere soddisfatti i propri bisogni.

Per inciso, quest'ultimo è un tipo di interesse nei confronti lo stesso ente – ove sia un ente territoriale come tale rappresentante di un interesse generale - non potrebbe assumere che una posizione assolutamente servente.

Giova ribadire, in particolare, che per interesse pubblico non potrebbe intendersi, in nessun caso, un interesse meramente lucrativo, nemmeno se tale finalità venga considerata a sua volta funzionale ad un diverso e ulteriore interesse pubblico; e ciò diversamente da quanto si verifica, viceversa, nel caso di una partecipazione unicamente riferibile ad un soggetto privato.

Per il socio pubblico, infatti, l'interesse lucrativo non può rappresentare la causa principale dell'acquisizione o del mantenimento di una partecipazione, e, a ben guardare, quest'ultima circostanza non sembra potersi sottacere neppure ove si tratti di valutare la posizione di un possibile socio privato, o dell'amministratore la cui designazione sia riferibile al socio privato.

In effetti, il ragionamento operato fino a questo momento ha preso le mosse dalla verifica se potesse essere o meno possibile configurare un'azione erariale, a carico dei soli esponenti di provenienza pubblica, fondata su un particolare rapporto di servizio extra-sociale, enucleabile tra costoro e l'ente dal quale gli stessi ripetevano la nomina, al fine di tutelare beni giuridici (pubblici) diversi e ulteriori rispetto a quelli rappresentati dal patrimonio della società o dal patrimonio dello stesso ente.

Ma potrebbe ritenersi, l'amministratore o comunque l'esponente della società di provenienza privata, esonerato da un tale tipo di azione?

L'ipotesi teorica di base è che il socio privato, e per esso l'amministratore da questi designato, perseguirebbe nel rapporto sociale un interesse tipicamente lucrativo, diversamente dal socio pubblico, il quale viceversa fonderebbe la propria partecipazione su un interesse diverso da quello lucrativo e non sempre compatibile con questo.

Si tratta tuttavia di una ricostruzione solo teorica, perché, a ben guardare, qualunque soggetto privato che accetti di entrare in società con un soggetto pubblico, non potrebbe ignorare che quest'ultimo, proprio per il principio di legalità che ne regola l'azione e ne determina gli scopi istituzionali - tra i quali non può esservi alcuno scopo lucrativo - necessariamente dovrà tentare di orientare la gestione societaria - nei limiti in cui possa ritenersi consentito - al perseguimento anche di finalità diverse da quelle puramente lucrative.

In altre parole, il socio privato non può ignorare il senso della partecipazione pubblica, e lo stesso concetto di "*interesse sociale*", ove inteso nell'accezione di interesse

proprio di tutti i partecipanti o comunque condiviso da tutti, nel caso delle società a capitale misto, non può ignorare l'interesse di cui sia portatore il socio pubblico.¹⁸⁰

Tornando all'esempio poc'anzi citato, quello della società di trasporti urbani che decide, in maniera consapevole, di violare gli obblighi contrattuali non realizzando gli *standard* contrattuali previsti nella convenzione, l'amministratore di nomina privata, in ciò in maniera analoga a quello di nomina pubblica, non potrebbe far finta di ignorare che l'azione della società – nonostante la presenza delle clausole penali, atte a risarcire possibili disservizi – è, e deve restare funzionale al soddisfacimento di specifiche esigenze della collettività, attraverso la fornitura del servizio pubblico.

Una condotta tesa a non rispettare, in maniera sistematica, gli *standard* contrattuali previsti, in una logica egoistica di pura convenienza economica, difficilmente potrebbe considerarsi esente da censura in sede erariale, per danno da disservizio arrecato alla Pubblica Amministrazione costituito, da una parte, dai costi sostenuti per un'attività da cui non sia derivata l'utilità attesa, dall'altra, dai costi necessari a ripristinare le condizioni minimali di servizio.

E da questo punto di vista, apparirebbe incongrua qualunque differenza tra amministratori di nomina pubblica ed amministratori di nomina privata, dal momento che sia gli uni che gli altri non potrebbero non essere consapevoli del ruolo rivestito dalla società amministrata, e la mera presenza di clausole penali non potrebbe considerarsi un'esimente dalla propria responsabilità, per chiunque si fosse reso partecipe di una condotta illegittima.

3. L'iniziativa della Procura contabile in sede civile

La ricostruzione proposta nelle pagine precedenti, che prevede una sorta di complementarità, nella tutela delle risorse pubbliche, tra Pubblico Ministero contabile ed enti possessori delle partecipazioni, costituisce probabilmente la soluzione più coerente avuto riguardo all'intero sistema normativo.

Essa, tuttavia, rischia di rivelarsi poco efficace laddove gli enti partecipanti non dovessero dimostrarsi sufficientemente reattivi nei confronti di atti di gestione lesivi del patrimonio delle società, posti in essere da amministratori o da altri esponenti delle società partecipate.

¹⁸⁰ Secondo OPPO G., *"l'interesse di cui è portatrice la partecipazione pubblica rilevante può essere ricondotto alla funzione concreta della società e quindi alla causa concreta, o a una sua componente"*, e *"l'attrazione nella causa concreta porta ad introdurre l'interesse pubblico anche nell'interesse sociale, nella accezione di interesse proprio di tutti i partecipanti o comunque condiviso da tutti i soci, giacchè essi non possono ignorare il senso della partecipazione pubblica"*, in *Pubblico e privato nelle società partecipate*, Relazione al Convegno su *"Le società pubbliche"*, tenutosi a Venezia dal 25 al 27 novembre 2004, in *Riv. dir. civ.* 2005, n. 2, II.

In effetti, dall'esperienza del passato è possibile trarre l'insegnamento che le ragioni dell'Erario, probabilmente, potrebbero meglio essere tutelate ove l'iniziativa giudiziale fosse rimessa ad un soggetto terzo – come il Procuratore contabile – estraneo ai rapporti societari, e per questo non legato in alcun modo agli eventuali responsabili degli atti lesivi.

Ed è per tale motivo che può apparire opportuno verificare, muovendo dal sistema normativo attualmente vigente, se, in effetti, possa o meno ritenersi configurabile anche un differente modo di operare da parte del Pubblico Ministero contabile, una volta che a questi fosse pervenuta una *notizia damni* relativa alla gestione di società con capitale pubblico.

Può apparire opportuno, in particolare, verificare se l'attuale sistema normativo preveda, o comunque consenta che l'organo inquirente contabile possa esperire, a tutela delle ragioni erariali, anche un diverso tipo di azione, di natura civilistica – differente pertanto da quella tradizionale di responsabilità amministrativa – volta al reintegro del patrimonio sociale e, per tale via, alla tutela del valore della partecipazione pubblica.

3.1. L'azione sociale di responsabilità esercitata *in surrogatoria*

Come noto, la recente riforma del diritto societario ha esteso la platea dei soggetti legittimati ad esercitare l'azione sociale di responsabilità, introducendo, insieme all'azione promossa dalla società - titolare della posizione sostanziale – la diversa ipotesi dell'azione sociale promossa dai soci; nelle società per azioni, dai soci che rappresentano da un quinto a un terzo del capitale sociale, in base alle previsioni dell'atto costitutivo (art. 2393 bis comma 1 c.c.); nelle società quotate, da quelli che rappresentano un quarantesimo del capitale "o la minore misura prevista nello statuto" (art. 2393 bis comma 2 c.c.); nelle società a responsabilità limitata, da ciascun singolo socio (art. 2476 comma 3 c.c.).

A fondamento di tale estensione, vi era (e vi è) la volontà del Legislatore di introdurre uno strumento ulteriore di garanzia, in favore dei soci di minoranza (o del singolo socio, nel caso delle società a responsabilità limitata), ai quali si riconosce la possibilità di agire, per il reintegro del patrimonio sociale e a tutela del valore della propria partecipazione, in maniera del tutto autonoma, ovvero senza alcuna necessità di una preventiva deliberazione assembleare, contrariamente a quanto previsto nel caso di azione sociale esercitata a nome della società (art. 2393 c.c.).

Tale essendo la *ratio* più o meno esplicita della norma, giova rammentare tuttavia che la disposizione non distingue tra soci di maggioranza e soci di minoranza (la stessa rubrica dell'art. 2393 bis fa significativamente riferimento alla nozione generica di *soci*,

non di *soci di minoranza*), e che pertanto appare lecito pensare che, una volta introdotto lo strumento, non possano ravvisarsi ostacoli, per chi riveste il ruolo di socio di maggioranza nella compagine sociale, ad avvalersene in luogo dello strumento che potremmo definire *tradizionale*, quello cioè costituito dall'azione sociale deliberata dall'assemblea della società.¹⁸¹

Sotto altro aspetto, l'articolo 1, comma 174 della legge 266/2005 (legge finanziaria per il 2006), ha di recente ampliato, "*al fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali,*" i mezzi di cautela a disposizione del Pubblico Ministero contabile, riconoscendone in particolare la facoltà di adottare "*tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V, del codice civile*", ovvero, in prima approssimazione, l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.), l'azione revocatoria (art. 2901-2904 c.c.), ed il sequestro conservativo (art. 2905-2906 c.c.).¹⁸²

Ebbene, l'ipotesi da verificare è se, dal combinato disposto delle disposizioni appena riportate – in particolare, quella dettata dall'art. 2393-bis c.c. e quella introdotta dal comma 174 dell'art. 1 della legge 266/2005 – possa ritenersi configurabile un'azione di responsabilità sociale, volta al reintegro del patrimonio della società partecipata, esercitata "*in surrogatoria*" ad opera del Pubblico Ministero contabile, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2900 c.c..

