

# **Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione\***

*di Luisa Torchia*

## *1. Il cumulo delle responsabilità e i suoi effetti negativi.*

L'esame dell'attuale assetto in materia di responsabilità civile e responsabilità amministrativa deve necessariamente muovere, più che dall'esame delle norme, dai recenti orientamenti giurisprudenziali della Cassazione, dai quali emerge una evidente volontà di estendere l'ambito della responsabilità amministrativa alle società in mano pubblica, con conseguente cumulo di diversi tipi di responsabilità, nonché ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti.

Si tratta di un orientamento che presenta molti profili critici e che finisce, anzi, per tradire, la logica stessa dell'istituto della responsabilità. Esso si iscrive nella recente tendenza, seguita anche dalla giurisprudenza amministrativa, a "confondere" pubblico e privato, soprattutto per le materie ed i settori sottoposti a processi di privatizzazione, trasformando l'ibridazione di pubblico e privato che è tipica del diritto amministrativo<sup>1</sup> in una sovrapposizione, all'interno della quale "pubblico" finisce sempre per prevalere sul "privato", perchè, come meglio si vedrà fra breve, il primo viene configurato quale valore, mentre il secondo è considerato come uno strumento neutrale.

---

\* In corso di pubblicazione su *Servizi pubblici e appalti*, n.2, 2006.

Ringrazio la dott.ssa Sveva Del Gatto per l'assistenza nella ricerca della giurisprudenza e dei materiali rilevanti.

<sup>1</sup> Per tutti, S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp.2-3, ove, dopo avere affermato che il diritto amministrativo è "misto o composto sia di norme e principi di diritto pubblico, sia di norme e principi di diritto privato", si nota che può sussistere un conflitto fra le due componenti, ricordando, quale esempio, che "il controllo pubblicistico della Corte dei conti sulle società per azioni con partecipazione pubblica prevalente mal si attaglia alla disciplina, dettata dal codice civile, sulle società".

Anticipando qui le conclusioni del ragionamento svolto di seguito, si può dire che questa sovrapposizione non sembra trovare fondamento sul piano sistematico-ricostruttivo e ha effetti negativi sul piano istituzionale-operativo.

## *2. Caratteri e finalità della responsabilità*

Conviene innanzitutto ricapitolare, per disporre di un chiaro quadro di riferimento, i caratteri e le finalità della responsabilità civile, prima e della responsabilità amministrativa, poi<sup>2</sup>.

La responsabilità civile è un istituto affinato in secoli di elaborazione giuridica, dalla *Lex Aquilia* ai giorni nostri, mediante il quale si persegue una duplice finalità, di deterrenza e di imputazione. La responsabilità civile consente di spostare il danno ingiusto dal patrimonio del danneggiato al patrimonio del danneggiante e, così facendo, disincentiva i comportamenti dannosi e consente comunque di imputarne le conseguenze sul patrimonio di chi ha prodotto il danno. Il criterio di imputazione può variare: tradizionalmente è individuato nella colpa, ma oggi si stanno espandendo le ipotesi di responsabilità oggettiva, volte ad assicurare che il danno sia addossato a chi meglio di altri soggetti dell'ordinamento è in grado di sostenerlo (basti pensare alla responsabilità per prodotti difettosi). La responsabilità civile ha, quindi, natura patrimoniale, per configurarla basta la colpa lieve ed è volta a compensare il danno provocato, in ragione della sua ingiustizia e nella misura della sua gravità, non a sanzionare il comportamento dannoso.

