

La responsabilità amministrativa nelle Società partecipate. A quali società si rivolge ed in quale misura¹

Il compito a cui sono stato chiamato è quello di delimitare l'ambito di effettiva novità recato dagli orientamenti recenti della giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione e di prospettare le conseguenze pratiche sulle responsabilità di amministratori e dipendenti delle società pubbliche.

La giurisprudenza della Cassazione ha subito, dalla nota ordinanza n. 19667 del 22 dicembre 2003, una rapida evoluzione sia in ordine alla configurazione soggettiva del concetto di pubblica amministrazione, sia in ordine alla dilatazione del concetto di rapporto di servizio necessario a definire la materia di contabilità pubblica prevista dall'art. 103, comma 2, Cost., sino quasi ad attribuirgli una natura sostanzialmente oggettiva, di relazione dell'attività, svolta anche in forme privatistiche, con utilizzo di risorse pubbliche, intese in senso ampio ed indiretto (in sostanza, il mero apporto al capitale sociale), funzionalizzato all'attuazione di una funzione pubblica o di un pubblico servizio intestato all'amministrazione proprietaria, cioè di una competenza istituzionale dell'amministrazione.

I principi ai quali era approdata la precedente giurisprudenza per riconoscere la giurisdizione della Corte di conti erano costituiti dal rapporto di servizio, inteso quale rapporto funzionale tra soggetto agente e funzione pubblica attribuita alla competenza dell'amministrazione, e dall'esercizio della funzione mediante "regole proprie" dell'amministrazione, distinte dalla normativa civilistica che disciplina la condotta di qualsiasi soggetto giuridico dell'ordinamento. Gli ulteriori elementi richiesti per radicare la giurisdizione contabile erano la qualificazione soggettiva di pubblica amministrazione in senso formale del soggetto danneggiato (comprensivo delle tradizionali amministrazioni pubbliche e degli enti strumentali) e la qualificazione oggettiva del carattere pubblico delle risorse utilizzate.

Su tali presupposti giuridici si fondava quindi anche la distinzione tra enti pubblici non economici ed enti pubblici economici, con l'ulteriore sottodistinzione, per questi

¹ Il presente schema costituisce una rielaborazione dell'intervento predisposto dal sottoscritto al Corso di formazione ed aggiornamento organizzato dalla Corte dei Conti, Consiglio di Presidenza, nei giorni 1, 2 e 3 aprile 2008 sul tema "Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento e affidate alla cognizione del giudice contabile".

ultimi, tra attività autoritativa, soggetta alla giurisdizione della Corte dei Conti in quanto retta da “regole proprie”, cioè da norme di contabilità pubblica in senso stretto, ed attività imprenditoriale, retta dalle norme ordinarie del codice civile, che esulavano, secondo la concezione tradizionale, dall’ambito della contabilità pubblica e quindi attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario.

Con la citata ordinanza n. n. 19667 del 22 dicembre 2003 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno riconosciuto la necessità di riconsiderare gli orientamenti consolidati, alla luce del mutato quadro di riferimento normativo che disciplina la pubblica amministrazione in generale e la struttura della responsabilità amministrativa in particolare.

Si consideri, infatti, che negli anni ’90 si è realizzato un progressivo ampliamento dell’utilizzazione degli strumenti privatistici, con corrispondente limitazione dell’attività provvedimentale, sia sotto il profilo strutturale, mediante la c.d. “privatizzazione” del pubblico impiego (D. Lgs.vo n. 29/1993), sia sotto il profilo funzionale (L. 241/1990, soprattutto dopo la riforma recata con L. n. 15/2005), con la conseguenza che deve ormai considerarsi “normale” il ricorso agli strumenti privatistici nell’organizzazione e nella gestione di funzioni o di servizi pubblici, nei limiti consentiti dalla legge (in attuazione, pertanto, del principio di legalità).

Questo processo non ha realizzato una sottrazione di materie dall’ambito pubblicistico a quello privato, ma, al contrario, la funzionalizzazione dello strumento di gestione disciplinato dal diritto civile alla funzione pubblica o al servizio pubblico attribuito dalla legge alla cura di ciascuna determinata amministrazione pubblica, secondo il principio di legalità, costituzionalizzato dagli artt. 97, 41 e 43 Cost.

E’ così divenuta irrilevante la forma giuridica pubblica o privata della struttura organizzativa ai fini della definizione della giurisdizione di responsabilità amministrativa, ma sono divenuti prevalenti gli elementi oggettivi di gestione del denaro pubblico e della disciplina pubblicistica che regola gli aspetti di servizio pubblico della gestione, o comunque la funzionalizzazione dell’attività di carattere imprenditoriale alla cura di interessi generali giuridicamente organizzati in funzioni o servizi pubblici, attribuiti ad una pubblica amministrazione.

Al contempo, la stessa Cassazione ha mantenuto l’ulteriore iter argomentativo (espresso, ad esempio, nelle sentenze 26 febbraio 2004, n. 3899, concernente gli amministratori della Sogemi S.p.a., e 27 settembre 2006, n. 20886, concernente gli

amministratori dell'AMSA S.p.a., entrambe società del comune di Milano affidatarie di pubblici servizi comunali) secondo il quale la giurisdizione viene riconosciuta secondo i criteri "tradizionali", sia pure opportunamente modificati fino a ricomprendersi gli amministratori ed i dipendenti, e non la persona giuridica in quanto tale, anche ricorrendo alla nozione del funzionario di fatto, idoneo a radicare un ulteriore rapporto di servizio (Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2006, n. 22513).

La giurisprudenza più recente della Corte Suprema di Cassazione, nel giustificare il mutato orientamento tradizionale, ha posto in risalto come nel tempo, oltre il mutato quadro di riferimento normativo generale, sopra citato, anche ulteriori specifiche norme di legge inducano a ritenere ormai sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti alle società pubbliche intestatarie di funzioni o servizi pubblici.

In primo luogo, l'art. 1, comma 4, della L. 14 gennaio 1994, n. 20, come sostituito dall'art. 3 del D.L. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, nella L. 20 dicembre 1996, n. 639, a norma del quale *"la Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno è 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"*.

La norma, consentendo di proporre l'azione anche ove l'amministrazione danneggiata sia diversa da quella di appartenenza del dipendente che lo ha cagionato, introduce una connotazione extracontrattuale alla responsabilità amministrativa, che non è più vincolata, quindi, al rigido schema della responsabilità contrattuale. Questa norma aumenta, quindi, il carattere proprio della disciplina della responsabilità amministrativa, che non appare più perfettamente inquadrabile nelle categorie civilistiche della responsabilità contrattuale o di quella extracontrattuale. Sotto il primo aspetto, infatti, la tradizionale imputazione della responsabilità alla categoria di quella contrattuale aveva impedito l'espandersi della giurisdizione ove il danno era sopportato da un'amministrazione terza. D'altra parte, neppure ora la responsabilità può configurarsi quale aquiliana in senso stretto, in quanto l'azione è esperibile solo nei confronti di soggetti che comunque siano legati mediante il rapporto di servizio, nell'ampia accezione ad oggi affermata in giurisprudenza², con una pubblica amministrazione, anche se diversa da quella che ha subito il danno.

² Per una rassegna della giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di rapporto di servizio: Berretta – Chiarenza – Evangelista, *I danni della P.A. al cittadino*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2008, p. 411 e ss.

