

***Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art.16 bis del c.d. mille proroghe (d. l. 31/12/ 2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)***

*di Eugenio Francesco Schlitzer\**

**Sommario:** 1 PREMESSA; 2 L'INDIVIDUAZIONE DELLA QUESTIONE ED I PUNTI DI CRITICITÀ; 3 IMPRESA PUBBLICA, ENTE PUBBLICO ECONOMICO ED ORGANISMO PUBBLICO; 4 L'ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA; 4.1 IN GENERALE; 4.2 LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE; 4.3 LA GIURISPRUDENZA SULLA GIURISDIZIONE CONTABILE; 4.3.1 ELEMENTI RICOSTRUTTIVI DA ALCUNE PRONUNCE PARADIGMATICHE; 4.3.2 CASS. SEZ. UN. 22 DICEMBRE 2003 N. 19667; 4.3.2.1 L'INTERPOSITIO LEGISLATORIS; 4.3.3 CASS. SEZ. UN. 26 FEBBRAIO 2004 N. 3899; 5 L'OBBLIGO DI DENUNCIA NELLA CIRCOLARE DEL P.G. DELLA CORTE DEI CONTI; 5.1 LA NUOVA CONCEZIONE DEL RAPPORTO DI SERVIZIO; 6 IL MILLE PROROGHE; 6.1 IN GENERALE; 6.1 L'ESCLUSIVITÀ DELLA GIURISDIZIONE CONTABILE NEL DECRETO MILLE PROROGHE; 6.1.1 UN IDOLO: IL "DOPPIO BINARIO"; 6.2 UN SISTEMA COMPLEMENTARE.; 6.3 I PROBLEMI DI COORDINAMENTO.; 6.4 POSSIBILI PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ; 7 CONCLUSIONE

---

*\* Il nucleo iniziale del presente scritto trae origine dalla relazione svolta al convegno sul "Regime giuridico dell'impresa pubblica, svoltosi a Roma Tre, facoltà di giurisprudenza il 24 gennaio 2008. Lo completano successive riflessioni specie sugli apporti giurisprudenziali nel frattempo intervenuti. Tuttavia è all'art. 16 bis del decreto mille proroghe che, intervenuto poco dopo il convegno, che si riferisce, ovviamente, buona parte della stesura finale. (Eugenio Francesco Schlitzer)*

## 1 Premessa

Questo scritto è un contributo al tentativo di individuare il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti per danni da questi procurati alle imprese pubbliche o, per meglio dire, alle s.p.a. cosiddette “in mano pubblica”, cui appartengono.

In buona sostanza il quesito si traduce in quello se agli amministratori e dipendenti di una s.p.a. in mano pubblica si applichino comunque ed eventualmente con quali aggiustamenti le norme del diritto societario o se dalla presenza della mano pubblica non consegua invece l’assoggettamento di questi soggetti alle norme proprie della responsabilità amministrativa e, quindi, alla giurisdizione contabile.

Come è noto, la questione, pur ponendosi teoricamente per qualunque società a partecipazione pubblica, si era però circoscritta alle fattispecie di quelle società che, per la composizione (e la diffusione) del proprio azionariato, siano nel sostanziale dominio pubblico, pubblico essendo anche solo il c.d. pacchetto di comando.

Era invece rimasto in ombra il caso della partecipazione effettivamente minoritaria di risorse finanziarie pubbliche a società quotate in borsa, magari ai soli fini di un’allocazione remunerativa di liquidità transitoriamente disponibili, senza con ciò voler direttamente perseguire un fine di pubblico interesse.

Sul primo punto si era andato sviluppando in dottrina un ampio ed articolato dibattito che traeva in buona parte le sue premesse dalla profonda evoluzione della giurisprudenza specie di quella della Corte regolatrice della giurisdizione che, ovviamente, in questo caso particolarmente rileva. Essa, pur non radicando, con l’eccezione di una sola non univoca pronuncia<sup>1</sup>, la sussistenza della giurisdizione contabile sugli amministratori ed i dipendenti di s.p.a. pubbliche per i danni ad esse prodotti, di siffatta estensione poneva le premesse con affermazioni peraltro non del tutto omogenee e sistematicamente coerenti.

Sul dibattito dottrinario e sulla connessa evoluzione giurisprudenziale delle magistrature supreme<sup>2</sup>, è intervenuto di recente il legislatore che con la rozza formulazione, dell’art. 16 bis della legge n. 31 del 2008,<sup>3</sup> ha ignorato molti delicati aspetti della questione creando inoltre una serie di problemi interpretativi ed applicativi i più rilevanti dei quali, come è stato di

---

<sup>1</sup> Cass. Sez. Un. 26 febbraio 2004 n. 3899. In merito vedi il par. 4.3.2.

<sup>2</sup> Sul ruolo delle magistrature supreme si rimanda agli atti dell’omonimo convegno svoltosi presso la facoltà di giurisprudenza dell’Università di Roma Tre, in *Foro Amministrativo T.A.R.*, vol. VI, supplemento al n. 7-8/07

<sup>3</sup> Essa ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria (decreto mille proroghe)

recente osservato<sup>4</sup>, potranno trovare soluzione solo innanzi al giudice delle leggi.

Prima di verificare quali elementi ci vengano dalla nuova norma,<sup>5</sup> l'esame della giurisprudenza che ne ha in definitiva determinato l'introduzione è tanto doveroso quanto illuminante.

## **2 L'individuazione della questione ed i punti di criticità**

Il problema non è dunque quello di definire se, come, quando e perché un'impresa pubblica, ad esempio una s.p.a., risponda essa, come persona giuridica, per danno erariale ad una pubblica amministrazione. Al contrario si tratta di stabilire come gli amministratori o dipendenti di una s.p.a. di tal genere rispondano dei danni ad essa direttamente od indirettamente prodotti.

La differenza è certo rilevante, se solo si pensi che nel primo caso la s.p.a. pubblica è il soggetto responsabile del danno che deve risarcire con il proprio patrimonio sociale, nel secondo caso essa diviene il soggetto danneggiato, il cui patrimonio deve essere reintegrato. Malgrado ciò la distinzione non emerge con chiarezza nell'elaborazione dottrina e giurisprudenziale ed anzi proprio una delle pronunce ritenute paradigmatiche sull'argomento, la n. 3899 del 2004, sorvola sul punto, creando così una confusione di non poco conto.<sup>6</sup>

Corollario del tema principale è quello del danno obliquo o trasversale se cioè, ammettendosi che amministratori e dipendenti di s.p.a. pubbliche rispondano secondo le norme contabili del danno ad esse prodotto, questi rispondano, nel caso in cui la s.p.a. pubblica sia in rapporto di servizio con una pubblica amministrazione, anche dei danni a quest'ultima prodotti come agenti della s.p.a. pubblica.

Il danno obliquo o trasversale, che si configura come nuova fattispecie di danno erariale, è espressamente previsto dall'art. 3 della legge 20 del 1994 a carico degli amministratori e dipendenti pubblici che rechino danno ad amministrazione diversa da quella di appartenenza. La norma è applicabile anche agli analoghi soggetti che operino per gli enti pubblici economici che ora rispondono secondo le norme contabili anche dei danni prodotti nell'esercizio di attività imprenditoriale.

Diverso è il ragionamento da fare e la soluzione da dare nel caso delle s.p.a. partecipate.

Ciò per due ordini di motivi, il primo dei quali è che l'applicazione delle norme contabili al risarcimento dei danni prodotti alle s.p.a. pubbliche dai propri amministratori o dipendenti

---

<sup>4</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, "L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle S.p.A. pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (ovvero l'effetto perverso delle norme last minute)" in *Federalismi.it*,

<sup>5</sup> Cfr., avanti par. 6

<sup>6</sup> Cfr., amplius par. 4.3.3

non ne comporta anche una omologazione agli organismi pubblici, specie quando la partecipazione azionaria pubblica sia minoritaria. L'applicazione delle norme pubblicistiche infatti non avviene in via generalizzata ma in considerazione delle singole fattispecie oggettive e soggettive: si pensi ad esempio alla giurisprudenza amministrativa in tema di applicazione delle norme sul diritto di accesso agli atti del procedimento amministrativo.<sup>7</sup>

Il secondo motivo risiede nell'esigenza di non vanificare l'effettività della tutela risarcitoria del danno erariale. Non v'è infatti chi non veda come, legandosi in un rapporto di servizio con una s.p.a., indipendentemente dal fatto che essa sia partecipata (magari in misura esigua) da risorse finanziarie pubbliche, l'amministrazione pubblica faccia affidamento anche sulla consistenza del capitale sociale specie a garanzia del risarcimento dei danni eventualmente derivanti da una gestione non corretta e/o inefficace dei compiti assegnati alla società stessa. Far gravare ora direttamente sul dipendente della società l'onere di questo risarcimento, significa spostare di fatto il rischio d'impresa dal capitale sociale, che tra l'altro potrebbe essere anche in gran parte privato, all'erario dell'ente pubblico danneggiato che sarà infatti destinato a rimanere, spesso, almeno parzialmente incapiente. Ciò per effetto sia della probabile minor consistenza economica del dipendente sia del fatto che costui in sede contabile potrà avvalersi, a tacere d'altro, della limitazione delle responsabilità ai soli casi di colpa grave e beneficiare del potere riduttivo dell'addebito. Una soluzione del genere sarebbe possibile solo considerando le s.p.a. partecipate pubbliche come degli organismi pubblici. Si tratterebbe però di una strada incerta e pericolosa per vari motivi.

In primo luogo bisognerebbe affrontare il tema della differenza tra organismi ed imprese pubbliche, che non viene focalizzata né nella giurisprudenza della Corte costituzionale né in quella della Cassazione.

In questo contesto anche il vincolo comunitario assume un particolare rilievo. Ci si dovrebbe in particolare misurare con la normativa e la giurisprudenza comunitarie che hanno creato la categoria, tentando ancora una volta di elaborare una sintesi tra i diversi ordinamenti giuridici dei singoli Stati comunitari. La valorizzazione del carattere non industriale o commerciale dell'attività svolta, operata in sede comunitaria, difficilmente consentirebbe, in disparte l'elegante tentativo di spostare i requisiti di cui sopra dall'attività ai bisogni cui essa farebbe fronte, di assimilare le s.p.a. partecipate non alle imprese ma agli organismi pubblici.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. Ad. Plen. n. 5 del 5/9/2005

<sup>8</sup> F. CINTIOLI, "Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale": il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico), in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 79 ss.;

Inoltre la Corte di Giustizia<sup>9</sup> ha stabilito che lo statuto di una società per azioni non può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società.