Sulla natura della responsabilità amministrativa, invece, non v'è comunanza di vedute, a partire dalla sua natura, risarcitoria secondo alcuni, sanzionatoria secondo altri. Elemento essenziale della responsabilità amministrativa è la

---

<sup>2</sup> Per un quadro riassuntivo sia consentito il rinvio a L. Torchia, *La responsabilità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1649-1713. Specificamente sulla responsabilità amministrativa, fra i contributi più recenti, v. A. Corpaci, *L'azione pubblica nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2005, pp. 787-824 e A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 390-402.

sussistenza di un obbligo di servizio fra il soggetto che danneggia e l'amministrazione danneggiata ed essa ricorre solo in presenza di dolo o colpa grave, di modo che l'addebito è commisurato alla gravità della colpa e non alla gravità del danno, a conferma della natura anche sanzionatoria dell'istituto. La responsabilità amministrativa è, quindi, la responsabilità dell'agente legato da un rapporto di servizio all'amministrazione pubblica e che produce un danno, diretto o indiretto, alla stessa amministrazione<sup>3</sup>. Essa ha, conseguentemente, una finalità diversa dalla responsabilità civile, in quanto volta a tutelare l'amministrazione dai danni provocati dai dipendenti e accertabile soltanto all'interno del rapporto che appunto lega il dipendente all'amministrazione. Anche per questo il giudice della responsabilità amministrazione non è il giudice ordinario, ma la Corte dei conti, che dispone dello speciale potere riduttivo<sup>4</sup>.

Sulla base di questa sommaria ricapitolazione si potrebbe tentare una prima conclusione: le società in mano pubblica sono soggette, come tutti i soggetti dell'ordinamento – ivi compresa, è bene ricordarlo, la pubblica amministrazione – alla responsabilità extracontrattuale, sulla base dell'art. 2043 del codice civile. Per assoggettarle anche alla responsabilità amministrativa, in assenza di una norma espressa, occorrerebbe enucleare un rapporto di servizio fra amministratori e società, o forse fra amministratori e socio pubblico, assimilabile al rapporto intercorrente fra l'amministrazione e il suo dipendente e dimostrare, altresì, che a tale rapporto sia riconducibile una responsabilità diversa e ulteriore rispetto a quella che il codice civile prevede per l'amministratore nei confronti della società, dei soci e dei creditori.

Ambedue questi elementi sono oggi ritenuti sussistenti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, mediante lo spostamento del criterio di rilevanza - per l'individuazione del tipo di responsabilità imputabile e del suo giudice – dalla

---

<sup>3</sup> Il riconoscimento della responsabilità amministrativa anche nel caso di danno indiretto ha richiesto una specifica norma di legge, contenuta nella legge n.20/1994

<sup>4</sup> In termini generali v. F. G. Scoca (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Padova, Cedam, 1997.

natura del soggetto danneggiante alla natura del patrimonio e del soggetto danneggiato, oltre che degli scopi perseguiti.

Diviene irrilevante, così, la natura privata del soggetto, dequotingo a mero schermo formale l'adozione del modello della società per azioni, mentre diviene cruciale la natura (o anche solo l'origine) erariale del patrimonio, a volte anche in connessione con la natura pubblica delle attività svolte.

Si tratta di una costruzione che ha un antecedente autorevole nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che conviene ora brevemente ricordare per dare conto della diffusione di una lettura pubblicistica delle privatizzazioni che sembra oggi prevalere.

### *3. Responsabilità e controlli: la Corte costituzionale diffida delle privatizzazioni*

Nella c.d. sentenza Cheli (n. 466/1993) si trova il primo tentativo di ricondurre il processo di privatizzazione delle partecipazioni statali, avviato con il d.l. n. 333/1992, nell'ambito di un regime giuridico "speciale", la cui specialità coincide con regole di diritto pubblico.

La decisione della Corte interviene in un conflitto di attribuzione sollevato dalla Corte dei conti nei confronti del governo, per la mancata attivazione del controllo della Corte dei conti sulle società per azioni succedute all'Iri, all'Eni, all'Ina e all'Enel per effetto del decreto legge sopra ricordato<sup>5</sup>.