In effetti, se si concorda sul fatto che, nel caso di società a capitale pubblico, la responsabilità erariale per i danni rivenienti da atti di *mala gestio* deve imputarsi, in prima istanza, a coloro che in capo agli enti pubblici partecipanti abbiano trascurato di esercitare gli opportuni poteri di vigilanza (ovvero, abbiano omesso di promuovere le necessarie azioni di responsabilità) ci si può interrogare se, effettivamente, al fine di assicurare che vengano soddisfatte o conservate le ragioni di un possibile credito erariale, al Pubblico Ministero contabile non debba consentirsi l'esercizio di quei diritti o di

¹⁸¹ Per una disamina della fattispecie, PERRONE D., *L'azione sociale di responsabilità del socio nei confronti degli amministratori* in altalex.com.

¹⁸² Il sequestro conservativo, in realtà, era uno strumento già consentito dalla normativa pre-esistente, in virtù del c.d. "*rinvio dinamico*" operato dall'art. 26 del Regolamento di Procedura n. 1038 del 1933, a mente del quale "*nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme ed i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificati dalle disposizioni del presente regolamento*". L'introduzione delle nuove disposizioni nasce dall'esigenza di migliorare gli scarsi risultati fino allora realizzati nell'attività esecutiva delle sentenze di condanna, la quale era svolta in gran parte per via extra-giudiziale (amministrativa) direttamente dalle Amministrazioni titolari dei crediti al risarcimento, con risultati comunque assai modesti. In argomento, PATTI. G., *Le azioni a tutela delle ragioni dell'amministrazione danneggiata esercitabili dal pubblico ministero contabile in base all'art. 1, comma 174°, della l. 23 dicembre 2005, n. 266* in *Riv. Corte dei Conti* n. 4/2007.

quelle azioni che sarebbero spettate ai detentori delle partecipazioni pubbliche, e che costoro, con grave colpa o con dolo, hanno trascurato viceversa di esercitare.¹⁸³

Deve tenersi presente, al riguardo, che, costituendo l'azione surrogatoria un'azione volta non alla soddisfazione di un credito, ma esclusivamente alla conservazione di una garanzia, nessun rilievo nel caso specifico potrebbe assumere l'attuale esistenza di un credito erariale, né il suo esatto ammontare, potendo tali elementi realizzarsi anche in momenti successivi a quello della proposizione della domanda, cioè fino al momento della decisione dell'azione.

Essenziale, invece, sarebbe l'immediato e contestuale avvio dell'ordinaria azione di responsabilità amministrativa, da parte del Pubblico Ministero contabile, volta al riconoscimento proprio di quel credito erariale posto a fondamento dell'azione surrogatoria, a carico di chi abbia omissso di esercitare i necessari poteri di vigilanza.

Il vantaggio del meccanismo appena descritto consisterebbe nel fatto che l'azione di responsabilità nei confronti di coloro che hanno concretamente agito verrebbe promossa su iniziativa di un soggetto terzo – il Pubblico Ministero contabile – non legato in alcun modo ai responsabili dell'attività lesiva e per ciò stesso, presumibilmente, in grado di esercitare una più efficace azione di tutela delle risorse pubbliche.

3.1.1. La sospensione dell'azione ex art. 295 c.p.p.

L'eventuale azione sociale promossa in surrogatoria dovrebbe teoricamente sospendersi ai sensi dell'art. 295 c.p.p., trattandosi di controversia il cui esito è subordinato alla definizione di un diverso procedimento - quello di natura amministrativa - teso ad accertare la ricorrenza (del danno alla finanza pubblica e di conseguenza) del credito erariale.¹⁸⁴

Al riguardo, tuttavia, potrebbe sollevarsi più di un dubbio.

In effetti, se all'azione sociale esercitata in surrogatoria si riconosce una funzione accessoria rispetto all'azione di responsabilità amministrativa – cioè quella di costituire un "*mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale*" relativa al credito da accertare per il tramite di quest'ultima – la stessa non potrebbe proseguirsi qualora, a seguito della definizione della controversia principale, non si pervenga all'accertamento (del danno

¹⁸³ La tesi viene proposta da COSTANTINO G., in *La tutela del credito erariale: la azioni esperibili innanzi al giudice contabile ex art. 1, comma 174, legge 266/05*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento, tenutosi in Roma presso l'Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti dal 29 al 31 ottobre 2008, "*Le misure cautelari e le problematiche più recenti in materia di responsabilità amministrativo-contabile*".

¹⁸⁴ Così, COSTANTINO G., intervento citato.

erariale e di conseguenza) del credito erariale la cui sussistenza aveva costituito appunto il fondamento dell'azione sociale.

Per inciso, non avrebbe alcun rilievo il motivo per il quale non si sia pervenuto a tale tipo di accertamento; se cioè, sia stato accertato che, in realtà, nessun danno si era effettivamente prodotto a carico del patrimonio della società (e di riflesso, del patrimonio dell'ente partecipante), ovvero se, nonostante l'accertamento di negligenze da parte di chi era stato incaricato di operare i dovuti controlli, queste non sono state ritenute così gravi da richiedere una specifica sanzione.

Ciò che assumerebbe rilievo, in tal caso, è la sola circostanza che, se a fondamento dell'azione sociale esercitata *in surrogatoria* vi è la finalità di conservazione della garanzia patrimoniale per uno specifico credito (erariale), il mancato accertamento di tale credito incide sulla procedibilità dell'azione accessoria, eventualmente sospesa ai sensi dell'art. 295 c.p.p..

Naturalmente, occorrerebbe distinguere il caso della mancanza assoluta di accertamento del (danno e pertanto del) credito, da quello viceversa in cui (un danno e pertanto) un credito erariale sia stato accertato, ma per ammontare inferiore a quello della lesione occorsa al patrimonio sociale.

Ebbene, in questo secondo caso non può esserci dubbio che l'azione sociale di responsabilità dovrebbe comunque potersi proseguire, anche se occorre tener presente che oggetto della stessa resta in ogni caso il recupero integrale del patrimonio sociale, non solamente della parte riferibile al socio pubblico.

L'accertamento di un credito erariale inferiore alla lesione occorsa originariamente al patrimonio della società può avvenire, all'esito del giudizio di responsabilità, fondamentalmente per due ordini di motivi: per la presenza di altri soci nella compagine sociale, la quale, determinando una diminuzione in termini percentuali della quota di partecipazione del socio pubblico, rende la quota di danno allo stesso riferibile proporzionalmente inferiore; per la possibile (e in alcuni casi obbligatoria) applicazione da parte del giudice del c.d. potere riduttivo, con il conseguente abbattimento degli importi effettivamente contestati.

Nell'ipotesi, viceversa, dell'assoluta mancanza di accertamento del (danno e dunque del) credito, l'azione sociale teoricamente non dovrebbe potersi proseguire, anche se, in realtà, tale conclusione non può dirsi del tutto pacifica.

E in effetti, la relazione tra azione sociale di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa non sembra potersi inquadrare, semplicemente, in una relazione di accessorietà della prima nei confronti della seconda, perché, in molti casi, potrebbe verificarsi che la soluzione della controversia erariale difficilmente potrebbe realizzarsi senza la preventiva conoscenza dell'esito dell'azione civilistica, e, in

particolare, della valutazione che in tale sede i giudici abbiano ritenuto di dare alla condotta tenuta dagli stessi amministratori della società (o da altri esponenti interni, diversi dagli amministratori).

Le due azioni hanno tra loro oggetti diversi, così come diversi sono i soggetti passivi; ma tra le stesse difficilmente potrebbe mancare una stretta relazione, la quale peraltro – se si passa l'espressione – potrebbe addirittura considerarsi "*inversamente proporzionale*" a quella supposta dallo stesso articolo 295 c.p.p..

L'azione sociale ha come oggetto la condotta degli amministratori della partecipata, nella sua relazione con i danni prodottisi in capo al patrimonio della società; l'azione amministrativa ha viceversa come oggetto il comportamento tenuto dall'ente, o, più esattamente, il comportamento tenuto da coloro che, in rappresentanza o per conto dell'ente, avevano il dovere di seguire l'andamento della partecipazione trascurando di esercitare le opportune iniziative di vigilanza.

L'ipotesi più plausibile, però, è che l'eventuale danno erariale (e di conseguenza lo stesso credito) non possa accertarsi se non tenendo conto, tra i vari elementi, anche e soprattutto della condotta lesiva tenuta *a monte* da parte degli amministratori della società, il cui diverso atteggiarsi potrebbe non essere affatto indifferente nella valutazione del comportamento di chi, tenuto a vigilare sulla loro gestione, abbia trascurato di adottare opportuni strumenti di reazione.

Da qui il rischio che la sospensione del processo, prevista con norma di carattere generale dall'articolo 295 c.p.p., possa incidere sullo stesso esito dell'azione principale, quanto meno in tutte quelle ipotesi in cui la valutazione preventiva della condotta tenuta a monte dagli esponenti societari possa assumere valenza dirimente.

Si tratta di aspetto che non sembra possa sottovalutarsi, dato che potrebbe presentarsi ogniqualvolta l'attività lesiva degli amministratori non sia connotata da una conclamata illegittimità, ma sia costituita viceversa da una fattispecie più complessa, tale da richiedere, per una compiuta valutazione, analisi più approfondite nei presupposti o nelle motivazioni.

Anche se, al riguardo, non può ignorarsi un diverso aspetto.