Ulteriore disposizione che sembra confermare l'ampliamento della giurisdizione alle società pubbliche è costituito dall'art. 7 della l. 27 marzo 2001, n. 97, che alcuni commentatori giudicano quale *interpositio legislatoris* espressa. In particolare, l'art. 7 prevede espressamente che la sentenza di condanna nei confronti dei dipendenti di cui all'art. 3 della stessa legge (ovvero dei dipendenti di "*enti a prevalente partecipazione pubblica*") per i delitti contro la Pubblica Amministrazione - corruzione, concussione etc. - deve essere comunicata al competente Procuratore regionale affinché promuova entro 30 gg. "*... l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale*".

La norma possiede un duplice contenuto precettivo. Il primo, avente rilevanza penale, afferma che gli amministratori degli enti e delle società pubbliche siano destinatari dei reati propri dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio. Il secondo, conseguente al primo, che la giurisdizione sui danni conseguenti alle condotte che astrattamente integrino tali reati propri è devoluta alla Corte dei conti.

La disciplina normativa recata dalla L. 97/2001, pertanto, presuppone necessariamente la giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche, in quanto comprese nella più ampia formulazione legislativa di "*enti a prevalente partecipazione pubblica*" (art. 3, co. 1), dovendosi intendere tale locuzione quale comprensiva della quota di controllo societaria, anche se formalmente di minoranza.

Con l'entrata in vigore dell'art. 16 bis del D.L. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, nella L. 28 febbraio 2008, n. 31, a norma 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 per cento, 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*" il legislatore, secondo alcuni interpreti, sembra avere sottratto alla giurisdizione contabile le società quotate in borsa nelle quali l'amministrazione detenga una quota di capitale inferiore al 50 %, ritenendo la quotazione in borsa e il carattere minoritario della partecipazione sufficiente criterio differenziante.

L'argomento è molto dibattuto e potrebbe, a breve, ricevere un più stabile assetto interpretativo, in quanto risultano pendenti, presso la Corte Suprema di Cassazione, alcuni regolamenti preventivi di giurisdizione proposti da dipendenti di società pubbliche, convenuti in giudizio dalla Corte dei conti per responsabilità connesse all'attività da loro

svolta in violazione delle regole di condotta, ovviamente di matrice sia pubblica che privata, com'è connaturale per queste società.

Sul piano pratico, l'esame della giurisprudenza di Cassazione consente di iniziare ad operare alcune distinzioni, perché sotto la comune denominazione di "giurisdizione sulle S.p.a. pubbliche" si celano fenomeni molto diversi tra loro.

In particolare, è utile specificare che la generica "soggezione alla giurisdizione contabile" comprende due fattispecie concettualmente differenti: l'essere chiamato a risarcire un danno all'amministrazione, quindi assumere la posizione processuale di convenuto in quanto soggetto passivo dell'obbligo risarcitorio (soggetto passivo della responsabilità amministrativa) e l'essere destinatario del risarcimento, in quanto "amministrazione" che ha subito un danno, quindi il titolare attivo della responsabilità amministrativa, a favore del quale la Procura esercita l'azione di responsabilità, senza alcuna specifica posizione processuale se non quella dell'interveniente ad adiuvandum della Procura.

Il fenomeno che soggetti estranei all'amministrazione, nei senso di non legati da rapporto di impiego con questa, siano titolari passivi della responsabilità amministrativa e che tale titolarità passiva sia indipendente dalla natura del soggetto (persona fisica o giuridica), è un dato pacificamente acquisto dalla giurisprudenza di Cassazione fin dai tempi remoti. Si pensi alla giurisprudenza sui professionisti privati che svolgono le funzioni di direttore lavori o collaudatore di opere pubbliche, ovvero sugli istituti di credito tesorieri di pubbliche amministrazioni. In questo caso il tradizionale concetto di rapporto di servizio radica la giurisdizione di responsabilità amministrativa e consente di convenire in giudizio il professionista o l'istituto di credito. In questo orientamento possono essere considerate le decisioni che hanno riconosciuto la giurisdizione sulle società private destinatarie di provvidenze pubbliche erogate non a fondo perduto (Ord. 1 marzo 2006, n. 4511, che comunque amplia notevolmente il concetto di rapporto di servizio, rispetto alla configurazione tradizionale, legata all'esercizio di attività autoritative conferite con provvedimento formale o, almeno, con concessione contrattuale).

Apparentemente le sentenze Sogemi ed Amsa altro non fanno se non applicare questi principi. In realtà, la novità consiste nel soggetto passivo, che non è più la società che intrattiene il rapporto di servizio con l'amministrazione in senso formale (il comune), ma sono gli amministratori di queste società, che rispondono direttamente e personalmente del danno cagionato all'amministrazione proprietaria. Per chiarire il concetto, si consideri

che solitamente il citato era la società tesoriera in quanto tale, non il cassiere che aveva determinato l'ammanco.

Nei due esempi in esame, sarebbe stato un non senso citare, quale soggetto passivo, la società, in quanto questa era posseduta in modo pressoché totalitario dallo stesso Comune individuato come amministrazione danneggiata, sicché una eventuale condanna della società pubblica avrebbe realizzato una mera "partita di giro", e non un risarcimento effettivo. La vera novità di questo orientamento giurisprudenziale consiste, quindi, nell'aver individuato un ulteriore rapporto di servizio in qualità di funzionari di fatto dei loro dipendenti, mantenendo quindi, sia pure ampliati, i caratteri propri della giurisdizione, connotata dal rapporto di servizio.

Già questo orientamento ha ampliato notevolmente la platea dei convenibili ed ha accentuato il carattere personale della responsabilità amministrativa, in quanto consente di citare sempre anche la persona fisica autrice materiale del danno.

In virtù di principi enunciati da queste recenti sentenze della Cassazione, l'azione può essere esercitata sia nei confronti della società privata sia nei confronti dei dipendenti, autori materiali della condotta lesiva, a favore dell'amministrazione formale (erogante lo stanziamento pubblico o proprietaria dell'ente) che subisce gli effetti pregiudizievoli della condotta, in favore della quale agisce la Procura. Le regole di servizio violate sono quelle che disciplinano in concreto il rapporto di servizio, siano esse legislative, o amministrative o negoziali, essendo irrilevante la natura pubblica o privata delle norme che disciplinano l'agire amministrativo.

L'aspetto certamente più innovativo e problematico degli orientamenti giurisprudenziali della Cassazione riguarda il lato attivo del rapporto, cioè la possibilità di configurare la stessa impresa pubblica (o ente pubblico economico) quale soggetto attivo dell'obbligazione risarcitoria, quindi "amministrazione danneggiata", sia pure regolata anche nella sua struttura dalla disciplina privatistica, nel cui interesse la Procura promuove l'azione di responsabilità, e beneficiaria finale del credito risarcitorio (Ord. 22 dicembre 2003, n. 19667, e sent. 11 luglio 2007, n. 15458).

La difficoltà, direi anche culturale, nell'assimilare il descritto orientamento è tangibile se si esamina la giurisprudenza di merito del giudice ordinario. A titolo di esempio basti leggere, a tale proposito, la sentenza del Tribunale di Monza in data 12 settembre 2007, concernente l'azione revocatoria esperita da una società pubblica nei confronti di un proprio amministratore in relazione ad una responsabilità già azionata dalla

Corte dei Conti, che, a garanzia del credito erariale³, aveva sottoposto i beni del convenuto a sequestro conservativo ed esercitato l'azione revocatoria ordinaria ai sensi dell'art. 1, comma 174, della L. 23 dicembre 2005, n. 266, domanda accolta dalla Sezione Giurisdizionale per la Lombardia con sentenza in data 27 ottobre 2006, n. 606.