Si tratta, beninteso, non di responsabilità, ma del controllo previsto dall'art. 12 della legge n. 259/1958, relativo alla gestione finanziaria degli enti ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria<sup>6</sup>. Per affermare la sussistenza di tale controllo

---

<sup>5</sup> Sul processo di trasformazione ed i suoi effetti v. E. Freni, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004; sulle società con partecipazione pubblica v. M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>6</sup> Il controllo in questione comporta l'invio alla Corte dei conti dei consuntivi e dei bilanci, la presenza di un magistrato alle sedute degli organi di amministrazione e il referto della Corte alle Camere sui risultati raggiunti, oltre alla possibilità di formulare rilievi ai Ministri competenti.

nei confronti delle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, la Corte costituzionale ricorre a due argomenti, da allora frequentemente richiamati: a) la “sostanziale” imputabilità del capitale azionario delle società al patrimonio pubblico e la sua permanenza nella disponibilità dello Stato; b) la sussistenza di “norme speciali di diritto pubblico” relative al passaggio del patrimonio “dalla sfera pubblica alla sfera privata”.

Dal primo argomento la Corte deduce che la gestione delle società per azioni possa “incidere, sia pure indirettamente, sul bilancio statale” e, di conseguenza, assimila le società per azioni agli “enti pubblici” sottoposti al controllo previsto dall’art. 12 della legge n. 259/1958<sup>7</sup>.

Il secondo argomento serve, invece, a sostenere la natura “differenziata e speciale” delle società derivate dalla trasformazione degli enti pubblici economici: e tale differenziazione e specialità vengono fatte coincidere *tout court* con regole di diritto pubblico.

La natura di società per azioni è, dunque, per la Corte, solo una “veste formale”, che non si presenta incompatibile con il controllo della Corte dei conti. Tale controllo è, comunque, strettamente legato alla posizione dello Stato quale azionista unico o di maggioranza. Se e quando le partecipazioni saranno dismesse, anche il controllo cesserà.

Sono chiari gli elementi di fondo del quadro di riferimento richiamato ed utilizzato in questa decisione.

A fronte di una “sostanza” pubblica e di una “forma” privata, la prima deve prevalere sulla seconda. E’ vero che il modello societario può essere utilizzato per

---

<sup>7</sup> L’evidente contrasto letterale fra la locuzione “enti pubblici” e la configurazione in società per azioni è stata superata mediante il riferimento all’art. 100 della Costituzione, che riferisce il controllo agli “enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria”, senza distinguere fra enti pubblici ed enti privati. La Corte ha ritenuto, dunque, che il legislatore – al quale pure la Costituzione rimette la determinazione dei casi e delle forme del controllo – non potesse restringere il controllo ai soli enti pubblici e che fosse necessario, quindi, “adeguare” l’interpretazione della locuzione “enti pubblici”, includendovi qualsiasi ente la cui gestione potesse in qualche modo incidere sul bilancio dello Stato.

esercitare funzioni e compiti pubblici, ma in questo caso la società per azioni non è più un modello – che in quanto tale incorpora regole e valori – ma solo uno strumento, neutro quanto alle finalità perseguite. Le finalità retroagiscono sullo strumento e comportano l'adozione di deroghe rispetto alla generale disciplina civilistica. La natura di queste deroghe è tale da qualificarle come norme di diritto pubblico e non come norme di diritto privato speciale. La possibilità di riferire, anche indirettamente, il patrimonio della società al bilancio statale comporta che quel patrimonio sia soggetto ai meccanismi di controllo disegnati per il patrimonio dello Stato.

Pur non affermandolo espressamente, si ritiene, quindi, che i meccanismi di controllo ordinariamente previsti a garanzia del capitale sociale non siano sufficienti, quando di questo capitale sia proprietario lo Stato: il quale è, quindi, evidentemente, un azionista diverso dagli altri.

E' facile osservare che questi argomenti, e in particolare l'ultimo per il quale la natura del soggetto proprietario trascolora sulla disciplina della proprietà, se presi troppo sul serio porterebbero a conseguenze paradossali. Ma prima di illustrare queste conseguenze, occorre esaminare come questi argomenti siano stati ripresi e, per così dire, adattati, dalla Corte di Cassazione per affermare la responsabilità amministrativa degli amministratori di società in partecipazione pubblica.

