

Prof. Avv. Daniela Gasparrini

LA RESPONSABILITÀ degli AMMINISTRATORI NONCHÉ DEI DIPENDENTI DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA .

IL DIFFICILE RAPPORTO CON LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA PER DANNO ALL'ERARIO.

1-Il percorso di identificazione delle società partecipate- 2 -Il modello della società per azioni partecipata in misura più o meno maggioritaria o totalitaria da Stato o enti pubblici-3- La disciplina normativa di riferimento come regime di specialità. 4- L'articolo 16 bis.del decreto mille proroghe- DL248/2007 convertito nella legge 27 febbraio 2008 n.31 intitolato "*Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche*" 5- Le azioni di responsabilità nel codice civile e nella legge n.20/1994 6 -Nella rinnovata disciplina della responsabilità amministrativa le ragioni della coesistenza con la responsabilità sociale.7 -La funzione di garanzia nella natura *pubblica* e *speciale* della responsabilità amministrativa. 8-La responsabilità amministrativa per le scelte gestorie delle spa 9 – Il criterio funzionale e della natura giuridica delle risorse impiegate.-10 -la misura del danno in relazione alla partecipazione.

1-IL PERCORSO DI IDENTIFICAZIONE DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE-

La trasformazione del modo di svolgersi della funzione pubblica in termini di risultato e l'utilizzo sempre più frequente di forme e strumenti privatistici per lo più societari da parte dell'amministrazione pubblica, pone il problema della identificazione delle responsabilità degli amministratori ed in particolare dell'applicabilità del giudizio di responsabilità amministrativa agli amministratori e dipendenti delle società a partecipazione pubblica in funzione delle risorse impiegate.

A seguito del continuo processo di creazione di società pubbliche si è affermato il modello della società per azioni partecipata, formalmente sottoposto al regime codicistico societario, tenuto al rispetto delle regole della concorrenza imposte dalla normativa europea e ad una molteplicità di norme pubblicistiche che non valgono per gli operatori privati o per gli azionisti privati.

Le società partecipate, più apparati pubblici che imprese, trasformano lo Stato imprenditore in Stato azionista a scapito della rilevanza economica delle società nel mercato ed a vantaggio dell'ampliamento della sfera di influenza della politica, per il loro tramite, su aree quali la tutela della concorrenza o i vincoli alle assunzioni nelle amministrazioni, che, diversamente risulterebbero in qualche misura sottratti proprio alla politica.

A seguito di questo processo osmotico le società sono diventate un ibrido giuridico di qui la necessità di identificare, in quelle che li conservano, i caratteri distintivi dell'istituto civilistico rispetto a tutte le altre.

Il processo di individuazione e distinzione dei caratteri pubblici piuttosto che privati è essenziale al fine di identificare il regime giuridico a cui queste società vengono sottoposte anche, ed in particolare, per quanto attiene allo specifico regime della responsabilità.

Il risultato dell'analisi da conto di come, per le società pubbliche, l'ordinamento preveda una molteplicità di norme che variano a seconda della tipologia della società e della partecipazione pubblica, oppure in ragione di una particolare forma organizzatoria che le caratterizza, oltre a norme specifiche che

sono rivolte ai soci di società partecipate, nonché alla previsione di particolari regole per la scelta dei soci privati ed altro.

Tutte norme che incidendo con modificazioni sensibili sulla disciplina codicistica fanno pensare come, per questi soggetti, in realtà vige una disciplina normativa speciale.

Allo stesso tempo appare significativo lo sforzo rivolto alla conservazione dei caratteri civilistici per le società che li mantengono e, l'intento espresso dal legislatore di tenerle lontano dalle norme speciali, in particolare proprio quelle sulla responsabilità, forse per preservarne l'integrità.

2 -IL MODELLO DELLA SOCIETÀ PER AZIONI PARTECIPATA IN MISURA PIÙ O MENO MAGGIORITARIA O TOTALITARIA DA STATO O ENTI PUBBLICI-

Il modello della società per azioni partecipata in misura più o meno maggioritaria o totalitaria da Stato o enti pubblici, anche se formalmente sottoposto al regime codicistico societario nel tempo si è trasformato, appunto, in un ibrido giuridico.