Il Tribunale, dopo avere passato in rassegna gli orientamenti espressi dalla Cassazione in materia di giurisdizione della Corte dei Conti, manifesta i propri dubbi in ordine alla configurabilità della giurisdizione erariale sia in relazione ai contenuti sostanziali della responsabilità sia in relazione al rito del processo contabile, nella consapevolezza che l'azione è promossa dalla Procura a favore della società danneggiata (quindi amministrazione titolare del credito risarcitorio), alla quale non residua alcun ruolo nel processo contabile se non di mero interveniente *ad adjuvandum* dell'azione della Procura, sistema così lontano dall'ordinario processo di cognizione da far esprimere il tribunale nei seguenti termini: *“La ricaduta degli effetti processuali delle iniziative della Procura della Corte dei Conti sulle amministrazioni danneggiate hanno fatto ritenere alla dottrina che il processo contabile è un processo a favore di terzi (è stato paragonato a una sorta di partita a “tressette con il morto”), in cui l’iniziativa è esercitata da un organo pubblico ma gli effetti di tale iniziativa si producono nella sfera soggettiva di un soggetto terzo”*.

Ad esito del giudizio il Tribunale ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in quanto la società, destinataria della sentenza della Corte dei Conti che ha accolto l'azione revocatoria promossa dalla Procura contabile, non aveva più interesse a continuare l'azione, non essendole già più opponibile l'impugnato atto di disposizione del patrimonio a lei pregiudizievole.

La “delicatezza” del tema trattato appare evidente anche dall'esame della più recente giurisprudenza della Corte dei Conti, che pure è avvezza all'elaborazione di istituti “al confine” tra diritto amministrativo e diritto civile, e, ovviamente, è culturalmente “vicina” al proprio ordinamento processuale.

In particolare, la mente corre al problema, che la giurisprudenza ha iniziato ad affrontare, dei rapporti tra azione di responsabilità amministrativa ed azioni societarie, con le correlate conseguenze in tema di danno risarcibile ed ente destinatario del risarcimento.

³ Il merito della fattispecie di responsabilità è stato deciso in primo grado, con condanna parziale, da C.d.C., Sez. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, le cui statuizioni in materia di giurisdizione sono state confermate in appello da C.d.C., Sez. I, 3 dicembre 2008, n. 532, che ha accolto parzialmente l'appello proposto dalla Procura in relazione alla quantificazione del danno complessivo.

L'esito della sentenza della Sez. Lombardia del 22 febbraio 2006, n. 114, confermato dalla C.d.C., Sez. I, 3 dicembre 2008, n. 532, è stato quello di ritenere, quale amministrazione danneggiata, solo la società pubblica (in particolare, società controllata da altra società mista a sua volta controllata dallo Stato), in quanto titolare diretta dei rapporti contrattuali viziati dalla corruzione e società titolare dell'immediato rapporto di servizio dei convenuti, per l'intero danno da questa sopportato, a prescindere dalle quote di partecipazione dell'amministrazione nella società controllante.

L'eccezione dei convenuti di ridurre l'importo del danno alla sola quota di partecipazione pubblica nella compagine societaria è stata rigettata sulla base della considerazione, che personalmente condivido, secondo la quale *“seppure è vero che per affermare la natura pubblica di tali enti è la relativa partecipazione azionaria da parte di enti pubblici, è altresì vero che tale circostanza li rende pubblici in toto e non solo in parte qua, sicché il risarcimento del danno erariale loro arrecato deve essere totale e non meramente parziale”* (Sez. Lombardia, n. 114/2006, cit., pag. 79).

Si è dato, quindi, rilevanza al carattere unitario della personalità giuridica della società pubblica, che non ammette artificiose suddivisioni sulla base della proprietà delle singole quote, giuridicamente irrilevanti ai fini della titolarità giuridica del credito risarcitorio. Il principio, riaffermato espressamente con sentenza della Sezione Lombardia 17 luglio 2007, n. 414, ed implicitamente anche da 5 settembre 2007, n. 448 (ed altre due rese in sede di azione revocatoria), è stato recentemente rivisitato da Sez. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135, id., 15 maggio 2008, n. 288, id., 2 marzo 2009, n. 90, che ha posto in rilievo il carattere esclusivo dell'azione di responsabilità, che concettualmente esclude il concorso di altre azioni sociali, ontologicamente e strutturalmente differenti, con la conseguenza che l'azione erariale non potrebbe avere incidenza neppure indiretta ed in via di fatto sulla posizione giuridica dei soci non pubblici.

Quale corollario del principio di esclusività dell'azione erariale e dell'impossibilità di comprimere, anche solo indirettamente, la libertà di esercizio delle tutele previste dal codice civile a favore dei soci non pubblici, l'orientamento giurisprudenziale in esame ha conseguentemente individuato nell'amministrazione proprietaria l'unico soggetto attivo della responsabilità, svuotando nei fatti l'autentico contenuto innovativo della giurisprudenza della Cassazione, che consiste, come detto, nell'individuazione della stessa società pubblica quale amministrazione danneggiata.

Cerchiamo di approfondire la questione, che appare centrale anche per i riflessi che si propagano sull'intera materia della responsabilità amministrativa.

In primo luogo, il principio di esclusività dell'azione erariale, nei termini assoluti in cui è stato prospettato nella sentenza n. 135/2008 e nelle altre citate, appare non conforme, oltre alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Cassazione, anche alla recente ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha applicato al giudizio di responsabilità il principio della *“translatio iudicii”*, dopo avere riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti in relazione all'azione di responsabilità azionata direttamente dall'amministrazione avanti al giudice ordinario nei confronti di un progettista – direttore dei lavori (20 marzo 2008, n. 7446).

In precedenza, la giurisprudenza aveva risolto la questione del rapporto tra azione di responsabilità sociale ed azione erariale in attuazione del principio di autonomia della seconda rispetto alle azioni civili intentabili da terzi (in questo caso dai soci), sulla base della diversità tra i presupposti e la finalità delle due azioni. In particolare, si è rilevato che *“la maggior tutela prevista per gli azionisti privati, che cumulano alle normali azioni previste dalla normativa civilistica quelle di stampo pubblicistico, connesse alla funzione giurisdizionale della Corte dei conti, non si sostanzia in un'irragionevole disparità di trattamento ma bilancia i minori poteri dei medesimi azionisti privati statutariamente posti (come si è visto) in una posizione minoritaria all'interno della compagine sociale”* (Sez. Lombardia, n. 114/2006, pag. 79, come detto confermata in appello, sent. Sez. I n. 532/2008. Si ricorda, infatti, che, nel caso di specie, per espressa disposizione legislativa e statutaria non sono ammesse partecipazioni private, neppure indirette o mediante accordi parasociali, al capitale delle società pubbliche in misura superiore al 3 % del capitale sociale).

La giurisprudenza in esame aveva, pertanto, risolto il problema del concorso tra azione di responsabilità ed azioni sociali esperibili anche dai soci privati utilizzando i principi consolidati della giurisprudenza sia di Cassazione che della Corte dei Conti nei casi simili, cioè muovendo dalle differenze sostanziali e processuali delle due azioni, peraltro ampiamente riconosciute anche dalla sentenza in commento, per affermare la reciproca autonomia delle stesse, con conseguente risoluzione dei possibili conflitti di fatto tra le azioni mediante l'utilizzo del principio dell'interesse ad agire, che viene meno solo ove il danno sia stato già effettivamente risarcito, per effetto o di altra pronuncia giurisdizionale, quale esito dell'ordinaria azione sociale, o per altra causa (es., spontaneo

risarcimento del convenuto, transazione, od altro), secondo la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia, ad esempio, di rapporti tra azione di responsabilità amministrativa e costituzione di parte civile dell'amministrazione danneggiata (Cass., Sez. Un., 23 novembre 1999, n. 822; id., Ord. 21 maggio 1991, n. 369; id., 3 febbraio 1999, n. 664; id., Sent. 26 novembre 2004, n. 22277; id., Ord. 21 ottobre 2005 n. 20343, id., 24 marzo 2006, n. 6581; id., 12 maggio 2009, n. 10857).