### *3. Sostanza pubblica e forma privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.*

La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha mutato orientamento sui due elementi tradizionalmente utilizzati per escludere la responsabilità amministrativa degli amministratori di società in partecipazione pubblica: la natura delle attività svolte e la sussistenza di obblighi di servizio.

Il criterio della natura dell'attività svolta è servito a lungo per discriminare la responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici, a seconda che ci si riferisse ad eventi dannosi connessi allo svolgimento di funzioni pubbliche o allo svolgimento di attività private. Tale criterio sembra abbandonato dalla giurisprudenza più recente, secondo la quale l'elemento cruciale per identificare

l'ambito della responsabilità amministrativa è, invece, la natura del (patrimonio del) danneggiato: se c'è danno all'erario, da chiunque e comunque provocato, c'è giurisdizione contabile.

La giurisdizione contabile “scaturisce”, dunque, dall’ “evento verificatosi in danno di un’amministrazione pubblica”, mentre non rileva più “il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso” (Cass., S.U., 22.12.2003, n. 19667)<sup>8</sup>.

Occorre, allora, identificare la pubblica amministrazione danneggiata e, a tale fine, le Sezioni unite utilizzano un criterio ampio, secondo il quale “l’amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall’ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un’attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato”. Viene così completamente neutralizzata la rilevanza del diritto privato. Esso potrà forse regolare lo svolgimento materiale dell’attività, ma non è utile a qualificare la stessa attività nell’ordinamento giuridico, tanto che la responsabilità per quell’attività viene disciplinata dal diritto pubblico e, anzi, da quell’istituto speciale del diritto pubblico che si chiama responsabilità amministrativa (chè anche nel diritto pubblico l’illecito civile dell’amministrazione è regolato dall’art. 2043 del codice civile).

Si può arrivare, proseguendo su questa strada, molto lontano. Per esempio, si può affermare che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di un’impresa – sicuramente e interamente privata – che abbia ottenuto un finanziamento pubblico e ne abbia fatto, a giudizio del Procuratore della Corte dei conti, cattivo uso<sup>9</sup>. A rilevare, infatti, non è la qualità del soggetto, ma la natura del danno e degli scopi perseguiti, di modo che “ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d’essere del programma imposto dalla Pubblica

---

<sup>8</sup> V. anche Cass., S.U., n. 11/2001 e n. 822/2002.

<sup>9</sup> Nel caso specifico si trattava di un finanziamento per la realizzazione di un impianto per l’ innevamento programmato, concesso dalla regione Abruzzo.

Amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e l'incidenza sia tale da poter 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 finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato e approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile" (Cass., S.U., ordinanza 1 marzo 2006, n. 4511).

Anche il criterio degli obblighi di servizio ha subito una decisa evoluzione. E' sufficiente essere membri di una commissione – nominata dal presidente della regione e composta da professionisti non legati da un rapporto d'impiego con la stessa regione – che abbia partecipato ad un procedimento di esecuzione di lavori pubblici, perchè si possa configurare un rapporto di servizio con la regione: con conseguente sottoposizione alla giurisdizione contabile (Cass., S.U., n.18858/2004).

O, ancora, se una società per azioni con partecipazione pubblica maggioritaria si trova in una "relazione non organica, ma funzionale"<sup>10</sup> con un Comune, si può ravvisare il rapporto di servizio e, quindi, la giurisdizione della Corte dei conti, per responsabilità per danno erariale (anche se rimane poco chiaro come il rapporto di servizio fra due soggetti – la s.p.a. e il comune – si riverbera sugli amministratori della s.p.a.: Cass., S.U., 26.2.2004, n. 3899).