### **3 Impresa pubblica, ente pubblico economico ed organismo pubblico**

Nella ricorrente dialettica tra l'ordinamento pubblico e quello privato, a far data dagli anni, nell'ambito di un ampio fenomeno di "privatizzazione" della Pubblica amministrazione, che toccava la riforma delle norme sul pubblico impiego, il rapporto politica-amministrazione, il sistema dei controlli ed una nuova configurazione della responsabilità amministrativa e dei conti pubblici, si assiste anche all'utilizzazione da parte del legislatore nazionale e di quello regionale oltre che degli enti locali, del modello della società per azioni quale modello idoneo a realizzare una struttura organizzativa più snella e meno condizionata dalle norme pubblicistiche, in particolare da quelle contabili. Proprio per il ruolo che dovevano svolgere queste società si sono ben presto caratterizzate come società peculiari, con un regime normativo che finiva per essere il frutto di una commistione del diritto privato con quello pubblico.<sup>10</sup> Tale sovrapposizione non poteva non determinare problemi di compatibilità o di integrazione di cui quello in esame è certo uno dei più significativi.

Nel nostro ordinamento, in base all'art. 2 della legge n. 109 del 1994,<sup>11</sup> l'impresa pubblica è quella sulla quale Stato, regioni, gli enti locali ed enti pubblici non economici, oltre agli organismi di diritto pubblico comunque denominati e loro associazioni, possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante<sup>12</sup> perché ne hanno la proprietà o una partecipazione finanziaria, oppure per effetto delle norme che disciplinano dette imprese. La differenza con la nozione di organismo di diritto pubblico consiste nel carattere generale e la natura non industriale o commerciale dell'attività svolta.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Sentenza del 6 dicembre 2007, avente ad oggetto l'AEM SpA (Azienda Elettrica Milanese SpA), società per azioni costituita dal Comune di Milano, che opera nel settore dei servizi pubblici di distribuzione del gas e dell'energia elettrica.

<sup>10</sup> La magistratura contabile ha censurato la costituzione di società commerciali per svolgere attività che ben potevano essere effettuate direttamente dagli enti locali. L'addebito mosso ai componenti degli organi comunali per aver dato vita alla società, è quello di avere creato un danno erariale all'ente determinato dai costi di costituzione della società per attività rivelatesi attuabili con le ordinarie strutture od inattuabili. Per un caso del genere vedi di recente Sez. giur. Trento, sentenza 19/2008.

<sup>11</sup> Modificato dal d.lgs. n. 30 del 2004 che attua l'art. 1, nono comma della direttiva CEE 3 febbraio 2004

<sup>12</sup> Essa è presunta quando, i soggetti anzidetti, direttamente o indirettamente, detengono la maggioranza del capitale sociale, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, o hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio d'amministrazione, del comitato esecutivo o del collegio sindacale della stessa.

<sup>13</sup> Efficacemente il tema è in M.A. SANDULLI, Trattato sui contratti pubblici, Vol. I, cap. 22, Gli enti aggiudicatori, 2008.

Tuttavia la distinzione desumibile già dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria, non emerge con chiarezza nella giurisprudenza della Cassazione nemmeno sotto il ricordato profilo della diversa lettura del requisito del “non industriale o commerciale” riferito non all’attività svolta dall’organismo ma ai bisogni da esso supportati. Anzi, secondo la giurisprudenza amministrativa, ai fini dell’appartenenza dell’ente alla categoria di impresa pubblica tale requisito è indifferente.<sup>14</sup>

E’ pur vero che nell’ordinanza n. 19667 del 2003<sup>15</sup> si richiama la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, osservando che essa, indipendentemente dalla veste formale utilizzata, si fonda “sul duplice dato sostanziale del soddisfacimento di bisogni d’interesse generale non avente carattere industriale o commerciale, nonché sull’influenza dominante, diretta o indiretta, da parte delle pubbliche autorità”. La pronuncia tuttavia non trae da ciò ulteriori conseguenze, non precisando quale debba essere su tali presupposti la nozione di ente pubblico. Manca anzi nella successiva evoluzione giurisprudenziale ogni riferimento al contrapposto rapporto tra la nozione di organismo pubblico e quella di impresa pubblica, trascurando quindi le ulteriori conseguenze che se ne potrebbero trarre.

La Cassazione sembra cioè usare l’espressione comunitaria in modo atecnico per indicare organismi e quindi anche soggetti costituiti in s.p.a. come riconducibili, a vario titolo e per diverse ragioni, nell’ambito dell’operatività del diritto pubblico, rimanendo ristretta nell’ambito dell’ordinamento nazionale.

Infatti nella successiva sentenza n. 3899 del 2004, affermata la natura di servizio pubblico della gestione di attività afferenti al servizio pubblico di mercati ortofrutticoli, definita d’interesse generale non si preoccupa di acclararne il carattere industriale/commerciale o meno, in sintonia con i principi dell’ordinamento comunitario.<sup>16</sup>

In ogni caso pur utilizzando più generici criteri, rimarrebbe difficile sostenere che, anche con una partecipazione del tutto minoritaria e magari per soli scopi di investimento di risorse finanziarie, la s.p.a. diventi un organismo pubblico. Pur volendo seguire la tesi della neutralità della veste societaria, in omaggio alla tesi sostanzialista, proprio l’assenza di sostanza escluderebbe di poter giungere a tal punto.

Del resto è la stessa ordinanza n. 19667 a ritenere necessaria, per la pubblicità di un organismo, la presenza di una “influenza dominante, diretta o indiretta, da parte delle

---

<sup>14</sup> Cfr. *Cons. Stato ad. plen.*, 23 luglio 2004, n. 9

<sup>15</sup> *Amplius par.* 4.3.2

<sup>16</sup> *Amplius par.* 4.3.3

pubbliche autorità”.<sup>17</sup> Anche con la sentenza n. 9096 del 3 maggio 2005 le Sezioni Unite della Cassazione rilevano che, la veste societaria non basta ad escludere la natura pubblica (di una istituzione nella fattispecie) che è configurabile quando le azioni siano possedute, almeno prevalentemente, da un ente pubblico, sia lo strumento per la gestione di un servizio pubblico entrando quindi a far parte di una nozione allargata di pubblica amministrazione.

## **4 L’analisi della giurisprudenza**

### *4.1 In generale*

Le pronunce in materia sono meno dirompenti di quello che possono sembrare ad una prima lettura. Tuttavia il timore è sembrato essere quello che da esse, certamente innovative, si potesse giungere ad affermare che tutte le s.p.a. a partecipazione pubblica sono pubbliche amministrazioni e che, quindi, ad esse si applicano le norme contabili sulla responsabilità e non quelle ordinarie.

Il timore era rafforzato dal fatto che da un lato già la Corte costituzionale aveva affermato il permanere della soggezione degli enti pubblici economici al controllo della Corte dei conti pur dopo la loro trasformazione in s.p.a.<sup>18</sup> e dall’altro che la Cassazione, più di recente, aveva riconosciuto la giurisdizione contabile anche nei confronti dell’attività imprenditoriale degli enti pubblici economici.<sup>19</sup>

### *4.2 La giurisprudenza costituzionale*

La Corte costituzionale ha avuto un ruolo importante nell’evolversi della vicenda a partire dalla nota sentenza n. 466 del 1993<sup>20</sup>. In essa, con un approccio “sostanzialista”, ha affermato il permanere del carattere pubblico degli enti trasformati in società per azioni, fin quando vi permanesse una partecipazione finanziaria pubblica maggioritaria. Il giudice delle leggi ha ritenuto di conseguenza, la sussistenza su queste società del controllo esercitato dalla Corte dei conti tramite la presenza di un magistrato alle riunioni dei consigli di amministrazione. La veste societaria è stata considerata quindi un dato neutrale non idoneo, di per se solo, ad

---

<sup>17</sup> Su questo presupposto la giurisdizione contabile avrebbe potuto essere messa in discussione nel caso di società a partecipazione locale mista prevista dall’attuale V comma, lett. b) e c), dell’art.113 D.Lgs.267/2000, nel caso che la componente privata sia maggioritaria con il venir meno del requisito dell’influenza dominante e configurazione dell’ente locale come socio minoritario. Dopo l’introduzione dell’art. 16 bis del decreto mille proroghe (su cui vedi più avanti, par 6) la questione è ovviamente superata.

<sup>18</sup> La trasformazione dei precedenti enti pubblici economici in società per azioni in mano pubblica è avvenuta nel corso della prima metà degli anni novanta (vedi art. 22 L. n. 142/90 e succ. modif.; L. n. 218/90; L. n. 35/92; L. n. 359/92; L. n. 474/94).

<sup>19</sup> Sentenza Corte cost. 28 dicembre 1993 n. 466, in *Giur. cost.* 1993, 3829

<sup>20</sup> La sentenza dirime un conflitto di attribuzione sollevato dalla Corte dei conti nei confronti del Governo, per il mancato mantenimento, con l’art. 15 d.l. 11.7.1992 n. 333, convertito dalla legge 8.8.1992 n. 359, sulle società succedute a IRI, ENI, INA ed ENEL, del controllo da essa esercitato ex art. 12 legge n. 259 del 1958, relativo alla gestione finanziaria degli enti ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria.

escludere il controllo della Corte. Tale orientamento è stato confermato anche nelle più recenti pronunce.<sup>21 22</sup>

Si tratta di cogliere qui una prima differenza: la soggezione delle s.p.a. di cui sopra al controllo della Corte dei conti non sostituisce ma integra il sistema dei controlli previsti dal diritto societario e vi aggiunge un controllo esterno che può integrarsi nel sistema ordinario senza stravolgerlo. Diverso sarebbe affermare *tout court* la stessa cosa in termini di giurisdizione non per gli enti pubblici economici ma per le s.p.a. anche quando siano succeduti a preesistenti enti siffatti. In tal caso il nuovo quadro normativo di riferimento contrasterebbe in gran parte con quello del diritto societario.

Di qui tra l'altro l'ammissibilità che un simile effetto possa correttamente raggiungersi in via di sola regolazione degli ambiti delle giurisdizioni, a legislazione invariata.<sup>23</sup> Non a caso del resto è intervenuta l'approvazione del singolare testo dell'art. 16 bis del c.d. decreto mille proroghe in ordine al quale il giudice delle leggi potrebbe essere chiamato a svolgere un ruolo ancora più rilevante di quello avuto nella vicenda che precede.

#### 4.3 *La giurisprudenza sulla giurisdizione contabile*

##### 4.3.1 *Elementi ricostruttivi da alcune pronunce paradigmatiche*

La giurisprudenza della Cassazione, a partire dall'ordinanza delle Sezioni Unite n. 1282 del 1982, aveva escluso l'applicazione delle norme sulla responsabilità amministrativa sia per gli amministratori delle società "partecipate" dallo Stato che per gli enti stessi:

Solo dopo più di un ventennio, con le pronunce n. 19667 del 2003, n. 3899 del 2004 e n. 10973 del 2005, le Sezioni Unite, con una radicale inversione di tendenza, sono giunte alla configurazione di questa responsabilità non più come civilistica ma come amministrativa e di conseguenza, ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti, sugli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici prima e, con qualche confusione, su quelli di società per azioni con rapporto di servizio con enti territoriali<sup>24</sup>. Manca ancora nella giurisprudenza della

---

<sup>21</sup> Cfr., fra le altre, C. Cost. 19 dicembre 2003, n. 363, in Foro it., 2004, VI, 1687, nella parte in cui, viene riaffermata la natura di ente pubblico in capo ad Italia Lavoro s.p.a. Da ultimo, l'orientamento è stato ribadito in C. Cost., sent. n. 29/2006, in Serv. pubbl. app., 2006, 411 ss. che ha dichiarato la legittimità costituzionale della legge di una Regione che prevede l'assunzione per concorso del personale delle società pubbliche di servizi, senza peraltro considerare tale principio obbligatorio per le società delle altre Regioni.