Esse si presentano come società di diritto speciale dove il primo connotato di specialità è costituito dal collegamento tra, l'interesse pubblico da un lato, e l'attività e l'interesse sociale dall'altro.

Alla finalità di profitto si affianca il fine di interesse generale, le risorse pubbliche utilizzate su cui si radica la giurisdizione della Corte dei Conti, ed il modello organizzativo, su cui incidono le norme genetiche, di organizzazione e funzionamento, tutte quelle introdotte dalle leggi finanziarie degli ultimi anni, da cui il modello originario risulta modificato.

La trasformazione dello Stato da interventista in azionista, infatti, ha imposto al legislatore di prestare una particolare attenzione all'interesse pubblico che sostiene la partecipazione dello Stato e dell'Ente pubblico alla società; attenzione che si realizza attraverso la previsione di vincoli e regole pubblicistiche che trasformano la società *da modello di azione con regole proprie in mero strumento neutrale*¹

Aldilà delle considerazioni, seppure importanti, relative all'estrema diffusione dell'utilizzo del modello societario che richiederebbero un ulteriore approfondimento, quello che può costituire uno strumento utile alla comprensione delle differenze tra le varie tipologie di partecipazione anche per la identificazione del regime giuridico di appartenenza, sono le ragioni poste alla base della partecipazione pubblica.

Queste, secondo un criterio ordinatore recepito anche dalla Corte Costituzionale,² sono identificabili sostanzialmente in due ordini o linee di principio che sono o la disponibilità di uno

¹ L.Torchia: *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica –ASTRID – Relazione al Convegno su “Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina”* Roma, Luiss, 14 maggio 2009.

² Corte Costituzionale, sentenza n.326 anno 2008.

strumento di collaborazione tecnica- finanziaria-gestionale per produrre beni e servizi con l'apporto dell'iniziativa, delle competenze e delle capacità dell'area privata finalizzata al miglioramento del risultato con la c.d. società mista ,oppure,di uno strumento di gestione di attività istituzionali ispirata a criteri di economicità e snellezza “ dove le ragioni della strumentalità stessa rendono in principio incoerente la previsione di una partecipazione privata” - la c.d. società a partecipazione pubblica- “di tutti soggetti di natura pubblicistica”.³

Di questo da conto la Corte Costituzionale investita della questione della legittimità costituzionale dell'art.13 del c.d. decreto Bersani, D.L.223/2006 convertito nella legge n.248/2006 di disciplina delle società partecipate.

La Corte interpreta le norme sottoposte al suo giudizio precisando come “*le norme impugnate definiscono il proprio ambito di applicazione non secondo il titolo giuridico in base al quale le società operano, ma in relazione all'oggetto sociale di queste ultime*” e come “*tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto della pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico(consumatori o utenti), in regime di concorrenza*”.

La Corte Costituzionale ritiene legittimi i vincoli posti da norme *speciali* in materia di società pubbliche, ed in merito, afferma il criterio della distinzione tra le società partecipate che possono essere considerate *apparati pubblici* per i caratteri che hanno e per le norme che le regolano o *amministrazione pubblica in forma di società* .e quindi distingue ancora l’“attività amministrativa in forma privatistica” dall’“ attività di impresa di enti pubblici”.

Nella prima ipotesi l’“*attività amministrativa – è da intendersi di natura finale o strumentale posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione*”; nella seconda “*vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico in regime di concorrenza*”.

Le norme che ad esse sono rivolte e che sono sottoposte all'esame della Corte non costituiscono, secondo il suo giudizio, un regime *speciale* per le società pubbliche, bensì come è precisato nella sentenza n.326/2008, sono finalizzate a garantire che l'attività che svolgono non si ponga in contrasto con la tutela della concorrenza per “*evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di carattere generale*”

³ A. Massera,*Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*. Intervento tenuto a Bologna il giorno 4 febbraio 2009 alla tavola rotonda organizzata dalla SPISA con IISA e l'Assonime.

Precisa inoltre la Corte come le disposizioni impugnate siano riconducibili alla competenza normativa esclusiva dello Stato per due ordini di ragioni: la prima, poiché sono rivolte a definire i confini tra attività amministrativa e attività di impresa soggetta alle regole di mercato, attiene alla materia “ordinamento civile”; la seconda, in quanto volte ad eliminare possibili distorsioni della concorrenza attengono alla “tutela della concorrenza”.