#### *4. Profili critici e problemi irrisolti del sostanzialismo a senso unico.*

L'approccio "sostanzialista" volto a far valere la vera natura (pubblica) dell'attività o del soggetto, relegando a mero dato formale la qualificazione (privatistica) del modello adottato e del suo regime giuridico ha, naturalmente, un suo fondamento sia nella libertà comunque spettante all'interprete, sia nelle

---

<sup>10</sup> La relazione funzionale sussiste, secondo quanto si legge nella sentenza, quando sia "caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedurale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo".



incertezze e nelle contraddizioni che il legislatore non ha saputo evitare nelle diverse e variegate norme di disciplina delle società a partecipazione pubblica.

L'invocazione della "sostanza" delle cose non può, però, valicare precisi limiti, a meno di trasformarsi da indirizzo interpretativo in indirizzo di politica giurisprudenziale<sup>11</sup>, privo di ancoraggio, e anzi per alcuni profili contrastante con principi e qualificazioni generali che, pur essendo formalizzati, non sono affatto formalistici.

L'approccio sostanzialista deve fare i conti, innanzitutto, con il rispetto del principio di legalità. Non c'è alcuna norma, nel nostro ordinamento, che preveda la sottoposizione degli amministratori delle società in partecipazione pubblica alla responsabilità amministrativa e alla giurisdizione della Corte dei conti<sup>12</sup>.

La possibilità di estendere in via pretoria questa speciale responsabilità presenta forti profili di criticità, perché essa comporta una deroga alla giurisdizione generale dell'autorità giudiziaria ordinaria e l'applicazione del processo contabile, con le sue speciali caratteristiche, quali, per citare solo le principali, l'impari posizione delle parti e la non ricorribilità in Cassazione.

---

<sup>11</sup> Come sta accadendo, per esempio, con la giurisprudenza del giudice amministrativo in materia di organismi di diritto pubblico, che ha trasformato i requisiti indicati dal diritto europeo come presupposti per l'applicazione delle regole di concorrenza (e quindi, *in primis*, dell'obbligo di gara), in elementi della qualificazione pubblicistica degli organismi di diritto pubblico, con conseguente applicazione di istituti pubblicistici che con la concorrenza nulla hanno a che fare, quali l'accesso o, come è accaduto più di recente, con la qualificazione del Ministero dell'economia e delle finanze quale "socio occulto" della SCIP s.r.l. (Cons. St., sez. IV, .n. 308/2006).

<sup>12</sup> Solleva dubbi sull'istituto in generale F. Merusi, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompleta*, relazione al 51 Convegno di studi amministrativi, 15-17 settembre 2005, Varenna, letto in dattiloscritto, secondo il quale "la responsabilità amministrativa riformata, configurata come una sanzione pecuniaria alternativa e sostitutiva rispetto alla responsabilità patrimoniale di diritto comune, è costituzionalmente illegittima perché la legge non definisce i suoi presupposti, né i criteri per quantificare la sanzione".

Né una deroga così significativa alla regola generale in materia di giurisdizione ordinaria può trarsi dall'art. 103 della Costituzione, che attribuisce alla giurisdizione della Corte dei conti solo la materia della contabilità pubblica, rinviando ogni altra decisione al legislatore.

L'estensione della responsabilità amministrativa in assenza di una norma espressa è, poi, tanto più ingiustificata se si tiene conto del completo regime di responsabilità disegnato da codice civile per gli amministratori delle s.p.a., pubbliche o private che siano: ma sui danni del "cumulo" di responsabilità si tornerà fra breve.

Dell'assenza di una norma espressa è consapevole, del resto, la stessa Cassazione, che in una fra le sentenze prima citate (n. 19667/2003) offre, in proposito, una peculiare ricostruzione della vicenda che ha portato alla mancata conversione del d.l. n. 47/1995, che all'art. 1, c. 4, prevedeva appunto la giurisdizione della Corte dei conti per la responsabilità degli amministratori delle s.p.a. in partecipazione pubblica.