<sup>22</sup> La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto occasione di affrontare il tema affermando la compatibilità delle norme in materia di accesso ad un ente pubblico economico trasformato in S.p.A. (Cfr.ad. plen. n. 5/2005 cit.)

<sup>23</sup> Deve essere tuttavia segnalata la giurisprudenza delle Sezioni penali della cassazione che ha affermato che la trasformazione di amministrazioni pubbliche in enti pubblici economici e poi in società per azioni non ne fa venir meno la natura pubblicistica( Cass., sez. I pen., 22 giugno 2000, n. 10027 e. sez. VI pen., 8 marzo 2001 n. 20118), con il conseguente persistere, per i rispettivi dipendenti, della qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio.

<sup>24</sup> Sul tema, cfr. L. TORCHIA, Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione, in Serv. pubbl. app., 2006, 223 ss.

Cassazione<sup>25</sup>, una affermazione esplicita ed univoca della giurisdizione contabile sui danni provocati da amministratori o dipendenti alla propria s.p.a., o per meglio dire al suo patrimonio sociale.

La giurisprudenza in esame si è formata su fattispecie nelle quali è l'impresa pubblica o meglio la s.p.a. partecipata pubblica in quanto tale a venire in discussione e ad essere riguardata cioè come un soggetto che, ove produca danno ad una P.A., può nel concorso di altri presupposti, essere chiamato a risarcirlo secondo le regole pubblicistiche e non secondo quelle privatistiche.<sup>26</sup>

L'inserimento di una persona giuridica privata e quindi anche di una s.p.a., nell'apparato pubblico rende questa in un soggetto legato da rapporto di servizio ma non ne trasforma in pubblici i suoi dipendenti. Ad esempio l'indebito pagamento di un mandato da parte della Banca tesoriere verrà contestato a quest'ultima a titolo di responsabilità amministrativa ed essa, dopo aver risarcito il danno con il proprio patrimonio si rivarrà sul suo dipendente che mai potrebbe essere chiamato direttamente in causa nel giudizio contabile. Del resto se ciò potesse avvenire, come s'è già detto, si trasferirebbe sulla P.A. il rischio d'insolvenza del dipendente, che deve invece gravare sulla Banca unica e solvibile interlocutrice della P.A. e da essa scelta come tale anche per tale requisito.

Non risultano invece pronunce che affrontino il problema della responsabilità degli amministratori di una s.p.a., per quanto in mano pubblica, nei confronti della s.p.a. medesima mentre vi sono sentenze relative alla responsabilità degli amministratori nei confronti direttamente della mano pubblica che partecipa alla società, ma questo è un discorso in massima parte diverso.<sup>27</sup>

Ad esempio, da ultimo, l'ordinanza 27 febbraio 2008 n. 5083 delle Sezioni Unite afferma che: "E' configurabile la responsabilità amministrativa, con conseguente giurisdizione della Corte dei conti, per i comportamenti dell'assessore regionale all'agricoltura, quale rappresentante della Regione azionista di maggioranza della società del latte, consistenti nell'imporre alla società indirizzi incompatibili con il perseguimento di un risultato positivo di esercizio e nel

---

<sup>25</sup> *Ma non in quella della Corte dei conti*

<sup>26</sup> *Quanto infine alla regola della responsabilità amministrativa dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, è da chiarire che in campo civilistico l'insindacabilità si attegga in modo diverso rispetto al campo pubblicistico ed attiene alla sfera delle varie scelte gestorie imprenditoriali (espressione di autonomia negoziale) insuscettibili di essere riesaminate dal giudice civile se non nei limiti del sindacato sulla diligenza (160) (supra). Sotto questo aspetto si rivela una notevole differenza concettuale tra la scelta gestoria dell'amministratore di società, e la scelta discrezionale dei pubblici funzionari insindacabile nel merito dal giudice contabile*

<sup>27</sup> *Infatti è qui possibile ipotizzare uno schema tipico della responsabilità amministrativa in relazione al potere di direttiva che possa riconoscersi al socio pubblico che abbia quanto meno una posizione se non maggioritaria comunque di comando.*

non aver adottato iniziative volte ad impedire le perdite, in violazioni di norme di legge (che tutelano i soci di minoranza) e di regolamenti comunitari (che negli stessi anni vietavano aiuti pubblici nel settore lattiero-caseario), così provocando perdite di esercizio della partecipata.<sup>28</sup>”. Ciò malgrado in dottrina si tendesse ad escludere che l’ente pubblico abbia, anche in base alla nuova disciplina, un potere di direttiva sul soggetto nominato idoneo a condizionarne l’attività in funzione del perseguimento dei propri fini; in tal modo, infatti, gli interessi dell’ente finirebbero per prevalere su quelli della società.

Del resto già la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 13702 del 22 luglio 2004 aveva posto in luce un interessante momento di collegamento fra responsabilità amministrativa, propria della giurisdizione contabile, e responsabilità sociale di amministratori di società a partecipazione pubblica.

E’ stata infatti ritenuta sussistente la giurisdizione della Corte dei conti, sull’azione esercitata dal procuratore regionale contabile nei confronti di alcuni sindaci di un comune, responsabili di avere omesso di esercitare l’azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. nei confronti degli amministratori di una società interamente posseduta dal comune. Il fondamento della responsabilità sta, da una parte, nel rapporto organico che continua a legare i sindaci coinvolti, anche come soggetti costituenti l’assemblea sociale in rappresentanza dell’unico azionista, e dall’altra nell’omesso esercizio di qualsiasi forma di tutela del patrimonio comunale (fra cui l’azione ex art. 2393 c.c.), e quindi nella “violazione di precisi obblighi di tutela del patrimonio comunale, conseguenti al prescelto modulo di organizzazione dell’attività (s.p.a. a capitale pubblico)”. In questo modo quindi l’azione civile e quella di responsabilità rimangono distinte ma dalla scelta del modulo organizzativo societario deriva anche l’obbligo dell’esercizio, da parte del sindaco, dell’azione ex art. 2393 c.c. dinanzi al giudice ordinario.

A ben vedere, l’affermazione della giurisdizione contabile nei termini che precedono è l’implicita esclusione della medesima nella diversa fattispecie del danno prodotto dagli amministratori alla società in mano pubblica cui appartengono. Infatti se la si ammettesse in quest’ultimo caso, si dovrebbe escluderla nel caso in cui la Cassazione la ha affermata.

Delle due l’una: o gli amministratori rispondono per il danno sociale innanzi al giudice ordinario ed allora il mancato esercizio della relativa azione societaria da parte dei sindaci azionisti ma anche amministratori pubblici (anzi azionisti in quanto amministratori pubblici)

---

<sup>28</sup> *L’ordinanza prosegue osservando “Non può ravvisarsi, d’altra parte, il difetto assoluto di giurisdizione, né in relazione all’autonomia legislativa regionale, non essendo assunto come causa del danno il finanziamento alla società effettuato con leggi regionali, né in relazione alla discrezionalità politico-amministrativa dei pubblici amministratori, rilevando i comportamenti adottati in violazione di legge nell’esercizio di attribuzioni amministrative”.*

costituisce un classico caso di cattivo esercizio delle proprie funzioni sotto il profilo della mandata tutela delle risorse finanziarie pubbliche. Oppure la responsabilità per il danno sociale in questione rientra nella giurisdizione contabile ed allora l'azione del pubblico ministero contabile avrebbe dovuto essere proposta direttamente nei confronti degli amministratori societari e non di quelli comunali per la mancata chiamata in giudizio (ordinario) dei primi. Agli amministratori comunali, infatti non si sarebbe potuto contestare il mancato esperimento di un'azione per definizione inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

#### 4.3.2 *Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2003 n. 19667*

L'esame della giurisprudenza della Corte regolatrice dimostra in primo luogo, con sufficiente evidenza, che essa è ferma nella distinzione tra enti pubblici economici e società per azioni.

Il punto di partenza non può che essere l'esame delle motivazioni contenute nella prima pronuncia Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2003 n. 19667,<sup>29</sup> che ha affermato detto mutamento, e di quelle che ad essa hanno fatto seguito.

La Corte, sulla base dell'intervenuta evoluzione normativa dovuta principalmente alla norma innovativa di cui all'art. 1 ultimo comma legge n. 20 del 1994, non ha dubbi per quanto attiene agli enti pubblici economici che, anche ove si tratti di attività imprenditoriale, dei relativi danni i dirigenti rispondano all'ente stesso od alla pubblica amministrazione erogatrice di risorse patrimoniali o finanziarie. Dalla norma ora ricordata consegue, a giudizio della Corte regolatrice, che nella responsabilità extracontrattuale in danno di amministrazioni od enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, sono giuridicamente irrilevanti le modalità della condotta (se violatrice di norma di diritto pubblico o di diritto privato) e ciò non può non avere "una sua evidente ricaduta..... allorquando il danno sia stato cagionato alla stessa amministrazione di appartenenza, non essendo pensabile che il legislatore abbia voluto tutelare in misura meno incisiva quest'ultima."

E' questa la vera e chiara inversione di rotta rispetto alla precedente posizione che distinguendo per gli enti pubblici economici tra attività d'impresa ed attività organizzativa e di gestione della struttura riservava solo quest'ultima al sindacato della giudice contabile. Fin qui il cambiamento è tanto netto quanto chiaro: gli amministratori ed i dipendenti degli enti

---

<sup>29</sup> *Nella pronuncia la Corte riassume l'andamento della giurisprudenza a cominciare dalla sentenza 363/69, che, sul presupposto della natura precettiva dell'art.103 Cost affermò la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e dipendenti di enti pubblici non economici nel caso in cui vi siano due profili pubblicistici: la natura dell'ente cui appartenga l'agente pubblico, e quella delle risorse finanziarie o patrimoniali utilizzate. Ricorda la progressiva integrazione tra diritto pubblico e diritto privato nel regolare i processi interni alle amministrazioni pubbliche ponendo poi l'accento sulla necessità di evitare che per effetto di ciò si sottraggano al controllo del giudice contabile ipotesi nuove di gestione del patrimonio pubblico e quindi che ne risulti maggiormente difficoltosa la relativa tutela.*

pubblici economici rispondono per i danni eventualmente derivanti dalla loro complessiva attività, compresa quella d'impresa, alla Corte dei conti in sede giurisdizionale.

