



ASTRID

Associazione per gli Studi e le ricerche sulla Riforma delle Istituzioni Democratiche e sull'innovazione nelle amministrazioni pubbliche

La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica

Il gruppo di ASTRID che ha elaborato questo paper è stato coordinato da Luisa Torchia. Ne hanno fatto parte Leonardo Benvenuto, Gaetano D'Auria, Marco Dugato, M. Angela Laurino, Marco Macchia, Alessandra Miraglia, Giuseppe Piperata, Marco Piredda, M. Alessandra Sandulli, Eugenio Francesco Schlitzer, Giuseppe Sgaramella, Leonilde Vitolo, Andrea Zoppini.

La segreteria è stata assicurata da Alessandra Miraglia.

Marco Macchia ha steso la versione sintetica finale, sulla base dei contributi pervenuti. I contributi saranno pubblicati per esteso in un libro di prossima pubblicazione

ROMA, SETTEMBRE 2008

INDICE

1. Il problema: la responsabilità amministrativa delle società pubbliche
2. Il percorso della Cassazione: la graduale estensione della giurisdizione contabile
3. La giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità delle società in mano pubblica: sviluppi recenti
4. Il confronto con la responsabilità civile
 - 4.1. La responsabilità civilistica degli amministratori di società pubbliche
 - 4.2. Il raffronto tra la responsabilità civile e la responsabilità amministrativa
5. Le criticità
 - 5.1. La responsabilità amministrativa e il principio di legalità
 - 5.2. Controlli societari e nuove responsabilità contabili
 - 5.3. La valutazione dell'attività imprenditoriale secondo i parametri della responsabilità amministrativa
 - 5.4. I profili di compatibilità comunitaria
6. Uno sguardo oltreconfine: gli ordinamenti spagnolo e francese
7. Conclusioni

1. Il problema: la responsabilità amministrativa delle società pubbliche

Il problema della responsabilità amministrativa delle società pubbliche è andato assumendo, negli ultimi tempi, sempre maggiore rilevanza, anche per il convergere di due diversi fenomeni.

E' andato aumentando in misura significativa, per un verso, il ricorso allo strumento societario da parte delle amministrazioni pubbliche. Il ciclo delle privatizzazioni degli anni '90 ha portato alla costituzione di numerose società a partecipazione pubblica, a seconda dei casi totalitaria, maggioritaria o minoritaria, a volte anche quotate in borsa. La società per azioni è divenuta, inoltre, uno strumento sempre più frequentemente utilizzato, sia dalle amministrazioni centrali, sia dalle amministrazioni regionali e locali, per l'esternalizzazione di funzioni amministrative o strumentali o per l'esercizio di servizi pubblici.

L'universo delle società a partecipazione pubblica si è così arricchito di tanti tipi diversi, che pur mantenendo la struttura di fondo della società per azioni (o, in alcuni casi, della società a responsabilità limitata), presentano tratti diversi e di specie, che hanno portato all'enucleazione di categorie diverse: le società di diritto singolare, quelle caratterizzate da poteri speciali del socio pubblico, quelle a partecipazione pubblica necessaria, e così via.

Questo universo così variegato è stato oggetto, poi, di significativi interventi della giurisprudenza e del legislatore. La definizione della disciplina delle società in house, la nozione di organismo di diritto pubblico, i vincoli e i limiti posti alle società pubbliche con il c.d. Bersani e con le due ultime leggi finanziarie hanno ridefinito la composizione degli organi di vertice, hanno inciso sulla operatività (si pensi al divieto di partecipare a gare pubbliche per le società partecipate dagli enti locali), hanno ridefinito il carattere di strumentalità e di necessità delle società pubbliche, soprattutto per quelle partecipate da regioni ed enti locali, ma anche per le società a partecipazione statale.

La giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte di Cassazione hanno, per altro verso, negli stessi anni, via via ridefinito l'ambito di riferimento della responsabilità amministrativa, ampliandolo oltre i tradizionali confini del rapporto di servizio e assumendo sempre più quale unico o almeno prevalente criterio di sussistenza la configurazione di un danno all'erario pubblico, individuabile sia all'interno del rapporto società/ente azionista, sia all'interno del rapporto fra amministratori della società e la stessa società.

Si tratta di un orientamento forse non ancora completamente consolidato, ma che presenta molti profili critici, sia sul piano sistematico, sia sul piano operativo.

Sul piano sistematico risalta il dubbio fondamento alla luce del principio di legalità: nessuna norma prevede che gli amministratori delle società pubbliche possano essere sottoposti al regime della responsabilità amministrativa e lo stesso rapporto di servizio al quale in genere la responsabilità è collegata intercorre fra la società e l'ente pubblico azionista, non certo fra l'amministratore e la società.. Ancora sul piano generale, questa estensione in via giurisprudenziale del regime della responsabilità amministrativa, si basa sulla enfattizzazione della natura "sostanzialmente" pubblica delle società in esame, e sulla programmatica sottovalutazione del regime privatistico nel quale esse vanno pur sempre iscritte. Il regime civilistico viene così dequotato a puro dato formale, inidoneo a strutturare e qualificare la società pubblica e a definirne le regole di operatività.

Sul piano operativo, l'effetto principale – oltre all'ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti – è il cumulo, in capo agli stessi soggetti, di diversi tipi di responsabilità, che non sempre sono però complementari. Si può così verificare un carico eccessivo di responsabilità in capo a soggetti che dovrebbero agire secondo i criteri dell'autonomia imprenditoriale e manageriale, cumulando, contraddittoriamente, oneri e adempimenti che sono stati pensati per regimi e finalità diversi.

Proprio questi effetti sul piano operativo hanno finito, come spesso accade quando un istituto viene esteso oltre i suoi confini naturali, per provocare una reazione dell'ordinamento, con l'approvazione dell'articolo 16bis del c.d. decreto mille proroghe, con il quale si è sancita l'esenzione dal regime della responsabilità amministrativa per le società quotate a partecipazione pubblica inferiore al 50%. La norma è stata criticata da versanti diversi, sia perché stabilisce una eccezione ad una regola che non c'è, e può quindi essere letta come una conferma implicita di un orientamento giurisprudenziale privo di espressa base legislativa, sia perché contiene una sorta di previsione ad hoc, priva di carattere

sistematico, visto che richiede due requisiti – la quotazione e la partecipazione minoritaria – che non configurano una specifica categoria di società.

Il problema dell'applicazione della responsabilità amministrativa alle società in partecipazione pubblica presenta, infine, un ulteriore aspetto rilevante per quanto riguarda l'operatività delle stesse società in quello spazio giuridico unitario che è, ormai, per tutti i paesi dell'UE, il mercato interno. La previsione di regole specifiche e speciali per alcune società, solo in ragione della partecipazione pubblica, presenta delicati profili di compatibilità comunitaria, e di asimmetria rispetto alle corrispondenti discipline degli altri ordinamenti nazionali.

A questi temi sono dedicate le pagine che seguono, nelle quali i diversi aspetti vengono esaminati criticamente, sulla base di una ricognizione non solo della disciplina e della giurisprudenza, ma anche dell'universo variegato delle società pubbliche e delle esperienze di altri paesi.

2. Il percorso della Cassazione: la graduale estensione della giurisdizione contabile

La questione della configurabilità del giudizio di responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori di società per azioni partecipate da enti pubblici è stata, in realtà, affrontata e definita solo di recente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Fino all'ordinanza n. 19667 del 2003, l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione escludeva, infatti, la configurabilità di una responsabilità amministrativa generalizzata per i dipendenti ed amministratori degli enti pubblici economici: e, quindi, *a fortiori*, delle società a partecipazione pubblica. La decisione cui, di norma, si fa riferimento è la sentenza n. 1282/1982, con la quale le Sezioni Unite ribadirono l'orientamento che riconosceva e limitava la giurisdizione della Corte dei Conti al ricorrere di due elementi, qualificanti la nozione di contabilità pubblica: uno soggettivo, che attiene alla natura pubblica del soggetto, al quale l'agente sia legato da un rapporto di impiego o di servizio; l'altro oggettivo, che riflette la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si è verificato l'evento fonte di responsabilità.

In altre parole, con riguardo agli enti pubblici economici, le Sezioni Unite esclusero la giurisdizione della Corte dei Conti per le attività che si collocano nell'ambito dell'esercizio imprenditoriale: svolgendo la loro attività nelle forme privatistiche essi erano soggetti alla disciplina di diritto privato, almeno per l'attività di natura imprenditoriale.

La Cassazione aveva ripetutamente affermato che *“a carico degli amministratori o funzionari di enti di gestione delle partecipazioni statali, come in genere di enti pubblici economici, la giurisdizione contabile della Corte dei Conti sussiste con limitato riguardo agli atti esorbitanti dall'esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici, perché, in caso contrario, non è configurabile un rapporto di servizio con lo Stato; pertanto, deve essere esclusa tale giurisdizione, ed affermata quella del giudice ordinario, nell'ipotesi di responsabilità risarcitoria di detti amministratori o funzionari per l'occultamento e l'illecita gestione di somme provenienti dalle attività di impresa delle società partecipate”*. E ancora: *“il requisito della natura pubblica dell'ente doveva essere riferito agli enti pubblici non economici, poiché gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato”*, aggiungendo che *“alla natura, agli scopi ed al modo di operare degli enti pubblici economici mal si addice il rigore del controllo della contabilità pubblica in senso stretto”* (Cass., sez. un., 2 ottobre 1998, n. 9780, in *Foro it.*, I, 1999, 575).

Di conseguenza, quei soggetti non potevano essere chiamati a rispondere innanzi alla Corte dei Conti per i comportamenti illeciti posti in essere nell'ambito dell'attività imprenditoriale, ovvero di un'attività di natura privatistica, non essendo configurabile in questo caso, ad avviso del giudice di legittimità, alcun rapporto di servizio. Viceversa, si reputava che un simile rapporto sussistesse nel caso in cui il medesimo ente esercitasse poteri autoritativi di autorganizzazione ovvero funzioni pubbliche ad esso attribuite in quanto impresa-organo dello Stato o di enti pubblici non economici (Cass., 2 marzo 1982, n. 1282, in *Foro it.*, 1982, I, 1596).

Si può comprendere, pertanto, la portata innovativa, rispetto all'orientamento appena menzionato, dell'ordinanza n. 19667 del 2003, con la quale la Suprema Corte ha riconosciuto la

giurisdizione contabile della Corte dei Conti senza le precedenti limitazioni, utilizzando una nuova nozione di pubblica amministrazione e affermando che *“l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato”*.

La Cassazione rileva, peraltro, come *“il processo di privatizzazione dell'amministrazione pubblica, del quale s'è detto, non ha comportato una corrispondente e normativa riduzione della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei Conti nella materia che qui interessa; al contrario è stata attuata, dalle leggi degli anni '90, una espansione di tale sfera”*: la giurisdizione del giudice contabile si è infatti ampliata a tutti i casi in cui si sia verificata una lesione a beni e risorse pubbliche, ed il danneggiante risulti legato ad un ente che, al di là della forma organizzativa assunta, possa definirsi pubblico.

Partendo da tali presupposti, e rinvenendo nell'art. 1, ultimo comma, l. n. 20 del 1994 l'*interpositio legislatoris* necessaria alla devoluzione della giurisdizione alla Corte dei Conti, la Cassazione approda, dunque, alla conclusione per cui *“è, dunque, l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso”*.

Il *discrimen* tra giurisdizione ordinaria e contabile sembrerebbe, quindi, risiedere unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura pubblica o privata delle risorse di cui esso si avvale, avendo il legislatore del 1994 inteso tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, economici e non, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente.

Il *revirement* della Corte di Cassazione in materia è stato subito dopo confermato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 3899 del 2004, con la quale si è riconosciuta la possibilità di configurare la responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti anche nei confronti degli amministratori e dei dipendenti delle società per azioni partecipate da enti pubblici. Fino a quel momento, infatti, anche con riferimento agli amministratori e dipendenti delle società pubbliche, in analogia con quanto sancito in relazione agli enti pubblici economici, la Cassazione aveva ritenuto non operante la giurisdizione contabile per atti, sia pure dannosi per l'amministrazione, mediante i quali fosse stata gestita l'attività d'impresa. In tal caso, perciò, gli autori sarebbero stati esposti alle sole responsabilità previste dal Codice civile innanzi al giudice ordinario.

Con la pronuncia in questione, però, la Corte di Cassazione palesa inequivocabilmente la volontà di abbandonare il precedente approccio formalistico, rispetto alla natura pubblica o privata della società a partecipazione pubblica, e di intraprendere un percorso interpretativo in materia ancor più sostanziale rispetto a quanto già avvenuto con la precedente ordinanza n. 19667 del 2003.

In altri termini, dal 2004, alla luce degli interventi giurisprudenziali succedutisi nel tempo, va emergendo la tendenza a far convergere sugli amministratori delle società partecipate da soggetti pubblici non solo le responsabilità che connotano il regime privatistico di qualsiasi società retta dal codice civile, ma anche la responsabilità amministrativa, in base alle logiche tipiche che vigono per le amministrazioni pubbliche.

3. La giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità delle società in mano pubblica: sviluppi recenti

L'ambito di riferimento della responsabilità amministrativa si è ampliato, quindi, per via giurisprudenziale, sino ad includere, almeno tendenzialmente, anche gli amministratori delle società a partecipazione pubblica. E' importante, allora, ricapitolare sinteticamente gli elementi sulla base dei quali i giudici contabili hanno modificato la prospettiva interpretativa.

Premessa del ragionamento seguito dalle recenti pronunce dei magistrati contabili è, in particolare, che la forma assunta dall'ente non sia altro che lo strumento attraverso il quale viene svolta l'attività amministrativa: attività che rimane finalizzata al perseguimento di interessi pubblici, pur se disciplinata nelle forme del diritto privato.

Il dato cui bisogna guardare, si sostiene, è quello della provenienza pubblica o privata delle risorse utilizzate (Corte dei Conti, sez. giurisd. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67); ciò perché il senso della legge del n. 20 del 1994 era tutelare il patrimonio delle amministrazioni e degli enti pubblici, rimanendo a tal

fine irrilevante la qualificazione pubblicistica o privatistica del soggetto agente e gli strumenti attraverso i quali le finalità pubbliche vengono realizzate.