Nella valutazione del grado di colpevolezza di chi, in capo all'ente, aveva il dovere di attivarsi per evitare che fosse compromesso il valore della partecipazione pubblica, potrebbe in effetti non rilevare affatto la gravità o meno della condotta lesiva tenuta dagli amministratori della società partecipata, né il grado di colpevolezza loro ascrivibile.

Può aversi responsabilità erariale, infatti, anche laddove la condotta lesiva tenuta a monte non sia né particolarmente eclatante né, tanto meno, rilevante sul piano penale; per converso, potrebbe rivelarsi sufficiente l'aver posto in essere una gestione della

società anche solo complessivamente negligente, per la valutazione della quale, tuttavia, non potrebbe prescindere da un'analisi compiuta della documentazione societaria.

Ciò solo per dire che l'ipotizzata sospensione dell'azione sociale ex art. 295 c.p.p., potrebbe rivelarsi compatibile con l'accertamento della responsabilità erariale, solamente nei casi in cui non sia necessario addivenire ad alcuna verifica da compiere preventivamente sui fatti lesivi posti in essere *a monte* in capo alla società; ipotesi che potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora il procedimento erariale tragga origine da un diverso e pre-esistente procedimento di carattere penale, ovvero nel caso in cui la *notitia damni*, provenendo dall'interno della società – da fonte particolarmente qualificata, come il collegio dei sindaci o dai revisori contabili – possa considerarsi sufficientemente circostanziata da non richiedere ulteriori approfondimenti sui libri contabili o sui documenti interni della società danneggiata.

Laddove viceversa, per l'accertamento della responsabilità erariale dovesse rendersi necessaria una specifica attività istruttoria da compiersi direttamente sui libri o i documenti interni della società, ovvero una preventiva conoscenza di quella che è stata la valutazione giudiziaria della condotta lesiva posta in essere dagli amministratori, l'istituto della sospensione processuale rischia di rivelarsi difficilmente compatibile con un'efficace tutela delle ragioni erariali.

3.1.2. La mancata corrispondenza tra soggetto debitore nei confronti dell'Erario e soggetto surrogato

La costruzione sopra accennata non convince poi per un secondo aspetto, e in particolare per la mancata corrispondenza che verrebbe a crearsi tra soggetto debitore nei confronti dell'Erario e soggetto surrogato.

Secondo l'articolo 1, comma 1 della legge 20 del 1994, infatti, *"la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi."*

Da tale norma si evince che l'eventuale credito dell'Erario, scaturente dall'accertamento di una responsabilità amministrativa, è da riferirsi esclusivamente al soggetto cui è riconducibile la condotta colpevole, o del dante causa nel caso di illecito arricchimento; nel caso specifico, si tratterebbe del funzionario dell'ente, resosi responsabile di fatti od omissioni colpevoli nella gestione della partecipazione pubblica, e in particolare del mancato tempestivo esercizio dell'azione sociale di responsabilità –

ricorrendone i presupposti - circostanza dalla quale è emerso o sarebbe potuto emergere un danno alla finanza pubblica.

Soggetto debitore nei confronti dell'Erario, in altre parole, non è l'ente, titolare del diritto di azione e dunque della posizione sostanziale oggetto di surroga, bensì il funzionario, legato certamente all'ente da un rapporto organico di impiego o di servizio, ma pur sempre estraneo ad esso, ed anzi, in un rapporto con questo di potenziale conflittualità; nel senso che l'ente, lungi dall'essere responsabile del mancato esercizio del controllo sulla partecipata, potrebbe aver subito il comportamento negligente o in mala fede del proprio funzionario.

Ora, secondo l'articolo 2900 c.c., il creditore *"può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare"*; ma se il debitore - anche potenziale - è il funzionario, come potrebbe il Pubblico Ministero contabile - nella veste di potenziale creditore - esercitare un'azione, come l'azione sociale di responsabilità, che al funzionario spetta di esercitare non in quanto soggetto giuridico autonomo, ma solamente in veste di rappresentante dell'ente partecipante, vero titolare del diritto?

Al riguardo, non sembra potersi fare riferimento al rapporto di compenetrazione organica, a cui viceversa è possibile ricorrere qualora la condotta del funzionario abbia prodotto una lesione a terzi, obbligando l'ente a risarcire il danno, salva la possibilità di rivalersi sul funzionario responsabile dell'avvenuto risarcimento.

In questo caso, infatti, il debito (potenziale) nei confronti dell'erario nascerebbe dall'accertamento di una responsabilità, nei confronti della quale l'ente potrebbe risultare non solo estraneo, ma addirittura parte lesa.

3.2. L'azione sociale di responsabilità esercitata *in nome e per conto dell'ente partecipante*

Problema diverso, e, in qualche misura, antecedente a quello finora preso in esame, è quello di verificare se, alla luce del sistema normativo complessivo, possa ritenersi ammissibile un'azione, da parte del Pubblico Ministero contabile, presso una giurisdizione diversa da quella nella quale lo stesso risulta incardinato.

In merito, non può prescindersi, ovviamente, da quanto sostenuto di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione, in un caso in cui si è ritenuto di riconoscere alla Corte dei Conti la giurisdizione in controversie sorte *"a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile"* contemplate dall'art. 1, comma 174 della legge 266/05, *"stante il loro carattere strumentale"* nei confronti dell'azione di responsabilità erariale.

Secondo i giudici, il carattere strumentale delle azioni di cui all'art. 1, comma 174, "non amplia l'ambito del giudizio di conto e di responsabilità amministrativa, come risulta anche dall'inserimento della nuova norma nel regolamento di procedura della Corte dei Conti e dal conferimento del relativo potere al Pubblico Ministero istituito presso quel giudice."¹⁸⁵

Ebbene, tra le motivazioni di tale sentenza, i giudici ribadiscono incidentalmente che il "Procuratore regionale è abilitato a svolgere le proprie funzioni unicamente davanti alla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti presso la quale è istituito (art. 2 del decreto legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito con legge 14 gennaio 1994, n. 19)"; da ciò, la conseguenza che anche l'azione in surrogatoria (rientrante tra i "mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale" espressamente richiamati dalla norma) deve ritenersi esercitabile, da parte della Procura, solamente presso il Giudice speciale e non presso il Giudice Ordinario.

La netta presa di posizione operata dai giudici è stata oggetto di critica da parte della dottrina perché, in realtà, molte, tra le azioni teoricamente esercitabili a tutela del credito (e dunque a tutela del credito erariale) non sembrano potersi sottrarre alla giurisdizione del Giudice Ordinario; e ciò non solo per motivazioni di carattere sistematico, ma anche e soprattutto per ragioni di ordine pratico, le quali tuttavia non sembra possano trascurarsi, qualora si intenda davvero perseguire con la maggiore efficacia possibile la tutela delle ragioni erariali.

La stessa dottrina non ha mancato poi di sottolineare possibili profili di illegittimità costituzionale della norma, qualora si pretendesse di negare, al terzo convenuto di un'azione erariale incardinata presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti, di godere, anche in questo caso, della garanzia del ricorso per Cassazione per violazione di legge, disciplinato in termini generali dall'art. 111 della Carta Costituzionale.¹⁸⁶

Per quanto qui interessa, tra le azioni che, si sostiene, appaiono difficilmente compatibili con la giurisdizione contabile, rientra, se esercitata in surrogatoria a garanzia di un credito erariale, la stessa azione sociale di responsabilità – non importa se venga promossa nei confronti dei soggetti responsabili della gestione o viceversa nei confronti dei soggetti responsabili del controllo o della revisione contabile – per la quale, in effetti, non parebbe sufficiente invocarne la presunta natura *accessoria o strumentale*, per modificarne la naturale giurisdizione.

¹⁸⁵ Cass. SS.UU. n. 22059 del 22 ottobre 2007.

¹⁸⁶ Approfonditamente, COSTANTINO G., op. cit..

Al riguardo, non si può ignorare come, in effetti, nessuna norma dell'ordinamento, tanto meno quelle richiamate dagli stessi giudici di Cassazione, esclude esplicitamente la possibilità, per il Pubblico Ministero contabile, di agire innanzi al Giudice Ordinario.¹⁸⁷

In dottrina, nonostante vi sia stata l'opinione di chi, effettivamente, abbia paventato il rischio di una *"assoluta singolarità di un P.M. dotato di una competenza aggiuntiva che non si rinviene però in capo al giudice presso il quale è costituito"*,¹⁸⁸ è stata avanzata la tesi di una sorta di dissociazione tra titolarità della legittimazione attiva e concreto esercizio dell'azione, nel senso che le funzioni del Pubblico Ministero contabile presso il Giudice Ordinario, eventualmente adito a seguito di azione sociale promossa in surrogatoria, potrebbero essere esercitate dal Pubblico Ministero civile, secondo le forme di cui all'art. 70 c.p.p. u.c., sul presupposto che in tal caso si tratterebbe di *"causa in cui si ravvisa un pubblico interesse"*.¹⁸⁹

A tale interpretazione si oppone ovviamente la presa di posizione operata dai giudici di Cassazione, secondo i quali, in effetti, l'eventuale facoltà per i Procuratori regionali di avvalersi, per agire davanti alla giustizia ordinaria, degli uffici del Pubblico Ministero presso il Tribunale, *"avrebbe dovuto formare oggetto di espressa previsione, come quella che infatti era contenuta in un progetto di legge del 1997 ... che non è stato poi approvato."*¹⁹⁰

L'atteggiamento di chiusura da parte dei giudici, tuttavia, non appare del tutto insormontabile, soprattutto se si rifletta su quello che sembrerebbe doversi riconoscere l'effettivo ruolo del Pubblico Ministero contabile, e in particolare sul rapporto che lega quest'ultimo, in via istituzionale, alle Amministrazioni Pubbliche di volta in volta da tutelare.