Ugualmente, in merito alla previsione del divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti, per evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse, le norme prese in esame, secondo la Corte, soddisfano e realizzano il criterio di proporzionalità in relazione al fine di tutela della concorrenza.

Di conseguenza le società pubbliche che operano come società di mercato debbono essere assoggettate interamente alle norme civilistiche integrate dalle norme pubblicistiche specificamente previste e che dovranno essere applicate nella prospettiva della compatibilità con il regime della concorrenza, “secondo un principio sancito dai Trattati comunitari e assunto ormai come interesse pubblico “obbiettivo” anche nell’ordinamento nazionale”.

Per contro le società pubbliche costituite per operare come “*semi-amministrazione*” saranno assoggettate ad un regime giuridico in cui si intrecceranno in modo sempre più continuo e diffuso norme di diritto amministrativo e norme di diritto civile considerato che l’interesse pubblico dell’amministrazione azionista, penetrando nello schema causale del negozio societario, porta ad una disciplina distinta e derogatoria di elementi fondamentali del regime ordinario, oltre, naturalmente al fatto che, essendo la società una modalità organizzativa dell’esercizio della funzione amministrativa, la disciplina prevista dovrà rispettare il principio fondamentale di buona amministrazione contenuto nell’art.97 della Costituzione.⁴

La disciplina normativa che regola l’attività delle società partecipate dallo Stato o dagli enti pubblici anche territoriali, in conclusione, è da considerarsi, al di là della specialità o meno, come lo statuto regolatore di queste società sia dal punto di vista soggettivo, che dal punto di vista funzionale, che del loro funzionamento e di organizzazione.

Le finalità che tale disciplina intende perseguire con le disposizioni, anche di dettaglio, che contiene sono la tutela del buon andamento ai sensi dell’art.97 della Costituzione e la tutela della concorrenza.

Il danno, conseguenza del mancato rispetto delle norme imposte alle società partecipate quindi, è identificabile come danno alla buona amministrazione e alla concorrenza.

Ancora la Corte Costituzionale nel giudizio di costituzionalità sull’art.3 commi 27-29 della legge n.244 del 2007 – sentenza n.148/2009 – ribadisce che la finalità delle norme è diretta ad evitare che

⁴ A.Massera, op.cit.

soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale...al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza con modalità non irragionevoli come il contenuto della norma in esame o, anche, con norme specifiche che non hanno il carattere della generalità, ma che tengono conto della relazione che intercorre tra la società costituita o partecipata e le finalità istituzionali del soggetto pubblico partecipante.

3- LA DISCIPLINA NORMATIVA DI RIFERIMENTO COME REGIME DI SPECIALITÀ

La disciplina normativa di riferimento relativa alle società partecipate intesa come un regime di *specialità* è costituita, oltre che dalla diversa disciplina codicistica contenuta nell'art.2449 del codice civile come riformato dalla legge n.34 /2008, anche dalle norme introdotte dall'art..3, commi 12,13 e 14 della legge n.244 del 2007. L'ultima norma, in ordine di tempo, è l'articolo 16 bis. del decreto mille proroghe- DL248/2007 convertito nella legge 27 febbraio 2008 n.31 intitolato "*Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche*" che per queste società ha previsto che debbano essere regolate dalle norme del diritto civile e le controversie devolute esclusivamente alla competenza del giudice civile.

L'art.2449 del codice civile contiene oltre alla disciplina specifica relativa a "società con partecipazione dello Stato o di Enti pubblici" anche una deroga rispetto alla comune disciplina delle società per azioni, consentendo ai pubblici poteri di acquisire posizioni di comando in società per azioni con modi diversi rispetto al diritto comune.

Essi possono nominare un numero di amministratori e sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza o proporzionale alla quota sociale, se la loro partecipazione è in una società che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio o, se sì, la partecipazione sociale è rappresentata dal numero di azioni corrispondente alla sottoscrizione della quota sociale.

La specialità della norma sta nella sottrazione alla deliberazione assembleare della nomina e, la riserva del potere di revoca, al soggetto a cui la nomina spetta, nonostante gli amministratori così nominati abbiano tutti i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea.