Per comprendere come esuli dalla pronuncia in commento la valutazione della fattispecie anche con riferimento alle s.p.a. basti rilevare che essa osserva “Ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici – soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura – svolgono dunque anch'essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato.” Rimanendo questo l'ambito della pronuncia non viene nemmeno in rilievo la sentenza della Corte costituzionale che ha ricondotto nell'ambito non della giurisdizione ma del controllo della Corte dei conti l'attività delle s.p.a. succedute agli enti pubblici economici: esse non sono qui direttamente in discussione.

A tutto concedere un labile spunto in senso contrario potrebbe ricavarsi dall'affermazione in sentenza che “La soluzione raggiunta è anche conforme alla costante giurisprudenza delle sezioni penali di questa Corte, le quali hanno più volte affermato che la trasformazione di amministrazioni pubbliche in enti pubblici economici e poi in società per azioni non ne fa venir meno la natura pubblicistica ... con il conseguente persistere, per i rispettivi dipendenti, della qualità di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio”. A prescindere dalla diversità di sede e di finalità con le quali tale affermazione viene fatta, essa restringerebbe comunque i termini della questione alle sole società soggette al controllo della Corte in quanto succedute a preesistenti enti pubblici economici e con una partecipazione pubblica maggioritaria.

Ancora può essere interessante notare come la sentenza tragga dalla 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 ulteriore argomento a sostegno della propria tesi affermando che essa sarebbe derivata proprio dalla consapevolezza della superfluità della norma, divenuta inutile dopo l'estensione della giurisdizione contabile anche alla responsabilità extracontrattuale. Questa ricostruzione, che è stata peraltro contraddetta in dottrina,<sup>30</sup> non è priva di significato dimostrando comunque una sorta di sotteso pensiero giurisprudenziale che sembra andare oltre la stretta affermazione afferente i soli enti pubblici economici.

---

<sup>30</sup> L. TORCHIA, *op. e loc. cit.* in cui si osserva: “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>”

#### 4.3.2.1 L'INTERPOSITIO LEGISLATORIS

Viene in questa vicenda ulteriormente in rilievo il ruolo di *interpositio legislatoris* che la Cassazione, nell'ordinanza 19667 che precede, attribuisce alla legge 20 cit ritenuta applicabile, "considerata l'ampia e generale formulazione, anche agli enti pubblici economici e non soltanto agli enti istituzionali non economici".

Non è cosa di poco conto poiché ciò significa che il danno aquiliano e quello non patrimoniale entrano nella giurisdizione contabile in attuazione dell'art. 103 cost., non solo e non tanto per effetto di un'interpretazione del giudice della giurisdizione quanto piuttosto per dettato legislativo. Tale dettato, avendo il rango di norma attuativa, in gran parte condiziona il successivo comportamento del legislatore ordinario che ha "speso" il suo discrezionale potere di conformarsi al principio costituzionale. Senza voler sostenere che il potere sia stato con ciò stesso consumato, rimane il fatto che l'abolizione della pur discrezionale attuazione del dettato costituzionale, ove non fosse correlata ad un migliore assetto costituzionale della materia, ma alla mera rimozione dell'adempimento costituzionale realizzato si esporrebbe a censure di incostituzionalità specie sotto il profilo della irragionevolezza.

#### 4.3.3 Cass. Sez. Un. 26 febbraio 2004 n. 3899

Il quadro giurisprudenziale ulteriormente evolve, poco dopo, per effetto della successiva pronuncia Sez. Un. 26 febbraio 2004, n. 3899, concernente specificamente la SO.GE.MI., società per azioni a partecipazione pubblica assolutamente maggioritaria. In essa l'affermazione della giurisdizione della Corte dei conti non viene fondata sulle motivazioni appena esposte della pronuncia n.19667/03, ritenute non necessarie, ma sulla asserita sufficienza dei criteri tradizionali di un rapporto di servizio tra la società e l'ente territoriale, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (anche non organica ma) funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. L'elemento di unificazione e di attrazione nell'ambito della giurisdizione contabile è dato cioè dal perseguimento di interessi pubblici generali mediante l'utilizzo di risorse pubbliche, quali che siano le attività poste in essere, se istituzionali ovvero economiche e quale che sia la natura, pubblicistica o privatistica, dei soggetti che operano.

Soggiunge poi la Corte che "non rileva in questa sede la problematica svolta nell'impugnata sentenza in tema di danno subito in via diretta ed immediata dalla SO.GE.MI. ed in via mediata ed indiretta dal Comune solo in sede di ripartizione degli utili, trattandosi di questione non di giurisdizione ma di merito, estranea al presente giudizio, volto esclusivamente a determinare, nel caso di specie, i limiti esterni della giurisdizione contabile e

non l'esercizio di tale giurisdizione, cui appartiene l'accertamento in concreto dell'esistenza o meno di un danno erariale risarcibile”

L'impianto motivazionale non convince per diversi motivi.<sup>31</sup>

In primo luogo, ritenendo di poter prescindere dalle motivazioni della sentenza n.19667 cit. essendo sufficiente il ricorso ai criteri tradizionali di un rapporto di servizio tra la società e l'ente territoriale, ci si potrebbe chiedere perchè gli stessi criteri non erano stati utili in precedenza per affermare la giurisdizione contabile anche sull'attività imprenditoriale.

In secondo luogo, è proprio il rigoroso ancoraggio dell'impianto motivazionale al rapporto di servizio tra Comune e s.p.a. che non consente poi di prescindervi ritenendo non rilevante ai fini della pronuncia sulla giurisdizione in quella sede la problematica relativa al danno subito in via diretta ed immediata dalla SO.GE.MI. ed in via mediata ed indiretta dal Comune. Il richiamo al rapporto di servizio comporta che la SO.GE.MI., persona giuridica di diritto privato ben può essere una delle parti di detto rapporto ma, proprio perciò, se nello svolgimento del medesimo essa produce un danno alla controparte pubblica, ne risponde con il suo patrimonio sociale, in quanto soggetto danneggiante. Singolarmente curiosa è l'affermazione di un rapporto di servizio con la s.p.a. ma di una giurisdizione contabile non su di essa ma sui suoi dipendenti. Del pari lascia profondamente perplessi, nella sentenza, la trasformazione della s.p.a. danneggiante in soggetto (forse) danneggiato dai suoi dipendenti. Oppure danneggiato è il comune? Ma poi che importa? E' problema di merito.<sup>32</sup>

Come non vedere che proprio l'esatta individuazione del soggetto presunto responsabile e del rapporto con cui questi si pone con il soggetto danneggiante sono essenziali per le modalità ed i limiti dell'radicamento della giurisdizione contabile?

La soluzione adottata dalla sentenza in commento si potrebbe reggere solo sul presupposto, peraltro per nulla esplicitato che la SO.GE.MI., malgrado la forma societaria, debba essere considerata in realtà un ente o organismo pubblico ed in questo caso i suoi dipendenti potrebbero essere chiamati a rispondere del danno prodotto alla società od al comune secondo la prospettazione accusatoria che il P.M. contabile ritenesse di configurare. In questo caso il problema sarebbe stato non quello di individuare l'esistenza di un rapporto di servizio tra società e comune, elemento in questo caso superfluo, ma di un rapporto di servizio tra i convenuti e la SO.GE.MI. in quanto considerato organismo pubblico. Ciò, a mente dell'art. 1

---

<sup>31</sup> Critico ad esempio, F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006, 73

<sup>32</sup> G. MONTEDORO, *Società in house e responsabilità*, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) sottolinea la mancanza di chiarezza nel precisare “come il rapporto fra i due soggetti, l'ente e la società, si riverbera sugli amministratori della s.p.a. che non abbiano un autonomo rapporto di dipendenza con l'ente locale”.

ultimo comma legge n. 20 cit., avrebbe consentito ipotizzare la responsabilità dei predetti convenuti anche nei confronti del comune in quanto amministrazione pubblica diversa da quella di appartenenza. Ma di tutto ciò nella motivazione di quella che sarebbe stata un'altra sentenza non c'è ovviamente traccia. Non a caso del resto ad escludere la propria giurisdizione nella fattispecie così come delineata era stata la stessa Corte dei conti.<sup>33</sup>

## **5 L'obbligo di denuncia nella circolare del P.G. della Corte dei conti**

A seguito degli interventi del giudice regolatore della giurisdizione, la Procura generale il 2 agosto 2007, adeguava la sua "Nota interpretativa in materia di denunce di danno erariale ai Procuratori regionali presso le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti" e, cercando di anticiparne i possibili esiti, in termini di ritenute probabili convalide della giurisdizione contabile in materia, affermava essere ormai "pacifica la sussistenza del potere di cognizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori o dipendenti per danni causati ad enti pubblici economici ed a società a partecipazione pubblica. Tale circostanza pone la necessità di individuare coloro che, all'interno di tali soggetti, sono tenuti all'obbligo in esame." Essa proseguiva poi dettando criteri per l'individuazione dei predetti soggetti, evitando di precisare tuttavia se l'azione contabile dovesse essere eventualmente svolta a tutela del patrimonio sociale, comprensivo quindi delle quote private od invece a favore del o dei soci pubblici. La nota giungeva anzi ad intravedere affermazioni nel senso dell'affermazione della giurisdizione contabile in pronunce della Corte regolatrice che non molto rilevavano ai fini della problematica in esame.

Così, ad esempio la richiamata ordinanza n. 4511 del 2006 della Cassazione a sezioni unite. concerneva l'illegittima erogazione di fondi pubblici, nell'ambito del finanziamento di un programma operativo multiregionale nel quadro degli accordi con l'Unione Europea. In particolare, le contestazioni della Procura Generale della Corte dei conti, avevano avuto ad oggetto l'indebita richiesta e conseguente corresponsione di un finanziamento ad una società per la realizzazione di un impianto per l' innevamento. In questo caso la società non era il soggetto leso ma quello danneggiante e la giurisdizione non viene affermata "per lui", quale soggetto da risarcire sia pure per il tramite dell'azione contabile, ma "contro di lui", quale soggetto responsabile del danno erariale nel quadro di una innovativa configurazione del rapporto di servizio quando si afferma che "ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla Pubblica Amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguito, egli realizza

---

<sup>33</sup> Sez. II. d'appello sentenza 10 luglio 2001, n. 243/01

un danno per l'ente pubblico.....di cui deve rispondere dinanzi al Giudice contabile”<sup>34</sup>  
Della responsabilità degli amministratori per danni prodotti alla società in questione non c'è comunque traccia e tanto meno statuizione alcuna.

Del pari la sentenza n. 15458 del 2007 riguardava i componenti del Consiglio di amministrazione dell'ERSA, Ente regionale per la promozione e lo sviluppo dell'agricoltura del Friuli, ed era conferente quindi per gli enti pubblici economici ma non per le società partecipate.

In ogni e paradossalmente l'iniziativa della Procura generale, che sembrava almeno in parte precorrere i tempi, si è rivelata, sia pure *a posteriori*, per effetto all'art. 16 bis cit, in massima parte tempestiva e fondata.