Anche secondo la giurisprudenza della Corte dei Conti, dunque, a seguito dei processi di privatizzazione e aziendalizzazione che hanno caratterizzato l'ordinamento della pubblica amministrazione a partire dagli anni '90, rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina pubblicistica – nel caso di specie l'istituto della responsabilità amministrativa – non è la qualificazione formale assunta dal soggetto, ma l'oggettivo svolgimento di attività qualificabili come amministrative.

Questo orientamento della Corte dei Conti si segnala, infatti, proprio perché ponendo al centro del dibattito in tema di responsabilità degli amministratori la qualificazione oggettivamente pubblica delle risorse finanziarie gestite, suggerisce una ricostruzione secondo cui l'attenzione allo scopo della norma considerata (la previsione di una responsabilità in capo a soggetti che in virtù della propria posizione causano un danno al patrimonio pubblico), comporta che, nella misura in cui l'esigenza tutelata continui a manifestarsi, l'applicazione rimanga opportuna e necessaria, a prescindere dalla veste giuridica del soggetto agente. Detta natura pubblica delle risorse può discendere anche da un rapporto di concessione (Corte dei Conti, sez. giurisd. Molise, 7 ottobre 2002, n. 234).

La Corte dei Conti ha utilizzato il criterio della provenienza delle risorse utilizzate sottolineando come, in conseguenza dei fenomeni che hanno coinvolto le strutture organizzative della pubblica amministrazione, si sia compiuto un passaggio *“dalla responsabilità amministrativa dei soli amministratori e dipendenti pubblici per il danno patrimoniale da essi determinato alle finanze dell'amministrazione di appartenenza in relazione alla violazione di obblighi di servizio, alla “responsabilità finanziaria”, intesa come una generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze, in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbiano maneggio o che utilizzino pubbliche risorse e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche”* (Corte dei Conti, sez. giurisd. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114).

Va peraltro precisato come nell'ultima pronuncia richiamata, relativa ad un'ipotesi di responsabilità per danno erariale in capo ad amministratori di società in mano pubblica (Enelpower s.p.a.), appartenente al gruppo Enel s.p.a., la Corte – in accordo con l'orientamento più volte sostenuto dal Consiglio di Stato in materia di società a partecipazione pubblica – ha ritenuto che, nonostante la trasformazione in società per azioni e in ragione della sua struttura e del suo funzionamento interno, Enel s.p.a. *“rivesta natura di ente pubblico ovvero di organismo di diritto pubblico”* (Corte dei Conti, sez. giur. Friuli Venezia Giulia, n. 656 del 2007), confondendo però così due diverse categorie, alle quali si applicano regole diverse (anche perché la nozione di organismo di diritto pubblico, derivata dall'ordinamento comunitario, è nozione puramente funzionale, finalizzata all'applicazione delle norme a tutela della concorrenza).

L'estensione della responsabilità amministrativa anche agli amministratori di società a partecipazione pubblica, si fonda dunque essenzialmente sul principio per cui l'utilizzo di risorse pubbliche, indipendentemente dallo strumento (privatistico) al quale si ricorre, costituirebbe il presupposto necessario e sufficiente a legittimare la giurisdizione della Corte dei Conti.

Questo orientamento si presta ad alcune considerazioni generali.

In generale, la responsabilità pubblica, (dove pubblico è l'aggettivo che indica il soggetto al quale si imputa la responsabilità) nelle due forme nelle quali si atteggia, rappresenta un importante strumento di controllo dell'amministrazione. La *“pluralizzazione”* dell'amministrazione e l'evoluzione degli strumenti dei quali essa si serve per svolgere *“nuove”* funzioni impone una riflessione sull'adeguatezza degli strumenti di controllo tradizionalmente previsti.

La commistione dei modelli (consensuale e unilaterale) e delle discipline (privatistica e pubblicistica) dell'azione amministrativa che ne è derivata ha comportato conseguenze diverse. Da un lato, si è cercato di estendere al pubblico criteri e strumenti di valutazione propri del settore privato. Dall'altro, si è immaginato di poter applicare i sistemi di imputazione e verifica delle *“responsabilità pubbliche”* a soggetti privati che svolgano attività amministrativa.

Così, allora, il processo di osmosi che ha interessato la pubblica amministrazione negli anni scorsi sembra aver agito non solo nel senso dell'applicazione all'amministrazione di metodologie e strumenti propri dell'operare privato, ma anche nel senso di pubblicizzare l'agire *iure privato* dell'amministrazione.

La domanda da porsi è dunque se una tale impostazione debba essere condivisa, non solo o non tanto su un piano di coerenza di sistema (se determinate funzioni di rilievo generale possono essere svolte da soggetti privati, non si comprende che senso abbia applicare a tali soggetti una disciplina pubblicistica), quanto in termini di conseguenze che ciò comporta.

Per rispondere, è necessario richiamare gli aspetti principali della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica nelle due prospettive pubblicistica e privatistica.

Cominciamo dalla prima.

Presupposto fondamentale della responsabilità amministrativa è il rapporto di servizio tra il soggetto che danneggia e l'amministrazione danneggiata e la sua funzione, quella di tutelare il patrimonio dell'amministrazione dai danni provocati dai suoi dipendenti.

Come si sa, secondo la Corte dei Conti, (in accordo con l'impostazione di recente seguita dalla Corte di Cassazione), l'esercizio di attività amministrativa, sebbene in forme privatistiche, con l'impiego di risorse provenienti dalla generalità dei contribuenti, non escluderebbe la giurisdizione contabile, poiché il *discrimen* tra le giurisdizioni (civile e contabile) risiederebbe unicamente nella natura pubblica o privata delle risorse finanziarie utilizzate, rimanendo invece irrilevante la natura del soggetto agente (s.p.a o altro) e gli strumenti attraverso cui vengono realizzati i fini pubblici (Corte dei Conti, sez. giurisd. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67).

A questa conclusione si giunge ritenendo che la nozione di pubblica amministrazione si sarebbe evoluta nel senso di abbracciare anche figure soggettive private, espressamente costituite per lo svolgimento, mediante regole civilistiche, di attività proprie di una pubblica amministrazione e perciò da considerare come parte integrante di questa. Ne discende, in tema di responsabilità degli amministratori, l'abbandono del criterio di riparto della giurisdizione fondato sull'uso di regole proprie della pubblica amministrazione (in primo luogo quelle di contabilità) e l'adozione del diverso criterio di collegamento fondato sull'appartenenza all'amministrazione di qualunque soggetto sia stato costituito per conseguire finalità istituzionali dell'amministrazione, per quanto la sua attività sia disciplinata, in tutto o in parte, dal diritto privato (Cass., sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886).

In proposito, è interessante sottolineare come la questione dei limiti di giurisdizione della Corte dei Conti si sia già posta in passato anche rispetto ai dipendenti degli enti pubblici economici. Se l'ente è pubblico, pubbliche sono le risorse di cui si serve e se esso agisce come semplice strumento organizzativo dell'amministrazione, osservava la Corte, non si comprende come possa escludersi la giurisdizione contabile, col rischio, poi, che l'attivazione della responsabilità degli amministratori di tali enti per altre vie diventi di fatto improbabile.

A questa conclusione si opponeva la Corte di Cassazione, secondo cui il fatto che gli amministratori degli enti pubblici economici operassero secondo regole privatistiche, eliminava in radice i presupposti per l'estensione della giurisdizione della Corte dei Conti. In particolare, osservava la Corte di Cassazione, "il fine pubblico che giustificava la creazione stessa degli enti pubblici economici non incide di per sé sul tipo di organizzazione dell'impresa pubblica, non la modifica nella sua essenza e nelle sue peculiarità operative, né la differenzia da quella privata (Cass., 21 ottobre 1983, n. 66178).

Alla Corte dei Conti non rimaneva che prendere atto di tale orientamento, salvo poi distinguere, sulla base della natura dell'attività svolta, i limiti entro i quali poter ampliare la propria giurisdizione. Le vicende richiamate spiegano il successivo atteggiamento tenuto dai giudici in seguito alla trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni.

Si comprende bene, infatti, che se la Corte di Cassazione, aveva con forza respinto l'idea dell'ammissibilità della giurisdizione contabile nei confronti dei dipendenti di enti pubblici economici in ragione della diversità delle regole che ne disciplinavano l'azione, la stessa opinione avrebbe dovuto sostenere rispetto agli amministratori di società.

Al contrario e sulla base di argomentazioni in parte analoghe a quelle appena richiamate, la Corte dei Conti giunge ad estendere la propria giurisdizione sui dipendenti di imprese che, ancorché siano costituite in forma di s.p.a., abbiano in realtà natura pubblica (Corte dei Conti, sez. giurisd. Lombardia, 22 febbraio 2006 n. 114).

Come a dire che, per individuare i limiti della giurisdizione, occorrerebbe guardare al dato oggettivo dell'attività e/o al riferimento del soggetto al comparto pubblico, non certo alle modalità di svolgimento dell'attività (Corte dei Conti, sez. I giurisd. centr. d'appello, 3 novembre 2005 n. 356).

In ogni caso, la giurisdizione del giudice contabile nel caso considerato deriverebbe dalla pertinenza del denaro all'ente pubblico e, quindi, andrebbe affermata ogni qualvolta si faccia questione della sussistenza di un pregiudizio che direttamente si rifletta sul bilancio erariale, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli strumenti utilizzati (Corte dei Conti, sez. II centr., 26 marzo 2002 n. 96).

Opportunamente, è stato notato che una tale conclusione condurrebbe a conseguenze quanto meno paradossali nella misura in cui ammettesse il giudizio della Corte dei Conti su imprese private che utilizzano (male) finanziamenti pubblici. E' il caso di una recente ordinanza della Corte di Cassazione (sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511) nella quale si afferma la giurisdizione della Corte dei Conti in ordine alla responsabilità degli amministratori di una società privata per l'illecito utilizzo di finanziamenti pubblici erogati nell'ambito di un programma concordato con l'Unione europea.

E' evidente, peraltro, come questo (ulteriore) regime di responsabilità imposto agli amministratori di società pubbliche, che di fatto ne paralizza l'autonomia gestionale, può incidere negativamente sulla competitività delle stesse società e dunque anche sulla loro capacità di attrarre gli investitori (anche stranieri).

Quanto alle ragioni che possono aver determinato l'affermarsi della diversa impostazione della questione da parte della magistratura ordinaria, è stato osservato che, fino a quando l'ente pubblico economico rappresentava l'ultima frontiera dell'esercizio di attività imprenditoriale da parte dei pubblici poteri, la sua esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità aveva lo scopo di preservare l'attività d'impresa dal suo asservimento a logiche pubblicistiche.

Oggi, un simile intento protezionista non avrebbe più senso, perché l'amministrazione è autorizzata ad utilizzare ogni sorta di figure soggettive private per esercitare attività economiche e perché molte attività sono state restituite al mercato.

Verrebbe da dire che proprio una tale osservazione imporrebbe invece conclusioni diverse. Più semplicemente, il riconoscimento della teorica possibilità per l'amministrazione di svolgere attività economiche attraverso soggetti di diritto privato sarebbe frustrata dalla riconduzione degli stessi a procedimenti e schemi di diritto pubblico.

Ad ogni modo, la Suprema Corte, per giustificare la competenza della Corte dei Conti, si richiama proprio a quel criterio del rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico – che dovrebbe essere tra danneggiante ed amministrazione danneggiata – che la stessa Corte dei Conti invocava a fondamento della responsabilità amministrativa dei dipendenti di enti pubblici economici.

L'impressione che si trae dall'analisi della responsabilità degli amministratori di società pubbliche per danni causati all'erario è che, per ovviare al rischio di un abbassamento del livello di tutela delle risorse pubbliche, si sia ritenuto di dover estendere a società private meccanismi sanzionatori e di controllo di tipo pubblicistico.

E' questo passaggio a suscitare perplessità. Non si discute, infatti, la rilevanza delle esigenze da tutelare, quello che non convince è piuttosto che si debba farlo ricorrendo ad istituti pubblicistici. Si afferma così una sorta di "pregiudizio" panpubblicistico, in base al quale si esclude la possibilità di attivare gli strumenti previsti dal codice civile per la responsabilità societaria, senza aver però mai saggiato la effettiva capacità di questo tipo di responsabilità, sicuramente più conforme alla natura privata della società e dell'attività, di assicurare il controllo sulle società.

4. Il confronto con la responsabilità civile e la natura speciale delle società pubbliche

Negli ultimi anni, nel tentativo di conferire una struttura organizzativa più snella a precedenti organismi pubblici o per crearne di nuovi meno soggetti a vincoli istituzionali, si è assistito all'affermarsi del modello della società per azioni di proprietà pubblica o partecipate da enti pubblici, diffusamente previste e utilizzate dal legislatore nazionale e regionale e dagli enti locali.

Nel tempo, però, tali società si sono rivelate un fenomeno giuridico ibrido e si sono connotate come società speciali: il loro regime giuridico si è andato caratterizzando per una sorta di ibridizzazione

del diritto privato con il diritto pubblico, determinando una difficile convivenza delle regole del primo con quelle del secondo.

In altri termini, la “forma” attraverso la quale si manifesta l’azione amministrativa diviene poco rilevante (c.d. principio di neutralità delle forme) e assume rilievo il dato sostanziale, rappresentato dal perseguimento degli interessi pubblici.

Le società per azioni “pubbliche” sono, pertanto, la riprova più evidente del processo osmotico in atto tra diritto privato e diritto pubblico, che ha trovato un autorevole avallo in importanti pronunce della Suprema Corte, attraverso le quali si è finito per evidenziare la loro natura di “società di diritto speciale”.

Innanzitutto, il dato caratteristico di tali società è il collegamento tra l’attività sociale e il pubblico interesse (c.d. impostazione finalistica). A ciò si aggiungano le molteplici deroghe al modello privatistico: con riferimento al “momento genetico”, si deve ricordare che le società in questione vengono costituite mediante legge o provvedimento amministrativo; con riferimento alla “causa”, è opportuno ribadire che allo scopo di profitto si affiancano fini di interesse generale; con riferimento all’aspetto “organizzativo”, non si può non tener presente che esistono regole *ad hoc* per la scelta del socio privato.