L'art.3, commi 12,13 e 14 della legge n.244 del 2007 si applica a tutte le società con azioni non quotate ivi incluse quelle interamente partecipate da società con azioni quotate.

Le norme indicate introducono disposizioni in deroga a quelle previste dalla disciplina codicistica e che incidono sulla libertà di decidere il numero dei componenti degli organi societari, sull'attribuzione di funzioni di amministratore delegato al presidente, sulla soppressione della carica di vice presidente o se mantenerla solo in funzione di sostituto del presidente in caso di impedimento di questo, sulla eliminazione dei gettoni di presenza dei componenti gli organi sociali. Tutto ciò; a

dimostrazione che la partecipazione non marginale, anche se non totalitaria, al capitale sociale di un azionista pubblico, impone la mancanza di libertà di autodeterminazione per tutti i soci, relativamente agli ambiti che nel caso specifico sono indicati dalla legge.

Dello stesso tenore sono i commi 27-29 dell'art.3 della legge n.244 del 2007 su cui peraltro si è espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n.148/2009 e con un giudizio positivo di costituzionalità. Al fine di tutelare la concorrenza, hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, di sanzione e *“di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura,eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra le imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche”*..⁵

La Corte dei Conti nel valutare criticamente le norme della legge n.244 del 2007 afferma come ...”il Collegio non intende esprimere sul punto alcun giudizio di valore, ma si limita a prendere atto del fatto che, nelle società miste del tipo qui considerato, con azionista statale, le libertà sopra individuate –che senza dubbio il diritto comune riconosce ai soci - sono negate per legge.”⁶

L'articolo 16 bis del decreto mille proroghe- DL248/2007 convertito nella legge 27 febbraio 2008 n.31 intitolato *“Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche”* , da ultimo,ha previsto che queste società debbano essere regolate dalle norme del diritto civile e le controversie devolute alla competenza del giudice civile.

Più precisamente la norma dice che: *1. Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.”*

Questa disposizione normativa in realtà contiene una prescrizione ed una deroga. *Prescrive* che, il regime giuridico applicabile *alla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti* delle società indicate e loro controllate, debba essere la disciplina codicistica *in deroga* alla disciplina di specialità applicabile alle società partecipate,e, per le *relative controversie*, l'esclusività della competenza giurisdizionale del giudice civile.

Qualcuno ha inteso il significato della norma, nella parte in cui prevede l'esclusività della competenza giurisdizionale del giudice civile.per le controversie che dovessero insorgere, come manifestazione della

⁵ Corte Costituzionale sentenze n.63/2008 e n.430/2007

⁶ Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Lombardia sentenza n135/2008.

volontà di introdurre una *deroga* implicita ed indiretta anche alla competenza giurisdizionale della Corte dei Conti ed alla applicabilità della disciplina della responsabilità amministrativa per danno all'erario agli amministratori ed ai dipendenti delle società partecipate di cui all'art.16 bis della legge n.31/2008, come disciplinata dalla l.n.20/94, interpretata ed applicata dal giudice contabile e dalle SS.UU della Corte di Cassazione.

4- L'ARTICOLO 16 BIS.DEL DECRETO MILLE PROROGHE- DL248/2007 CONVERTITO NELLA LEGGE 27 FEBBRAIO 2008 N.31 INTITOLATO "RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ QUOTATE PARTECIPATE DA AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE"

L'intento espresso implicitamente nella norma, secondo una certa interpretazione, sembrerebbe essere quello di voler sottrarre alla giurisdizione della Corte dei Conti specificatamente gli amministratori e i dipendenti del "*le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate*".

Quindi, nella sostanza e, relativamente alle società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello stato o di altre amministrazioni o enti pubblici, inferiore al 50 per cento e per le loro controllate, al fine di sottrarre al giudizio della Corte dei conti gli amministratori e i dipendenti di queste, la norma conterrebbe una deroga alla giurisdizione contabile, ormai acquisita e data per scontata, per gli amministratori delle s.p.a. partecipate come affermato dalla Corte di Cassazione, SS.UU e dal giudice contabile.