¹⁸⁷ Per una disamina analitica delle norme attributive della legittimazione per il Pubblico Ministero contabile, COSTANTINO G., intervento citato.

¹⁸⁸ Così LORETO R., in *Disciplina processuale degli istituti utilizzati dal p.m. in fase istruttoria: misure cautelari: azione revocatoria*, intervento tenuto il 12 giugno 2007 a Roma, nell'Aula SS.RR. della Corte dei Conti, nell'ambito del Corso di formazione e aggiornamento sul tema: *"La disciplina processuale dei giudizi dinanzi alla Corte dei Conti: criticità e limiti del ricorso alle norme del codice di procedura civile"*, secondo la quale le azioni revocatoria e surrogatoria sono *"strumentali rispetto alla tutela delle ragioni di credito dedotte nel relativo processo contabile"*, e per questo il loro giudice naturale è la competente Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei Conti, in quanto *"per individuare un'eccezionale legittimazione processuale del P.M. contabile davanti ad altra giurisdizione necessitava sicuramente un'espressa previsione normativa"*; nello stesso senso, ATELLI M., in *Il processo contabile dopo la finanziaria 2006: prove tecniche per un'ipotesi di coordinamento*, in www.amcortedeiconti.it).

¹⁸⁹ In tal senso, MARTUCCI DI SCARFIZZI A., ne *Il ruolo del p.m. nella difesa del credito erariale alla luce dell'art. 1, comma 174, legge n. 266/05*, in www.corteconti.it, secondo il quale le azioni revocatoria e surrogatoria devono considerarsi *"azioni di cognizione e non esecutive"*, per le quali è attribuita la competenza in via esclusiva all'Autorità Giudiziaria Ordinaria; azioni che toccano *"diritti soggettivi sostanziali perfetti (proprietà, diritti reali, crediti)"*, le quali *"non possono integrare l'ordinamento processuale contabile con un'attribuzione di giurisdizione non prevista."*

¹⁹⁰ Vedi Cass. Sez. Un. n. 22059 del 22 ottobre 2007.

Il punto di partenza non può non essere la mancanza, nell'ordinamento (come in fondo ammesso dagli stessi giudici di Cassazione) di una norma che escluda esplicitamente il potere di agire, da parte del Pubblico Ministero contabile, presso giurisdizioni diverse rispetto a quella in cui esso risulta incardinato, e in particolare quella civile.

La stessa sentenza in precedenza citata, nel momento in cui ribadisce la giurisdizione del Giudice contabile per le azioni "*a tutela delle ragioni del creditore*" esercitate ai sensi dell'art. 1, comma 178 della legge 266/05, non motiva (significativamente) tale decisione con il limite di legittimazione del Pubblico Ministero contabile, ma in ragione di un'asserita "*accessorietà e strumentalità*" di questa tipologia di azioni nei confronti dell'azione erariale principale.

Ora, se si conviene sul fatto che nessuna preclusione assoluta di legittimazione sembrerebbe emergere dal diritto positivo, e che potrebbero rivelarsi più efficaci, per una miglior tutela delle risorse pubbliche, una serie di circostanze: che l'azione di responsabilità venga direttamente esercitata nei confronti di chi abbia materialmente posto in essere gli atti lesivi; che l'azione venga promossa su iniziativa di un organo terzo, come il Pubblico Ministero contabile; che la stessa venga esercitata secondo regole e procedure che evitino, il più possibile, disparità di trattamento tra i diversi soggetti interessati alle sorti del patrimonio danneggiato, potrebbe rivelarsi opportuno verificare se, effettivamente, possa o meno ritenersi configurabile un'azione di diritto comune direttamente esercitata dal Pubblico Ministero non in surrogatoria, ma *in nome e per conto* dell'ente danneggiato (ovvero un'azione sociale di responsabilità ex articolo 2393-bis c.c.).

Per arrivare a tale risultato, occorre riflettere sul tipo di rapporto che istituzionalmente lega il Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti alle Amministrazioni Pubbliche di volta in volta oggetto di tutela.

Al riguardo, i dati normativi che possono citarsi sono le disposizioni contenute nel R.D. 13 agosto 1933 n. 1038, recante approvazione del Regolamento di Procedura nei giudizi innanzi alla Corte dei Conti, e in particolare quelle contenute dagli articoli 43 e 24 dello stesso decreto.

A mente dell'articolo 43, "*il giudizio di responsabilità per danni cagionati allo Stato dai suoi funzionari od agenti è istituito ad istanza del Procuratore generale presso la Corte dei Conti. L'istanza è proposta su denuncia dell'Amministrazione o ad iniziativa del Procuratore generale ...*".

L'articolo 24, invece, in tema di esecuzione delle decisioni, dispone che le decisioni di condanna devono essere trasmesse, direttamente in forma esecutiva e a firma del segretario del collegio che le ha pronunciate, al Procuratore generale, il quale "*ne cura*

l'invio alle amministrazioni interessate all'esecuzione e, per estratto, al direttore generale del tesoro".

Dalla lettura coordinata di tali disposizioni, emerge dunque che, in presenza di un danno occorso al patrimonio di un'Amministrazione pubblica, cagionato, nell'esercizio o in relazione all'esercizio di funzioni ad esso affidate, da un soggetto a quest'ultima legato da rapporto di impiego o di servizio, è preclusa all'Amministrazione danneggiata ogni azione di risarcimento diretta, salvo l'obbligo di denunciare il fatto al Procuratore regionale, al quale (e soltanto al quale) spetta il potere di esercitare l'azione di recupero (*jus postulandi*), da esercitarsi quindi "nell'interesse" dell'Amministrazione cui spetta viceversa solo il compimento di eventuali atti di natura esecutiva.

Il rapporto che viene a instaurarsi, quindi, tra Pubblico Ministero ed Amministrazione, può considerarsi di "sostituzione processuale necessaria", in virtù del quale il titolare del diritto, ovvero l'Amministrazione danneggiata, viene privato dallo stesso Legislatore della competenza ad esercitare la corrispondente azione risarcitoria, in favore di un soggetto diverso, il Procuratore regionale, al quale viene affidata la tutela degli interessi dell'Amministrazione danneggiata, e, in ultima analisi, della stessa finanza pubblica.

Una sostituzione "necessaria", nel senso che, a differenza dell'ordinaria sostituzione processuale ipotizzata dal codice di rito - in cui sostituto e sostituito sono entrambi considerati *parti* - nel giudizio di responsabilità amministrativa viene escluso ogni potere di impugnazione da parte dell'Amministrazione sostituita, la quale infatti, se intende partecipare al processo, può decidere di farlo solamente attraverso un eventuale intervento adesivo dipendente rispetto all'azione del Procuratore regionale.¹⁹¹

L'autonomia dell'azione del Procuratore regionale dalle determinazioni dell'Amministrazione danneggiata è peraltro pressochè assoluta; come è stato ribadito infatti, dalla stessa giurisprudenza, l'azione del Procuratore può esercitarsi ugualmente, non solo nei casi in cui l'Amministrazione non l'abbia neppure richiesta, ma addirittura se la stessa Amministrazione abbia negato la sussistenza del danno.¹⁹²

Un rapporto dunque di "primazia" da parte del Pubblico Ministero, considerato, secondo la puntuale definizione elaborata dalle stesse Sezioni Riunite della Corte dei Conti, "un soggetto terzo, agente nell'interesse dello Stato ordinamento, con valenza <mediatamente> finalizzata alla tutela patrimoniale della specifica Amministrazione,

¹⁹¹ In argomento, APOLLONIO G., *La Pubblica Amministrazione nel processo di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei Conti: la <terza incomoda>* in www.altalex.com 2007, e GAGLIARDI M., *L'intervento adesivo del terzo nel processo contabile. Aspetti problematici in ordine alla sua operatività* in amcorteconti.it.

¹⁹² Cfr. Corte dei Conti, Sez. giur. Campania, 9 dicembre 1993, n. 69; Corte dei Conti, Sez. giur. Piemonte, 19 aprile 2000, n. 1196.

identificata come centro di imputazione del ristoro azionabile in sede giudiziaria” (Corte dei Conti, SS.RR. 29 novembre 2000 n. 14; in senso analogo, SS.RR. 20 marzo 2003 n. 6); “da ciò deriva che il Procuratore regionale, nel proporre l’azione di responsabilità, esercita un potere di natura sostanziale, in quanto, essendo preclusa all’Amministrazione titolare del diritto l’iniziativa processuale, persegue la realizzazione della pretesa risarcitoria come unico soggetto abilitato ad esprimere la volontà autonoma di adire il giudice per conseguire tale realizzazione” (Corte dei Conti, SS.RR. 20 marzo 2003 n. 6).

Questo, in sintesi, il quadro normativo esistente, relativo al rapporto tra Pubblico Ministero contabile ed Amministrazioni danneggiate nel contesto della responsabilità amministrativo-contabile, perché possa arrivarsi a sostenere, in linea generale, la legittimazione a promuovere, da parte del Procuratore regionale, *in nome e per conto* delle Amministrazioni socie, specifiche azioni di responsabilità disciplinate dal diritto societario – a prescindere, dunque, dall’ipotesi della *surrogatoria* di cui all’art. 2900 c.c. - occorrerebbe verificare se, in effetti, possa ritenersi ammissibile un’interpretazione, più che estensiva, “*evolutiva*” dell’art. 81 c.p.c., la quale tenga conto dei mutamenti organizzativi intervenuti nella Pubblica Amministrazione - con la moltiplicazione delle fattispecie di possibile minaccia per le risorse pubbliche - e in virtù della quale ricavare, da una valutazione complessiva del sistema - e non solo, pertanto, da una singola e specifica disposizione - l’esistenza di una norma giuridica (di rango primario) secondo cui, nel caso e nei limiti in cui si controverta su questioni afferenti la tutela della finanza pubblica, deve riconoscersi al Procuratore regionale la legittimazione ad esercitare tutte le azioni di cui sia titolare l’Amministrazione danneggiata, che possano essere funzionali alla “*prevenzione*” del danno erariale.