Secondo la Cassazione, infatti, la mancata conversione sarebbe "derivata proprio dalla consapevolezza della non necessità di introdurre una norma, resa inutile dall'introduzione della giurisdizione contabile anche sulla responsabilità extracontrattuale e dagli effetti da essa prodotti anche in tema di responsabilità contrattuale".

Il riferimento è all'art. 1 della legge n. 20/1994, al quale si attribuiscono, così, effetti assai più ampi di quelli desumibili dalla lettera della norma. Per una lettura completamente diversa della stessa vicenda basterà riportare, infatti, l'opinione di un autorevole studioso, che quale Ministro della Funzione pubblica nel 1993/94 ebbe un ruolo fondamentale nella predisposizione ed approvazione della legge n.20/94, secondo il quale la mancata conversione del d.l. contenente la norme che estendeva la responsabilità amministrativa agli amministratori delle s.p.a. in

partecipazione pubblica si spiega con il fatto che il governo, resosi “conto dell’enormità della disposizione ha, poi, fatto marcia indietro”<sup>13</sup>.

L’approccio “sostanzialista” presenta, in secondo luogo, forti caratteri di arbitrarietà. Si attribuisce valore sostanziale agli elementi pubblicistici, quali la natura del soggetto proprietario o l’origine delle risorse confluite nel capitale sociale o, ancora, qualsiasi legame, sia pure assai indiretto, con il patrimonio o anche solo il bilancio statale. Nessuna “sostanza” viene, invece, riconosciuta agli elementi che militerebbero per una affermazione del regime privatistico, quali la natura dell’attività e la rilevanza del modello adottato.

Le società in partecipazione pubblica svolgono, in genere, attività d’impresa. Si tratta di un’attività che può essere svolta indifferentemente da soggetti pubblici o privati, ma, appunto, ciò significa che l’attività d’impresa ha caratteri sostanziali propri, rispetto ai quali è la qualificazione dell’imprenditore ad essere irrilevante. L’imprenditore, pubblico o privato che sia, dovrà svolgere l’attività secondo le regole dettate nel codice civile per le imprese e secondo i canoni propri di quel tipo di attività, che comportano, ad esempio, un dinamismo della gestione e l’assunzione di rischi che in nessun modo possono essere governati con le regole della contabilità e della finanza pubblica.

Tanto questo è vero, che la Cassazione ha dovuto abbandonare il tradizionale criterio discretivo fra attività autoritativa e attività di diritto privato e affermare che, poiché l’amministrazione sempre più svolge servizi in forma imprenditoriale, allora questi servizi sono attività amministrativa (come a dire *plus ca change, plus c’est la meme chose...*). La pubblica amministrazione è, quindi, una sorta di Re Mida: tutto ciò che tocca diventa pubblico, anche quando si utilizzano le forme, le regole e i modelli del diritto privato.

In questo approccio, quindi, lo Stato non conta come azionista, ma come soggetto pubblico e il capitale sociale non conta come patrimonio della società, ma per la connessione – anche indiretta – con la finanza pubblica e il bilancio

---

<sup>13</sup> S. Cassese, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 1995, pp.1134-1140.

statale, mentre, di converso, la forma societaria viene dequotata a strumento neutro, *bon a tout faire* e l'interesse sociale scompare, parrebbe, dietro l'interesse (del socio) pubblico.

La neutralità è, infatti, anch'essa a senso unico, perché viene invocata non per consentire sia finalità pubbliche, sia attività d'impresa, ma per far prevalere, sempre e comunque, le prime sulla seconda.

Un terzo profilo critico dell'approccio sostanzialista seguito dalla Cassazione e favorevolmente valutato da parte della dottrina, sta nell'uso contraddittorio del richiamo di norme speciali. Le s.p.a. in partecipazione pubblica, si afferma, sono tutte sottoposte a disposizioni speciali, di volta in volta diverse, che non consentono di ricondurle alla generale disciplina codicistica.

Si pone, così, un problema di metodo e un problema di merito.