L'effetto prodotto potrebbe essere, secondo un primo indirizzo interpretativo, quello di un ampliamento *implicito* dell'ambito di giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori e dipendenti delle s.p.a., nel quale non erano stati inclusi neanche dalla Corte di Cassazione che, con le sue note ordinanze, invece aveva sviluppato il tradizionale criterio del rapporto di servizio per estendere la giurisdizione contabile alle società partecipate.

Si afferma infatti che, con questa norma, sostanzialmente il legislatore, escludendo la giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori e dipendenti delle società che hanno le caratteristiche ivi descritte, dà per scontata una giurisdizione contabile solamente ipotizzata dalla Corte di Cassazione in alcune recenti pronunce ed in modo empirico e, su questa, fonda la "*deroga*" per le società quotate partecipate.⁷

L'A. analizzando la norma afferma appunto come questa abbia introdotto un nuovo ambito di giurisdizione contabile ammessa solo dalla giurisdizione della Corte dei Conti e sicuramente non avallata

⁷ M.A.Sandulli: *L'art.16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle SPA pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti?(Ovvero l'effetto perverso delle norme Last minute)*.in federalismi.it n.5/2008.

dalla Corte di Cassazione che, anzi, con la sent. n.15458 del 2007 ha esteso l'ambito di giurisdizione contabile anche all'attività imprenditoriale degli enti pubblici economici e non anche per le SPA per le quali mantiene il criterio tradizionale del rapporto di servizio.

Definisce la norma come un ingresso “*a gamba tesa*”, perché in realtà introduce una deroga ad un principio che tale non è e che è un indirizzo giurisprudenziale, per altro non completamente attinente al tema, che si sta ancora formando e consolidando, ed è un indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Unite alla Corte di Cassazione che ancora affronta il problema dell'applicabilità del principio della responsabilità amministrativa per danno all'erario alle società per azioni partecipate in misura maggioritaria, minoritaria o totale dalle amministrazioni pubbliche. Questo vuol dire che nel caso si configurasse tale rapporto per tali società, essendo queste persone giuridiche, sarebbero chiamate a rispondere per danno erariale nei confronti dell'azionista pubblico come soggetti danneggiati e non danneggiati.

Altri, per contro, ritengono che la norma costituisca la *interpositio legislatoris* necessaria per radicare senza equivoci la giurisdizione della Corte dei Conti, alla quale è riservata la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica, la competenza giurisdizionale relativa alle società partecipate ed ai loro amministratori e, che, prima di questa legge, gli argomenti a favore e quelli contrari alla configurabilità della giurisdizione della Corte dei Conti per la responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società partecipate, costituivano un quadro ricostruttivo non univoco e quindi insufficiente⁸

In realtà l'ipotesi di una modificazione del regime giuridico della responsabilità delle società quotate come introdotta dall'art.16 bis, può semplicemente intendersi come la sottoposizione di queste specifiche società alla disciplina codicistica ed, al tempo stesso, la loro esclusione dall'applicazione delle norme *speciali* che invece vigono per le altre società pubbliche partecipate considerate nella sostanza veri e propri apparati pubblici (misure di contenimento della spesa pubblica, regole di trasparenza e vincoli sull'organizzazione).

Quindi il significato e la finalità della norma potrebbe essere intesa nel senso di riaffermare la non applicabilità delle norme speciali, anche con riferimento alla responsabilità amministrativa, “*alle società quotate per le quali la natura di soggetti sottoposti interamente al mercato funge da diaframma all'intrusione di norme pubblicistiche*”⁹

La qualificazione attribuita alle società partecipate di *pubbliche* da conto dei vincoli che sulle stesse sono imposti dal legislatore per quanto riguarda l'operatività funzionale e territoriale e, di quelli derivanti dalla giurisprudenza attraverso la sottoposizione degli amministratori delle società pubbliche alla responsabilità

⁸ Giuseppe Caia: *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in Giustizia Amministrativa, n.6/2008.

⁹ L.Torchia, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica – op.cit.*

civile oltre che a quella amministrativa in ragione dell'applicazione alla relazione intercorrente tra ente pubblico e società partecipata, del rapporto di servizio inteso come categoria organizzatoria che collega funzionalmente i due soggetti.