### *5.1 La nuova concezione del rapporto di servizio*

In questo contesto è bene soffermarsi sulla tesi secondo cui la sentenza n. 4511 che precede sarebbe emblematica dello spostamento del parametro di riferimento per l'individuazione della giurisdizione contabile dal rapporto di servizio alla pubblicità delle risorse impiegate e del fine con esse perseguito.

A me non pare che sia così.

Al contrario la sentenza si regge sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di servizio, funzionale e transitorio quanto si vuole ma pur sempre rapporto di servizio, nozione che anzi mostra quì tutta la sua flessibilità definitoria. Tale potenzialità, peraltro, già la giurisprudenza contabile aveva già cercato di utilizzare parlando per diverse fattispecie di rapporto di servizio funzionale. Così era avvenuto per i segretari comunali che, nel precedente ordinamento, erano funzionari dell'Amministrazione centrale dell'Interno e da essa stipendiati ma in servizio presso gli enti locali, per i messi comunali che effettuano notifiche per l'Amministrazione finanziaria o per altre statali, per gli impiegati comunali che trasmettono agli enti previdenziali gli elementi necessari per determinare il trattamento pensionistico dei dipendenti degli enti locali cessati dal servizio, per gli assessori regionali alla Sanità in relazione all'onere del trasferimento di fondi alle Unità (ora Aziende) sanitarie locali. Questa configurazione giurisprudenziale del rapporto di servizio è stata poi avallata dal legislatore della legge 20 del 1994 che ha introdotto infatti il danno ad amministrazione diversa da quella

---

<sup>34</sup> *L'affermazione è ancor più significativa ove si tenga conto che essa è stata fatta nonostante il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione avesse sostenuto che “il soggetto privato non assume la posizione di ente strumentale dell'ente pubblico, specialmente quando – come nella specie – l'unica forma di controllo cui è sottoposto il soggetto beneficiario riguarda soltanto la corretta contabilizzazione delle operazioni di acquisto .....l'obbligo sinallagmatico a carico del soggetto privato si configura come il presupposto dell'erogazione e non come l'espletamento di un'attività rientrante tra i compiti della pubblica amministrazione”.*

di appartenenza.<sup>35</sup>

Non mi pare quindi una novità il fatto che la giurisprudenza della Corte regolatrice non dia peso alla natura formalmente privata del soggetto danneggiante. Infatti così è sempre stato, anche a tacere delle figure del funzionario o del contabile di fatto, per i concessionari, per i tesoreri, per gli esattori, per i soggetti svolgenti attività di formazione e simili.

Non si può invece attribuire importanza dirimente in punto di giurisdizione solo alla natura erariale del danno ed alla pubblicità degli scopi perseguiti. Esse non possono non essere accompagnate dalla sussistenza di una “relazione non organica, ma funzionale” con un soggetto pubblico. “L’inserimento del soggetto esterno nell’iter procedurale dell’ente pubblico come compartecipe dell’attività a fini pubblici di quest’ultimo”, cui fa in particolare riferimento la sentenza n. 3899/2004, altro non è che una formulazione aggiornata ma non particolarmente innovativa della configurazione del rapporto di servizio. Del resto è proprio questa sentenza che esplicitamente dichiara di volere fondare la sua statuizione definitiva della giurisdizione su tale tradizionale elemento.

Paradossalmente le due pronunce 19667 e 3899, che sembrano divergere, finiscono col completarsi a vicenda. Infatti la prima fonda la sua decisione sull’intervenuta introduzione normativa, nell’ambito della responsabilità per danno erariale, del danno ad amministrazione diversa da quella di appartenenza e quindi della responsabilità extracontrattuale mentre la seconda rimane ancorata al parametro del rapporto di servizio. In realtà quest’ultimo rimane di fondamentale rilievo ma deve essere adeguato all’evoluzione del quadro normativo di riferimento e quindi possibile (funzionalmente) anche nei confronti di amministrazioni diverse da quelle di appartenenza.

In buona sostanza bisogna partire dalla ricostruzione della responsabilità amministrativa e del suo rapporto con quella civile considerando che, quando sussiste, la prima subentra alla seconda escludendola. La responsabilità amministrativa è il modo in cui è risarcito il danno in applicazione delle norme contabili in luogo di quelle civili che, in assenza di una previsione derogatoria, governerebbero la fattispecie. Orbene, come nella responsabilità ordinaria vi sono tanto fattispecie di responsabilità contrattuale quanto di quella extracontrattuale, con il risarcimento tanto di danni patrimoniali quanto non patrimoniale, lo stesso è a dirsi per la responsabilità amministrativa. Del resto, specie dopo che con la configurazione del danno obliquo, è ormai pacifico che nella responsabilità amministrativa vi rientri la fattispecie extracontrattuale. Ciò non vuol dire che vi sia stata un mutamento della natura della

---

<sup>35</sup> *Sul rapporto di servizio dopo la legge n. 20 del 1994 vedi, in PASQUALUCCI-SCHLITZER, L’evoluzione della responsabilità amministrativa, 2002, di E.F. SCHLITZER, Il rapporto di servizio come fondamento della giurisdizione contabile, pag 112 e s.s.*

responsabilità amministrativa da contrattuale in extracontrattuale ma solo che essa si articola in entrambe le fattispecie come del resto una giurisprudenza contabile, minoritaria ma significativa, andava sostenendo già prima della nuova conformazione della responsabilità amministrativa. E' in questo contesto che va inquadrato il (nuovo) concetto di rapporto di servizio che continua ad essere nei casi di responsabilità amministrativa di natura contrattuale uno dei suoi elementi costitutivi come in precedenza<sup>36</sup>, mentre ne diviene un presupposto nel caso in cui la responsabilità amministrativa sia di tipo extracontrattuale, come nel caso del danno obliquo.

Non si deve cioè cadere nel doppio equivoco di ritenere che la responsabilità amministrativa sia ormai solo di natura extracontrattuale e che di conseguenza non serva più un rapporto di servizio inteso come utile solo a creare un rapporto paracontrattuale tra danneggiante e danneggiato, rapporto divenuto non più necessario.<sup>37</sup>

Pur volendo ritenere, cosa che come si è detto assolutamente si esclude, non fondato il primo equivoco, fondato rimarrebbe comunque il secondo.

Infatti è comunque necessario che il convenuto rientri nella categoria degli amministratori o dei dipendenti pubblici ai quali esplicitamente si riferiscono i commi 1 bis e 4 dell'art. 1 della legge n.20 ed essi devono ovviamente essere nell'esercizio delle relative funzioni. Il predetto presupposto è quindi essenziale per consentire di affermare che al presunto responsabile sono intestate funzioni e/o compiti amministrativi.<sup>38</sup> Così, e solo così, è possibile differenziare i privati soggetti alla giurisdizione contabile in virtù di quel *quid pluris* che è un coinvolgimento consapevole pur se non organico e strutturato ma solo funzionale, anche transitorio, magari episodico.<sup>39</sup> Prescindere da tale elemento non è perciò né concettualmente né normativamente possibile.

---

<sup>36</sup> Il giudice delle leggi (sent. n. 24 del 29 gennaio 1993) osservava “che la responsabilità amministrativa patrimoniale dei dipendenti pubblici ha natura contrattuale, presupponendo l'esistenza di un rapporto di servizio tra l'autore del danno e l'ente danneggiato, nonché la violazione di doveri inerenti a detto rapporto. Tale responsabilità, a sua volta, costituisce presupposto della giurisdizione della Corte dei conti, che è esclusa, in via di principio, secondo consolidata giurisprudenza, ove manchi l'anzidetto rapporto che è base della responsabilità amministrativa. È parimenti *ius receptum* che i pubblici dipendenti, per i danni cagionati nell'esercizio delle loro attribuzioni a terzi - siano questi soggetti privati, ovvero enti pubblici diversi da quelli ai quali siano legati dal rapporto di servizio - rispondono a titolo di responsabilità extracontrattuale e la giurisdizione al riguardo spetta al giudice ordinario.”

<sup>37</sup> Per una interessante applicazione di una nozione di rapporto di servizio in senso lato si veda da ultimo Corte dei conti, Sez. I centrale d'appello, n. 97 del 22 febbraio 2008, che ha affermato sussistere un rapporto di servizio in senso lato quando l'attività illecita che ha determinato il danno erariale sia stata strettamente connessa a cognizioni e professionalità acquisite durante il rapporto medesimo ed illecitamente poste con scopi fraudolenti, al servizio di persona per legge sottoposta a controlli e verifiche dello stesso ente di appartenenza.

<sup>38</sup> Il giudice delle leggi ha affermato che “la responsabilità amministrativa non richiede necessariamente l'esistenza di un rapporto d'impiego o la qualità di dipendente, ma il semplice inserimento nell'organizzazione della Pubblica Amministrazione con lo svolgimento di funzioni proprie della stessa Amministrazione ( sent. 24 ottobre 2001, n. 340)

<sup>39</sup> Cfr. in proposito, tra le tante, Corte conti, sez. III, n. 79/2001 e n. 153/1997; sez. II, n.40 / 1994

E' quindi, a dir poco, inadeguata Cass., Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973, quando afferma che “il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo e quindi nella natura delle risorse finanziarie di cui esso si avvale.”

Similmente ragionando il tossicodipendente che rivenda il metadone avuto nel quadro della lotta alla tossicodipendenza sarebbe soggetto alla giurisdizione contabile al pari del soggetto bisognoso che sperperi i sussidi ricevuti nel quadro dell'assistenza pubblica. Anche il privato che costruisca in un territorio gravato da vincolo paesaggistico e rechi danno all'ambiente, in questa prospettiva, sarebbe soggetto alla giurisdizione contabile, senza necessità di apposito intervento legislativo. Gli esempi potrebbero continuare a lungo, comprendendo magari gli studenti che dilapidino borse di studio loro erogate da amministrazioni od enti pubblici oppure i contribuenti che si attribuiscono nella dichiarazione dei redditi sgravi fiscali, previsti ad esempio per incentivare il risparmio energetico, versando minori imposte.

## **6 Il mille proroghe**

### *6.1 In generale*

Come si è anticipato, l'art. 16 bis della legge n. 31 del 2008, che ha convertito il c.d. decreto mille proroghe, dispone sulla responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche, sottoponendo a far data dalla sua entrata in vigore “esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario” secondo “le norme del diritto civile” le controversie relative alla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di società a partecipazione pubblica minoritaria, se quotate in borsa.

La norma, nella sua rozza stringatezza, ha un effetto dirompente sul quadro normativo di riferimento della materia nel quale irrompe con la delicatezza di un elefante in un negozio di cristallerie.<sup>40</sup>

In buona sostanza essa finisce, all'attualità, con l'attribuire alla sola giurisdizione ordinaria le controversie che possono insorgere per quattro società (Enel, Eni, Finmeccanica e Terna) le uniche che rispondono ai requisiti richiesti dalla norma. Indirettamente quindi rimane attribuita alla Corte dei conti la giurisdizione sulle medesime controversie per tutte le altre società a partecipazione pubblica pur se minoritaria o addirittura marginale, non essendo esse quotate in borsa.<sup>41</sup> Paradossalmente questa norma mentre sostanzialmente radica una giurisdizione contabile la cui sussistenza, specie verso le s.p.a. minoritarie, non era per nulla

---

<sup>40</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, “L'art. 16 bis del decreto mille proroghe cit.