Riconosciuta la natura pubblica dell'ente "società pubblica" secondo gli indici di pubblicità (es.: relazione funzionale, disciplina speciale e gli altri elaborati dalla giurisprudenza) e la conseguente classificazione tra le "amministrazioni" nell'ampia accezione prevista dall'attuale ordinamento, come interpretato dall'ormai costante giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione, la personalità giuridica della società pubblica rimane unitaria, con la conseguenza necessaria, prontamente rilevata dalla giurisprudenza citata (Sez. Lombardia, n. 114/2006, 414/2007 e 448/2007, Sez. I, n. 532/2008 e, da ultimo, Sez. Lombardia, 29 dicembre 2008, n. 980; id., 17 febbraio 2009, n. 70), che il primo soggetto titolare del diritto al risarcimento è la società pubblica in quanto tale, il cui patrimonio è stato depauperato dalla condotta illecita del proprio amministratore o funzionario, per l'intero danno sofferto.

Il carattere unitario della soggettività giuridica della società rimane tale anche se la partecipazione azionaria pubblica non è totale ma concorre con altri soci privati di minoranza. La soggettività giuridica della società per azioni non è quindi frazionabile, neppure se la società è mista, e rimane distinta dalla soggettività giuridica di ciascun singolo socio, che trova naturale esplicazione nelle possibili azioni che l'ordinamento riconosce a ciascuno, ontologicamente diverse dalla responsabilità amministrativa.

Pertanto, una volta riconosciuta la natura pubblica dell'impresa questa è pubblica in toto, non pro quota. L'unitarietà giuridica della società rimane tale anche se questa svolge attività ulteriori ed estranee al servizio pubblico. Questo principio è stato, recentemente, ribadito dalla Corte di Giustizia, Sez. IV, sent. 10 aprile 2008, causa C-393/06, la quale riconosce che quando un soggetto è qualificabile organismo di diritto pubblico, questi deve sempre porre in essere i procedimenti di evidenza pubblica, anche nelle attività soggette a concorrenza.

Più in generale, l'individuazione della società pubblica quale amministrazione danneggiata, che, a mio parere, realizza la vera novità dei recenti orientamenti giurisprudenziali della Cassazione, deve essere configurata tenendo presente che lo

strumento societario assume, in concreto, significati molto differenti, che ne condizionano sia la natura che l'attività, regolata ora da norme di diritto comune (codice civile), ora da norme di diritto pubblico, nazionale e comunitario.

La prima e più comune distinzione tra le società in cui l'amministrazione abbia una quota di proprietà è stata da tempo individuata dalla Corte Costituzionale, che già con la sentenza 17 dicembre 1993, n. 466, aveva posto in evidenza la differenza tra formale privatizzazione, intesa quale utilizzo dello strumento privatistico di gestione di un servizio pubblico, al fine di consentire la compartecipazione della sua gestione al capitale privato, soprattutto ove il servizio non sia più gestito in esclusiva dallo Stato, ma sia parzialmente aperto alla concorrenza anche privata, dal diverso fenomeno della "dismissione", ove la P.A. ritiene che una determinata attività avente carattere imprenditoriale non costituisca più pubblico servizio o comunque non sia più soggetta a preminenti interessi pubblici, e pertanto la trasformazione dell'ente pubblico in società commerciale è funzionalizzata al successivo suo collocamento nel mercato, in quanto attività libera lasciata esclusivamente all'iniziativa economica privata. Nel primo caso, la parziale liberalizzazione del servizio attiene alla maggior efficienza della sua gestione a vantaggio dell'utenza, ma il servizio pubblico tale rimane, anche se gestito con lo strumento della società pubblica, mentre nel secondo caso l'attività economica non può più essere gestita dalla P.A., in quanto la connessa attività imprenditoriale, non essendo più correlata ad un servizio pubblico, esula dalle finalità istituzionali dell'amministrazione, come positivamente definite dalla legge attributiva della competenza. Su tali società, la cui quota è detenuta temporaneamente dall'amministrazione ai soli fini di un totale collocamento nel mercato, non pare configurabile la giurisdizione della Corte dei conti, nel senso che non possono essere indicate in citazione quali "amministrazioni" danneggiate.

Il principio di legalità, che, sotto il profilo soggettivo, realizza la determinazione legislativa delle competenze attribuite a ciascuna amministrazione pubblica ed impedisce di converso che sia ipotizzabile anche solo astrattamente la sussistenza di pubbliche amministrazioni "libere nei fini", determina necessariamente la sussistenza di una relazione funzionale in senso stretto tra strumento civilistico utilizzato (come in concreto specificato nell'oggetto sociale) e fine pubblico assegnato positivamente dalla legge a quella determinata amministrazione.

Più semplicemente, se l'ordinamento consente all'amministrazione, nell'adempimento delle competenze assegnatele dalla legge, l'utilizzo degli istituti di

diritto privato, con riferimento sia alle regole di azione che a quelle di organizzazione, necessariamente le finalità e le attività della società, come individuate nell'oggetto sociale, devono essere funzionalizzate alla cura dei fini istituzionali dell'amministrazione proprietaria o anche solo partecipante.

Il principio di legalità osta a che una società pubblica possa intraprendere una qualsiasi attività economica, da gestire con la forma imprenditoriale, che non sia immediatamente funzionalizzata alla cura dei fini istituzionali dell'amministrazione, secondo le competenze predeterminate per legge. Un'attività imprenditoriale non funzionalizzata realizzerebbe una gestione dell'azione dell'amministrazione proprietaria o partecipante "libera nei fini", cioè a prescindere dalle competenze attribuite per legge all'amministrazione. Ove l'oggetto sociale non sia funzionale ai compiti istituzionali dell'amministrazione la società non sarebbe più uno strumento di diritto privato utilizzato dall'amministrazione, e quindi questa non avrebbe il titolo giuridico per mantenerne la partecipazione (sarebbe come effettuare una spesa avulsa dalle competenze istituzionali, e quindi automaticamente danno, almeno sotto il profilo strettamente finanziario).

Si consideri, inoltre, che la partecipazione dell'amministrazione in una società in misura tale da impedire una concreta possibilità di ingerirsi nella gestione di un proprio servizio pubblico, oltre a configurarsi concettualmente inutile, altererebbe il necessario rapporto tra potere impositivo e sua relazione con il fine pubblico della spesa correlata, in violazione dell'art. 53 Cost. . In tali casi l'amministrazione assumerebbe un improprio rischio di impresa, in quanto le risorse pubbliche assunte coattivamente mediante il potere autoritativo fiscale verrebbero utilizzate per ripianare perdite di esercizio correlate ad una mera attività economica, non funzionalizzata ai fini istituzionali dell'amministrazione.

Inoltre, l'iniziativa economica privata è libera, ai sensi dell'art. 41, comma 1, Cost., concetto diverso dall'attività economica pubblica indicata dal comma 3 dell'art. 41 Cost. Dire che l'amministrazione ha la capacità giuridica di diritto privato non significa che la P.A. è libera nei fini, ma che può utilizzare gli istituti di diritto privato nell'adempimento dei propri fini istituzionali, che sono sempre predeterminati dalle norme sulla competenza.