Al riguardo, appare opportuna una breve riflessione.

La nozione di “*danno all’Erario*”, così come immaginata dalla normativa in materia di responsabilità amministrativo-contabile, presuppone una lesione patrimoniale - arrecata all’ente di appartenenza, o anche ad ente diverso da questo - che abbia carattere di definitività, nel senso di non poter più essere “*reintegrata*”, ma soltanto, eventualmente, “*risarcita*”.

La legge fa riferimento infatti ad un concetto di “*responsabilità*”, in tal modo, evidentemente, presupponendo l’esistenza di un comportamento pregresso i cui effetti lesivi, a quel punto, non sembrerebbero più potersi evitare.

Nel caso di società partecipate, il danno all’Erario - il quale, come già detto, deve intendersi come lesione al patrimonio dell’ente partecipante - è la conseguenza indiretta (o riflessa, sul valore della partecipazione) di una lesione realizzata *a monte*, in capo cioè al patrimonio della società partecipata.

Il "reintegro" di tale lesione, che avvenga in forma spontanea o che si produca solamente a seguito di una vittoriosa azione risarcitoria, determina, come diretta conseguenza, il venir meno dello stesso danno all'Erario.

Ed è per questo che, in tale contesto, l'azione sociale di responsabilità, il cui fine è appunto la ricostituzione del patrimonio societario colpevolmente danneggiato, potrebbe rivestire una valenza del tutto peculiare.

Essa costituisce, o potrebbe costituire, un importante strumento di "prevenzione" dello stesso danno erariale, o, più esattamente, un'azione il cui esito vittorioso può farne decadere lo stesso fondamento.

Il danno al patrimonio sociale, in altre parole, è un danno ontologicamente preesistente al danno all'Erario, al quale risulta legato da una relazione diretta ed univoca; se viene meno il primo, viene meno, necessariamente, anche il secondo.

Ebbene, in tale contesto, la legittimazione del Pubblico Ministero contabile ad esercitare *in nome e per conto* dell'Amministrazione danneggiata l'azione di responsabilità sociale, dovrebbe inquadrarsi tenendo conto appunto di tale rapporto.

In questo senso, l'azione sociale assumerebbe la valenza di azione diretta a "prevenire" l'emersione stessa di un danno all'Erario, con un'efficacia persino superiore all'azione di responsabilità amministrativo-contabile, attraverso la quale, viceversa, sarebbe possibile intervenire solo "a posteriori", ovvero dopo che il danno all'Erario non solo si fosse già realizzato, ma anche consolidato.

Per altro aspetto, non pare superflua un'ulteriore considerazione.

Ove si negasse, infatti, al Pubblico Ministero contabile tale tipo di legittimazione, verrebbe a crearsi una situazione per certi aspetti singolare, almeno per quanto riguarda le società partecipate dagli enti locali, che sono comunque la maggioranza delle società facenti capo al settore pubblico.

L'art. 9 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali, infatti, (approvato con d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nel quale è stato trasfuso l'art. 7 della legge 8 giugno 1990, n. 142, modificato dall'art. 4, 1° co., lett. a), della legge 3 agosto 1999, n. 265) reca la disciplina dell'azione popolare cosiddetta "locale", prevedendo che "ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni ed i ricorsi che spettano al Comune e alla Provincia".

Ebbene, tra "le azioni e i ricorsi che spettano al Comune e alla Provincia" di possibile iniziativa popolare, non par dubbio che possano ricomprendersi le stesse azioni sociali di responsabilità (e segnatamente quelle disciplinate dagli articoli 2393 bis e 2476 comma 3 c.c., la cui legittimazione, come ricordato in precedenza, non è sottoposta ad alcuna condizione di procedibilità, ma riconosciuta al singolo socio – qualificato o meno – a prescindere dall'approvazione di una preventiva deliberazione assembleare).

La novella legislativa introdotta nel 1999 (e successivamente trasfusa nel Testo Unico) ha infatti abrogato il limite di carattere generale, inizialmente stabilito dalla legge n. 142 del 1990, che circoscriveva questo diritto di azione ai soli ricorsi promuovibili davanti al Giudice Amministrativo, con il risultato che il diritto di azione *popolare* attualmente vigente deve ritenersi esteso, oramai, a *tutte* le azioni spettanti al Comune e alla Provincia, tra cui quelle azionabili anche dinanzi al Giudice Ordinario.

In particolare, devono ricomprendersi tra queste ultime le azioni disciplinate dagli articoli 2393 bis e 2476 comma 3 c.c., le quali infatti, se possono qualificarsi *sociali*, è solo perché i loro effetti sono destinati a risolversi nel contesto sociale - avendo il fine di reintegrare il patrimonio della società e non il patrimonio personale del soggetto agente - ma sono azioni "*individuali*", ove si faccia riferimento, viceversa, al loro concreto esercizio, con una legittimazione attiva non vincolata ad alcuna condizione di procedibilità (diversamente dall'azione regolata dall'art. 2393 c.c.).

Si tratta di azioni, in altre parole, nella piena e diretta disponibilità dell'Ente locale socio, e per tale motivo da ritenersi esercitabili, conseguentemente, da parte di "*ciascun elettore*".

Per inciso, l'azione popolare disciplinata dal Testo Unico degli Enti Locali rappresenta uno di quegli istituti che si ispirano ad una concezione innovativa dello Stato, quella dello Stato-Comunità, nella quale il soggetto principale, per l'ordinamento giuridico, non deve più considerarsi l'Ente-Stato, ma la stessa Comunità dei cittadini, la quale viene semplicemente "*rappresentata*" dall'Ente.¹⁹³

In tale concezione, assumono rilievo, accanto ai diritti soggettivi che tutelano posizioni individuali, i c.d. *diritti collettivi*, ai quali spetta il riconoscimento di posizioni del cittadino non come singolo, ma come membro di una Comunità, partecipe attivo della vita di quest'ultima; tra i diritti collettivi, possono citarsi quelli di informazione e di partecipazione alla vita collettiva, ma soprattutto i diritti di azione, da esercitarsi a vantaggio e nell'interesse di tutti, non *uti singuli*.

In tale contesto, rifiutare di riconoscere al Pubblico Ministero contabile il potere di agire *in sostituzione* dell'Ente socio, al fine di "*prevenire*" l'insorgere di un possibile danno all'Erario - specie ove l'Ente sia un Comune o una Provincia, come tale rappresentante di un'intera Comunità di cittadini - comporterebbe la rilevante conseguenza pratica che, di fronte a possibili atti di *mala gestio* posti in essere da amministratori di società partecipate dall'ente, e nel caso di inerzia da parte di quest'ultimo, l'unica garanzia del

¹⁹³ Una concezione destinata a soppiantare quella tradizionale in cui viceversa la collettività, organizzandosi attraverso la posizione di un ordinamento giuridico, si "*entificava*" dando luogo allo Stato Persona, ovvero ad una entità puramente giuridica che non aveva più alcun legame con la realtà sociale che l'aveva prodotta.

corretto uso delle risorse (pubbliche) in esse conferite sarebbe costituita dalla reazione del singolo cittadino - "*ciascun elettore*", recita la norma - ma non dell'organo pubblico cui lo stesso ordinamento, in via generale, riconosce il compito di perseguire tale *missione*.¹⁹⁴

Naturalmente, anche se non può sottovalutarsi, né l'incisività di una possibile azione promossa da cittadini organizzati, né gli effetti positivi che, probabilmente, la sua stessa previsione normativa sarebbe in grado di riverberare sull'Amministrazione e sulla gestione delle stesse società partecipate, non si deve dimenticare, comunque, che una tutela affidata a privati, o a gruppi di privati, del corretto uso delle risorse pubbliche, difficilmente sarebbe in grado di garantire la meritevolezza delle finalità perseguite, nè l'obbligatorietà dell'iniziativa, apparendo più opportuno che vi sia un concorso nell'iniziativa da parte di chi, come organo pubblico, è non solo preposto, ma anche attrezzato per questo tipo di interventi.

¹⁹⁴ Trattandosi di norma a carattere derogatorio, seppure ispirata ad un principio generale e ad una nuova concezione dello Stato Comunità, non sembra che l'operatività della stessa possa estendersi, per analogia, anche ad ipotesi differenti, come sarebbero quelle di società partecipate da Regioni o dallo stesso Stato. I tentativi operati in tal senso, infatti, almeno finora, non hanno dato esito positivo (vedi Corte dei Conti, Sez. giur. Veneto, 31 dicembre 2007 n. 1416).