Se a tali dati si somma, infine, la natura pubblica delle risorse, era inevitabile prevedere la possibile entrata in scena della Corte dei Conti, cioè del giudice a cui gli artt. 100 e 103 della Costituzione affidano il ruolo di garante della “contabilità pubblica”.

E’ intuibile, allora, come il tema della responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica sia uno di quelli in cui maggiormente si palesa la suddetta osmosi tra diritto pubblico e diritto privato: il diritto privato trova inevitabilmente applicazione in considerazione della natura del soggetto, mentre l’attrazione verso il diritto pubblico si giustifica in considerazione del particolare contesto e dei particolari interessi coinvolti.

In effetti, gli amministratori delle società in mano pubblica sono oggi destinatari di tre diversi e sovrapposti regimi di responsabilità: quello tipico privatistico, che emerge dall’applicazione del diritto societario; l’altro altrettanto tipico che per effetto del d.lgs. 231/2001 si applica alle persone giuridiche comprese le società; infine, quello amministrativo-contabile, in seguito ad un orientamento interpretativo dei giudici nazionali.

4.1. La responsabilità civilistica degli amministratori di società pubbliche

La disciplina in materia di responsabilità per l’attività di gestione di un’impresa societaria è volta a temperare due esigenze: da un lato, quella di non disincentivare l’assunzione di rischi da parte di chi è preposto a un’attività imprenditoriale, che è per sua natura incerta; dall’altro, quella di fornire adeguata tutela a coloro i cui interessi possono essere pregiudicati dalla gestione.

A tale scopo, il codice civile definisce un regime speciale di responsabilità civilistica degli amministratori di società di capitali nei confronti di quattro categorie di soggetti: la società per la quale il soggetto svolge la funzione, i creditori della società, i soci, i terzi in genere.

È importante capire quali sono i principi che informano questi regimi di responsabilità, anche al fine di valutare le eventuali sovrapposizioni con la disciplina della responsabilità amministrativa.

La responsabilità verso la società. Compito dell’amministratore è gestire in via esclusiva l’impresa. Egli è responsabile nei confronti della società per tutti gli atti compiuti, anche quando autorizzati dall’assemblea (articolo 2364 c.c.).

Si tratta di una responsabilità da inadempimento rispetto a quelle obbligazioni che ruotano attorno al funzionamento dell’organizzazione societaria e alla gestione dell’impresa. Valgono, dunque, i principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali, con esclusione di ogni sorta di responsabilità oggettiva o per fatto altrui.

Presupposti giuridici (art. 2392 c.c.)		
Violazione degli obblighi, imposti dalla legge o dallo statuto, a contenuto specifico o generico	L’aver causato un danno alla società	Il rapporto di causa-effetto tra la violazione e il danno

Sono obblighi specifici di comportamento: l'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea in caso di perdite che incidono di oltre un terzo sul capitale sociale; la violazione delle varie prescrizioni dettate a tutela dell'integrità del capitale sociale (come ad esempio l'obbligo di revisione della stima per i conferimenti in natura e il divieto di distribuire dividendi se non per utili realmente conseguiti; l'obbligo di accertare senza indugio il verificarsi di una causa di scioglimento e di procedere alla sua iscrizione nel registro delle imprese; la mancata o non corretta redazione del bilancio di esercizio; l'irregolare tenuta delle scritture contabili e la creazione di "fondi neri"; la violazione di leggi fiscali, previdenziali o penali.

Sono obblighi di comportamento a contenuto generico il dovere di agire con diligenza e il dovere di perseguire l'interesse sociale. Si tratta di parametri, alla cui stregua gestire la società, che trovano una precisa individuazione solo alla luce delle situazioni concrete. La diligenza è quella richiesta dalla natura dell'incarico, sulla base delle proprie specifiche competenze; sicché non è necessario che gli amministratori siano necessariamente periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale.

L'amministratore è, dunque, tenuto ad agire in modo informato, nel senso che, all'interno del processo decisionale, dovrà prendere le proprie decisioni sulla base di preve verifiche ed informazioni. A questo si affianca il dovere di perseguire l'interesse sociale, che, nell'ipotesi in cui il capitale sociale sia posseduto dallo Stato o da un ente pubblico, si sostanzia nel fatto che gli amministratori non possono ignorare gli interessi pubblici nello stabilire quale sia l'interesse che la società deve cercare di perseguire.

Nell'ipotesi di operazioni della società in cui l'amministratore abbia un interesse proprio o di terzi, considerato che sono necessarie particolari attenzioni, dato il possibile conflitto di interessi, secondo l'art. 2391 c.c., l'amministratore deve dare notizia di tale interesse agli altri amministratori nonché al collegio sindacale precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; l'amministratore delegato deve astenersi dal compiere l'operazione investendo della stessa il collegio; l'amministratore unico deve darne notizia alla prima assemblea utile.

Il principio di insindacabilità delle scelte di gestione. Non può essere valutato in termini di responsabilità il merito, l'opportunità e la convenienza delle scelte imprenditoriali che è un profilo riservato alla sfera insindacabile degli amministratori. Pertanto, le decisioni che si rivelano erranee, dannose o inopportune, in quanto necessariamente adottate in un regime di incertezza, e che contengono dunque un elemento di rischio, possono solo essere considerate circostanze attraverso le quali presumere la violazione dell'obbligo di diligenza. Non rilevano di conseguenza i danni che nel caso concreto ne siano derivati.

Anche il giudice non può sindacare l'opportunità o la convenienza delle scelte di gestione ma solo il modo con cui le decisioni sono assunte. Perciò, «mentre la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta» (Corte Cassazione 23 marzo 2004).

A dispetto di ciò, in alcune ipotesi, il giudice ha valutato la condotta degli amministratori anche sulla base di criteri di ragionevolezza imprenditoriale, prudenza ed avvedutezza nella gestione, pure se la prudenza – oltre a non essere un parametro di giudizio adatto a valutare il perseguimento del fine lucrativo – è cosa diversa dalla cautela che rientra nella nozione di diligenza.

In sintesi, adempie con diligenza il proprio incarico l'amministratore che provvede alle opportune verifiche, che raccoglie le informazioni, che fa le indagini di mercato, anche nel caso di successivo esito negativo dell'affare.

Il danno e il rapporto di causalità. È evidente come la violazione degli obblighi suddetti importa responsabilità per l'amministratore solo nel caso in cui si verifichi un danno per la società e vi sia un nesso tra condotta e danno. Ad esempio, potrebbe non essere causa di danno, se non accompagnata da altri comportamenti, la mancata o non corretta redazione del bilancio di esercizio ovvero l'irregolare tenuta delle scritture contabili. In questo contesto, il danno, che sia causalmente riconducibile in via immediata e diretta alla condotta colposa o dolosa dell'amministratore, deve essere commisurato al

pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo, attivo o omissivo, non fosse stato posto in essere.

Sulla base dei principi generali in materia, il danno risarcibile è limitato a quello prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione ed è escluso il risarcimento per i danni che il soggetto danneggiato avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza. Il risarcimento deve, a sua volta, tener conto degli eventuali vantaggi derivanti alla società dal comportamento degli amministratori.

Onere della prova. Il carattere contrattuale della responsabilità fa sì che chi agisce sarà tenuto a provare l'inadempimento di un obbligo previsto dalla legge o dallo statuto, il danno alla società e il nesso causale. In ordine alla prova della violazione di un obbligo specifico, è sufficiente l'inadempimento rispetto al comportamento richiesto, mentre con riferimento alla violazione di un obbligo generico, occorre provare la non conformità del comportamento concreto degli amministratori al parametro di comportamento che l'amministratore avrebbe dovuto tenere.

L'amministratore potrà resistere, provando che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, ovvero dimostrando che nella specie egli si è comportato diligentemente, nel senso che ha dedicato all'atto di gestione o alla gestione complessiva, secondo i casi, l'attenzione adeguata ed ha utilizzato al meglio la propria eventuale competenza specifica.

La responsabilità verso la società è solidale. Gli amministratori sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Costituisce causa di esonero dalla responsabilità la formalizzazione del dissenso nel libro delle adunanze e delle delibere del consiglio di amministrazione con la comunicazione per iscritto al presidente del collegio sindacale.

L'accertamento della responsabilità si atteggia in modo differente a seconda che l'amministratore sia mero componente del consiglio di amministrazione ovvero titolare di deleghe di gestione. Quando si tratti di attività amministrativa svolta dal consiglio in forma collegiale, la responsabilità è solidale per gli atti del consiglio. Nel caso invece di attività di amministrazione esercitata in regime di delega, la responsabilità solidale degli amministratori senza delega sussiste: a) per le materie non delegabili o non delegate; b) per le materie delegate portate all'attenzione del consiglio; c) per i fatti da loro commessi; d) nel caso in cui essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

L'azione sociale di responsabilità. L'azione è promossa in seguito a delibera dell'assemblea adottata con le maggioranze dell'assemblea ordinaria (se adottata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, essa comporta la revoca automatica dell'amministratore) e l'assemblea potrà esercitare l'azione sia in sede di approvazione del bilancio, nel cui periodo di riferimento si è svolta la condotta, sia in sede di approvazione del bilancio, nel cui periodo di riferimento si è manifestato il pregiudizio. Gli amministratori, se soci, non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità. La deliberazione assembleare è una condizione dell'azione di risarcimento che può subentrare anche nel corso del giudizio con efficacia sanante *ex tunc*.

L'azione può essere promossa anche a seguito di delibera del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei componenti, ovvero, nel sistema dualistico, di delibera del consiglio di sorveglianza.

Nel complesso, è evidente come l'azione sociale sia rimessa alla discrezionalità della maggioranza dei soci, che può o meno decidere di esercitarla, decorsi cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. La società può rinunciare all'esercizio dell'azione e può transigere, purché vi sia un'approvazione formale dell'assemblea.

L'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale ovvero la diversa misura prevista nello statuto, mentre nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione può essere esercitata da tanti soci che rappresentino almeno un quarantesimo del capitale sociale ovvero la minore misura prevista nello statuto.

Responsabilità verso i creditori sociali. Essa si fonda su un duplice presupposto: la violazione degli obblighi inerenti la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e l'insufficienza del patrimonio sociale al soddisfacimento dei loro crediti. In questa ipotesi, gli amministratori sono chiamati a

rispondere nei confronti dei creditori per la violazione di qualsiasi obbligo che arrechi un pregiudizio al patrimonio sociale. L'azione si prescrive nei cinque anni dal momento in cui il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei creditori sociali. Al riguardo rileva il momento in cui i terzi hanno l'oggettiva possibilità di conoscere l'insufficienza patrimoniale.

Responsabilità verso i soci e i terzi. Questo tipo di responsabilità nasce dal compimento da parte degli amministratori di atti di natura dolosa o colposa che danneggiano direttamente il patrimonio del socio o dei terzi. In tale ipotesi, il danno non colpisce il patrimonio della società, bensì direttamente il patrimonio del socio o del terzo per effetto del comportamento dell'amministratore. E il danno deve essere conseguenza di specifici atti dolosi o colposi degli amministratori, che non possono essere ricondotti al mero inadempimento delle obbligazioni della società. Si pensi a quando viene redatto un bilancio falso, inducendo i soci o i terzi a sottoscrivere o ad acquistare azioni ad un prezzo eccessivo; ovvero a quando la società ottenga un fido bancario presentando un bilancio falso e successivamente la banca non ottiene la restituzione della somma erogata. L'azione, che si può cumulare con la responsabilità sociale o verso i creditori, si prescrive nei cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo.

La responsabilità degli amministratori nelle società a responsabilità limitata: differenze			
Sono responsabili in via solidale con gli amministratori i soci che hanno deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi	La diligenza non è quella professionale, bensì quella del mandatario, nello svolgimento dei compiti di gestione della società.	L'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere promossa da ciascun socio, a prescindere dalla quota di capitale posseduta	Il socio che propone l'azione di responsabilità, in caso di gravi irregolarità nella gestione della società, può chiedere al giudice la revoca degli amministratori

In quanto soggetti privati, gli amministratori delle società, pur partecipate da soggetti pubblici, sono sottoposte anche alle norme civilistiche sulla responsabilità extracontrattuale. Come noto, si tratta di una responsabilità di tipo patrimoniale, priva di elementi sanzionatori, che consente di spostare il danno ingiusto dal patrimonio del danneggiato al patrimonio del danneggiante, disincentivando così i comportamenti dannosi e permettendo di imputarne le conseguenze sul patrimonio di chi ha prodotto il danno. In conclusione, gli amministratori di società pubbliche, come tutti i soggetti dell'ordinamento, saranno sottoposti all'applicazione dell'art. 2043 c.c. e risponderanno sempre per responsabilità da fatto illecito. Mentre, quali amministratori di società formalmente private, risponderanno, ai sensi degli artt. 2392-2395 c.c., per responsabilità civile nei confronti della società, dei creditori sociali, dei soci e dei terzi.

4.2. Il raffronto tra responsabilità civile e responsabilità amministrativa

Rispondendo gli amministratori di società pubbliche oltre che per responsabilità civile, anche per responsabilità amministrativa, occorre indagare quali sono gli elementi di differenziazione tra i due titoli di responsabilità. Rispetto alla prima, della quale si sono tratteggiati gli elementi essenziali, la seconda presenta alcuni caratteri che non differiscono da quelli della comune responsabilità civile, se non fosse per l'aggiunta della necessaria e caratterizzante presenza del c.d. "rapporto di servizio".