<sup>41</sup> Sulla funzione interpositrice della norma in questione cfr. par. 7

pacifica<sup>42</sup>, formalmente appare voler “scippare” al medesimo giudice la sua funzione nei confronti di appena quattro società.

E’ facile supporre, per le modalità con cui è stata clandestinamente introdotta in una sede del tutto impropria, con una formulazione assai abborracciata, che la norma dovesse servire a prevenire possibili azioni contabili, magari *in itinere* nei confronti di soggetti appartenenti ad una o più delle società esentate dalla giurisdizione contabile. Il timore era cioè che tale giurisdizione ancora in discussione potesse, alla luce dei segnali emersi nella giurisprudenza, essere riconosciuta proprio per quei casi. Timore invero non infondato e che però, per conseguire quell’effetto di esenzione, ha finito però per condurre all’estensione indiscriminata della giurisdizione contabile.

Non può comunque non riconoscersi che l’art. 16bis del decreto mille proroghe, tra i tanti difetti, ha il pregio di far chiarezza sulla questione precisando che i soggetti che producono un danno alla s.p.a. partecipata pubblica risarciscono il capitale sociale di questa e non l’erario degli enti pubblici partecipanti.<sup>43</sup> Tale effetto può esser derivato dal fatto che il legislatore, volendo esonerare dalla giurisdizione ordinaria tutte le società anche a minima partecipazione pubblica, non le poteva equiparare, *tout court*, agli organismi pubblici, cosa che avrebbe reso possibile l’applicazione della norma contabile sul danno ad amministrazione diversa da quella di appartenenza.

### *6.1 L’esclusività della giurisdizione contabile nel decreto mille proroghe*

L’art. 16 bis, pur con tutte le censure cui può andare incontro, fonda comunque una pressoché generale giurisdizione contabile in materia. Sull’ormai introdotta giurisdizione assume particolare rilievo la questione della sua esclusività.

La pluralità di azioni che il diritto societario pone a tutela tanto del patrimonio societario quanto di quello personale di ciascun socio porterà poi, in caso di ritenuta esclusività della giurisdizione, a dover individuare le azioni ordinarie che comunque rimangono esperibili e quella o quelle che, invece, più non lo siano.

Per la verità in questa fattispecie in particolare, l’esclusività della giurisdizione contabile appare del tutto pacifica. E’ evidente infatti che il nocciolo del problema, che ha interessato dottrina e giurisprudenza in questi ultimi anni con rinnovato vigore, è quello di quale sia la

---

<sup>42</sup> La formulazione dell’art.7 della legge 97/2001, che prevede la comunicazione al Procuratore regionale della Corte dei conti, per l’eventuale esercizio dell’azione contabile per danno erariale, delle sentenze pronunciate non solo contro i dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici ma anche contro quelli di enti a prevalente partecipazione pubblica, portava sostegno alla tesi dell’affermazione della giurisdizione contabile sulla responsabilità dei dipendenti di s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica (così C. conti sez. Marche, 4 luglio 2001, n. 28). Peraltro perplessità nascono dalla formula usata del legislatore (enti e non società od al limite organismi).

<sup>43</sup> Per un’anticipata applicazione del principio vedi Corte dei conti, Sez. III d’appello, n. 25 del 23 gennaio 2008

giurisdizione, e con essa il quadro normativo di riferimento, che si applichi al risarcimento dei danni prodotti alle s.p.a. a partecipazione pubblica dai loro amministratori o dipendenti, se cioè essa sia quella ordinaria o quella contabile ed, al limite, a quali condizioni si applichi quest'ultima. Nessuno è sembrato porsi il problema di una giurisdizione contabile che si applicasse alla fattispecie in aggiunta a quella contabile, neppure intendendo l'aggiuntività come ulteriore giurisdizione alternativamente applicabile alla fattispecie secondo un sistema di doppio binario.<sup>44</sup>

In ogni caso la terminologia usata dal legislatore del mille proroghe sembra voler tagliare la testa al toro quando ricorre al termine "esclusivo" per disciplinare la fattispecie affermando appunto che solo alla società a partecipazione pubblica minoritaria, se quotate in borsa, si applica "esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario" preoccupandosi poi di chiarire anche che le controversie andranno risolte secondo "le norme del diritto civile".

E' evidente che il legislatore è consapevole del travaglio dottrinario e giurisprudenziale è in corso ed intende, sia pure a suo modo, risolverlo. Ciò traspare in particolare dalla precisazione del diritto sostanziale applicabile alla giurisdizione individuata. Infatti in altre circostanze dire che davanti al giudice ordinario e quindi civile, visto che non sono in questione reati, si applicano la norme civili susciterebbe ilarità per l'ovvietà dell'affermazione.

Così non è in questo caso in cui il legislatore, evidentemente consapevole di alcune posizioni della dottrina<sup>45</sup> che hanno individuato nelle norme contabili sulla responsabilità un vero e proprio "statuto" di garanzia degli amministratori e dipendenti pubblici comunque loro applicabile indipendentemente dal giudice competente, ne ha voluto escludere la applicabilità nelle fattispecie che andava a disciplinare.<sup>46</sup>

Appare quindi palese l'intento del legislatore di risolvere le problematiche rimaste aperte sul risarcimento della responsabilità in questione che, consapevole evidentemente anche di alcune posizioni, pur minoritarie, della giurisprudenza contabile che ancora professano la sussistenza di un doppio binario giurisdizionale, ha voluto sconfessarle direttamente. Di qui la precisazione, altrimenti incomprensibile od almeno pleonastica, che alle società partecipate sottratte alla giurisdizione contabile si applica "esclusivamente" quella ordinaria. Si è voluto cioè evitare che l'affermazione della sussistenza della giurisdizione ordinaria potesse essere intesa come aggiuntiva a quella contabile.

### *6.1.1 Un idolo: il "doppio binario"*

---

<sup>44</sup> Sul tema cfr. 6.1.1.

<sup>45</sup> Cfr. *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, 1997, pagg. 9 e ss

<sup>46</sup> In tal modo, tra l'altro si consente di sostenere che la parificazione degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. partecipate a quelli pubblici in questo caso non vi sarebbe.

Come chi scrive ha più volte avuto modo di rilevare, ancora emerge una giurisprudenza contabile<sup>47</sup> secondo la quale l'accertamento della responsabilità civile tenderebbe al risarcimento della lesione inferta al patrimonio dell'ente, mentre la responsabilità amministrativo-contabile sarebbe finalizzata ad accertare la lesione, ulteriore e diversa, inferta all'efficienza, all'imparzialità ed al buon andamento dall'azione amministrativa. Nella stessa linea si pongono le affermazioni secondo le quali non esiste una giurisdizione esclusiva in materia di danno arrecato alla P.A., ben potendo coesistere due diverse azioni risarcitorie esercitabili entrambe sino a quando attraverso anche una sola di esse sia stato integralmente conseguito il bene della vita (o i beni della vita) oggetto delle domande, venendo in questi casi a mancare l'interesse a iniziare o a proseguire l'azione.<sup>48</sup>

Tuttavia l'articolo 103 della costituzione tutela sia la giurisdizione contabile che quella amministrativa, l'art. 108 le qualifica poi come giurisdizioni speciali e solo a mente dell'art. 25, comma 1, il riparto della giurisdizione tra più giudici sembra implicarne la configurazione come esclusiva.

L'esclusività di queste giurisdizioni, quindi, non può che discendere dalla interpretazione sistematica del quadro costituzionale, poiché se la si volesse affermare in base alla sola legislazione ordinaria ci si avvarrebbe di una normativa *praeter constitutionem* con tutte le conseguenze riduttive e transitorie che ciò comporterebbe: avremmo cioè un'esclusività priva di un ancoraggio costituzionale ed anzi di dubbia costituzionalità.

Orbene, se nessuno dubita che sia esclusiva la giurisdizione amministrativa in tema di interessi legittimi, del pari non può negarsi, specie dopo gli ultimi interventi del legislatore ordinario, l'esclusività della giurisdizione contabile il cui ambito è addirittura definito *ratione materiae*. Quest'ultimo aspetto ulteriormente sottolinea la peculiare esclusività della giurisdizione contabile.

E' evidente che il comprendere nel danno erariale la lesione di tutti gli interessi intestati ad una pubblica amministrazione e che possono essere violati dal comportamento di un amministratore o dipendente pubblico attribuisce alla responsabilità amministrativa un ruolo analogo a quello della responsabilità civile nei confronti delle persone giuridiche private. Ove si ritenesse, invece, questi interessi tutelati ordinariamente dal giudice civile, a quello contabile residuerebbe la sola tutela della lesione dell'efficienza dell'azione amministrativa. In questo caso bisognerebbe ipotizzare a carico dei soggetti in questione due responsabilità

---

<sup>47</sup> Corte conti, Sez. III d'appello sent n. 10 del 18 gennaio 2002, Sez. I d'appello sent n. 331 del 14 novembre 2000 e n. 16 del 22 gennaio 2002. Da ultimo ancora della Sez. I n. 103 del 25 febbraio 2008.

<sup>48</sup> Questa giurisprudenza teorizza, cioè, la sussistenza di distinti interessi, diversamente intestati ed azionabili innanzi a due giurisdizioni diverse da soggetti differenti senza che ciò comporti la violazione del principio del "ne bis in idem".

concorrenti. Pur concedendo che in sede esecutiva si terrebbe conto di quanto risarcito per effetto di precedenti condanne, rimarrebbe il fatto, decisamente anomalo e costituzionalmente poco difendibile, di soggetti esposti, per lo stesso fatto, a due diverse azioni di cui economicamente beneficerebbe il medesimo soggetto danneggiato. La P.A. inoltre non può andare a recuperare con l'azione di responsabilità civile la parte del danno rimastale a carico per effetto delle norme che disciplinano la responsabilità amministrativa.

Per quanto specificamente attiene alla costituzione di parte civile deve osservarsi che se l'Amministrazione chiama il pubblico dipendente a rispondere del danno erariale nella sede del giudizio penale costituendosi parte civile essa toglie al dipendente la possibilità di avvalersi tutte quella normativa che ho appena ricordato e che, condivisibile o meno che sia, comunque per lui è certo particolarmente favorevole. Infatti il giudice penale se afferma anche la responsabilità del pubblico dipendente ai fini civili pur senza liquidare il danno, e non effettua solo l'affermazione di responsabilità sotto il profilo penale, lo priva degli "ammortizzatori istituzionali" che ho ricordato. Inoltre, anche se alcuni dei profili più favorevoli sono esclusi dal dolo non è detto che il pubblico dipendente stia nel giudizio penale per un fatto doloso, perché non tutti i reati sono dolosi. Esistono anche reati colposi e la colpa nel diritto penale non è necessariamente una colpa grave, è una colpa di cui si valuta l'intensità, potrebbe essere una colpa non grave perché i parametri di valutazione della colpa penale sono diversi da quelli civilistici che ma prevedono una colpa o una colpa grave non una sua graduazione.