In ragione di tale rapporto viene infatti in evidenza come elemento distorsivo del buon andamento di un mercato concorrenziale

Ma se la normativa di riferimento, come affermato dalla Corte Costituzionale, trova la ragione della sua specialità nell'intento di eliminare gli effetti distorsivi della concorrenza e garantire il "buon andamento", vuol dire che le SPA partecipate sono regolate da un regime giuridico introdotto dalle leggi dello Stato che modificano ed integrano la disciplina codicistica in ragione del diverso peso della partecipazione, distinguendola da quella ordinaria e conferendole una veste di specialità.

Quindi la deroga introdotta dall'art.16 bis vale e si riferisce alla disciplina codicistica come modificata ed integrata dalle leggi dello Stato poste a tutela della concorrenza, che non deve trovare applicazione relativamente alle *società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello stato o di altre amministrazioni o enti pubblici, inferiore al 50 per cento e per le loro controllate*, perché nei loro confronti vige il principio della disciplina codicistica e dell'esclusività della giurisdizione del giudice civile per le loro controversie.. .

Di conseguenza non sembra si possa sostenere che l'art.16 bis possa anche voler dire che alle società quotate, a cui non si applica la normativa "speciale," non si debba applicare oltre al principio di responsabilità regolato dal codice civile, anche la normativa relativa alla responsabilità amministrativa per danno all'erario, Anzi si può e forse anche si deve sostenere, anche alla luce della vigente disorganica normativa, che le due diverse discipline relative alla responsabilità degli amministratori convivono e, che, è proprio in ragione del criterio sostanzialista e di quello funzionale per cui lo Stato non conta come azionista, ma come soggetto pubblico e, il capitale sociale, non conta solo come patrimonio della società, ma rileva per la connessione con la finanza pubblica, che trova applicazione proprio il principio di responsabilità amministrativa per danno all'erario. Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è, infatti, spostato dalla qualità del soggetto- che può ben essere un privato o un ente pubblico non economico- alla *natura del danno e degli scopi perseguiti*¹⁰

La responsabilità amministrativa e la responsabilità sociale prevista dal codice civile sono ontologicamente, funzionalmente e normativamente diverse.

¹⁰ Le SS.UU. della Corte di Cassazione: sentenze 1 marzo 2006 n.4511 e 20 giugno 2006 n.14101. La Corte ha ulteriormente affermato che, ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale, in ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione al di fuori degli schemi del regolamento di contabilità di Stato e tramite soggetti in essa organicamente inseriti, è 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 o in un contratto di diritto privato. Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è, infatti, spostato dalla qualità del soggetto- che può ben essere un privato o un ente pubblico non economico- alla *natura del danno e degli scopi perseguiti*.

La responsabilità sociale prevista dalle norme del codice civile è dotata di azioni e rimedi a disposizione di azionisti e creditori a tutela del patrimonio sociale.

La responsabilità amministrativa per danno all'erario ugualmente trova nella legge n.20/1994 la disciplina sostanziale e la previsione normativa dei mezzi e delle azioni a tutela del patrimonio pubblico che subisce un danno dall'attività degli amministratori e funzionari delle società partecipate in ragione e nella misura accertata in seguito al giudizio di responsabilità.

L'analisi dell'art.16 bis e degli effetti derogatori che produce sulla disciplina normativa relativa alle società partecipate, mette in evidenza come questa consti di regole generali, speciali e di deroghe e quindi non si presenti come un sistema conchiuso anzi appare incompleto, non autosufficiente e che necessita di criteri in base ai quali identificare l'applicabilità delle norme speciali piuttosto che quelle generali alle diverse tipologie di soggetti partecipati.

In particolare la necessità e l'utilizzazione di criteri si è resa necessaria ed ancora di più lo è dopo l'adozione del decreto mille proroghe , che come già sottolineato ha indotto ad interpretazioni le più diverse circa la individuazione della disciplina normativa applicabile alla responsabilità di amministratori e dipendenti delle *società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello stato o di altre amministrazioni o enti pubblici, inferiore al 50 per cento e per le loro controllate*.

I criteri utilizzati dalla giurisprudenza per determinare se è applicabile la disciplina generale o quella speciale sono stati diversi specie per quanto attiene all'ambito di applicazione del regime della responsabilità non solo della società nei confronti del socio, ma anche e soprattutto degli amministratori nei confronti della società stessa specie se ne considera il carattere pubblico.