In sintesi, gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa sono: 1) il danno, che consiste nella lesione di un interesse patrimoniale economicamente valutabile, con l'effetto che il risarcimento consiste nel pagamento di una somma equivalente alla misura del danno stesso. Il danno deve anche essere effettivo ed attuale e, oltre a comprendere il danno emergente (cioè la diminuzione patrimoniale subita dalla p.a.), si estende al lucro cessante (vale a dire agli incrementi patrimoniali non conseguiti a causa del fatto dannoso). Si ricordi, inoltre, che il citato art. 1 della legge n. 20 del 1994, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti, prevede che quest'ultima giudichi sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti pubblici, anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza; 2) il rapporto di servizio, che, come suddetto, è l'elemento caratterizzante questo tipo di responsabilità; 3) il nesso di causalità fra il comportamento del pubblico amministratore e le conseguenze dannose provocate; 4) il dolo o la colpa grave, che costituiscono il c.d. elemento

soggettivo della responsabilità. Ricorre il dolo in presenza della volontà cosciente del soggetto di provocare con la sua condotta un determinato evento dannoso, mentre si intende per colpa grave quella che deriva dall'inosservanza di quel minimo di diligenza che tutti dovrebbero avere. Restano dunque escluse dal giudizio connesso alla responsabilità amministrativa la colpa lieve determinata dalla violazione della diligenza media (art. 1176 c.c.) e la responsabilità per colpa lievissima. Precisamente, secondo la giurisprudenza amministrativa, il connotato della colpa grave, nel comportamento posto in essere dal funzionario o dall'amministratore pubblico, può riconoscersi allorché ricorrano i seguenti requisiti: l'inosservanza del minimo di diligenza; l'atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle funzioni, agendo senza le opportune cautele; infine, nel caso specifico di una partecipazione di un ente pubblico ad una società, l'inerzia del soggetto che, pur essendo a conoscenza di atti e/o situazioni pregiudizievoli all'ente partecipato, non ha fatto quanto era in suo potere per attenuare o eliminare le conseguenze dannose.

E' importante sottolineare che la responsabilità amministrativa in esame non va ridotta o confusa con la semplice responsabilità contabile, nonostante si ricorra, di norma, all'unica e generica nozione di responsabilità amministrativo-contabile. Propriamente, la responsabilità contabile in senso stretto consiste in quella particolare forma di responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere gli agenti contabili (ovverosia i soggetti, pubblici o, qualora versino in determinate condizioni, i privati che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato o la materiale disponibilità di beni) in caso di inosservanza dell'obbligo di restituire i valori gestiti o custoditi. La responsabilità amministrativa, invece, è rinvenibile in capo ai c.d. agenti amministrativi (i quali hanno la mera disponibilità giuridica di denaro o beni, esercitando compiti deliberativi e ordinatori di spesa), a seguito di qualsiasi condotta dolosa o gravemente colposa foriera di danno erariale.

Al dunque, gli elementi di differenziazione del regime giuridico delle appena menzionate responsabilità sono: a) la responsabilità contabile si fonda sul maneggio, di diritto o di fatto, del denaro o, in genere, dei valori della p.a., mentre la responsabilità amministrativa trova il suo fondamento in un danno patrimoniale (doloso o colposo) cagionato alla p.a.; b) la responsabilità contabile deriva dall'inadempimento di un obbligo di restituire valori avuti in consegna, ispirandosi, perciò, alla responsabilità del depositario, il quale è liberato dall'obbligo di restituzione solo se dimostra che la perdita è avvenuta per causa a lui non imputabile (art. 1780 c.c.); la responsabilità amministrativa, invece, si basa sulla diligenza nell'adempimento dei doveri nascenti dal rapporto di servizio, ispirandosi pertanto, ai criteri di valutazione della diligenza del debitore nell'adempimento di cui all'art. 1176 c.c.; c) la responsabilità contabile attiene all'obbligo di restituire cose già appartenenti alla p.a.; la responsabilità amministrativa, al contrario, deriva da un comportamento (doloso o colposo), conseguente ad un'omessa o mal adempiuta prestazione, da cui sia derivato un danno patrimoniale alla p.a.; d) la responsabilità amministrativa presuppone in ogni caso un rapporto di servizio; la responsabilità contabile grava anche sui contabili di fatto, derivando dall'obiettiva esistenza di una gestione; e) nella responsabilità contabile si ritiene escluso il c.d. potere riduttivo, per cui il giudice, una volta accertato il danno, può solo condannare o assolvere; per la responsabilità amministrativa, la legge attribuisce alla Corte di conti la facoltà di porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso (c.d. potere riduttivo), proporzionando, quindi, l'entità del risarcimento al grado di colpevolezza; f) il giudizio di responsabilità contabile è instaurato all'atto della presentazione del conto giudiziale, a prescindere dall'eventuale denuncia di irregolarità; il giudizio di responsabilità amministrativa è, invece, promosso dal Procuratore generale presso la Corte di conti, d'ufficio o su denuncia dei funzionari che vengano a conoscenza dei fatti che possono essere fonte di responsabilità.

Ciò posto, è possibile desumere che la responsabilità amministrativa è una responsabilità patrimoniale, avente natura, secondo i più, sanzionatoria, anche se non mancano tesi a sostegno della natura risarcitoria. L'elemento essenziale che la caratterizza è, per l'appunto, la sussistenza di un obbligo di servizio fra il soggetto che danneggia e l'amministrazione danneggiata ed essa ricorre, come precedentemente detto, solo in presenza di dolo o colpa grave, cosicché l'addebito è commisurato alla gravità della colpa e non alla gravità del danno, a conferma della possibile natura sanzionatoria dell'istituto.

La responsabilità amministrativa è, quindi, la responsabilità dell'agente legato da un rapporto di servizio all'amministrazione pubblica, il quale produce un danno, diretto o indiretto, alla stessa amministrazione.

L'art. 1 della l. n. 20 del 1994, così come modificato dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, di conversione de d.l. n. 543 del 1996, prevede, inoltre, che la responsabilità amministrativa sia personale e, in quanto tale, non trasmissibile agli eredi, se non nell'ipotesi di illecito arricchimento. Carattere personale che parrebbe supportare ulteriormente la tesi della natura sanzionatoria della responsabilità in esame.

La norma citata, per di più, ha stabilito che la valutazione del giudice contabile non possa estendersi al merito delle scelte discrezionali.

Per quanto riguarda la natura della responsabilità amministrativa, inizialmente sembrava doversi riconoscere a quest'ultima natura contrattuale, potendosi il danno ricondurre nell'ambito del rapporto obbligatorio del dipendente/amministratore verso la p.a. di appartenenza, inquadrandosi nel principio generale dell'adempimento delle obbligazioni (artt. 1176 e 1218 c.c.).

Sennonché, con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia si è giunti a riconoscere alla responsabilità in questione sia natura contrattuale che extracontrattuale. L'art. 1 della l. n. 20 del 1994, riconoscendo la responsabilità amministrativa anche per fatti commessi in danno di amministrazioni ed enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, sembra, infatti, aver configurato una sorta di responsabilità extracontrattuale, riconosciuta tra l'altro dalla stessa Corte di Cassazione fin dalla citata ordinanza n. 19667 del 2003.

In quest'ultima, precisamente, il Giudice di legittimità afferma che *«il discrimen tra le due giurisdizioni risiede ... unicamente nella qualità del soggetto passivo, e pertanto nella natura – pubblica o privata – delle risorse finanziarie di cui esso si avvale avendo il legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente – e così in definitiva l'interesse pubblico –, con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei conti presso la quale ... è istituito il procuratore regionale abilitato a promuovere i relativi giudizi nell'interesse generale dell'ordinamento giuridico».*

«Per i giudizi di responsabilità extracontrattuale, così attribuiti al giudice contabile, sono sicuramente inutilizzabili gli argomenti (artt. 2093 e 2201 c.c., art. 409 n. 4 c.p.c., assenza di controlli, inesistenza di norme pubblicistiche) ... adottati a sostegno del riparto di giurisdizione all'interno della categoria degli enti pubblici economici, di cui al risalente indirizzo sopra richiamato, non avendo il legislatore ritenuto di attribuire altresì rilevanza alle modalità della condotta del soggetto agente - e, in concreto, se essa violi norme di diritto pubblico o di diritto privato -, se non per i riflessi che esse comportano in tema di elemento soggettivo».

La Suprema Corte, inoltre, rileva che *«la norma innovativa di cui all'art. 1 ultimo comma legge n. 20 del 1994 ha una sua evidente ricaduta anche in tema di responsabilità contrattuale: se, infatti, nella responsabilità extracontrattuale in danno di amministrazioni od enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, le modalità della condotta (violatrice di norme tanto di diritto pubblico che di diritto privato) del soggetto agente sono giuridicamente irrilevanti quanto alla giurisdizione, a maggior ragione esse lo sono divenute 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».*

Per le Sezioni Unite, pertanto, è l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso. Conclusione, questa, affermata dalla legge per la responsabilità extracontrattuale (art. 1 l. n. 20/1994), che dovrebbe valere anche rispetto alla responsabilità (contrattuale) derivante da un danno arrecato alla p.a. di appartenenza.

In effetti, di recente la Corte di Cassazione ha ribadito che *«in relazione al progressivo operare dell'amministrazione tramite soggetti non organicamente inseriti nella stessa e del sempre più frequente operare di questa al di fuori degli schemi del - per molti versi superato - regolamento di contabilità di Stato», ai fini del riconoscimento della giurisdizione contabile, è «del tutto irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa od in un contratto privato»; «ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti,*

cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla Pubblica Amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguitate, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al Giudice contabile (ex plurimis, Cass. sez. un. n. 8450/98, 926/99, 11309/95)» (Cass., sez. un., ordinanza 1 marzo 2006, n. 4511).

La decisione esaminata considera, quindi, irrilevante la natura formalmente privata del soggetto danneggiante, attribuendo importanza dirimente, in punto di giurisdizione, alla natura erariale del danno ed alla pubblicità degli scopi perseguiti, nonché alla sussistenza di una «relazione non organica, ma funzionale» con un soggetto pubblico («caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedurale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo», Cass., n. 3899/2004).

In considerazione di ciò e in considerazione della possibilità di configurare una responsabilità amministrativa di tipo extracontrattuale, si potrebbe, però, cadere nell'equivoco di ritenere che non sia più necessario un rapporto di servizio tra danneggiante e danneggiato. Equivoco che, invece, non deve verificarsi, in quanto non si deve attribuire importanza dirimente in punto di giurisdizione solo alla natura erariale del danno ed alla pubblicità degli scopi perseguiti. Esse, infatti, non possono non essere accompagnate dalla sussistenza di una «relazione non organica, ma funzionale» con un soggetto pubblico. Né a tal proposito è utile ricorrere alla “nozione di rapporto di servizio in senso lato” (Corte dei conti, sez. I centrale d'appello, 22 febbraio 2008, n. 97) che si avrebbe quando una 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.

L'«inserimento del soggetto esterno nell'iter procedurale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo», cui fa riferimento, come in precedenza evidenziato, la sentenza della Cassazione n. 3899 del 2004, altro non è che una formulazione aggiornata della configurazione del rapporto di servizio.

Le decisive pronunce del Giudice di legittimità n. 19667 e n. 3899, che sembrano divergere, finiscono, in realtà, per completarsi a vicenda e per fornire un quadro preciso e completo della responsabilità amministrativa. 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. La seconda, invece, rimane ancorata al parametro del rapporto di servizio tradizionalmente inteso.

In realtà, quest'ultimo è di fondamentale rilievo in entrambe le fattispecie analizzate dal giudice di legittimità, ma deve essere reinterpretato ed adeguato alla luce dell'evoluzione del quadro normativo di riferimento e, quindi, considerato possibile (funzionalmente) anche nei confronti di amministrazioni diverse da quelle di appartenenza.

Non si è assistito ad un mutamento della natura della responsabilità amministrativa da contrattuale in extracontrattuale, ma solo ad una sua articolazione in entrambe le fattispecie.

E' in questo contesto, dunque, 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, mentre ne diviene un presupposto nel caso in cui la responsabilità amministrativa sia di tipo extracontrattuale, come nel caso del danno obliquo.

Questo sta a significare che è comunque necessario che il danneggiante 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 del 1994 ed essi devono ovviamente essere nell'esercizio delle relative funzioni. Tale presupposto è essenziale per consentire di affermare che al presunto responsabile sono intestate funzioni e/o compiti amministrativi.

Solo così, infatti, 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, e magari anche episodico. Non è possibile, pertanto, né concettualmente né normativamente prescindere da tale elemento.

Ecco perché qualcuno avrebbe ritenuto non opportuna l'affermazione con la quale la Cassazione ha sostenuto che il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile vada individuato unicamente nella qualità del soggetto passivo e, quindi, nella natura delle risorse finanziarie di cui esso si avvale.

E' possibile sostenere, allora, che per assoggettare le società in mano pubblica alla responsabilità amministrativa, in assenza di una norma espressa, è sempre necessario individuare un rapporto di tipo pubblicistico qualificabile come rapporto di servizio, fra amministratori e società o fra amministratori e socio pubblico (assimilabile al rapporto intercorrente fra l'amministrazione e il suo dipendente) o fra società ed ente, e dimostrare, inoltre, che tale rapporto è rilevante – in quanto diverso ed ulteriore – nonostante il codice civile già preveda specifiche responsabilità degli amministratori nei confronti della società, dei soci e dei creditori.

E' possibile così cogliere come la finalità della responsabilità amministrativa sia sostanzialmente diversa dalla finalità della responsabilità civile: mentre quest'ultima risponde alla fondamentale esigenza di tutelare il creditore o il soggetto danneggiato, la prima è volta, invece, a tutelare in modo specifico l'amministrazione dai danni provocati dai suoi dipendenti. E' un istituto che si muove, dunque, nell'ambito dell'ordinamento speciale dell'amministrazione e che trova la sua base, per l'appunto, nella relazione che intercorre fra l'amministrazione ed un suo dipendente.

In altre parole, pur se si sostiene che la responsabilità civile non differisce di molto da quella amministrativa, presentando gli stessi caratteri con l'aggiunta del requisito del c.d. rapporto di servizio, non si possono non rilevare delle differenze sostanziali, a cominciare da quelle appena menzionate relative alle finalità perseguite.

Le due responsabilità (amministrativa e civile) si fondano, infatti, su presupposti, regole, comportamenti e razionalità completamente diverse. Ciò spiegherebbe, ad esempio, le differenze relative all'elemento soggettivo: entrambe le responsabilità richiedono il dolo o la colpa, però, mentre per quella civile i criteri di imputazione sono vari e vanno dalla colpa lieve fino alla responsabilità oggettiva, per la responsabilità amministrativa, in cui rileva la condotta del dipendente più che la gravità del danno, i criteri di imputazione sono limitati al dolo e alla colpa grave.