BIBLIOGRAFIA

- ADIMARI D., "Privatizzazioni: nuovi problemi di giurisdizione" in amcorteconti.it;
- ALTIERI E., "Considerazioni sulla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici", intervento al Corso di studio e formazione "L'evoluzione in senso soggettivo e oggettivo della giurisdizione della Corte dei conti alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione" tenutosi presso l'Aula SS.RR. della Corte Conti dal 27 al 29 ottobre 2004, in corteconti.it;
- ANTONIOLI M., "Società a partecipazione pubblica, poteri dei soci e riparto fra giurisdizioni: spunti in tema di (atti sociali preordinati alla) revoca di un membro del Consiglio di amministrazione della RAI Radiotelevisione italiana s.p.a." (n.d.r. commento a Tar Lazio, sez. III ter, 16 novembre 2007, n. 11271), in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, pag. 751;
- APOLLONIO G., "L'invito a dedurre del Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti" in altalex.com, 2007;
- APOLLONIO G., "La Pubblica Amministrazione nel processo di responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei Conti: la <terza incomoda>", in altalex.com 2007;
- ARMATI G., "Rapporto tra Pubblico Ministero penale e Pubblico Ministero contabile" in amcorteconti.it;
- ASTEGIANO G., "Gli enti pubblici economici e le aziende speciali" in "Giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme", Napoli, 2005;
- ASTEGIANO G., "Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici; dal giudice ordinario a quello contabile" in *Giur. It.* 2004, pag. 1834;
- ASTEGIANO G., "La responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica; dal giudice ordinario a quello contabile?" in *Dir. Regione* 2004, pag. 3;
- ATELLI M., "Il processo contabile dopo la finanziaria 2006: prove tecniche per un'ipotesi di coordinamento" in amcorteconti.it;
- ATELLI M., "La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato" in "Giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme", Napoli, 2005;
- AURIEMMA S., "Il Pubblico Ministero contabile nei giudizi innanzi la Corte di Cassazione" in lexitalia.it 2009;
- AURIEMMA S., "Lineamenti di una responsabilità organizzativa nelle Pubbliche Amministrazioni" in *Riv. Corte dei Conti* n. 2/2008;
- BASSI G., "Vincoli alla costituzione di società di capitali da parte dell'ente locale nel novellato quadro istituzionale" (n.d.r. commento a Corte dei Conti, sez. Lombardia, parere 3 aprile 2008, n. 23), in *Appalti e contratti*, 2008, pag. 61;
- BRANDOLINI E., "Audit finanziario contabile e controllo sulla gestione: la <sana> e la buona <gestione>. Armonizzazione dei conti e delle procedure di controllo" in diritto.it 2006;
- BRANDOLINI E., "Qualificazione giuridica della società per azioni a partecipazione pubblica, giurisdizione della Corte dei Conti alla luce della L. 27 marzo 2001 n. 97 - Brevi osservazioni" in *Riv. Corte dei Conti* 4/2001, pag. 149;

BUCCARELLI A., *"Casi particolari di responsabilità contabile; esperienze di indagine sulla responsabilità amministrativa delle e nelle compagini societarie pubbliche"*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento *"Le nuove responsabilità – casi particolari di responsabilità contabile"*, tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008;

BUSCEMA A., *"La resa del conto dei titolari dei poteri azionari per le società a capitale pubblico"*, Relazione al Convegno *"L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile"*, tenutosi in Perugia, presso la Procura regionale della Corte dei Conti, il 18 e il 19 aprile 2008;

CANALE A., *"Responsabilità amministrativa ed organi collegiali"* in diritto.it, 2005;

CAPUTI JAMBRENGHI V., *"Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici"* in Atti del Convegno su *"Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)"* tenutosi a Varenna dal 15 al 17 settembre 2005;

CHIAPPINELLO C., *"Diritto di accesso agli atti nella fase preprocessuale del giudizio contabile"* in amcorteconti.it;

CHIARENZA V.C., *"Problematiche specifiche delle istruttorie e dei giudizi in materia di spa pubbliche"*, intervento all'incontro di studio *"Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento ed affidate alla cognizione del Giudice contabile"*, tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, dal 1° al 3 aprile 2008;

CIARAMELLA A., *"Le decisioni della Corte di cassazione sulla giurisdizione contabile: possibilità di una translatio iudicium"*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento *"Questioni di legittimità costituzionale, di giurisdizione di massima e di interpretazione di norme comunitarie; aspetti teorico – pratici"*, tenutosi in Roma, Aula Sezioni Riunite della Corte dei Conti, dal 11 al 13 dicembre 2007, in corteconti.it;

CIRENEI M.T., *"Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario; brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica"* in *Dir. Comm. Int.* 2005, pag. 41;

CIRILLO L., *"Combinazioni aziendali di società partecipate da enti pubblici; aspetti patologici e profili di responsabilità"*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento *"Le nuove responsabilità – casi particolari di responsabilità contabile"*, tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008;

CLARICH M., *"Corte Costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione"* su lavoce.info 2006;

CONDEMI M., *"Evoluzione della giurisdizione della Corte dei Conti alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione"* in *Enti Pubblici* 2006, pag. 3;

CONSOLO C., *"Differenze ontologiche tra le varie giurisdizioni e ruolo del Pubblico Ministero nel giudizio contabile"*, intervento al Corso di studio e formazione *"L'evoluzione in senso soggettivo e oggettivo della giurisdizione della Corte dei conti alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione"* tenutosi presso l'Aula SS.RR. della Corte dei Conti dal 27 al 29 ottobre 2004, in corteconti.it;

CORSETTI A., *"La Corte dei Conti condanna ma non esegue: sistema attuale, criticità e prospettive di riforma del sistema di esecuzione delle sentenze contabili"* in *Giust. Amm.* 2005, pag. 1217;

COSTANTINO G., *"La tutela del credito erariale: la azioni esperibili innanzi al giudice contabile ex art. 1, comma 174, legge 266/05"*, intervento al Corso di formazione e aggiornamento *"Le misure cautelari e le problematiche più recenti in materia di"*

responsabilità amministrativo-contabile”, tenutosi in Roma, presso l’Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti dal 29 al 31 ottobre 2008;

CREA P., “*P.M. contabile e segreto bancario; quando una virgola può fare la differenza*”, in Lexitalia.it, n. 6/2003;

CUMIN G., “*Il danno all’immagine come patologia del sistema (della responsabilità amministrativa)*” in *Riv. Corte della Conti* n. 5/2008;

D’AURIA G., “*Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione delle società pubbliche; a proposito di alcune sentenze delle Sezioni Unite*” (n.d.r. nota a Cass. SS.UU. 28 marzo 2006 n. 7024, n. 22513/2006 e n. 20886/2006) in *Foro Italiano* 2007, I, 2488;

D’AURIA G., “*Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche; quale revirement della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*” (n.d.r. nota a Cass. SS.UU. 19667/03, 3899/04, 10973/05, 20132/04, 10979/04) in *Foro Italiano* 2005, I, 2684;

D’AURIA G., “*Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*” (n.d.r. nota a Cass. SS.UU. 1 marzo 2006, n. 4511) in *Giornale di diritto amministrativo* 2006, pag. 970;

D’AURIA G., “*Responsabilità amministrativa e insindacabilità di scelte discrezionali di amministratori pubblici*” in *Foro Italiano* 2001, I, 1171;

DE BENEDETTO G., “*La tutela penale degli interessi finanziari della Pubblica Amministrazione. I nuovi istituti della responsabilità degli enti e della confisca per equivalente*” in amcorteconti.it, 2007;

DE DOMINICIS A.R., “*Casi di "malagestio" nella conduzione privatistica delle società per azioni a capitale pubblico*” in *Riv. Corte dei Conti* 3/2006, pag. 379;

DELLA PORTA P., “*Società miste <in trasferta> e nodi della legalità: l’art. 13 della legge n. 248/2006*” (n.d.r. commento a Cons. di Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080), in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, pag. 353;

DELLA SCALA M.G., “*Le società legali pubbliche*” in *Dir. Amm.* 2005, pag. 391;

DEMURO I., “*La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*” in *Giur. Comm.* 2006;

DONATO TOMÀ G.G., “*La tutela degli interessi erariali tra le indagini del P.M. contabile e le investigazioni tributarie*”, in *Riv. Corte dei Conti* 4/2007;

FANTINI S., “*Le disposizioni della Finanziaria 2008 in tema di società pubbliche*”, in *Urbanistica e appalti*, 2008, pag. 412;

FERRANTE N., “*Gli affidamenti <in house>: il rapporto tra l’Amministrazione e la società affidataria nella logica del <controllo analogo>*” in altalex.it 2006;

FILOSA MARTONE R., “*Privatizzazione dei servizi pubblici e società miste*” in sole.unina.it;

FRACANZANI M.M., “*Le società degli enti pubblici: tra codice civile e servizio ai cittadini*” in giustizia-amministrativa.it;

FRACCHIA F. OCCHIENA M., “*Società pubbliche tra golden share e 2449: non è tutto oro ciò che luccica*” in giustizia-amministrativa.it 2007;

FRACCHIA F., “*La costituzione delle società pubbliche ed i modelli societari*” in *Dir. Economia* 2004, pag. 589, e in unibocconi.it;

FRACCHIA F., “*Studio delle società pubbliche e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*” (n.d.r. nota a TAR Lombardia 13 ottobre 2004 n. 175 AEM) in *Foro It.*, 2005, III, 38;

GAGLIARDI M., "L'intervento adesivo dipendente del terzo nel processo contabile. Aspetti problematici in ordine alla sua operatività" in amcorteconti.it;

GAGLIARDI M., "La responsabilità delle persone giuridiche con riguardo alle ipotesi di risarcimento del danno per lesione erariale" in Riv. Corte dei Conti n. 1/2007;

GALEFFI C., "Contabilità economica e Pubblica Amministrazione" in amcorteconti.it;

GALGANO F., "Governance della società per azioni della riforma del diritto societario" in associazionetributaristi.it;