Sul piano del metodo, occorre intendersi sul valore da attribuire al criterio della specialità, che varia a seconda che la si configuri come un rapporto tra *species* e *genus* o che la si intenda come l'esclusione del *genus* a favore di una regola derogatoria in sé conchiusa.

Nel primo caso, la norma speciale deve essere compatibile con la norma generale, ne deve riflettere i caratteri di fondo, pur regolando diversamente alcuni aspetti specifici e, soprattutto, la disciplina generale fornirà il quadro di riferimento per l'interpretazione e l'applicazione della norma speciale<sup>14</sup>. Nel secondo caso, invece, la norma speciale è completamente separata dalla regola generale e sottrae interamente ad essa il fenomeno da regolare.

Il "peso" e il contenuto delle norme speciali deve essere, quindi, attentamente misurato, per non correre il rischio di trasformare qualsiasi limitata difformità dalla disciplina generale in un territorio separato, con l'effetto di togliere al codice civile il valore di paradigma generale d'interpretazione e di trasformare in "pubblico" tutto ciò che è, invece, diritto privato speciale e, pur essendo speciale, rimane privato.

---

<sup>14</sup> Sul carattere relativo dell'attributo della specialità v. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 53 ss.

Sempre sul piano del metodo, occorrerebbe poi dimostrare come le tante diverse specialità delle società per azioni in partecipazione pubblica possano trasformarsi in una nuova regola generale, secondo la quale vale per i loro amministratori la responsabilità amministrativa e la giurisdizione della Corte dei conti. La norma speciale non può, infatti, essere allo stesso tempo utilizzata per fondare il distacco dal codice civile e la costruzione di una nuova disciplina generale, a meno che non si dimostri la ricorrenza dei medesimi caratteri per tutte le s.p.a. in partecipazione pubblica. Ma tale dimostrazione non è neanche tentata dalla giurisprudenza e trova evidenti controprove nella disciplina vigente<sup>15</sup>.

Sul piano del merito, infine, occorre verificare come possano convivere la responsabilità comunque configurata dal codice civile per le s.p.a., pubbliche o private che siano, e la responsabilità amministrativa, che a quella generale si aggiunge senza sostituirla. Si tratta di una convivenza assai difficile, come ha ottimamente dimostrato Carlo Ibbà<sup>16</sup>, ricordando che l'adozione della forma societaria determina necessariamente l'applicazione del diritto societario e che gli amministratori sono, quindi, comunque responsabili verso la società (art. 2392 c.c.), verso i creditori sociali (art. 2394 c.c. ), verso i singoli soci o i terzi (art. 2395 c.c.).

Il codice civile prevede azioni e rimedi a disposizione degli azionisti e dei creditori per tutelare l'integrità del patrimonio sociale. Se, invece, gli amministratori devono rispondere, e reintegrare, il danno provocato all'erario, potranno anche trovare soddisfazioni i soci e i creditori? Quale rapporto si potrà configurare fra le diverse azioni? L'interesse sociale e i meccanismi posti a sua tutela resisteranno a fronte dell'interesse del socio pubblico – che diventa un socio “speciale” – tutelato e azionato direttamente dal Procuratore della Corte dei

---

<sup>15</sup> Per una rassegna delle diverse norme v. Il Rapporto di ricerca predisposto, sotto la responsabilità scientifica di G. Rossi, dal Centro di eccellenza dell'Università di RomaTre.

<sup>16</sup> C. Ibbà, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, relazione al 51 Convegno di studi amministrativi, Varenna, 15-17 settembre 2005, letto in dattiloscritto.

conti<sup>17</sup>? In altri termini, responsabilità amministrativa e responsabilità societaria sono compatibili, o la prima finirà per ostacolare sia le finalità di riequilibrio patrimoniale tipiche della responsabilità societaria, sia la capacità di azione delle società pubbliche nello svolgimento di attività imprenditoriale sul mercato?