Inoltre, è opportuno evidenziare che la responsabilità civile si basa sulla c.d. *business judgement rule*, che implica una valutazione di razionalità *ex ante*, mentre, all'opposto, la responsabilità amministrativa deve essere per definizione *ex post*. E ancora, la responsabilità amministrativa si differenzia da quella civile sotto il profilo funzionale, non strutturale: essa è costruita non sugli artt. 2 e 41 Cost., ma sull'art. 97 Cost.

Al dunque, ove si considerino poi il regime della solidarietà e della trasmissibilità agli eredi, la riduzione dei termini di prescrizione, l'assenza di uno strumento a tutela del credito quale l'azione revocatoria, l'applicabilità di un istituto ampiamente discrezionale quale il potere riduttivo, la valutabilità, anche d'ufficio, dei vantaggi comunque conseguiti, non si può non concludere che la responsabilità amministrativa si ispira a logiche completamente diverse da quelle della responsabilità civile.

Tra i punti di differenziazione maggiormente rilevanti tra responsabilità amministrativa e responsabilità civile si deve considerare per di più il fatto che, mentre le norme sulla responsabilità civile sono applicabili a tutte le società pubbliche senza alcuna distinzione, non sembra possa dirsi lo stesso per la responsabilità amministrativa. L'applicazione delle norme pubblicistiche non dovrebbe avvenire, infatti, in via generalizzata, ma in considerazione delle singole fattispecie e delle società coinvolte.

In altre parole, ai fini della sottoposizione dei dipendenti e amministratori della società alla giurisdizione contabile, sembra assumere rilevanza il tipo di società e la quota di partecipazione dell'ente pubblico.

Secondo alcuni la responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte di conti dovrebbero sussistere sempre - ovviamente qualora ne ricorrano i presupposti -, senza distinzioni dovute alla partecipazione pubblica al capitale sociale, e questo in considerazione del fatto che «da

giurisdizione della Corte di conti si “ancora” a beni o patrimonio pubblici e non si “stempera” se essi confluiscono nel patrimonio di una società (anche con capitale pubblico di minoranza)».

Oltre alle differenze esistenti tra responsabilità amministrativa e responsabilità civile, è opportuno, infine, segnalare e porre attenzione anche al rapporto esistente tra le stesse. E' intuibile, infatti, che tra i punti nevralgici del problema, che hanno interessato dottrina e giurisprudenza in questi ultimi anni, vi sia proprio quello relativo all'individuazione della giurisdizione competente e, conseguentemente, del quadro normativo di riferimento, che si applichi al risarcimento dei danni prodotti alle amministrazioni pubbliche dagli amministratori o dai dipendenti delle società da esse partecipate, se cioè essa sia quella ordinaria o quella contabile ed, al limite, a quali condizioni si applichi quest'ultima.

Parte della dottrina ritiene che la responsabilità amministrativa, qualora sussista, subentri alla responsabilità civile, escludendola. La responsabilità amministrativa rappresenterebbe 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.

Numerose sono del resto anche le pronunce della Corte di Cassazione che, direttamente o indirettamente, sembrerebbero sostenere quanto appena rilevato. 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 giurisdizionale del giudice ordinario.

Malgrado ciò, però, in diverse sentenze della giurisdizione contabile continua ad essere riproposta la “teoria del doppio binario”.

Sul punto è intervenuto anche il legislatore del c.d. decreto Milleproghe, il quale, affermando che alla società a partecipazione pubblica minoritaria, se quotata in borsa, si applica «esclusivamente» la giurisdizione del giudice ordinario, preoccupandosi, tra l'altro, di chiarire che le controversie andranno risolte secondo «le norme del diritto civile», sembrerebbe aver voluto sconfessare apertamente la teoria suddetta del doppio binario. Risulterebbe altrimenti incomprensibile o quanto meno pleonastica la precisazione che alle società partecipate sottratte alla giurisdizione contabile si applica «esclusivamente» quella ordinaria. Sembra essersi voluto cioè evitare che l'affermazione della sussistenza della giurisdizione ordinaria potesse essere intesa come aggiuntiva a quella contabile.

5. Le criticità

Essendo gli amministratori delle società in mano pubblica destinatari della responsabilità privatistica e di quella amministrativa, occorre ora indagare le criticità che derivano dalla sovrapposizione di questi regimi. Tali criticità verranno esaminate con riferimento ad alcune questioni principali: a. la base normativa della responsabilità amministrativa; b. le modalità applicative all'universo delle società pubbliche, anche in base alle indicazioni fornite con circolare dal Mef; c. le conseguenze del recente intervento del legislatore con il c.d. milleproghe; d. i criteri di valutazione dell'attività imprenditoriale validi anche per le società pubbliche; e. i profili di compatibilità comunitaria.

5.1. La responsabilità amministrativa e il principio di legalità

Come si è già ricordato in precedenza, sino ai primi anni Ottanta del secolo scorso, era opinione comune, innanzitutto della Corte dei conti, che la responsabilità amministrativa, avendo natura contrattuale, avesse origine dal mancato adempimento di un obbligo fra quelli propri del vincolo che lega il dipendente all'amministrazione. In altri termini, il comportamento del funzionario, da cui fosse derivato un danno per l'amministrazione, doveva presupporre la violazione di un obbligo di servizio (art. 18, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), di una regola di contabilità o di finanza pubblica, di un precetto che servisse ad assicurare la corretta gestione dei mezzi finanziari pubblici. Accertato il danno, occorreva insomma verificare l'esistenza di una norma e la sua violazione.

In questa cornice, la responsabilità amministrativa poteva essere prevista ed evitata, poiché legata alla conformità ad una regola generale, e non lasciata al solo apprezzamento del giudice contabile,

chiamato ad individuare quali diminuzioni patrimoniali subite dall'amministrazione dessero luogo a responsabilità e quali no.

A partire dalle riforme del 1994-96, si registra, al contrario, un'inversione di rotta a seguito di due concomitanti indirizzi interpretativi. Per un verso, si afferma la propensione ad assimilare la responsabilità amministrativa alla responsabilità extracontrattuale, la quale, in ragione della sua atipicità, consente di configurare la condotta antigiusdica mediante qualunque tipologia di violazione di norme pubblicistiche e privatistiche. Per l'altro, la tendenza del giudice ordinario ad individuare diverse ipotesi di danno, corrispondenti alla lesione di situazioni soggettive rilevanti sul piano costituzionale – ovvero collegate ad un pregiudizio diverso dal danno patrimoniale in senso stretto, come il danno all'immagine, biologico, per perdita di chance – contagia anche la giurisprudenza contabile, inducendola a considerare nuove ipotesi di danno, di cui sono dimostrazione i danni immateriali, il danno all'immagine e al prestigio del soggetto pubblico, il danno alla comunità di cui l'amministrazione è ente esponenziale, il danno per la mancata realizzazione dei risultati programmati.

Nell'ipotesi della responsabilità amministrativa, peraltro, tutto ciò ha un effetto amplificato, se solo si considera che danno erariale è sia quello all'amministrazione di appartenenza, sia quello arrecato ad una qualsiasi altra pubblica amministrazione, sia quello cagionato allo Stato-comunità, nel senso di pregiudizio ad un bene comune, come l'ambiente, purché ognuno di essi sia suscettibile di valutazione economica.

Ne consegue che, attualmente, sembra essere interamente rimessa alla valutazione della Corte dei conti la configurazione delle ipotesi in cui il danno, procurato al patrimonio pubblico, integri i presupposti della responsabilità amministrativa. Detti presupposti sono, infatti, divenuti atipici e dunque carenti sotto il profilo della certezza giuridica. Oltretutto, se è difficile individuare preventivamente le fattispecie di abuso e di violazione nella gestione del denaro e dei beni pubblici, è normale che le medesime rappresentino solo marginalmente una forma di deterrenza sulla propensione degli amministratori al compimento di danni erariali.

Inevitabilmente, questa indeterminatezza si traduce in una violazione del principio costituzionale della riserva di legge per coloro i quali affermano la funzione sanzionatoria di tale responsabilità, osservando che quest'ultima, in base alla lettera della norma, ha carattere personale e non genera un'obbligazione trasmissibile agli eredi. Ma tale punto di crisi nemmeno scompare, qualora si ritenga corretta la tesi opposta della funzione risarcitoria, con carattere speciale, data la laconicità della formulazione normativa, che non definisce il perimetro del danno cagionato allo Stato «nell'esercizio delle funzioni» pubbliche (art. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20, come successivamente modificato).

Il quadro viene, peraltro, a complicarsi nell'ipotesi in cui a titolo di responsabilità amministrativa vengano imputati gli amministratori e i dipendenti delle società per azioni di proprietà pubblica, poiché in questo caso la configurazione della responsabilità amministrativa è ancora di più rimessa alla discrezionalità del giudice contabile. Si tratta dei casi di danno prodotto dall'azione di società, che discendono da processi di esternalizzazione ovvero di privatizzazione dei compiti e dei servizi, le quali perseguono le proprie finalità mediante un'attività disciplinata dal diritto privato.

In queste ipotesi, quando l'attività è di carattere imprenditoriale, ossia diretta alla produzione di beni e servizi, i comportamenti sono ispirati all'assunzione del rischio e al solo criterio dell'economicità e dell'equilibrio fra costi e ricavi, per cui applicando a questa attività lo schema della responsabilità amministrativa si tende a lasciare un margine di valutazione troppo ampio alla Corte dei conti, in cui è complesso valutare se l'attività di gestione delle risorse di bilancio compiuta dal danneggiante verso l'amministrazione danneggiata sia stata contraria ai doveri d'ufficio. E ciò proprio perché l'interesse dell'ordinamento alla tutela del patrimonio pubblico e alla corretta gestione dei mezzi finanziari è indefinito ed, inoltre, la normale assunzione del rischio non sembra coniugarsi con l'incertezza connessa a tale responsabilità.

In conclusione, l'applicazione della responsabilità amministrativa al comportamento di un soggetto che è tenuto a conformarsi ai criteri di correttezza, diligenza e fedeltà, come gli amministratori delle società pubbliche, pur tentando di rispondere alla crescente preoccupazione della società per l'impiego delle risorse collettive, sembra porsi in contrasto con il principio di legalità. Questo orientamento genera, infatti, incertezza giuridica, preparando un terreno contrario all'innovazione e alla crescita, e

comporta il rischio di contenziosi per responsabilità a carico di società in mano pubblica, chiamate a rendere conto di fronte al giudice contabile di comportamenti non predeterminati nei presupposti dalla legge né quantificabili in base a criteri predefiniti. L'esito indicato, seppure ha l'obiettivo di prevenire un danno all'erario, rischia di paralizzare l'attività economica di queste società, scaricando integralmente – quantomeno in apparenza – il rischio d'impresa sul soggetto societario e lasciando esente l'amministrazione.

5.2. Controlli societari e nuove responsabilità contabili: la circolare del Ministero dell'Economia diretta alle società in partecipazione pubblica e l'art. 16bis del milleproroghe

La recente circolare, diffusa dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che richiama la nota del Procuratore generale del 2 agosto 2007, sembra presupporre la sottoposizione delle società partecipate dallo Stato alle regole previste per la responsabilità amministrativa e presenta tre criticità evidenti.

Innanzitutto, essa riguarda anche le società con azioni o titoli ammessi ai mercati regolamentati, le quali, come evidenziato da un documento della Banca d'Italia (Circolare n. 264010 del 4 marzo 2008, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*), sono già soggette a molteplici controlli, il che è suscettibile di generare pericolose sovrapposizioni con evidenti rischi di inefficienza. La moltiplicazione di controlli di diritto comune e di diritto speciale rappresenta, infatti, una patologia che pone a rischio quelle ragioni di trasparenza e di stabilità che invece l'ordinamento dichiara di voler perseguire.

In secondo luogo, è evidente che questo regime speciale è in contrasto con i principi di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento. In altri termini, è palese che il regime della responsabilità amministrativa, per come si è andato sviluppando nel diritto vivente, postula un evidente contrasto con le libertà di circolazione e di stabilimento, e quindi con la possibilità di investimento da parte di soggetti che appartengono al mercato unico, nonché con la possibilità per i medesimi di acquistare il controllo e la gestione delle imprese.

Un terzo ordine di considerazioni concerne il rapporto tra due sistemi di controlli – quello di carattere societario e quello di responsabilità amministrativa contabile fatta valere dalla Corte dei Conti – fondati su presupposti, regole, comportamenti e razionalità predittive completamente diverse. In particolare, la responsabilità del diritto societario si basa sulla cosiddetta *business judgement rule*, che implica una valutazione di razionalità *ex ante*; mentre, all'opposto, la responsabilità contabile deve essere, per definizione, valutata *ex post*. Ciò sconsiglia ulteriormente l'introduzione di un modello di responsabilità contabile nella disciplina delle società, ambito nel quale potrebbe determinare un fenomeno distorsivo.

Quali, allora, le possibili soluzioni?

Il primo elemento da valorizzare è costituito dall'appello al mercato dei capitali, che – indipendentemente dal tipo di operazione compiuta (quotazione di azioni o di obbligazioni) – ingenera inevitabilmente un affidamento collettivo a regole di gestione sociale sostanzialmente uniformi.

Il secondo elemento riguarda il fatto che l'Unione europea prevede regole speciali di trasparenza per le società pubbliche, imponendo obblighi di contabilità separata (v. Direttiva 16 novembre 2006, n. 111, «relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese»). È quindi con una logica legata esclusivamente a questa attività separata, così come indicata anche a livello comunitario, che si può ragionare sull'esistenza di una regola speciale di responsabilità, e non certamente per l'attività gestita secondo le regole di diritto pubblico.

Infine, con un terzo elemento, si può replicare ad una obiezione che emerge chiaramente nella pronuncia della Corte di Cassazione (sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667), le cui argomentazioni si concentrano sulla scarsa effettività dei controlli e dei rimedi societari. Si può osservare, in tal senso, che dove il legislatore abbia ravvisato un problema di scarsa effettività, lo ha generalmente risolto sulla base di un criterio di prevenzione. Nel codice civile è già previsto, in materia di cooperative, un doppio regime di responsabilità (di diritto comune e amministrativa), ma se gli strumenti di diritto comune sono ordinariamente attivati, necessariamente il controllo amministrativo si deve interrompere. Si tratta,

del resto, di una regola che molte società di diritto speciale o soggette a controllo speciale amministrativo, conoscevano già nel passato.