GAVIOLI F., "Enti locali e società partecipate; chiarimenti sulle s.p.a. pubbliche" in commercialistatelematico.com;

GILBERTI B., "In house providing; questione vecchie e nuove" (n.d.r. nota a Corte di Giustizia 13 ottobre 2005 n. 458 del 2003, caso Parking Brixen) in *Foro Amm. CDS*, 2006, pag. 44;

GILENO M., "Società per azioni costituita in forma privatistica e giurisdizione della Corte dei Conti; una sentenza innovativa" (n.d.r. nota a Corte dei Conti Sez. giur. T.A.A. - Trento, caso AutoBrennero s.p.a.) in Riv. Corte dei Conti 6/2006, pag. 385;

GIUNTA F., "La responsabilità amministrativa da reato degli enti: fondamento e disciplina" intervento al Corso di studio e formazione "L'evoluzione in senso soggettivo e oggettivo della giurisdizione della Corte dei conti alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione" tenutosi presso l'Aula SS.RR. della Corte Conti dal 27 al 29 ottobre 2004, in corteconti.it

GRAZIANO F., "<Spoil system> ed enti pubblici vigilati dallo Stato (Consiglio di Stato, parere 27 febbraio 2003, n. 514 bis)" in Riv. Corte dei Conti n. 4/2005, pag. 238;

GUALANDI F. - MINOTTI F., "Le recenti tendenze nel campo della responsabilità della P.A. con particolare riferimento alle società pubbliche" in dirittodeiservizipubblici.it;

IBBA C., "Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica" in Riv. Dir. Civ. 2/2006, pag. 145;

IBBA C., "La tipologia delle privatizzazioni" in *Giur. Comm.* 2001, I, pag. 464;

IBBA C., "Società legali e società legificate" in *Voce Enc. Treccani*, 1993;

IBBA C., "Società pubbliche e riforma del diritto societario" in Riv. Società 2005, pag. 1;

JORIO F., "Lo spoil system viene nuovamente ridisegnato dal giudice delle leggi con le sentenze nn. 103 e 104 del 2007: stabilizzazione della dirigenza e giusto procedimento" in federalismi.it;

LAMORGESE A., "Impresa pubblica: profili giurisdizionali", intervento al Convegno "Il regime giuridico dell'impresa pubblica", tenutosi in Roma, presso l'Università di Roma Tre, il 24 gennaio 2008, pubblicato in *Federalismi.it*, gennaio 2008;

LIBANORA M., "I patti parasociali delle società pubbliche" in *AziendaItalia* 11/2007, pag. 791;

LOMBARDO F., "In tema di giurisdizione della Corte dei Conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo Stato" in Riv. Corte dei Conti 1/2005, pag. 145;

LOMBARDO F., "La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato; l'influenza della normativa comunitaria" (n.d.r. nota a Sez. giur. Lombardia 9 febbraio 2005 n. 32, caso Enelpower) in *Foro Amm. - CDS* 2005, pag. 629;

LONGAVITA F.M., "L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del p.m. contabile" in *Riv. Corte dei Conti* n. 2/2008;

LONGAVITA F.M., "L'esclusività della giurisdizione erariale e l'azione civile di danno in sede penale" in *Riv. Corte dei Conti* n. 1/2005;

LONGAVITA F.M., "La giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori e dipendenti delle s.p.a.", intervento al Convegno "L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile", tenutosi in Perugia, Palazzo Cesaroni, il 18 e il 19 aprile 2008;

LONGO N., "Natura giuridica ed orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa", in *Riv. Corte dei Conti* vol. 1-2001, pag. 365;

LORETO R., "Disciplina processuale degli istituti utilizzati dal p.m. in fase istruttoria; misure cautelari: azione revocatoria", intervento al Corso di formazione e aggiornamento sul tema "La disciplina processuale dei giudizi dinanzi alla Corte dei conti: criticità e limiti del ricorso alle norme del codice di procedura civile", tenutosi in Roma, Aula SS.RR. dal 12 al 14 giugno 2007;

MADDALENA P., "Danno alla collettività e finalità della responsabilità amministrativa" in *Riv. Corte dei Conti* n. 1/2008;

MADDALENA P., "Frodi comunitarie e responsabilità amministrativa: l'istituendo p.m. europeo ed il ruolo del p.m. contabile" in amcorteconti.it;

MADDALENA P., "Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo" in amcorteconti.it;

MANASSERO L., "Profili problematici dell'art 13 del [d.l. 4 luglio 2006 n° 233](#) in tema di affidamenti in house" in astrid-online.it e altalex.com;

MARTUCCI DI SCARFIZZI A., "Fattispecie di responsabilità amministrativa dei dipendenti di società pubbliche e società partecipate nei confronti delle medesime – Profili di giurisdizione", intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Le nuove responsabilità – casi particolari di responsabilità contabile", tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008;

MARTUCCI DI SCARFIZZI A., "Il ruolo del p.m. nella difesa del credito erariale alla luce dell'art. 1, comma 174, legge n. 266/05", in corteconti.it ;

MERLONI F., "Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?" in astrid-online.it;

MERUSI F., "Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa" in *Dir. Amm.* 2006, pag. 1;

MIELE T., "Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche" intervento al corso di formazione e aggiornamento XXXXXX tenutosi in Roma, dal 13 al 15 dicembre 2006, presso l'aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, in corteconti.it;

MIELE T., "L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile; il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite" in AA.VV "Giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme", Napoli 2005;

MINERVA M., "Note minime in tema di danno derivante dalla cattiva gestione delle società a partecipazione pubblica ovvero, per una società pubblica "sincera")", intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Le nuove responsabilità – casi particolari di responsabilità contabile", tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008, in corteconti.it;

- MONTEODORO G., "Società in house e responsabilità" in astrid-online.it;
- MONTELLA U., "Analisi del ruolo degli organi nelle gestioni privatistiche svolte dagli enti economici e delle società pubbliche, ai fini dell'individuazione della condotta antidoverosa e della imputabilità del danno erariale" in Riv. Corte Conti n. 3/2008 e lexitalia.it, settembre 2008;
- MONTELLA U., "Finalmente la giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità per danno erariale degli amministratori degli enti pubblici economici" in Cons. Stato 2004, II, 322;
- MONTELLA U., "La giurisdizione della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici dopo l'ordinanza n. 19667 del 2003 delle Sezioni unite della Cassazione" in giurisprudenza.it;
- NAPOLITANO G., "Pubblico e privato nel diritto amministrativo" in Milano, 2003;
- NAPOLITANO G., "Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie", in Riv. Società 2006, pag. 999;
- NAPOLITANO G., "Regole e mercato nei servizi pubblici" in Bologna, 2005;
- NOVELLI P. – VENTURINI L., "La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società", Milano, 2008;
- NOVELLI P., "Forme di collaborazione pubblico-privata; le società miste. Il project financing", intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Le nuove responsabilità – casi particolari di responsabilità contabile", tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008;
- OCCHIENA M., "Il <nuovo> responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione" in AA.VV. "Verso un'Amministrazione responsabile", Milano 2005, pag. 245, e in unibocconi.it;
- OCCHIENA M., "Società pubbliche e servizi; il coraggio di cambiare" in agendaliberale.it;
- OPPO G., "Pubblico e privato nelle società partecipate", Relazione al Convegno "Le società pubbliche", tenutosi in Venezia dal 25 al 27 novembre 2004, in Riv. dir. civ. 2005, n. 2, II;
- ORICCHIO M., "Il giudizio di conto ed i principi del giusto processo. Rapporti tra giudizio di conto e quello di responsabilità" intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Gli agenti contabili ed il giudizio di conto. ambito ed attualità della funzione in rapporto anche al vigente sistema dei controlli sui risultati delle Pubbliche Amministrazioni", tenutosi in Roma, Aula SS.RR. Corte dei Conti, il 29 e il 30 marzo 2007;
- PASQUALUCCI F., "L'attività istruttoria. Problemi ed ipotesi ricostruttive", in amcorteconti.it;
- PASQUALUCCI F., "La responsabilità amministrativa contabile ed il principio di legalità" in corteconti.it;
- PATTI. G., "Le azioni a tutela delle ragioni dell'amministrazione danneggiata esercitabili dal pubblico ministero contabile in base all'art. 1, comma 174°, della l. 23 dicembre 2005, n. 266" in Riv. Corte dei Conti n. 4/2007;
- PATTI. G., "Reiterazione dell'invito a dedurre ed inammissibilità dell'atto di citazione" in Riv. Corte dei Conti n. 5/2007;
- PERIN M., "S.p.A. pubbliche: controllo o impunità? Soluzioni del decreto mille proroghe e novità giurisprudenziali (note a margine dell'art. 16-bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito il c.d. decreto mille proroghe)", in LexItalia.it, marzo 2008;
- PERIN M., "Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti sia di una società privata, sia del consulente della stessa per l'illecito uso di fondi pubblici in operazioni

finanziarie speculative" (n.d.r. nota a Corte dei Conti, sez. giur. regione Sardegna, 16 maggio 2008, n. 1181), in lexitalia.it, luglio-agosto 2008;

PERRONE D., "L'azione sociale di responsabilità del socio nei confronti degli amministratori" in altalex.com;

PETRONI P., "Responsabilità amministrativo-contabile e implicazioni in tema di giurisdizione della Corte dei Conti degli amministratori di società che gestiscono servizi pubblici locali" in diritto.it;

PIGA E., "Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e liberalizzazione in *Foro Amm. - CDS*, 2007, pag. 2669;