Quindi, oggi si pone un problema anche perché con le leggi 19 e 20 del 1994, si è ammesso che questi potesse conoscere anche del danno derivante da responsabilità extracontrattuale. Per esempio, la Corte oggi giudica tranquillamente sul danno all'immagine, sul danno morale, sul danno derivante da reato, ecc. che, prima del 1994, aveva ritenuto esclusi dalla propria giurisdizione.<sup>49</sup> Sottolineo questo aspetto per dire che nulla di strano c'era prima della legge 20 cit., nel fatto che l'amministrazione si costituisse parte civile nel processo penale. Infatti essa non si sarebbe potuta rivolgere alla Corte dei conti visto che dalla costituzione di parte civile nel processo penale nasceva di regola una responsabilità extra contrattuale, e quindi, dovendo rimanere nell'ambito della giurisdizione ordinaria, sceglieva poi se esercitare l'azione civile direttamente davanti al giudice competente o anticiparla davanti al giudice penale, come qualunque privato. Oggi la situazione è cambiata, la giurisdizione della Corte si

---

<sup>49</sup> Osservava infatti il giudice contabile "... nè la giurisdizione nella materia de qua, può essere riaffermata basandola sul combinato disposto degli artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen. in quanto tale congegno normativo si riferisce chiaramente ad una ipotesi di responsabilità extracontrattuale, laddove la cognizione di giudice contabile si estende solo ai casi di responsabilità contrattuale" Corte conti Sez. I sent. n. 91 del 13 maggio 1987. Adde Sez. Riun. 6 maggio 1988 n. 580/A

è radicata e, se è vero che essa è esclusiva, l'Amministrazione non dovrebbe più potere agire davanti al giudice ordinario, neppure con la costituzione di parte civile nel processo penale.

D'altra parte occorre tener conto del fatto che la legge n. 97 del 2001 e prima ancora le nuove disposizioni del codice di procedura penale prevedono la trasmissione, al procuratore generale presso la Corte dei conti, delle pronunce di condanna per delitti contro la Pubblica amministrazione al fine di accertamenti patrimoniali a carico del condannato e di quelle definitive, per l'inizio "entro trenta giorni" dell'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Sembra questa un'indiretta risposta al problema, della costituzione di parte civile nel processo penale, anticipandone in qualche modo le finalità, altrimenti non si spiegherebbe questa doppia previsione potendo l'amministrazione costituirsi parte civile nel processo penale.

Numerose del resto le pronunce della Cassazione che, direttamente od indirettamente<sup>50</sup> non lasciano adito a dubbi. Infatti l'organo regolatore della giurisdizione ha detto chiaramente che, laddove la Corte dei conti ha giurisdizione, essa "è esclusiva, nel senso che è l'unico organo giudiziario che può decidere nelle materie devolute alla sua cognizione e va esclusa una concorrente giurisdizione del giudice ordinario".<sup>51</sup>

Malgrado ciò, in alcune sentenze della giurisdizione contabile la teoria del doppio binario continua ad essere riproposta, in modo tralaticio sin nella motivazione, come un idolo da venerare fideisticamente più che un principio da affermare razionalmente.<sup>52</sup>

## 6.2 *Un sistema complementare.*

Il codice civile prevede azioni e rimedi a disposizione degli azionisti e dei creditori per tutelare l'integrità del patrimonio sociale. Gli amministratori sono, quindi, comunque responsabili verso la società (art. 2392, 2393 e 2393 bis c.c.), verso i creditori sociali (art. 2394 c.c. ), verso i singoli soci o i terzi (art.2395 c.c.).

Quella che viene meno, a vantaggio dell'azione contabile, è senza dubbio l'azione sociale di

---

<sup>50</sup> *Le Sezioni Unite hanno ritenuto che rientrasse nella giurisdizione della Corte dei conti la controversia fra l'Ente Poste Italiane ed una società incaricata dell'esecuzione del servizio di trasporto dei dispacci e, quindi, da qualificare agente contabile, concernente una domanda riconvenzionale con la quale, a fronte della domanda, proposta in via principale da parte di tale società, del pagamento del corrispettivo, l'Ente aveva chiesto il risarcimento dei danni sofferti per la sottrazione di un dispaccio speciale e per avere dovuto versare ad altro appaltatore, incaricato dello stesso servizio dopo l'anticipata risoluzione del rapporto con la società, un maggior compenso. (S.U. sent. n. 232 del 10/04/1999)*

*Infine è stata riconosciuta la giurisdizione della Corte dei conti sulla domanda, proposta dal Ministero della Pubblica Istruzione e da un Istituto scolastico professionale, per ottenere la rifusione delle retribuzioni conseguite da un soggetto che, con certificato di laurea poi riconosciuto falso, era stato prima incaricato di un insegnamento e poi immesso in ruolo, dovendosi ravvisare il presupposto per la configurabilità di un danno patrimoniale da detto soggetto arrecato alla P.A. (S.U. sent. n. 310 del 27/05/1999)*

<sup>51</sup> *Cfr. Cass. SS.UU. 22/12/1999, n.933, 4/12/2001, n. 15288 e, da ultimo, 22/10/2007*

<sup>52</sup> *Si veda ad esempio la già citata, Sez. I n. 103 del 25 febbraio 2008*

responsabilità ex art. 2393 c.c.

Un dubbio già si potrebbe porre per l'azione sociale di responsabilità esercitata, ex art. 2393 bis, non dall'assemblea ma dai "soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo." Il socio pubblico, è da ritenere, non potrebbe proporre siffatta azione né contribuivi. Analoga soluzione negativa dovrebbe darsi al caso che l'azione venisse proposta dai soci privati essendo comunque essa incompatibile con quella contabile. Tuttavia molti dubbi rimangono essendo siffatta azione preordinata alla tutela, che verrebbe quindi meno di una quota minoritaria ma rilevante del capitale sociale per il caso che la maggioranza non voglia attivarsi. Questo caso, in presenza della giurisdizione contabile, si potrebbe confrontare con quelli in cui, pur in presenza di una doverosità dell'azione contabile, il suo titolare non ritenga di esperirla non ravvisandone i presupposti, specie sotto il profilo del difetto della gravità della colpa, o non possa farlo per essere incorso in decadenze processuali, ad esempio in caso di emanazione di una citazione ormai tardiva rispetto alla notifica dell'invito a dedurre.

L'azione individuale del socio e del terzo direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori, di cui all'art. 2395 c.c. invece non sarà proponibile dai soli soci pubblici. Rimarrà ovviamente esperibile dai soci privati e dai terzi.

Occorre a questo punto ribadire che la giurisdizione contabile introdotta con l'art. 16bis cit, rispetto a quella ordinaria si pone non come giurisdizione ulteriore ma sostitutiva anche se ciò non sarà sufficiente a dare soluzione e tutti i problemi di coordinamento che la norma pone.

### *6.3 I problemi di coordinamento.*

Ad esempio ci si potrebbe domandare se l'estensione della giurisdizione contabile sia limitata ai soli danni diretti o comprenda anche quelli indiretti. L'espressione usata del legislatore, che fa riferimento non ai danni prodotti, ai fatti od ai comportamenti dannosi ma alle controversie appare tuttavia sufficientemente omnicomprensiva, sì da eliminare ogni dubbio in merito.

Altro problema è quello del significato da dare al termine "dipendenti" ed in particolare se anche in questo caso si debba far ricorso ad una nozione ampia e "funzionale" del rapporto di servizio. Il problema si pone in particolare per i numerosi collaboratori esterni o consulenti di queste società. Ad esempio, in un caso che recentemente è venuto alla ribalta della cronaca politica, un giornalista, collaboratore esterno della Rai, nel corso di una trasmissione televisiva, ha mosso critiche ed apprezzamenti negativi nei confronti di un'alta carica dello Stato che, ritenendoli infondati ed offensivi, si è querelata anche nei confronti della Società televisiva. In caso di condanna in sede ordinaria al risarcimento, la rivalsa della Rai nei

confronti del giornalista rientrerà o meno nella giurisdizione contabile in relazione alla soluzione che si darà al problema di cui s'è detto. A far propendere per la soluzione affermativa è il richiamo della giurisprudenza contabile che pacificamente ritiene la propria giurisdizione sulla base di un rapporto di servizio anche solo funzionale tale da rendere comunque il soggetto compartecipe dell'attività dell'amministrazione o dell'Ente pubblico.<sup>53</sup>

#### 6.4 Possibili profili di incostituzionalità

L'articolo 16 bis, sembra prestare il fianco a molteplici profili di incostituzionalità. Proveremo ad indicarne in estrema sintesi quelli più evidenti.

In primo luogo non si capisce perché escludere le società a partecipazione minoritaria sol perché quotate in borsa. Non si vede come la presenza sul mercato azionario possa determinare modalità diverse di tutela delle risorse pubbliche investite in dette società e come tale diversità, per di più, rilevi solo se in caso di partecipazione minoritaria.

La distinzione sembra in realtà risentire di una problematica di fondo che attiene alla diversità tra l'azione risarcitoria ordinaria e quella contabile. Come è noto infatti la prima ha natura dispositiva mentre la seconda è obbligatoria o, per meglio dire, doverosa.<sup>54</sup> Ne deriva da ciò che, in caso di danno societario prodotto da una cattiva gestione dei propri amministratori o dipendenti, gli azionisti possono preferire rinunciare all'esperienza dell'azione risarcitoria e tenersi il danno e limitarsi magari ad un semplice avvicendamento degli amministratori o dipendenti incapaci, inadatti o peggio, per evitare guai peggiori, quali quelli che potrebbero derivare da una perdita di valore del titolo conseguente alla pubblicizzazione di una cattiva gestione societaria. Analoga scelta non potrebbe fare il procuratore regionale non solo e non tanto per il carattere doveroso dell'azione a lui intestata, ma anche perché verrebbe così meno la funzione didattica della "nuova conformazione"<sup>55</sup> della responsabilità amministrativa volta in primo luogo a favorire una cultura della buona amministrazione,<sup>56</sup> e che è uno dei motivi per cui essa si concretizza solo a fronte di comportamenti gravemente colposi e prevede addirittura il rimborso delle spese legali in caso di assoluzione, anche se solo per difetto della gravità della colpa.<sup>57</sup> La sottrazione dell'opzione risarcitoria agli azionisti non è

---

<sup>53</sup> Cfr. par. 5.1

<sup>54</sup> E' appena il caso di ricordare che, a differenza dell'azione penale la cui obbligatorietà è costituzionalmente prevista, l'azione contabile trae il fondamento della sua indisponibilità nel dovere di svolgere la funzione del proprio ufficio che grava sul P.M. contabile.

<sup>55</sup> L'espressione è in Corte cost., sent. n. 371 del 1998

<sup>56</sup> Non a caso il giudice delle leggi, in sent. n. 371 cit., parla di "prospettiva della responsabilità [come] ragione di stimolo e non di disincentivo".