Le considerazioni svolte in merito al rapporto tra controlli di carattere societario e responsabilità amministrativa contabile ed alle problematiche emerse dalla disordinata sovrapposizione di queste due differenti tipologie di controlli sembrano, peraltro, trovare riscontro nel recente intervento normativo in materia di responsabilità degli amministratori di S.p.A. partecipate dallo Stato.

Il riferimento è all'art. 16 *bis* della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che 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 (c.d. decreto *Milleproroghe*). Tale disposizione, introdotta al fine di risolvere i dubbi sull'esistenza e sull'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di danni prodotti alle S.p.A. partecipate dalla P.A. dai loro amministratori, ha chiarito che “[p]er le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate”: (i) “la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile”; (ii) “le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”; (iii) tali disposizioni “non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore” della legge di conversione.

L'art. 16 *bis* costituisce espressione della volontà del legislatore di delimitare (*rectius*: frenare) gli orientamenti ermeneutici del giudice ordinario e contabile che estendono la responsabilità per danno erariale e la giurisdizione della Corte dei conti agli amministratori di S.p.A. pubbliche. La disposizione è volta, infatti, ad escludere – *de futuro* – la giurisdizione contabile per gli amministratori di S.p.A. quotate, partecipate dalla P.A. con una quota inferiore al 50%, prevedendo che la responsabilità degli amministratori di tali società sia governata esclusivamente dalle norme e dalla giurisdizione civili. Di là dal contenuto letterale della disposizione, l'art. 16 *bis* spiega effetti sistematici ulteriori.

Un'analisi interpretativa di tale norma condotta secondo canoni teleologici e sistematici consente, infatti, di affermare che il precipitato della disposizione in questione sia più ampio, tale da far ritenere ormai acquisito che la disciplina applicabile a tali società non è modificata in virtù della partecipazione (minoritaria) della P.A. In particolare, la norma sembrerebbe affermare un principio sistematico in base al quale la partecipazione della P.A. in una S.p.A. quotata, purché inferiore al 50%, non muta la natura della società: essa è governata dal diritto societario comune senza “interferenze pubblicistiche”. In sostanza, il legislatore pare orientato nel senso di attribuire alla P.A. che sia azionista (non di controllo) un ruolo del tutto parificato a quello dell'investitore privato.

D'altronde, l'art. 16 *bis* rappresenta solo l'ultima tappa del recente percorso intrapreso dal legislatore nazionale, sotto l'impulso della giurisprudenza comunitaria, al fine di eliminare le condizioni di disparità esistenti tra S.p.A. partecipate e non, che ha comportato l'abrogazione delle disposizioni di favore che il codice civile riservava alle società partecipate dall'amministrazione. Inoltre, con specifico riguardo alle società quotate, la legge finanziaria per il 2008 (art. 3, commi 16 e 44) ha escluso l'applicazione di alcuni obblighi dettati a carico della generalità delle S.p.A. partecipate (l'obbligo di riduzione del numero dei componenti degli organi societari, nonché l'obbligo di riduzione degli emolumenti).

Le considerazioni svolte consentono pertanto di ritenere che l'art. 16 *bis* sia da interpretare quale norma a valenza sistematica che, coerentemente con le recenti scelte di politica del diritto perseguite dal legislatore, elimina definitivamente ogni tratto di residua specialità per le S.p.A. partecipate da un ente pubblico con soglie inferiori al 50%, nel caso queste società siano quotate. Pertanto, qualsiasi vincolo o regime speciale il legislatore imponga alle S.p.A. partecipate non si estende alle società quotate (quando la partecipazione della P.A. sia inferiore al 50%), salvo contraria (ed espressa) disposizione di legge.

Come si è accennato *supra*, tuttavia, le innovazioni portate dall'art. 16 *bis* non trovano applicazione alle controversie già in corso al momento dell'entrata in vigore del *Milleproroghe*. Per il modo in cui è stata formulata, la novella legislativa in discussione sembrerebbe implicitamente aver assegnato alla giurisdizione contabile (ora per allora) il titolo per conoscere delle azioni di responsabilità erariale già promosse alla data di sua entrata in vigore, nel momento stesso in cui ha viceversa escluso in termini espliciti la sussistenza di tale titolo per il futuro. A tal proposito, non infondati paiono i dubbi di legittimità costituzionale che una norma siffatta solleva.

Sembrerebbe esservi, anzitutto, una violazione del principio del giudice naturale precostituito. È sufficiente leggere il disposto testuale dell'art. 25, comma 1, Cost. per convenire sul fatto che il “giudice naturale”, dal quale ognuno ha il diritto insopprimibile a essere giudicato, deve aver ricevuto il relativo potere di sindacato da una norma entrata in vigore prima dell'instaurazione della controversia.

D'altronde, l'art. 6 della CEDU esige che chiunque sia incolpato di un illecito sia giudicato da un giudice indipendente e imparziale costituito per legge. Ne discende un ulteriore profilo di incostituzionalità dell'art. 16 *bis* questa volta per mancato rispetto dell'obbligo del legislatore ordinario, sancito dall'art. 117 Cost., di uniformarsi alle previsioni di trattati internazionali vincolanti per il nostro ordinamento.

5.3. La valutazione dell'attività imprenditoriale secondo i parametri della responsabilità amministrativa

Partendo dal presupposto che, secondo la giurisprudenza, la responsabilità amministrativa riguarda anche gli amministratori di una società a partecipazione pubblica, si pone il problema di verificare in quale modo valutare l'attività di natura imprenditoriale posta in essere dagli amministratori alla luce dei parametri della responsabilità amministrativa.

Come già visto in precedenza, la giurisprudenza di legittimità, ne ha individuato i presupposti nella condotta dell'agente contrassegnata da dolo o colpa, la quale produce un danno ingiusto ad essa causalmente collegato. In sostanza, la citata giurisprudenza, partendo dal presupposto che la responsabilità in oggetto è una responsabilità di natura extracontrattuale – in quanto rileva il danno provocato non all'ente di appartenenza ma bensì al socio pubblico azionista – mutua i principi affermati nel campo della responsabilità extracontrattuale civilistica. Mentre, a ben vedere, la giurisprudenza della Corte dei conti ha identificato il danno erariale anche in danni propri del patrimonio sociale, i quali non possono essere automaticamente classificati come danni extracontrattuali che incidono sul patrimonio del socio (Corte dei conti, sez. Marche, 12 luglio 2005, n. 492).

Altro profilo da tenere presente, ai fini della questione in esame, è che l'articolo 1 della legge n. 20/1994 afferma che la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non riguarda il merito delle scelte discrezionali che restano insindacabili. Eppure, la giurisprudenza di legittimità (Cass., 28 marzo 2006, n. 7024) ha rilevato che “di discrezionalità può correttamente parlarsi soltanto in relazione ad attività di rilievo pubblicistico, [...] senza confondere tale fenomeno con quello della libertà di scelta attribuita all'amministrazione quando la stessa agisce come imprenditore, nella quale non vige il detto principio regolatore”. Non esiste per gli atti compiuti, in regime di autonomia privata, un'area di insindacabilità per le scelte discrezionali, nella misura in cui queste attività non hanno rilievo pubblicistico.

Gli atti degli amministratori possono essere distinti tra atti afferenti l'organizzazione della società (convocazione organi, elaborazione assetto organizzativo) e atti afferenti l'attività della società sul mercato e più in generale verso i terzi esterni alla società. Tali atti presentano una gradazione di “vincolatività”, andando da atti che l'amministratore è libero di compiere, tanto sotto il profilo della loro adozione quanto nel loro contenuto, fino ad arrivare a comportamenti determinati che la legge o lo statuto prevede gli amministratori pongano in essere. Pertanto, in linea di principio ogni atto degli amministratori di società può essere valutato in termini di responsabilità amministrativa, quando sussistano le predette componenti strutturali dell'illecito amministrativo.

Al riguardo, è da tenere presente che la giurisprudenza della Corte dei conti ritiene che il danno al soggetto pubblico si può verificare anche attraverso la lesione del patrimonio della società controllata (Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, sentenza n. 114/2006). Non è, quindi, necessario un atto che danneggi direttamente il patrimonio del socio pubblico ma è sufficiente un comportamento che danneggi il patrimonio della società partecipata e quindi indirettamente anche il patrimonio del socio.

Occorre, allora, individuare in quali ipotesi vi sia un danno risarcibile. Sono ipotizzabili due strade: la prima è quella di considerare rilevante il danno al patrimonio del socio pubblico, secondo i parametri della disciplina civilistica-societaria; la seconda è, invece, quella di esaltare il profilo pubblicistico della finalizzazione delle risorse pubbliche e quindi considerare risarcibile il danno derivante da uno

sviamento dalla finalizzazione delle risorse pubbliche (Corte dei conti, sez. Veneto, 9 febbraio 2006, n. 67).

Nel primo senso, si andranno ad applicare le regole della responsabilità extracontrattuale, verificando quando il danno possa essere considerato ingiusto. Nel secondo, invece, si mette in risalto il tipo di danno alle pubbliche finanze che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche. Si trasformerebbe, così, in un caso di responsabilità patrimoniale legato alla non corretta utilizzazione di fondi pubblici (Corte dei conti, sez. Molise, 7 ottobre 2002, n. 234; Corte dei conti, sez. Trentino, 18 luglio 2006, n. 58).

In linea generale, meritano specifiche osservazioni tutti quei comportamenti che rientrano nella sfera di autonomia propria dell'amministratore, al fine di realizzare l'oggetto sociale. Gli amministratori di società a partecipazione pubblica sono tenuti a perseguire l'interesse sociale agendo con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, in modo informato e sulla base delle loro specifiche competenze. Non ci sembra che gli stessi siano tenuti a particolari obblighi aggiuntivi rispetto a quelli ora indicati derivanti: dal regime giuridico generale delle società; dal regime speciale derivante dall'esistenza di eventuali statuti normativi singolari; da previsioni statutarie.

In altre parole, la risorsa pubblica conferita a titolo di capitale di rischio in una società non può che avere la funzione di esercizio dell'attività prevista dall'oggetto sociale secondo le leggi (intese come regole) che governano tale attività. Se così è, la conseguenza che se ne deve trarre è che anche i parametri di giudizio della responsabilità amministrativa, nell'ambito degli atti di gestione, non possono che essere quelli indicati in ordine alla responsabilità civilistica, con esclusione, in particolare, di ogni possibile sindacato delle scelte di gestione. La finalità pubblicistica potrebbe rilevare solo se diviene una componente dell'interesse sociale e non mai se rimane una finalità propria del socio pubblico.

In realtà, questa linea non viene seguita dalla giurisprudenza della Corte dei conti. Essa, difatti, ha sindacato atti di gestione degli amministratori sotto il profilo del non rispetto del grado di diligenza richiesto dalla cura dell'interesse pubblico (Corte dei conti, sez. Marche, 12 luglio 2005, n. 492), presupponendo così l'esistenza di un interesse pubblicistico estraneo e ulteriore, rispetto a quello proprio del regime societario, in base al quale valutare i comportamenti degli amministratori, ivi compresi quelli rientranti nella sfera di autonomia che sono funzionali alla realizzazione dell'oggetto sociale.

5.4. I profili di compatibilità comunitaria

L'estensione della responsabilità amministrativa agli amministratori e dipendenti delle società a partecipazione pubblica pone seri problemi anche sul fronte della compatibilità col diritto comunitario. Tale specifico – seppur non secondario – aspetto della più generale questione relativa all'ammissibilità di tale forma di responsabilità nelle società partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici resta attuale anche dopo la recente introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 16 *bis*, legge 28 febbraio 2008, n. 31. Infatti, questa norma, se da un lato esclude che una tale forma di responsabilità sia configurabile nelle società quotate con partecipazione pubblica inferiore al 50% e nelle loro controllate, dall'altro, attraverso tale esclusione sembra aver spianato la strada a quell'orientamento giurisprudenziale, tutt'altro che consolidato, che aveva sostenuto la tesi della generale applicabilità della responsabilità erariale anche alle società commerciali, in caso di utilizzo di risorse pubbliche. Si tratterebbe, in altre parole, di una deroga che conferma una regola finora di dubbia esistenza.

Come già rilevato da numerosi commentatori, la sovrapposizione della responsabilità per danno erariale al sistema civilistico di responsabilità (verso la società, i singoli soci, i terzi e i creditori sociali) può determinare un pregiudizio concorrenziale nei confronti delle società a partecipazione pubblica e una discriminazione nei confronti degli eventuali soci non pubblici. Difatti, è evidente come un simile regime “speciale” imponga alle società partecipate pesanti oneri organizzativi e ulteriori forme di controllo, limitandone la competitività rispetto alle aziende concorrenti; inoltre, esso condiziona e rallenta i processi decisionali aziendali, privando l'impresa di quel dinamismo necessario alla creazione di valore economico che ne costituisce la stessa ragion d'essere. Basti pensare alle implicazioni

organizzative connesse agli obblighi di denuncia di fatti dannosi per il pubblico erario, come descritti nella circolare del Procuratore Generale della Corte dei conti del 2 agosto 2007.

Oltretutto, vengono discriminati i soci privati rispetto a quelli pubblici, che disporrebbero di un ulteriore strumento, non previsto dal diritto comune e azionabile secondo presupposti e procedure tutt'affatto peculiari. In tal modo, il soggetto pubblico – anche se non in possesso delle quote azionarie richieste per le azioni di responsabilità fondate sul diritto societario – avrebbe una corsia preferenziale per tutelare i propri interessi. Tale discriminazione può assumere i tratti della vera compressione dei diritti propri dei soci privati se – come pare inevitabile – l'esercizio dell'azione per danno erariale si traducesse nella parallela limitazione delle opzioni disponibili in base alle norme del diritto civile. Se poi l'azione pubblicistica a tutela degli interessi del socio pubblico avesse, come sembra, precedenza anche rispetto a quella di creditori esterni, si avrebbe un trasferimento del rischio di impresa dal socio pubblico a soggetti esterni alla compagine sociale.