### 5. Conclusioni

L'incompatibilità fra i due tipi di responsabilità e le conseguenze negative del cumulo sono evidenti, anche perché questo cumulo non risponde alla necessità di riempire una lacuna dell'ordinamento, ma è piuttosto ispirato da una – non del tutto infondata – sfiducia nel socio pubblico e nella sua capacità di far valere sino in fondo i propri diritti e interessi all'interno dello schema societario.

Si tratta di un argomento, però, che prova troppo, in quanto da esso deriverebbe, se portato sino in fondo, l'impossibilità radicale, per lo Stato e i poteri pubblici in generale, di entrare in rapporti privatistici, all'interno dei quali ciascun soggetto tutela i propri interessi. Non si potrebbe avere uno Stato datore di lavoro, uno Stato che firma contratti, che sottoscrive convenzioni e accordi, non sarebbero ammissibili gli atti paritetici. Certo, in ciascuno di questi casi può

---

<sup>17</sup> Occorre ricordare che, anche sul piano processuale, il carattere tendenzialmente esclusivo della giurisdizione contabile potrebbe precludere l'azione sociale in sede civile e che, sotto altro profilo, la reintegrazione avverrebbe a favore dell'erario e non del patrimonio sociale, di modo che il socio pubblico sarebbe privilegiato, a scapito di altri soci e dei creditori. Ove, invece, si ammettesse il cumulo delle azioni, gli amministratori potrebbero trovarsi a dover risarcire due volte lo stesso danno: v., in proposito, le convincenti argomentazioni di C. Ibba, op. cit., che rileva come “non può imputarsi agli amministratori di non aver realizzato un interesse (sia pure quello riferibile al socio di comando) che, in ipotesi, è estraneo all'interesse sociale”. Ove, invece, le finalità pubbliche siano configurabili quale parte dell'interesse sociale, sarà sempre e solo la violazione del dovere di perseguire quest'ultimo a rilevare nell'ordinario regime civilistico della responsabilità.

Sui caratteri di esclusività della giurisdizione contabile v., con diversi orientamenti, M. Ristuccia, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme* e A. Pajno, *Il rapporto con le altre giurisdizioni; concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, relazioni al 51 Convegno di Varenna, 15-17 settembre 2005, letti in dattiloscritto.

esservi una fase pubblicistica - il concorso per reclutare i dipendenti pubblici o la procedure di evidenza pubblica per addivenire al contratto – ma il rapporto che segue è interamente retto da regole di diritto privato, mentre per le s.p.a. si pretenderebbe una continua e permanente sovrapposizione fra elementi pubblicistici e regole privatistiche.

E del resto, anche se utilizzato entro limiti circoscritti, l'argomento in esame comporta un'assunzione pregiudiziale e indimostrata: ove sussista un interesse pubblico, quale che sia la sua concreta configurazione giuridica, gli strumenti di tutela di quell'interesse devono a loro volta essere pubblici. Gli strumenti e i modelli di diritto privato, dei quali pure si invoca la neutralità rispetto ai fini perseguiti, sono ritenuti invece *a priori* inadeguati ad assicurare la tutela dell'azionista pubblico, del capitale sociale pubblico, del patrimonio pubblico.

Ma è davvero così? Se si seguisse un approccio sostanzialista meno unilaterale, la "sostanza" delle cose potrebbe trovarsi nella qualità di azionista, nella funzione del capitale sociale rispetto alla società, nelle azioni a difesa del patrimonio, indipendentemente dalla qualifica pubblica o privata. Si potrebbe allora misurare l'idoneità delle azioni e dei rimedi disponibili in base agli effetti che sono in grado di produrre, utilizzando il diritto pubblico e il diritto privato non come universi di credenza, ma come insiemi di strumenti e rimedi, ai quali si può ricorrere in alternativa, o che possono essere coordinati in relazione alla medesima fattispecie, ma non sovrapposti e cumulati, pena la distorsione degli istituti e la produzione di effetti indesiderati. E indesiderata dovrebbe essere la mortificazione dell'attività d'impresa (pubblica o privata) ad opera della giurisdizione contabile.