Ho inteso centrare subito il nucleo della questione, per chiarezza concettuale, anche se mi rendo conto dell'eccessiva semplificazione del problema. Questo, a mio parere, è il nucleo di fondo, inteso quale fine ultimo, da tenere presente nella ricostruzione dogmatica della responsabilità unitamente agli ulteriori limiti legislativi (L. 97/2001) e giurisprudenziali concernenti, soprattutto, i tradizionali concetti di rapporto di servizio, di

utilizzo delle regole proprie e di discrezionalità amministrativa, che in questi casi si configura quale scelta imprenditoriale. Tali principi non risultano abbandonati neppure dopo la rivisitazione giurisprudenziale della Cassazione.

Per quanto il nucleo centrale della questione non sia apertamente esplicitato dalla giurisprudenza costituzionale e, soprattutto, della Corte di cassazione, che ha riconosciuto la giurisdizione contabile sugli enti pubblici economici e sulle società pubbliche, tali principi sembrano essere il consapevole presupposto del mutato orientamento giurisprudenziale, come si evince dalle motivazioni delle sentenze di Cassazione che pongono in rilievo il requisito dei limiti posti alla P.A. nell'utilizzo degli strumenti privatistici, che devono essere funzionalizzati all'interesse pubblico perseguito (alias: deve essere attinente ai fini istituzionali dell'amministrazione ed alle conseguenti competenze legislativamente previste: es., Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101).

Mi rendo conto che questo principio è contrastato in dottrina, che distingue tra società pubbliche "non funzionalizzate" e società pubbliche "funzionalizzate", ed, in parte, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, ove ammette il principio di extraterritorialità nell'attività delle società degli enti locali, ma ritengo che tale principio sia essenziale per comprendere il vero nucleo giuridico del fenomeno e la vera ragione dell'inserimento delle società pubbliche nella materia della contabilità pubblica in qualità di amministrazione danneggiata, in quanto strumento di gestione delle competenze delle pubbliche amministrazioni proprietarie o che ne detengono una quota, soprattutto se di controllo.

In particolare, l'amministrazione è sicuramente legittimata a detenere una quota minoritaria del capitale sociale se di controllo, mentre, per la quota non di controllo, occorre verificare se, in concreto, costituisce uno strumento di gestione del servizio pubblico o dei propri fini istituzionali, ovvero se la posizione di socio di minoranza impedisca una reale influenza sulla gestione societaria, configurando quindi un mero apporto al capitale di una società non funzionalizzata, a mio parere non consentito.

Se il principio di legalità costituisce il principale criterio di delimitazione della legittimazione dell'amministrazione a detenere in tutto o in parte il capitale sociale e la vera ragione dell'inserimento delle società pubbliche nella materia della contabilità pubblica ex art. 103, comma 2, Cost., i diversi ed ulteriori concetti di organismo di diritto pubblico e di impresa pubblica disciplinati dalla normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti, al fine di individuare i soggetti sottoposti alla disciplina dell'evidenza pubblica, regole proprie di contabilità pubblica, non assumono un rilievo decisivo per la

configurazione del soggetto attivo dell'azione di responsabilità. Di conseguenza, anche la sempre più stringente giurisprudenza comunitaria in materia di controllo analogo e di affidamento in house non pare avere influenza diretta sulla definizione dell'ampiezza della giurisdizione contabile, ma solo sulla valutazione, caso per caso, della capacità dello strumento societario utilizzato dall'amministrazione di essere effettivamente funzionale ai propri fini istituzionali. Infatti, come detto, la giurisdizione della Corte dei conti "a favore" delle società pubbliche si giustifica in funzione della strumentalità della società agli scopi istituzionali dell'amministrazione, divenendo così mero strumento di gestione di una funzione pubblica finanziata, mediante apporto al capitale, con beni pubblici, concetto che realizza l'oggettivazione del rapporto di servizio, rimanendo irrilevante il regime giuridico pubblico o privato dell'organizzazione e dell'attività.

Da quanto esposto pare possibile trarre una prima conclusione: la giurisdizione della Corte dei Conti a favore delle società pubbliche non comprende le società partecipate in misura minoritaria, che non costituisca la quota di controllo, in quanto non possono essere considerate strumento di gestione di compiti istituzionali dell'amministrazione. In questo caso, rimane impregiudicata la diversa responsabilità in capo ai dipendenti dell'amministrazione che abbiano disposto la partecipazione societaria, almeno per il danno consistente nella immobilizzazione finanziaria del denaro pubblico distratto dai fini istituzionali, in quanto configurerebbe, nella sostanza, una spesa che esula dalle competenze dell'amministrazione. Concettualmente nulla di nuovo, è una spesa inutile.

Al contrario, le società totalmente pubbliche, come anche quelle detenute in misura maggioritaria o minoritaria di controllo, sono destinatarie attive della giurisdizione contabile, come le altre pubbliche amministrazioni, per i danni patrimoniali subiti dai propri dipendenti, per le attività che realizzano l'adempimento degli scopi istituzionali dell'amministrazione proprietaria.

Vediamo, quindi, quali sono le disposizioni legislative ed i principi giurisprudenziali utili per delineare, in concreto, il descritto rapporto di strumentalità che consente di considerare la stessa S.p.A. pubblica quale "amministrazione danneggiata".

In primo luogo, l'art. 7 della l. n. 97/2001, che, come detto, potrebbe costituire l'interpositio legislatoris espressa, oltre il sistema di disciplina della responsabilità come modificato dalle leggi 19 e 20 del 1994.

Rientrano, inoltre, sicuramente, le società costituite per legge (art. 15 D.L. 333/1992) "operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle

fonti di energia e degli altri pubblici servizi”, destinatarie del particolare regime pubblicistico disciplinato dal D.L. 31 maggio 1994, n. 332 (poteri speciali, limiti alla quota di partecipazione del capitale privato, voto di lista, ecc ...), quindi funzionalizzate ex lege alla cura di interessi strategici dello Stato, di cui costituiscono lo strumento operativo organizzato in forma societaria di diritto speciale, rimanendo irrilevante se la connessa attività industriale sia gestita in forma monopolista dallo Stato o concorrente con quote di mercato.

Possiedono, inoltre, la natura di “amministrazione pubblica” in senso ampio, come sopra descritta, le altre società costituite per legge strettamente strumentali ai fini pubblici, quale, ad esempio, la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., il cui oggetto sociale è espressamente previsto per legge (art. 5 D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella L. 24 novembre 2003, n. 350).

Tra le società strumentali alla gestione di un servizio pubblico in senso stretto si deve annoverare anche Poste Italiane S.p.a., che rientra nella configurazione proposta dalla giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione successiva alla nota ordinanza del 2003 (C.d.C., Sez. I, 5 agosto 2008, n. 361). La sussistenza della giurisdizione trova conferma nell’ulteriore considerazione che Poste Italiane S.p.a. è titolare del servizio postale universale, servizio pubblico in senso proprio, disciplinato dall’art. 3 del D. Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, e gestito da poste Italiane in regime di concessione (D.M. 17 aprile 2000, in G.U. 4 maggio 2000, n. 102).

Parimenti, possiedono medesima natura le società miste degli enti locali disciplinate dagli artt. 113 e 113 bis, ovvero derivanti dalla trasformazione di aziende speciali ai sensi dell’art. 115 del D. lgs.vo 18 agosto 2000, n. 267, norme che assicurano una stretta correlazione tra l’oggetto sociale e la gestione del servizio pubblico intestato all’amministrazione controllante.