È evidente che le discriminazioni tra soci derivanti dalla sovrapposizione dei sistemi di responsabilità contabile e civilistica riguarderebbero le società di capitali partecipate in via non esclusiva da soggetti pubblici e, in modo particolare, le società quotate sui mercati azionari, il cui capitale è detenuto in larga parte da soggetti privati. Inoltre, quando si fa riferimento agli svantaggi competitivi derivanti dall'applicazione di un regime speciale con forti invasioni pubblicistiche nel funzionamento delle società, il riferimento è a quelle aziende che sono effettivamente esposte alla concorrenza nazionale ed internazionale, senza disconoscere il vastissimo fenomeno di società pubbliche operanti in regime di esclusiva.

La sovrapposizione di due regimi giuridici incompatibili produce quindi un duplice squilibrio, sui rapporti tra i soci e su quelli tra la società e le sue concorrenti. In quali termini ciò può rilevare per il diritto comunitario? Vengono qui in rilievo due principi fondamentali del mercato comune: la libera circolazione dei capitali (art. 56 CE) e il diritto di stabilimento (art. 43 CE). La giurisprudenza comunitaria sulle deroghe pubblicistiche al diritto civile e societario si è soffermata, principalmente, sulla libera circolazione dei capitali, chiarendo che questa (come quella delle persone e dei servizi) rappresenta anche una precondizione per l'effettivo esplicarsi della libertà di cui all'art. 43: poiché la partecipazione azionaria in una società di un altro Stato membro costituisce esercizio della libertà di stabilimento, quest'ultima verrebbe violata in presenza di una misura nazionale che limitasse in modo illegittimo la libera circolazione dei capitali. Di conseguenza, la questione può essere trattata concentrando l'analisi sulla compatibilità con l'art. 56, essendo sufficiente una violazione di quest'ultimo per determinare anche una violazione della libertà di stabilimento.

Non serve a questo proposito definire la libera circolazione di capitali, basti dire che il Trattato CE vieta le restrizioni ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e tra questi ultimi e gli Stati terzi. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, si verifica una tale restrizione in caso di misure nazionali che impediscono o discriminano gli investimenti o comportano su di essi un effetto dissuasivo: ad esempio, è incompatibile con la libera circolazione dei capitali l'attribuzione agli «azionisti pubblici [di] uno strumento che fornisce la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dei loro investimenti» (Corte giust., C-463/04 e C-464/04, *AEM Spa*; Id., C-282/04 e 283/04; Id., C-112/05, *Volkswagen*). Allo stesso modo, l'azione di responsabilità erariale nei confronti di amministratori e dipendenti delle società a partecipazione mista, a vantaggio del socio pubblico, riduce l'influenza dei soci privati sulla gestione della società, con un evidente effetto dissuasivo per gli investitori diretti di altri Stati membri.

Se, dunque, si registra un potenziale conflitto tra la libera circolazione dei capitali e tale doppio regime di responsabilità, occorre valutare se ricorrano le condizioni per giustificare una tale restrizione al libero mercato. A tal proposito, è necessario chiedersi (i) se sussistano ragioni imperative di interesse generale che giustificino una tale deroga al diritto societario comune e (ii) se le misure nazionali adottate per far fronte a tale supposto interesse siano adeguate e necessarie allo scopo.

In relazione alla prima condizione, non è possibile fondare tale deroga sul generico interesse al buon uso delle risorse pubbliche, poiché la Corte di giustizia ha da tempo escluso che tra i motivi di interesse generale, validamente invocabili per limitare una libertà economica fondamentale, si possano includere generiche ragioni economico-finanziarie. D'altra parte, la discriminazione tra socio pubblico e

socio privato viene ammessa, dalla medesima giurisprudenza, soltanto per la tutela di interessi imperativi, come l'ordine pubblico e la sicurezza delle infrastrutture o delle forniture energetiche, peraltro con un filtro sempre più stringente. Ragioni, dunque, molto lontane dalle giustificazioni teleologiche, in parte contraddittorie, che hanno accompagnato finora la giurisprudenza sulla responsabilità contabile nelle società partecipate.

Nonostante ciò, pur ammettendo che un interesse pubblico cogente giustifichi tale sovrapposizione di titoli di responsabilità, resterebbe da provare la necessità e l'adeguatezza delle misure che questo regime speciale comporta, ossia bisogna dimostrare che non esistono altri istituti, di carattere meno restrittivo, in grado di assicurare tale interesse, tra quelli offerti dal diritto comune. Orbene, l'esistenza di un completo sistema di garanzie a tutela degli interessi della società e di quelli dei singoli soci sembra rendere ardua una tale dimostrazione, anche in considerazione del fatto che, nella gran parte delle società partecipate, gli enti pubblici detengono la maggioranza delle azioni o, quantomeno, quote tali da consentire l'esercizio autonomo di un'azione di responsabilità. Se, inoltre, si aggiunge che la sovrapposizione delle forme di responsabilità, come dimostrato da autorevoli commentatori, comporta un pregiudizio al corretto funzionamento degli istituti civilistici, l'adeguatezza del regime derogatorio appare ancora meno sostenibile.

È pur vero, d'altro canto, che l'azione di responsabilità erariale ha spesso rappresentato una forma (impropria) di supplenza al mancato utilizzo degli strumenti di diritto civile, da un punto di vista storico. Così come è diffusa la convinzione, tra gli osservatori delle grandi realtà societarie, che tali strumenti siano di rara e difficile attivazione nella generalità dei casi, indipendentemente dalla presenza o meno di soci pubblici. Eppure, tali argomenti, che possono avere rilievo in una prospettiva di riforma del diritto comune delle imprese – o anche delle norme che regolano la partecipazione in esse di soggetti pubblici – sarebbero difficili da invocare per escludere che il regime derogatorio sulla responsabilità rappresenti un'indebita restrizione ai movimenti dei capitali e, perciò, una violazione delle libertà economiche sancite dai Trattati comunitari.

6. Uno sguardo oltreconfine: gli ordinamenti spagnolo e francese

Sì è visto sinora come in Italia si stia verificando un progressivo ampliamento dei confini della giurisdizione contabile rispetto agli amministratori di società in mano pubblica, fenomeno basato prevalentemente sulla base di una interpretazione giurisprudenziale e senza un ruolo particolarmente attivo da parte del legislatore.

Può essere utile, allora, guardare ad alcune esperienze straniere, soprattutto quella spagnola e francese a noi molto vicine, al fine di verificare se anche questi ordinamenti conoscono il medesimo fenomeno e su quale origine esso si basa.

Iniziamo con quello spagnolo.

Anche l'ordinamento spagnolo presenta un organismo simile alla nostra Corte dei conti. Si chiama *Tribunal de Cuentas* ed esercita sia funzioni di controllo finanziario e gestionale (*función fiscalizadora*) sia compiti di giurisdizione contabile (*función del enjuiciamiento contable*).

L'art. 136 della Costituzione spagnola definisce il *Tribunal de Cuentas* come «el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público». Organizzazione e funzionamento del *Tribunal* sono disciplinati dalla *Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas*, e dalla *Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas*.

A proposito della *función fiscalizadora*, le leggi citate ne definiscono l'ambito, precisando che esso è determinato sulla base del concetto di *Sector público*. Il Settore pubblico, ai sensi dell'art. 4 della LOTCu, è composto non solo dall'amministrazione dello Stato, dalle regioni e dagli enti locali, ma anche dalle *Sociedades estatales*. I risultati dei controlli svolti dal *Tribunal* nei confronti dei soggetti che compongono il *Sector público* sono resi attraverso pareri, memorie (ordinarie o straordinarie), mozioni o note, inviati alle *Cortes Generales* e pubblicati nel bollettino ufficiale dello Stato. In particolare, il *Tribunal* potrà indicare le eventuali infrazioni o irregolarità riscontrate, segnalando anche i tipi di responsabilità che esse determinano e i rimedi per farla valere (art. 12 LOTCu).

Diverso è invece il discorso da fare a proposito della giurisdizione contabile del *Tribunal*. La giurisdizione contabile ha un ambito di riferimento non determinato soggettivamente, ma sulla base di un criterio differente: essa, infatti, si esercita rispetto ai conti che debbono rendere coloro che «recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos» (art. 15 LOTCu). Quanto disposto a livello statale si registra anche a livello di singola regione, nella legislazione che definisce e regola i *Tribunales de cuentas* regionali.

A livello statale, poi, varie leggi fanno riferimento alle società in mano pubblica e al loro regime.

Innanzitutto, deve essere richiamata la *Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*.

Ai nostri fini, importante in tale legge è la distinzione tra *entidades públicas empresariales* e *Sociedades mercantiles estatales*.

Le prime sono soggetti incaricati della realizzazione di attività prestazionali, della gestione di servizi pubblici o di produzione di beni di interesse pubblico; allo stesso tempo, sono definiti «organismos públicos», ma assoggettati, salvo alcune eccezioni, al regime del diritto privato (artt. 53 ss. LOFAGE).

Viceversa, la *Disposición adicional duodécima* della medesima legge prevede che «las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública»; inoltre, «las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación».

Si aggiunga poi che nell'ordinamento spagnolo le *sociedades mercantiles*, devono essere inquadrare nell'organizzazione amministrativa come “*personificaciones instrumentales*”, organizzazioni dotate cioè di personalità giuridica propria, formalmente indipendenti dall'ente di riferimento, create per lo svolgimento di funzioni o l'esercizio di servizi propri del primo e ad esso fortemente vincolate.

Lo stesso concetto di *empresa pública* si è progressivamente frantumato in una miriade di figure giuridiche, distinte in ragione della disciplina applicabile (pubblicistica o privatistica), delle relazioni con l'ente di riferimento e così via.

Ad ogni modo, ciò che qui interessa, è che la categoria delle *sociedades mercantiles* va ricondotta alla nozione di amministrazione strumentale. Passando ad analizzarne il regime giuridico, occorre richiamare l'art. 166 della *Ley 33/2003 de 3 noviembre de patrimonio de las administraciones públicas*, che distingue le *sociedades mercantiles* nelle quali la partecipazione diretta o indiretta dello Stato o di altri organismi pubblici sia superiore al 50% (al punto 1) da quelle a capitale integralmente pubblico, soggette alla stessa legge sul patrimonio delle amministrazioni pubbliche e all'ordinamento giuridico privato, salvo nelle materie cui si applichi la normativa di bilancio, contabile, di controllo finanziario e di contrattazione.

La legge richiamata contiene al capitolo II alcune disposizioni relative alle società mercantili del secondo tipo, prevedendo all'art. 179, che gli amministratori delle società a cui siano impartite istruzioni nei termini previsti dall'art. 178, saranno esonerati dalla responsabilità prevista all'art. 133 *Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*, a norma del quale gli amministratori risponderanno nei confronti della società agli azionisti ed ai creditori sociali del danno causato per atti o omissioni contrari allo statuto o alla legge o realizzati violando i doveri relativi al proprio incarico, se dal compimento di queste istruzioni derivino conseguenze dannose.

A contrario, si desume che, laddove essi abbiano agito in assenza di istruzioni o in contrasto con queste, gli amministratori delle società a totale partecipazione pubblica risponderanno come quelli delle società private.

La *Ley 47/2003 de 26 noviembre, general presupuestaria* che disciplina, invece, il regime di bilancio economico finanziario del settore pubblico, (nel quale rientrano, ai sensi dell'art. 2, anche le *sociedades mercantiles* statali sopra definite), dispone all'art. 176 che le autorità ed il personale al servizio degli enti suddetti che, per dolo o colpa grave, adottino risoluzioni o commettano infrazioni violando le regole della legge di bilancio, saranno obbligati a risarcire lo Stato o l'ente pubblico danneggiato.

Le ipotesi in cui ciò può avvenire sono definite all'art. 177 (tra le altre, malversazione di fondi pubblici, assunzioni di impegni di spesa in violazione quanto previsto dalla legge stessa ecc.).

L'art. 179 estende, infine, la responsabilità per lo stesso tipo di infrazioni anche a chi intervenga nell'attuazione o realizzazione delle risoluzioni da altri adottata.

L'organo competente in materia, secondo quanto stabilito dall'art. 180, è sempre il *Tribunal de cuentas*.

Per quanto riguarda le società in ambito locale occorre richiamare l'art. 85 *ter* LBRL (*Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*), che dispone che le *sociedades mercantiles locales*, indipendentemente dalla forma giuridica che assumono saranno soggette all'ordinamento privato, salvo che nelle materie nelle quali si applichi la normativa di bilancio e contabilità sopra richiamata.

Occorre precisare in proposito, che le società per la gestione dei servizi pubblici, rivestono tra le altre una posizione peculiare. L'art. 85 della LBRL distingue, in particolare, forme di gestione diretta del servizio tra le quali include "società commerciali il cui capitale appartenga integralmente all'ente locale o ad un suo ente pubblico" e forme di gestione indiretta tra le quali rientra la società a capitale misto.

A distinguere le due ipotesi considerate, dunque, la misura della partecipazione pubblica nelle società. Solo quando l'ente ne detenga integralmente le azioni potrà, infatti, utilizzarla come fosse una propria struttura per gestire direttamente il servizio.

Ad ogni modo, al verificarsi dei requisiti indicati, la società è soggetta al diritto delle società di capitali.

Ciò vuol dire che, salve le previsioni "speciali" contenute nella normativa in materia di servizi pubblici (quella generale e quella relativa ai singoli servizi) e di contratti della pubblica amministrazione e, come già anticipato, quella di contabilità e di bilancio, si applicheranno le disposizioni comuni in materia di società per azioni.

Così, in particolare, saranno disciplinate dal diritto comune, sia pure con qualche adattamento, la costituzione della società, la nomina e le attribuzioni degli organi.

Alle società a partecipazione integralmente pubblica in Spagna si applicano, pertanto, la disciplina ordinaria in materia di società e le norme che ad esse si riferiscono in ragione della natura pubblica del socio e dell'attività di servizio pubblico esercitata.

Infatti, a seconda della misura della partecipazione la società può essere considerata una sorta di "prolungamento" dell'Amministrazione o invece un soggetto privato al pari degli altri che stipula un contratto con l'amministrazione. In questo caso, vi sarebbe coincidenza tra l'amministrazione che partecipa alla società e l'amministrazione che stipula un contratto per la prestazione del servizio. Contraente sarebbe la società mista, mentre l'amministrazione acquisterebbe unicamente la posizione di socio nella società.