<sup>57</sup> Non condivisibile una giurisprudenza contabile che esclude in caso di assoluzione solo per mancanza di gravità della colpa il diritto al rimborso. Così sez. I centrale d'appello n. 14 del 9 gennaio 2008, ma in senso opposto, ad esempio, sez. I d'appello 2 maggio 2007, n. 109

deroga di poco conto rispetto all'assetto complessivo delle norme che disciplinano il fenomeno societario e può essere anche intesa come una dimostrazione del fatto che i modelli di diritto privato sono ritenuti inadeguati ad assicurare la tutela dell'azionista pubblico.<sup>58</sup> Non si vede tuttavia come s'è già detto perché, specie su questi presupposti, la giurisdizione contabile debba poi essere abbandonata nel caso di società partecipate in misura minoritaria sol perché quotate. Non sarà certo l'assenza di quotazione in borsa a porre al riparo le società che dovessero incorrere in episodi di cattiva amministrazione da eventuali negativi riflessi sul valore del capitale sociale, di un'azione contabile che li rendesse ostensivi. Le notizie di tal genere correrebbero comunque anche se non si rifletterebero automaticamente sul valore del titolo.

Ancora non è dato comprendere perché non venga dato rilievo, per le società quotate ma minoritarie, all'eventuale presenza di un pacchetto di comando in mano pubblica.<sup>59</sup> Che cosa differenzierebbe allora queste società da quelle in mano pubblica attraverso la maggioranza azionaria?

Nemmeno si comprende perché da tale differenza debba derivare l'applicazione agli amministratori e dipendenti delle predette società di un regime di responsabilità risarcitoria più oneroso e comunque diverso da quello dei loro omologhi appartenenti a tutte le altre società a partecipazione pubblica. In quest'ultimo caso il profilo di contrasto con l'art. 3 della Costituzione emerge con evidenza.

Sfugge inoltre il motivo per cui il P.M. contabile dovrebbe agire a tutela del danno societario che, ove subito da una società a partecipazione pubblica nettamente minoritaria, sarebbe in gran parte un danno subito da soggetti privati. Risorse finanziarie pubbliche verrebbero in questo caso impiegate per recuperare risorse finanziarie private.

Infine non si capisce, specie in assenza di una partecipazione maggioritaria pubblica, come e perché il legislatore possa imporre a soggetti privati di essere tutelati, quanto a risarcimento del danno societario per le quote a loro riferibili, da norme meno rigorose, di sicuro favore per

---

*Infatti la legge n. 248/2005, inserendo, in sede di conversione del D.L. n. 203/2005, l'articolo 10 bis, il quale al comma 10 ha stabilito che le predette disposizioni (art. 3 comma 2-bis del D.L. n. 543/1996 e art. 18 del D.L. 67/97) "si interpretano nel senso che il giudice contabile, in caso di proscioglimento nel merito, e con la sentenza che definisce il giudizio, ai sensi e con le modalità di cui all'art. 91 c.p.c., liquida l'ammontare degli onorari spettanti alla difesa del prosciolto, fermo restando il parere di congruità dell'Avvocatura dello Stato da esprimere sulle richieste di rimborso avanzate all'amministrazione di appartenenza. il puntuale richiamo dell'articolo 10 bis cit. al solo art. 91 c.p.c per procedere alla liquidazione delle spese esclude in radice che si possa fare ricorso all'articolo successivo ed in particolare al generico richiamo agli "altri giusti motivi" del suo secondo comma che rendono possibile la compensazione delle spese tra le parti. Un riferimento del genere sarebbe del tutto arbitrario e pretestuoso.*

<sup>58</sup> L. TORCHIA, *op. loc. cit.*

<sup>59</sup> Cfr. Corte dei conti, sez. Lombardia, 32/05 del 9 febbraio 2005 in cui si rileva, ai fini della sussistenza della giurisdizione contabile che l'effettivo controllo pubblico può sussistere anche con una partecipazione azionaria inferiore al 50%.

il responsabile del danno e non certo per il creditore. Basti pensare alla limitazione della responsabilità alla sola colpa grave, all'applicazione del potere riduttivo del danno risarcibile, all'assenza di solidarietà e trasmissibilità della responsabilità, alla considerazione del vantaggio comunque conseguito dalla società, ecc....

Da ultimo una considerazione: la costituzione, magari accortamente tempestiva, di una pur simbolica partecipazione azionaria pubblica sarebbe sufficiente a radicare la giurisdizione contabile e, per converso, la sua dismissione reintrodurrebbe quella ordinaria. Ciò non sarebbe privo di concreti effetti ove si ponga mente, ad esempio, alla diversità del termine iniziale della prescrizione quinquennale dell'azione nei confronti degli amministratori<sup>60</sup> decorrente, in maniera singolare, dalla cessazione del mandato (art. 2393 cc) ed indipendente quindi dall'effettiva concretizzazione del danno. Ciò mentre la giurisprudenza contabile, nella fattispecie parallela, ancora s'interroga sulla portata dell'espressione "fatto dannoso" di cui all'articolo 3 della legge 20 del 1994, se essa sia cioè comprensiva o meno, oltre che del fatto illecito, anche del concreto ed effettivo verificarsi del danno.<sup>61</sup>

## **7 Conclusione**

L'analisi della giurisprudenza della Corte di cassazione, quale giudice regolatore della giurisdizione dimostra con sufficiente chiarezza che l'evoluzione giurisprudenziale che riportava nell'ambito della giurisdizione contabile, la responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici anche per i danni prodotti nell'esercizio dell'attività d'impresa non si estendeva automaticamente ai danni prodotti dagli amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica. Piuttosto nel quadro di una visione più ampia del rapporto di servizio veniva ribadito l'assoggettamento alla giurisdizione contabile di soggetti privati, fossero essi persone fisiche o persone giuridiche come le s.p.a. e ciò avveniva con notevole larghezza. In questo contesto la differenza tra s.p.a. quale soggetto danneggiato e soggetto responsabile del danno non sempre veniva colta. Altra giurisprudenza tuttavia, ben consapevole della distinzione, affermava la giurisdizione contabile non sul danno prodotto alla s.p.a. partecipata ma sul danno subito dal socio pubblico per non essere stata esercitata l'azione ordinaria a tutela del patrimonio societario.

Utile a descrivere lo stato complesso e fluido della questione può essere il richiamo ad una pronuncia relativamente recente della Corte dei conti<sup>62</sup> che, pur se la fattispecie riguardava il

---

<sup>60</sup> *Esclusi quindi i dirigenti e gli altri dipendenti, ai quali questo termine non si applica.*

<sup>61</sup> *Per le oscillazioni della giurisprudenza sul punto vedi E.F. SCHLITZER, La giurisprudenza delle SS.RR. della Corte dei conti in tema di prescrizione e la tela di Penelope, in Foro Amministrativo C.d.S., 11/2007, pag. 3244 e s.s.*

<sup>62</sup> *Sez. I centrale d'appello, sent. n. 356 del 3-11-2005*

danno prodotto da amministratori societari non al capitale sociale ma all'erario del socio pubblico, coglie l'occasione per "prenotare" la giurisdizione contabile sia nella ipotesi (che peraltro sinora non hanno costituito oggetto di riflessione in dottrina e giurisprudenza) di danno arrecato da amministratore pubblico alla società partecipata, violando doveri di comportamento dell'Amministrazione rispetto alla società partecipata sia nel caso della responsabilità degli amministratori verso la società, ipotesi nella quale sicuramente possono venire a coesistere due diverse azioni.<sup>63</sup>

In questa situazione in movimento nel quale anche ad opera della giurisprudenza contabile si comincia a distinguere nell'ambito delle società a partecipazione pubblica tra quelle in dominio pubblico o meno,<sup>64</sup> irrompe il decreto mille proroghe con tutte le sue incongruenze che prima si è cercato di illustrare.

Non rimane che sperare in un organico intervento legislativo che ponga ordine nella materia, magari sulla sollecitazione di un intervento autorevole del giudice delle leggi.<sup>65</sup>

Ciò senza dimenticare<sup>66</sup> che anche in questo caso l'art. 16bis costituisce norma interpositrice rispetto all'art. 103 della costituzione, in quanto fa rientrare tra le materie di contabilità pubblica quella in esame. Di conseguenza la sua soppressione pura e semplice non sarebbe così facile, dovendosi affermare che la norma attuatrice è in realtà una norma incostituzionale *in toto*, assunto non certo sostenibile facilmente. Diverso sarebbe il ragionamento per una norma che meglio volesse dare attuare il dettato costituzionale, eliminando disparità ed irrazionalità od illogicità. Rimane quindi l'auspicio che abbiano fine, una buona volta, interventi normativi di dettaglio e di bottega che finiscono per compromettere la configurazione coerente dell'istituto della responsabilità amministrativa e la sua idoneità a porre rimedio ai fenomeni di malamministrazione delle risorse pubbliche (finanziarie e non). Questa vicenda, di cui si chiude così un capitolo, rimane quindi ancora in attesa di una soluzione organica e consapevole dell'importanza che essa assume nel disciplinare le regole del gioco del sistema paese.

---

<sup>63</sup> Su quest'ultimo aspetto si vedano le osservazioni al paragrafo che precede

<sup>64</sup> Vedi in particolare per la responsabilità degli amministratori delle società partecipate dalle amministrazioni regionali e locali, G. D'AURIA, *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite in Foro It., settembre 2007, I, 2488*, per la "Nozione delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali" cfr. A. VIGNERI in *Astrid Rassegna*, n.45 del 28 febbraio 2007

<sup>65</sup> Così M.A. SANDULLI, "L'art. 16 bis del decreto mille proroghe cit.

<sup>66</sup> Vedi anche quanto osservato al punto 4.3.2.1

1	Premessa.....	2
2	L'individuazione della questione ed i punti di criticità.....	3
3	Impresa pubblica, ente pubblico economico ed organismo pubblico .....	5
4	L'analisi della giurisprudenza .....	7
4.1	In generale.....	7
4.2	La giurisprudenza costituzionale.....	7
4.3	La giurisprudenza sulla giurisdizione contabile.....	8
4.3.1	Elementi ricostruttivi da alcune pronunce paradigmatiche .....	8
4.3.2	Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2003 n. 19667.....	11
4.3.2.1	L'interpositio legislatoris .....	13
4.3.3	Cass. Sez. Un. 26 febbraio 2004 n. 3899 .....	13
5	L'obbligo di denuncia nella circolare del P.G. della Corte dei conti.....	15
5.1	La nuova concezione del rapporto di servizio.....	16
6	Il mille proroghe.....	19
6.1	In generale.....	19
6.1	L'esclusività della giurisdizione contabile nel decreto mille proroghe.....	20
6.1.1	Un idolo: il "doppio binario" .....	21
6.2	Un sistema complementare. ....	24
6.3	I problemi di coordinamento.....	25
6.4	Possibili profili di incostituzionalità .....	26
7	Conclusione.....	28