Passando, ora, ai principi giurisprudenziali dai quali possa desumersi con certezza il rapporto di funzionalità tra attività statutaria della società pubblica e fine istituzionale dell’amministrazione proprietaria o controllante, necessario a configurare la S.p.a. quale organo indiretto della stessa, quello più evidente è il “controllo analogo” elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, soprattutto alla luce dei più recenti orientamenti, che richiedono la partecipazione pubblica totalitaria (Corte Giust., sez. I, 18 gennaio 2007, n. C-220/05; id., 11 gennaio 2005, n. C-26) e che gli statuti contengano norme speciali che rafforzino il controllo ed il diritto di voto dell’amministrazione proprietaria, rispetto

all'ordinaria disciplina civilistica in materia societaria (Corte Giust., sez. I, 11 maggio 2006, n. C-340/04; id., 13 ottobre 2005, n. C-458/03).

Ancora, sussiste la giurisdizione contabile, sulla base di principi esposti, pure in assenza del controllo analogo, sulle società che la disciplina dell'evidenza pubblica, comunitaria e nazionale, definisce soggettivamente quale "amministrazione aggiudicatrice" soggetta a tale obbligo. In questo caso, pur in presenza di un nesso funzionale meno intenso, è la stessa disciplina di contabilità pubblica in senso stretto cui è soggetta la società pubblica a costituire "la regola propria", unitamente alla proprietà pubblica, cioè all'utilizzo di risorse pubbliche, che già la tradizionale giurisprudenza della Cassazione riteneva sufficienti a radicare la giurisdizione del giudice contabile sugli enti pubblici economici, per le attività disciplinate dal diritto amministrativo, e non dal codice civile.

E' inutile che mi soffermo sulla possibile casistica in astratto, in quanto i descritti principi devono essere applicati analizzando caso per caso le concrete fattispecie.

La sommaria premessa sulla giurisprudenza e sulle norme di legge che hanno riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti sugli enti pubblici economici e sulle società pubbliche dovrebbe consentire di individuare alcuni criteri di riferimento al fine di definire l'oggetto dell'ambito giurisdizionale attribuito. In particolare, la giurisdizione contabile in che relazione si pone con l'azione sociale di responsabilità disciplinata dagli artt. 2393, 2393 bis, 2394 e 2395 c.c.?

La risposta al quesito è apparentemente banale. Il riconoscimento della giurisdizione non muta il contenuto del diritto sostanziale della responsabilità amministrativa, ma attrae le gestioni pubbliche realizzate mediante gli strumenti privatistici (le società) nell'alveo della responsabilità amministrativa positivamente disciplinata dagli artt. 52 del TUCDC, 82 ed 83 della legge di contabilità generale dello Stato e dalle leggi 19 e 20/1994. In parole povere, la Cassazione, riconoscendo la giurisdizione contabile, consente alla Corte dei conti di esercitare la propria azione di responsabilità erariale anche nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società pubbliche.

Accenniamo ad alcune possibili soluzioni del problema dei rapporti tra la responsabilità amministrativa e la responsabilità civile degli amministratori e dei dirigenti generali delle società pubbliche, nella consapevolezza che questo è un dibattito aperto in dottrina, e che la giurisprudenza ha appena iniziato ad affrontare.

Il tema è stato parzialmente affrontato nelle pagine precedenti. La mia opinione personale è che in questa materia, come in altre, l'azione di responsabilità, con le sue peculiarità e con la sua specifica funzione ordinamentale, concorra con le altre azioni previste dall'ordinamento in materia di responsabilità degli amministratori.

Il fenomeno non è certo nuovo e costituisce, quindi, in larga misura, un falso problema. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza della Cassazione sul c.d. danno da reato e sulla concorrenza tra azione di responsabilità e costituzione di parte civile (da ultimo, Cass., SS.UU., Ord. 12 maggio 2009, n. 10857), ovvero sui rapporti tra giurisdizione contabile e giudizio civile intentato o comunque in astratto promuovibile dall'amministrazione nei confronti, ad esempio, dell'appaltatore inadempiente, in relazione al quale la giurisprudenza pressoché totalitaria della Corte dei Conti afferma la completa autonomia dell'azione di responsabilità, non ravvisando alcun rapporto di pregiudizialità ai sensi dell'art. 295 c.p.c. neppure nelle ipotesi in cui il danno erariale coincida con l'inadempimento contrattuale dell'appaltatore.

L'azione di responsabilità erariale, quindi, anche quando concorre con altre tutele esperibili in altre sede giudiziarie da terzi o dalla stessa amministrazione danneggiata, rimane sé stessa e non muta. Nella materia in esame, in particolare, non si sostituisce né acquisisce i caratteri dell'azione prevista dall'art. 2392 c.c., che rimane esperibile dall'assemblea e dal collegio sindacale ai sensi dell'art. 2393 c.c.. Per le società pubbliche, quindi, l'azione erariale costituisce una forma di tutela aggiuntiva, giustificata dall'esigenza di tutela delle funzioni e dei servizi pubblici, nei loro aspetti patrimoniali, ai quali la stessa esistenza della società è preordinata, in quanto ente strumentale dell'amministrazione, rispetto alla comune azione sociale di responsabilità, che attiene agli interessi societari di natura privatistica, secondo la disciplina comune. D'altra parte, per gli enti pubblici economici, la possibilità di distinguere tra attività privata soggetta al giudice ordinario e "attività pubblica" soggetta alla Corte dei Conti è concetto antico e tradizionale, che non ha mai suscitato problemi di carattere teorico, ma solo, in concreto, di esatta delimitazione dell'ambito di ciascuno.

L'azione di responsabilità erariale non costituisce, inoltre, la sostituzione officiosa e necessaria dell'azione di responsabilità sociale di competenza del socio pubblico, abrogativa della comune azione prevista dall'art. 2393 bis c.c. o ai sensi dell'art. 2395 c.c.. La soluzione opposta, basata su un malinteso principio di esclusività della giurisdizione contabile, comporterebbe l'aberrante conseguenza pratica di diminuire la misura di

responsabilità degli amministratori, limitandola al dolo ed alla colpa grave ed escludendone la solidarietà passiva, anziché rafforzare le tutele poste dall'ordinamento in difesa delle funzioni pubbliche gestite con lo strumento societario (in argomento, per un quadro generale della dottrina, si rinvia alla relazione del Prof. Vincenzo Caputi Jambrenghi *“Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici”*, 51° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 15-17 settembre 2005).

Un ultimo aspetto estremamente rilevante attiene alla valutazione dei limiti esterni della giurisdizione, sotto il duplice profilo dell'insindacabilità delle scelte discrezionali (in questo caso imprenditoriali) e della distinzione tra azione di responsabilità e responsabilità dirigenziale (in questo caso manageriale).

Per quanto concerne il primo aspetto, l'opinione personale del relatore è che l'ambito della libertà di scelta imprenditoriale dell'amministratore o dirigente della società pubblica sia più ampio della tradizionale discrezionalità amministrativa, in quanto attiene alla sfera della capacità imprenditoriale di diritto privato della società, di norma liberamente configurabile dal soggetto agente, nei limiti della violazione di norme imperative di ordine pubblico. Diversamente, l'ambito della scelta discrezionale amministrativa in senso stretto attiene al contemperamento dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'azione amministrativa mediante una scelta di merito tra possibili soluzioni astrattamente previste dall'ordinamento e pertanto tutte legittime.