Alla luce delle disposizioni riportate, sembra che il sistema spagnolo non presenti situazioni specifiche a proposito della responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica, i quali rispondono secondo le regole tipiche del diritto societario.

Tuttavia, alcune particolarità non mancano. Oltre alle peculiarità già segnalate, ci sono anche esempi di società pubbliche che hanno impiegati che godono di un regime «funzionariale». Il caso paradigmatico è quello di *Correos y Telegráfos*, S. A. *Correos* prima era una Direzione Generale della Amministrazione dello Stato, poi trasformato in Organismo Autonomo (entità di diritto pubblico e soggetta al diritto pubblico), successivamente ancora trasformata in *Entidad Pública Empresarial* (entità di diritto pubblico, ma soggetta al diritto privato e, alla fine, in società anonima di capitale pubblico. I dipendenti di *Correos* hanno conservato il loro status di funzionari, a tal punto che ad essi si applica la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*.

Passando a considerare l'esperienza francese occorre, invece, premettere che l'impresa pubblica può assumere forme giuridiche differenti. Le *sociétés a capital public*, in primo luogo, il cui capitale appartiene integralmente allo Stato o ad altro ente pubblico, sono società anonime e pertanto disciplinate dal *Code du commerce*, alle quali si applicano, tuttavia, alcuni istituti comuni alle altre imprese pubbliche.

Anche le *sociétés d'économie mixte* sono società anonime, disciplinate dal codice del commercio, per quanto non diversamente stabilito da normative speciali (gli artt. L 1521-1 e segg. del *Code général des collectivités territoriales* per quelle operanti in ambito locale) ma con capitale detenuto in prevalenza dallo Stato o da altro ente territoriale (*commune*, le *département*, la *région*). Gli *établissements public à caractère industriel et commercial* (EPIC), infine, sono persone giuridiche pubbliche che hanno come obiettivo la gestione di un'attività di servizio pubblico.

Ai fini della presente indagine, occorre richiamare il *Code des juridictions financières*, che agli artt. L. 111 - 4 e L. 111 - 7 dispone che alla *Cour des comptes* spettano la verifica dei conti e quella delle modalità di gestione delle imprese pubbliche e il controllo sugli organismi che beneficiano di un controllo finanziario diretto o indiretto dello Stato. Analoga funzione viene svolta dalle Camere regionali nei confronti delle imprese partecipate in misura maggioritaria dalle collettività territoriali.

Più in particolare, secondo l'art. L. 133-1 del Codice, la *Cour des comptes* verifica i conti e la gestione degli EPIC e delle imprese, delle società nazionali, delle società di economia mista.

L'art. L. 133-2 prevede, poi, ulteriori ipotesi nelle quali è configurabile il controllo della *Cour des comptes*: a) enti o organismi pubblici che, indipendentemente dal loro statuto giuridico, svolgono un'attività commerciale o industriale; b) società, gruppi o organismi, indipendentemente dal loro statuto giuridico, nelle quali lo Stato, altri enti pubblici o organismi sottoposti al controllo della Corte separatamente o insieme detengano più della metà del capitale o dei voti negli organi deliberanti; c) *filiales* degli organismi indicati alle lettere precedenti, quando tali organismi tengano nelle stesse separatamente o insieme allo Stato più della metà del capitale o dei voti all'interno degli organi deliberanti; d) persone giuridiche nelle quali lo Stato o gli organismi già sottoposti al controllo della Corte detengano direttamente o indirettamente, separatamente o insieme, una partecipazione al capitale, che permetta di esercitare un potere preponderante di decisione o di gestione.

Con particolare riguardo al tema della responsabilità degli amministratori di società pubbliche, il meccanismo utilizzato è quello della sottoposizione, ai sensi dell'art. L. 312-1 del *Code de juridictions financières*, di ogni rappresentante, amministratore o agente degli organismi soggetti al controllo della Corte dei Conti o di una camera regionale (e dunque, ai sensi del richiamato articolo 111, le imprese pubbliche e le società delle quali lo Stato o altro ente pubblico detengano la maggioranza del capitale sociale) al controllo della *Cour de discipline budgétaire et financière*.

La *Cour de discipline budgétaire et financière*, istituita nel 1948, è organo a composizione "mista" (presieduta dal Presidente della Corte dei Conti e composta dal presidente della sezione finanze del Consiglio di Stato, da due consiglieri della Corte dei Conti e da due consiglieri del Consiglio di Stato) ed ha la funzione di sanzionare gli errori di gestione commessi nei riguardi dello Stato o delle altre collettività territoriali dei agenti contabili nell'esercizio delle loro funzioni.

Più in particolare, le infrazioni di cui la Corte conosce sono: l'assunzione di impegni di spesa in violazione delle regole di contabilità pubblica, l'imputazione irregolare di spesa, l'impegno di spesa a favore di persona non avente titolo e più in generale i comportamenti con i quali gli agenti, nell'esercizio delle loro funzioni hanno procurato o tentato di procurare un vantaggio ingiustificato ad altri (art. L. 313).

In termini generali, l'organo in esame ha dunque la medesima competenza della Corte dei Conti nell'ordinamento italiano, vale a dire anche sugli amministratori di imprese pubbliche e società a capitale prevalentemente pubbliche (Arret, Société Altus France, 24 février 2006, *Rfda*, n. 3, 2006, 624, SEM- Sarcelles Chalet, 385, 13 giugno 2003, [www. http://www.ccomptes.fr/CDBF/Arrets.html](http://www.ccomptes.fr/CDBF/Arrets.html)).

Come emerge dalle note che precedono, i casi spagnolo e francese sono molto diversi da quanto sta avvenendo in Italia. In particolare, anche se in entrambi i Paesi è presente una certa sensibilità verso la necessità di non depotenziare un sistema di garanzia pubblicistica anche nei casi di privatizzazione dei soggetti e degli strumenti di intervento, in Spagna la responsabilità amministrativa è estesa agli

amministratori in mano pubblica solo in casi limitatissimi e previa previsione legislativa esplicita; altrettanto avviene in Francia, dove è direttamente il legislatore a disciplinare la vicenda.

Pertanto, oggi più che mai un intervento da parte del legislatore sarebbe essenziale. Del resto, come è stato recentemente ricordato, anche la Corte costituzionale ha sottolineato la esigenza che proprio la materia della contabilità pubblica trovi sempre un riferimento legislativo esplicito, al fine della esatta definizione del suo campo di applicazione.

Del resto, i casi di intervento del legislatore a proposito di regime giuridico delle società in mano pubblica non mancano. Ad esempio, nelle due ultime leggi finanziarie (l. n. 296/2006 e l.n. 244/2007) il legislatore ha in più occasioni introdotto nuove regole a proposito di amministratori di società in mano pubblica. Si tratta per lo più di norme che proprio mirano a limitare i fenomeni di sperpero di denaro pubblico e pertanto pongono limiti al numero degli amministratori o ai compensi che essi percepiscono.

In tale linea evolutiva, quindi, ben potrebbe inserirsi un nuovo intervento legislativo diretto a disciplinare anche il profilo della responsabilità degli amministratori di società pubbliche, sciogliendo così il dubbio se essa può essere ampliata fino ad abbracciare anche quella amministrativa oppure essere ricondotta nell'alveo tradizionale indicato dal codice civile.

Questa seconda prospettiva è quella che noi ci sentiamo di condividere. Soprattutto perché la dottrina ha mostrato come si possa perseguire l'obiettivo di salvaguardare le pubbliche finanze anche nelle dinamiche di privatizzazione attraverso la costituzione di figure societarie che operano in campo pubblico senza dover sovraccaricare la responsabilità degli amministratori di queste. Per esempio, un'adeguata soluzione potrebbe essere quella di ammettere, in caso di evidente incapacità manageriale che ha determinato un danno alle risorse pubbliche, una responsabilità amministrativa in capo ai soci pubblici per culpa in vigilando o per omesso esercizio dell'azione civile nei confronti degli amministratori; ovvero restringere la giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori di società in mano pubblica solo ai casi di imprese pubbliche in veste societarie funzionalizzate o che svolgono vere e proprie funzioni pubbliche, limitatamente a queste ultime.

In tale prospettiva, pertanto, il legislatore potrebbe rendere meno indiscriminata l'estensione di un regime tipico pubblicistico in un contesto invece tipicamente privatistico, con tutti i rischi di contraddizione che sono noti a tutti. Ma la contraddizione si coglie anche sotto altri aspetti. Si pensi, ad esempio, al fatto che, mentre, da una lato, si arriva a sottoporre a giurisdizione contabile le scelte manageriali operate da amministratori di società pubbliche, dall'altro, il legislatore ed i giudici si stanno operando per annullare qualsiasi competenza autonoma in capo agli stessi. E' il caso dell'*in house providing*, dove pur di giustificare un passaggio senza gara di una attività a titolo oneroso tra due soggetti distinti, si impone un vero e proprio rapporto gerarchico tra l'ente pubblico socio e la società, in modo da garantire un controllo pieno del primo sul secondo ed un completo sacrificio della regola civilistica secondo cui le competenze decisionali del consiglio di amministrazione sono esclusive.

In questa ipotesi, la situazione paradossale che si viene a creare è evidente: da un lato, il giudice impone forme di controllo ed un potere di ingerenza del socio pubblico sugli amministratori delle società da questi partecipate; dall'altro, però, aggrava il profilo di responsabilità di questi ultimi, i quali potrebbero esser chiamati a rispondere di una vicenda nella quale il loro ruolo è stato marginale o meramente esecutivo.

Altro interessante fenomeno riguarda il rapporto tra il vertice politico dell'ente ed i rappresentanti dello stesso presso le società partecipate ed incaricate di una gestione pubblica. L'esigenza di legare la permanenza dell'amministratore nominato al mandato della maggioranza politica che lo ha nominato ha spinto molte amministrazioni a prevedere espressamente una decadenza automatica dalla carica di amministratore in caso di cessazione dalla carica del socio che li ha designati direttamente negli statuti delle società dalle stesse partecipate o in occasione dell'approvazione degli indirizzi da parte del consiglio comunale e delle nomine da parte del sindaco.

Tale situazione è stata confermata anche in sede giurisprudenziale, in quanto è stato più volte affermato che la cessazione del mandato del vertice dell'ente locale e lo scioglimento del consiglio comunale determinano il venir meno di tutte le nomine effettuate durante il mandato elettivo, in applicazione della regola di diritto comune, che esige non solo che i poteri del rappresentante siano

conferiti dal rappresentato, ma anche che persista il rapporto fiduciario fra l'uno e l'altro. Inoltre, è stato anche precisato che le nomine e le designazioni di rappresentanti degli enti locali presso società partecipate hanno carattere fiduciario, con la conseguenza che è del tutto legittimo che un sindaco appena eletto proceda – ove non ritengano sussistente detto rapporto fiduciario – alla revoca dei rappresentanti del comune nominati dal suo predecessore.

Anche quest'ultimo, è un ulteriore esempio di come da un lato, il potere decisionale degli amministratori di società pubbliche si stia indebolendo a fronte di un maggior potere di ingerenza del socio pubblico, mentre ciò non impedisce una estensione di maggiori responsabilità e limiti in capo agli stessi. Ciò dimostra che un intervento legislativo è oggi più che mai necessario.

7. Conclusioni

L'analisi svolta in questo paper consente di evidenziare alcune conclusioni:

- a. nella situazione attuale si verifica un cumulo e un sovraccarico di responsabilità sugli amministratori di società pubbliche;
- b. queste responsabilità hanno ratio e finalità diverse e non complementari e finiscono per porre richieste intrinsecamente contraddittorie, rispetto alle quali è difficile per il soggetto sul quale la responsabilità si appunta tenere una condotta coerente;
- c. la responsabilità amministrativa è stata estesa in via giurisprudenziale e non legislativa: di qui una possibile lesione del principio di legalità e, soprattutto, la mancata individuazione dei presupposti e dei modi di esercizio del giudizio sulla responsabilità, sia sostanziali, sia processuali;
- d. l'effetto che si produce è quello di una "contaminazione" fra regole di diritto pubblico e regole di diritto privato che ha l'effetto di disegnare un regime speciale per lo Stato azionista: il patrimonio di questo socio gode, infatti, di maggiori garanzie rispetto a quello degli altri azionisti e dei creditori delle società. Allo stesso tempo, però, l'operatività degli amministratori delle società pubbliche è soggetta non solo al controllo degli azionisti e agli altri controlli di diritto societario, ma all'azione del Procuratore della Corte dei conti, che agisce secondo una logica pubblicistica, non sempre applicabile a società che operano secondo le regole del codice civile;
- e. la distinzione operata dal legislatore fra le società quotate con partecipazione pubblica minoritaria e le altre società in materia di responsabilità amministrativa ha natura contingente ed è solo l'embrione di una necessaria disciplina della materia;
- f. una nuova disciplina potrebbe più utilmente e rigorosamente distinguere le società, piuttosto che secondo il criterio quantitativo della partecipazione, secondo il criterio qualitativo della strumentalità al soggetto pubblico che ne sia anche socio (utilizzato anche recentemente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 326/98 sull'art. 13 del c.d. decreto Bersani, ove si distingue fra società istituite per svolgere attività amministrativa e società istituite per svolgere attività d'impresa). Quando la società è interamente strumentale, può essere vista solo come l'adozione di un modulo organizzativo, sul quale possono incidere regole pubblicistiche, come avviene, ad esempio, per le società *in house*. Quando la società non è strumentale, deve operare, invece, secondo la logica dell'imprenditorialità, che non è conciliabile con la responsabilità amministrativa;
- g. occorrerebbe allora una disciplina che preveda i casi in cui si applica la responsabilità amministrativa, ne stabilisca presupposti, regole processuali ed esiti (disciplinando anche l'obbligo di denuncia) ed escluda le commistioni, specie per le società che, come le quotate, sono sottoposte ad altro tipo di controlli

g. in questa disciplina si dovrebbe trattare il socio pubblico come il soggetto che ha insieme i diritti dell'azionista e i doveri del pubblico potere, non traslando tale commistione sulla società: l'azione di responsabilità dovrebbe essere rivolta, se del caso, al socio pubblico che non attiva le azioni societarie, ma non direttamente agli amministratori.