PILATO S., "Combinazioni aziendali di società partecipate da enti pubblici; aspetti patologici e profili di responsabilità", intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Le nuove responsabilità - casi particolari di responsabilità contabile", tenutosi in Roma, Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, il 19 e 20 giugno 2008;

PINOTTI C., "La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica" in *Riv. Corte dei Conti* 5/2004, pag. 312;

PINOTTI C., "La violazione dei principi di economicità, efficacia e pubblicità può essere accertata dal giudice contabile solo attraverso un controllo della ragionevolezza che va tenuto distinto dal controllo sul potere discrezionale: Sezioni Unite della Cassazione, atto terzo" (n.d.r. nota a Cass. SS.UU. 28 marzo 2006 n. 7024) in *Contratti dello Stato ed Enti Pubblici* 2006, p. 622, e in contabilità-pubblica.it;

PINOTTI C., "Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche" in Atti del Convegno su "Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)" tenutosi a Varenna dal 15 al 17 settembre 2005;

PISANA S.M., "I rapporti fra la giurisdizione contabile e le giurisdizioni penale e civile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione" in amcorteconti.it;

PISCITELLI G., "L'invito a dedurre nel procedimento istruttorio del procuratore contabile" in corteconti.it e *Riv. Corte dei Conti*, n. 4/2002, pag. 317;

PRETE F., "Profili problematici nei rapporti tra P.M. penale e P.M. contabile" in *Riv. Corte dei Conti* 4/2005 pag. 230;

RAMPINI M., "La formazione della prova nella fase istruttoria del processo contabile", Relazione al Convegno "L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile", tenutosi in Perugia, presso la Procura regionale della Corte dei Conti, il 18 e il 19 aprile 2008;

REBECCHI P.L., "Brevi osservazioni in tema di legittimazione passiva nel giudizio di responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società private in rapporto di servizio con la P.A." in amcorteconti.it;

REBECCHI P.L., "Erogazioni ai settori produttivi e giurisdizione della Corte dei Conti", in amcorteconti.it;

REBECCHI P.L., "Sviamento nell'utilizzo delle pubbliche risorse e giurisdizione di responsabilità amministrativo-contabile" (n.d.r. nota a Cass. SS.UU. 1° marzo 2006, n. 4511) in *Riv. Corte dei Conti* 2/2006 pag. 238;

REBECCHI P.L., in "Recenti fattispecie tipizzate di responsabilità amministrativa. Incremento delle tutele o "trappola della tipicità"?" in amcorteconti.it;

RISTUCCIA M., "La responsabilità <sociale> erariale nelle società pubbliche" in *Riv. Corte dei Conti* 1/2005, pag. 325;

RODRIQUEZ S., "Le Sezioni Unite tornano a pronunciarsi sulla giurisdizione della Corte dei Conti" (n.d.r. nota a Cass. SS.UU. 12 ottobre 2004 n. 20132, caso UNALAT) in *Giur. It.* 2005, pag. 848;

ROMAGNOLI G., "La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale", in *Le Società*, 2008, pag. 441;

RONDATO S., "Pubblica societas delinquere potest" in Atti del Convegno "Le società pubbliche", tenutosi in Venezia dal 25 al 27 novembre 2004;

RORDORF R., "Le <società pubbliche> nel codice civile" in *Le Società* 4/2005, pag. 423;

ROSSI A., "Responsabilità degli amministratori verso la società per azioni", Relazione tenuta nell'ambito dell'incontro congiuntamente organizzato a Bologna il 30 gennaio 2004 dall'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata dei magistrati del distretto di Bologna e dall'Osservatorio sulla giustizia civile "Prassi Comune" di Bologna;

ROSSI G., "Le gradazioni della natura giuridica pubblica" in astrid-online.it;

ROSTAGNO S., "Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica: i riflessi sistematici dell'art. 3, commi 27 e ss. della l. 24 dicembre 2007 n. 244 in materia di attività di impresa e di gruppo, partecipazione sociale e responsabilità degli amministratori", in *Giustamm.it*, febbraio 2008;

SALAFIA V., "La nomina del consiglio di amministrazione nelle società pubbliche" in federalismi.it 2005;

SANDULLI M., "Sulla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica", intervento al Corso di formazione e aggiornamento "Le misure cautelari e le problematiche più recenti in materia di responsabilità amministrativo-contabile" tenutosi in Roma, nell'Aula delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti, dal 29 al 31 ottobre 2008;

SANDULLI M.A. in "L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. pubbliche: registrazione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (ovvero: l'effetto perverso delle norme LAST MINUTE)" in *Federalismi.it* n°5/2008;

SANDULLI M.A., "La responsabilità della Pubblica Amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità" in federalismi.it 2005;

SANTORO P., "La responsabilità amministrativa sanzionatoria tra clausola generale e tipizzazione dell'illecito", in *Foro amm. - CDS* 2007, pag. 3565;

SCHIAVELLO L., "La nuova conformazione della responsabilità amministrativa" in amcorteconti.it;

SCOCA F.G., "Il punto sulle c.d. società pubbliche" in *Dir. Economia* 2005, pag. 239;

SCOCA S.S., "Verso la responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica?", in *Giustamm.it*, luglio 2008;

SERRA A., "Il procedimento assembleare", ne "Il nuovo diritto delle società", Vol. 2 - Assemblea, diretto da P. Abbadessa e G.B. Colombo, UTET, Milano 2006.

SINISI M., "Società a partecipazione pubblica e poteri ministeriali di indirizzo: ancora una volta un problema di giurisdizione" (n.d.r. commento a Tar Lazio, Sez. II quater, 30 maggio 2008, n. 5317), in *Il foro amministrativo T.A.R.*, 2008, pag. 1702;

SORRENTINO F., "Brevi riflessioni su sovranità popolare e Pubblica Amministrazione" in assoziazionedeicostituzionalisti.it;

SPINELLI S., "Pubblica Amministrazione e danno non patrimoniale", in personaedanno.it;

TOMASSINI E., "Il danno da disservizio" in *Riv. Corte dei Conti* n. 3/2005;

TORCHIA L., "La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica", Relazione al Convegno su "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", Roma, Luiss, 14 maggio 2009, in irpa.eu;

TORCHIA L., "Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica; una pericolosa sovrapposizione" in astrid-online.it e in *Servizi pubblici e appalti* 2/2006;

URSI R. "Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile; la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche" in *Foro Amm.* CDS 2004, pag. 693;

URSI R., "Riflessioni sulla <governance> delle società in mano pubblica" in *Dir. Amm.* 2004, pag. 771;

URSI R., Nota redazionale a T.A.R. Lombardia 13 ottobre 2004 n. 175 (caso AEM s.p.a.) in *Foro Italiano* 2005, III, 34;

URSO M.G., "Il principio di distinzione tra funzioni di indirizzo politico e di gestione negli enti locali e nelle società partecipate da enti pubblici" in diritto.it 2007;

VENTURINI L., "Corte di Cassazione e giurisdizione della Corte dei conti in questo primo scorcio dell'anno: in particolare la sentenza n. 4511 del 1° marzo 2006", in amcorteconti.it;

VENTURINI L., "Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti pubblici ed enti a prevalente partecipazione pubblica" in amcorteconti.it;

VENTURINI L., "L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico" in *Foro Amm.* - CDS 2005, pag. 3432;

VENTURINI L., "La Consulta pone luce sui fini ed i limiti costituzionali dei giudizi di responsabilità amministrativa a carico dei dipendenti ed amministratori pubblici e ne individua la funzione di garanzia per la collettività" (n.d.r. nota a Corte Cost. 12 giugno 2007 n. 183) in amcorteconti.it;

VENTURINI L., "La giurisdizione della Corte dei Conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche" (n.d.r. nota a Corte Conti, sez. giur. Lombardia 22 febbraio 2006, caso Enelpower) in *Giornale di diritto amministrativo* 10/2006 pag. 1127;

VENTURINI L., "Necessità di tutela delle risorse collettive e giudizio di responsabilità amministrativa innanzi alla corte dei conti: la costituzione (art. 103), la riforma dell'istituto nel 1994, i mutamenti nella p.a. ed il nuovo orientamento della cassazione in tema di enti pubblici economici" in diritto.it;

VENTURINI L., "Società, gruppi societari in <mano pubblica> e salvaguardia delle risorse e dei fini di interesse generale; titolarità, funzione e servizio collettivo della giurisdizione di responsabilità amministrativa intestata alla Corte dei Conti" (n.d.r. nota a Corte Conti, sez. giur. Lombardia 9 febbraio 2005 n. 32, caso Enelpower) in *Foro Amm.* - TAR 2005, pag. 568;

VIGNERI A., "Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali; Le prime sentenze sull'art. 13 d.l. Bersani. Osservazioni a margine delle sentenze TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 31 gennaio 2007 n. 140 e TAR Lazio, Sez. I ter, 20 febbraio 2007 n. 1486" in astrid-online.it;

VISCA M.A., "La giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di una società per azioni" (n.d.r. nota a Cass. SS.UU. 26 febbraio 2004 n. 3899) in *Giust. Civ.* 2005, I, pag. 208;

VITALE C., "La Corte di giustizia «boccia» l'art. 2449 del codice civile" (n.d.r. commento a Corte di giustizia Ce, sezione prima, sentenza 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C- 464/04) in *Giornale di Diritto Amministrativo* 2008, pag. 521;

VOLPE C., "Società miste tra poteri pubblici e strumenti privati. L'ibrido continua" in giustizia-amministrativa.it;

ZAMPARESE A., "L'introduzione della contabilità economica nelle Pubbliche amministrazioni" in amcorconteconti.it.