In concreto, gli strumenti ermeneutici disponibili per valutare in ciascuna fattispecie concreta il limite esterno della giurisdizione amministrativo – contabile appaiono i medesimi già elaborati dalla giurisprudenza contabile e dalla Corte di Cassazione in materia di discrezionalità amministrativa, debitamente “tarati” sulla maggiore ampiezza insita nel concetto di scelta imprenditoriale.

Vediamone i principali.

La materia ha trovato un'espressa disciplina normativa nell'art. 1, comma 1, della l. 14 gennaio 1994, n. 20, come sostituito dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. con modif. dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, il quale dispone il carattere personale della responsabilità “ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali” (l'argomento dell'insindacabilità delle scelte discrezionali era presente in giurisprudenza ben prima dell'affermazione legislativa del principio).

In primo luogo, non supera il predetto limite la verifica della conformità dell'atto alla legge, in funzione dell'accertamento dell'illiceità della condotta. In sostanza, l'accertamento del vizio di violazione di legge non è impedito dal principio dell'insindacabilità delle scelte discrezionali, in quanto la discrezionalità può esercitarsi solo tra i diversi assetti degli interessi conformi alla legge, esulando, la comparazione tra attività lecite ed attività vietate dalla legge, dal concetto di discrezionalità (Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2006, n. 1376, ha statuito che non supera i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti il controllo della conformità a legge dell'attività discrezionale).

Questo principio appare integralmente applicabile anche all'attività imprenditoriale degli amministratori e dipendenti delle società pubbliche.

Un secondo orientamento ritiene che non viola la riserva di amministrazione l'accertamento della compatibilità della scelta amministrativa con il fine pubblico dell'ente, essendo escluso il carattere discrezionale del procedimento di adozione dell'atto che esula dai compiti istituzionali dell'amministrazione. In sostanza, l'ipotesi in esame si traduce anch'essa nella verifica di una violazione di legge dell'attività discrezionale, sotto il profilo della violazione delle legge attributiva della competenza, che si riverbera 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).

Quando emergeranno, nella pratica giudiziaria, attività gestite da imprese pubbliche che esulano dalla relazione funzionale con i fini istituzionali dell'amministrazione proprietaria o controllante, occorrerà verificare se tali attività sono previste nello statuto ovvero, in caso negativo, se il principio affermato è applicabile in analogia anche alle attività effettuate dalla società che esulano dall'oggetto sociale previsto dallo Statuto (es.: esercizio di un'attività imprenditoriale non ricompresa nell'oggetto sociale).

Sulla base di un terzo principio elaborato dalla giurisprudenza, il sindacato della Corte dei conti può estendersi alla verifica, con valutazione ex ante, dell'assoluta inadeguatezza dei mezzi prescelti rispetto ai fini, in quanto ad essi estranei. Si tratta, in buona sostanza, di fattispecie caratterizzate da macroscopiche illegittimità dell'azione amministrativa per eccesso di potere per sviamento della funzione, fattispecie che rende certamente illecita la condotta dei funzionari che la realizzano (Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2006, n. 1378; id., 6 maggio 2003, n. 6851; id., 29 gennaio 2001, n. 33).

Questo principio, strettamente connesso con concetti amministrativi che disciplinano esclusivamente l'attività amministrativa regolata da norme di diritto pubblico, non mi sembra applicabile all'attività retta dal diritto privato delle società pubbliche.

Anche nella distinzione tra responsabilità amministrativa e responsabilità dirigenziale, come elaborata dalla giurisprudenza, occorrerà tener conto del maggior contenuto di libertà d'azione insito nelle funzioni dei manager dipendenti dalle società pubbliche, attività disciplinate dal codice civile e non da norme speciali di diritto pubblico.

A maggior ragione, si ritiene di condividere l'esito al quale è pervenuta la giurisprudenza della Corte dei Conti in materia.

La giurisprudenza della Corte dei Conti si è occupata, in particolare, della responsabilità propria della dirigenza pubblica come disciplinata dall'art. 21 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come sostituito dall'art. 3, comma 2, lett. a) della l. 15 luglio 2002, n. 145, ma i principi affermati possono trovare applicazione, con i correttivi necessari, anche alla diversa disciplina civilistica degli amministratori e dei dirigenti di società.

La responsabilità dirigenziale, per i dirigenti pubblici, è disciplinata, da ultimo, dall'art. 21 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, come sostituito dall'art. 3, comma 2, lett. a) della l. 15 luglio 2002, n. 145, a norma del quale "il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".

L'art. 5 del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 286, detta i criteri per la verifica dell'attività dei dirigenti, ed il relativo procedimento.

La giurisprudenza ha escluso che possa sussistere una relazione diretta tra le due responsabilità.

In primo luogo, perché è la stessa norma di legge che disciplina gli effetti, pregiudizievoli per il dirigente, conseguente alla cattiva attuazione dei propri compiti manageriali.

In secondo luogo, la giurisprudenza ha rimarcato le differenze strutturali delle due forme di responsabilità. Infatti l'illecito amministrativo – contabile è strutturato sulla

violazione di specifici obblighi di servizio in relazione ad una specifica condotta dell'agente, che ha cagionato uno specifico danno all'amministrazione, la cui ingiustizia si fonda proprio sulla violazione delle regole di condotta causalmente correlate alla diminuzione patrimoniale sofferta.

In questo senso, le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti si differenziano ontologicamente dalle funzioni di controllo da questa esercitate, che attengono più propriamente alla complessiva valutazione dell'intera gestione pubblica analizzata nel suo complesso.

La giurisdizionalizzazione della valutazione di una complessiva gestione pubblica renderebbe la funzione giurisdizionale una funzione di controllo in sensi stretto, avente ad oggetto l'intera gestione amministrativa, estranea, in quanto tale, all'ambito giurisdizionale (C Cost., 24 maggio 2005, n. 337). Per questi motivi, appare fortemente dubbia la possibilità di considerare la perdita di esercizio quale danno erariale, in quanto esito contabile dell'intera gestione societaria. Diverso può essere il caso in cui la perdita di esercizio sia immediatamente riconducibile, secondo la regola del rapporto causale, ad una specifica operazione finanziaria o gestionale illecita, in quanto vietata dalla legge. La distinzione, in tali casi, non può che fondarsi su un'approfondita ed attenta analisi della fattispecie concreta, che poco si presta a generalizzazioni.

La giurisprudenza della Corte dei conti è pacifica nell'escludere la sussistenza di un collegamento diretto tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativo – contabile.

Da ultimo, la sezione Sicilia, con sentenza 8 marzo 2007, n. 626, ha escluso la configurabilità di un danno da c.d. spreco di risorse strutturali per inefficienza del modulo organizzativo utilizzato, imputato ad un dirigente quale violazione della propria responsabilità dirigenziale, in quanto *“la gestione delle risorse umane e materiali di un ente pubblico è precipuo compito di tutti i dirigenti preposti alle diverse strutture amministrative, giusta l'art. 16 lett. h) del d.l.vo n. 165/2001, costituendo il presupposto indispensabile per conseguire, nell'ottica dei principi di economicità ed efficacia, di cui all'art. 1 della legge n. 241/1990, gli obiettivi prefissati, tra i quali, per le aziende sanitarie, ma non solo, rientra quello di remunerazione delle prestazioni rese.*

In tale ottica, il mancato raggiungimento di un obiettivo dovuto alla non corretta utilizzazione delle risorse umane e materiali, quale espressione di inefficienza del relativo modulo organizzativo, rientra nell'ambito della responsabilità dirigenziale e, pertanto, non

costituisce ipotesi autonoma di illecito erariale; del resto, a seguito dell'evoluzione normativa e culturale che ha riguardato la complessiva organizzazione della Pubblica Amministrazione, sempre più interessata da riforme volte ad avvicinare il modello burocratico a quello privatistico, è emerso che il principio della responsabilità dirigenziale per poter operare concretamente presuppone, come nel caso in esame, giusta l'art. 3 co. 6° del d.l.vo n. 502/1992” ... “un rapporto diretto fra disponibilità di risorse umane, strumentali e finanziarie e risultati conseguiti” ... “In conclusione, non si può procedere all'individuazione di nuove ipotesi di illecito erariale qualora l'ordinamento preveda già gli strumenti per sanzionare disfunzioni verificatesi nell'ambito dell'organizzazione amministrativa” (in motivazione).