Diversi sono stati i percorsi seguiti, da quello tradizionale dell'ambito soggettivo ampliato per poi spostarsi sulla natura dell'attività e, quindi, da ultimo, sulla natura delle risorse impiegate .

Un altro elemento di specialità è ravvisabile nell'obbligo dell'evidenza pubblica per le società a partecipazione pubblico privata che sottrae autonomia al soggetto privato in ragione ed in funzione dell'interesse pubblico costituito dall'impegno finanziario della partecipazione pubblica. Lo schema normativo applicato consiste nel riconoscere che alla proprietà pubblica del capitale anche se parziale, ma in grado di assicurare il controllo della società, è sotteso un legittimo interesse pubblico e dalla proprietà discende l'obbligo dell'evidenza pubblica.

E, se conseguenza dell'evidenza pubblica è la negazione della libertà di organizzazione e di azione, in capo alla società partecipata, tuttavia occorre riconoscere che l'obbligo del ricorso all'evidenza pubblica si basa essenzialmente sul presupposto della identità tra il fine di interesse pubblico e quello della tutela della concorrenza

La sussistenza perfino in capo alle società miste dell'obbligo, nei (molti)casi previsti in primo luogo dalla normativa comunitaria, di fare ricorso alle procedure di evidenza pubblica, dimostra l'assoluta

compenetrazione fra interesse pubblico <ad un'utilizzazione razionale del pubblico denaro attraverso la scelta dell'offerta migliore> e la tutela della concorrenza.

La ragione secondo la Corte dei Conti, risiede “nella normativa comunitaria che rovesciando i termini dell'impostazione tradizionale impone di seguire una procedura di impronta pubblicistica anche per l'affidamento di commesse il cui corrispettivo in quanto a carico di società mista, gravi in ultima analisi, almeno in parte su risorse provenienti/messe a disposizione da soci privati” .In termini economici, dice la Corte, accedere ad una commessa vuol dire accedere al relativo corrispettivo e se questo proviene dalla finanza pubblica occorre garantire l'effettività della regola della concorrenza e di miglior utilizzo delle risorse pubbliche. Quando la provenienza pubblica è solo parziale, come nel caso della società mista, diviene di tutta evidenza quel fenomeno di <attrazione> o <trascinamento> per cui anche l'accesso alla quota parte del corrispettivo non proveniente dalla finanza pubblica finisce per essere governato dalla procedura di impronta pubblicistica. Fenomeno di <attrazione> o <trascinamento> che vale a rendere chiara la capacità contaminante, nell'economia della singola vicenda contrattuale quando si tratti di una società mista, ai fini della individuazione delle regole di duplice matrice – pubblicistica ed insieme concorrenziale- a cui sottoporre la quota parte di risorse di provenienza pubblica.

In questo contesto ordinamentale di riferimento la Corte ritiene di essere chiamata ad esplicitare il proprio ministero giurisdizionale.¹¹

In ogni caso in cui vi siano risorse finanziarie di provenienza pubblica l'art.103 della Costituzione intende assicurare l'effettività della garanzia attraverso il ministero giurisdizionale della Corte dei Conti.

Anche la Corte di Cassazione, in merito alla responsabilità amministrativa, afferma che è possibile identificare l'esistenza di un rapporto con l'erario in qualsiasi struttura organizzativa o relazione giuridica o attività, anche del soggetto privato, in cui la natura del patrimonio che subisce il danno sia pubblica perché si possa configurare una responsabilità amministrativa per danno all'erario.

Ancora la Corte di Cassazione ha riconosciuto il carattere di pubblici agenti ad amministratori e dipendenti di enti pubblici economici nonché di società per azioni il cui capitale sia detenuto in misura maggioritaria da enti pubblici, ai fini della sottoposizione al giudizio di responsabilità amministrativa davanti alla Corte dei Conti.¹²

Le pronunce della Corte consentono di chiamare a rispondere del danno prodotto al patrimonio pubblico tutti i soggetti che, nell'esercizio delle loro funzioni, abbiano concorso a determinarlo. riferendosi a tutti quei soggetti, sia pubblici che privati, persone fisiche e giuridiche, legati comunque lato

¹¹ Corte dei Conti ,sezione Lombardia, sentenza 5.09.2007 n. 448.