Già la terza sezione d'appello, con sentenza 25 gennaio 2006, n. 34, aveva affermato, in ordine al contestato rilevante difetto di capacità manageriale di un dirigente, che *“il problema che viene qui a porsi è quello dei rapporti tra la responsabilità dirigenziale e quella amministrativa se, cioè, un cattivo svolgimento delle funzioni dirigenziali, oltre che oggetto di una valutazione nell'amministrazione che, ove negativa, può comportare una sanzione nell'ambito dell'amministrazione stessa, si rifletta anche all'esterno, a livello di ordinamento generale e quindi, in altri termini, se il mancato raggiungimento dei fini, il conseguimento di risultati negativi, costituiscano danno.*

Una prospettazione positiva confonderebbe due istituti molto diversi che svolgono dell'ordinamento ciascuno un suo proprio ruolo. Così ragionando si teorizzerebbe la “giurisdizionalizzazione” del controllo di gestione, nel senso cioè che ogni emergere da esso di risultati negativi o mancato conseguimento di obiettivi diverrebbe l'automatico presupposto per un'azione di responsabilità da parte del procuratore regionale di questa Corte dei conti. Ancor più grave sarebbe, poi, il fatto che il danno deriverebbe non da violazioni di criteri legislativamente previsti anche se non di contenuto giuridico, quali l'economicità o l'efficacia, ma si concretizzerebbe nello scostamento da obiettivi empiricamente individuati ed assegnati al dirigente. Ciò senza dimenticare che lo scostamento viene valutato sulla base di verifiche soggettive dei servizi a ciò preposti, con l'applicazione di regole e parametri tecnici non oggettivizzati normativamente. Del resto il mancato o non soddisfacente conseguimento dei risultati e, per converso, il loro pieno raggiungimento trovano all'interno del sistema organizzativo della singola amministrazione il loro specifico esito, che può andare dal licenziamento del dirigente alla sua collocazione in posti di maggior soddisfazione e rilievo.

Non vi è, in ogni caso, certezza giuridica sul fatto che gli obiettivi assegnati non siano stati, per errore di valutazione o per calcolo politico, sovradimensionati e che gli stessi non potessero quindi essere effettivamente conseguiti e perciò il loro raggiungimento in misura inadeguata non può costituire danno. Coerentemente deve però anche ammettersi che, all'opposto e per gli stessi motivi, obiettivi realmente perseguibili possano essere stati sottostimati, per cui il loro conseguimento non esclude il danno.

In verità, tuttavia, è lo stesso rapporto tra mancato conseguimento di risultati e danno erariale che va escluso, operando le due categorie su piani diversi pur se non alternativi, come pure rileva parte pubblica concludente.

Il danno erariale deriva, per parte sua, dalla violazione di specifiche disposizioni normative dalle quali deve farsi discendere un effetto lesivo per la pubblica amministrazione in termini di patrimonialità o quanto meno di economica valutabilità” (in motivazione. Analogamente: C. conti, sez. III, 28 gennaio 2005, n. 32).

Come si può notare, ad oggi la giurisprudenza formatasi in materia è quasi esclusivamente di primo grado con nessuna decisione passata in giudicato. Una possibile soluzione condivisa ai problemi ai quali si è accennato appare, pertanto, ben lungi dall'essere prospettabile.

Recenti orientamenti giurisprudenziali

Al termine della breve e non esaustiva trattazione dell'argomento assegnato, si ritiene utile indicare, in sintesi, le sentenze che si sono maggiormente occupate dei temi trattati, pur nella consapevolezza che la giurisprudenza di merito, considerato il tempo relativamente breve dal quale è stata riconosciuta la giurisdizione contabile sulle società pubbliche, non ha ancora espresso precisi orientamenti sulla molteplicità degli aspetti problematici che tale apertura ovviamente comporta.

Il testo delle sentenze è consultabile sul sito istituzionale della Corte dei conti: www.corteconti.it.

Sentenza n. 114/2006 del 22 febbraio 2006 – Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia

S.p.A.– Amministratore delegato e vice presidente - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite (attività illecita concernente la stipulazione e la gestione di contratti)– Fattispecie – Danno diretto – Sussiste - Danno da disservizio – Sussiste – Danno all’immagine - Sussiste

Sentenza n. 414/2007 del 17 luglio 2007 – Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia

S.p.A.– Dipendenti - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite (indebita fornitura di informazioni su aspetti tecnici della commessa)– Fattispecie – Danno da disservizio – Sussiste – Danno all’immagine - Sussiste

Sentenza n. 448/2007 del 5 settembre 2007 – Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia

S.p.A.– Project Manager - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite (indebita fornitura di informazioni su aspetti tecnici della commessa)– Fattispecie – Sussiste – Azione revocatoria avverso l’atto di costituzione di fondo patrimoniale - Accoglimento

Sentenza n. 135/2008 del 4 marzo 2008 – Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia

S.p.A.– Project Manager - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite – indebita fornitura in sede di gara di informazioni su aspetti tecnici della commessa – Fattispecie – Sussiste – Responsabilità inerente ad accordi illeciti connessi alla stipulazione di varianti contrattuali – Fattispecie - Sussiste Danno alla concorrenza - Sussiste

Sentenza n. 532/2008 del 3 dicembre 2008 – Sezione Prima giurisdizionale Centrale

S.p.A.– Amministratore delegato e Vice Presidente - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite – Corruzione per atti contrari ai doveri d’ufficio – Danno diretto – Fattispecie – Sussiste – Danno da disservizio – Fattispecie – Sussiste – Danno all’immagine – Fattispecie – Sussiste

**Sentenza n. 980/2008 del 29 dicembre 2008 – Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia
S.p.A.– Dipendente responsabile della procedura di gara - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite – indebita fornitura in sede di gara di informazioni su aspetti tecnici della commessa – Fattispecie – Sussiste – Responsabilità inerente al maggior costo della tangente riversata nell’offerta in sede di gara – Fattispecie – Mancanza di prova – Danno alla concorrenza - Sussiste**

**Sentenza n. 70/2009 del 17 febbraio 2009 – Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia
S.p.A.– Dipendente responsabile della procedura di gara - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite – indebita fornitura in sede di gara di informazioni su aspetti tecnici ed economici della commessa – Fattispecie – Sussiste – Danno alla concorrenza - Fattispecie - Sussiste**

**Sentenza n. 90/2009 del 2 marzo 2009 – Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia
S.p.A.– Amministratore delegato - Responsabilità per ripetute e rilevanti condotte illecite – Tangenti in relazione alla stipulazione di un contratto – Danno all’immagine - Fattispecie - Sussiste**

Aosta, li 5 giugno 2009

Cons. Claudio Chiarenza