¹² Corte di Cassazione SSUU.22 dicembre 2003 n.19667 e 26 febbraio 2004 n.3899

sensu da un rapporto di appartenenza alla pubblica amministrazione in conseguenza delle funzioni loro attribuite.

Appare del tutto evidente che interpretare l'art. 16 bis del decreto mille proroghe come deroga all'applicabilità della responsabilità amministrativa agli amministratori e dipendenti delle società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello stato o di altre amministrazioni o enti pubblici, inferiore al 50 per cento e per le loro controllate, o, anche al contrario, come estensione dello stesso principio, potrebbe porsi in contraddizione con l'indirizzo giurisprudenziale introdotto dalla Corte di Cassazione e con le pronunce della Corte dei Conti.

In realtà la norma si colloca adeguatamente nel contesto dei principi di responsabilità collegati alla natura dei diversi interessi in gioco quali: l'interesse sociale, il cui parametro di giudizio implica una valutazione di razionalità *ex ante* e, l'interesse pubblico, basato sulla conformità della condotta alle norme pubblicistiche che prescrivono comportamenti tipizzati da valutare *ex post*, interessi che non possono essere sovrapposti e confusi e che anzi richiedono di essere tutelati e valutati ciascuno secondo le proprie specifiche regole.

6- L' AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEL CODICE CIVILE E NELLA LEGGE N.20/1994

L'azione di responsabilità è in questo senso la regola specifica di tutela e valutazione delle responsabilità. È lo strumento previsto dall'ordinamento per la tutela sia dell'interesse sociale che di quello pubblico collegato alla partecipazione. Interessi, questi, diversi così come diverse sono le azioni di responsabilità.

L'azione di responsabilità ai sensi dell'art.2393 c.c.: **1**-produce effetti a vantaggio dell'intera compagine sociale posto che il risarcimento va a favore della società in quanto tale; **2**- è *ex lege* rinunciabile dal soggetto che l'ha esperita; **3**- dopo il suo esperimento è *ex lege* anche transigibile; inoltre in base all'art.2393- bis c.c. l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata dalla società in quanto tale, oppure da parte dei soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale, o la diversa misura prevista dallo statuto, comunque non superiore al terzo; mentre, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione può essere esercitata dai soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale o, la minore misura prevista dallo statuto.

In tutti i casi previsti l'azione resta rinunciabile e transigibile da parte di chi l'ha proposta, cioè da parte di una minoranza qualificata di soci o perfino di un unico socio se detentore del capitale sociale nella misura utile (art.2393-bis , c.6 c.c.).

Se, per ipotesi, il socio pubblico detentore della quota sociale necessaria per promuovere l'azione sociale, la promovesse, si troverebbe, se l'esito dell'azione fosse positivo, ad avvantaggiare

l'intera società e l'azione nelle sue mani resterebbe transigibile e rinunciabile *ex lege* fino alla definizione del giudizio instaurato.

Completamente diversa sia come struttura che come funzione si presenta l'azione pubblica di responsabilità intestata al PM contabile che è obbligatoria ed in nessun caso può essere transigibile o rinunciabile ed inoltre, per sua natura, non può tendere se non al reintegro della sfera patrimoniale di pertinenza del soggetto pubblico per cui, in caso di esito positivo, gli effetti si produrrebbero soltanto favorevolmente verso il soggetto pubblico.

Le stesse ragioni impediscono di poter rinvenire nell'art. 2395 c.c. la legittimazione a proporre l'azione di responsabilità in capo al PM per la concorrenza che si instaurerebbe tra le due risultandone agli effetti completamente snaturate.

Ugualmente non sarebbe possibile postulare una ipotesi per la quale l'azione erariale risulti esperibile nei soli confronti del socio pubblico per il mancato esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti del management in quanto si realizzerebbe l'ipotesi paradossale dell'esercizio obbligatorio di una azione di responsabilità avverso gli autori del mancato esercizio di una azione discrezionale di diritto privato

.Dalla considerazione per la quale “il metro da utilizzare ai fini del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice contabile si sia evoluto, in radice, dall'applicazione secondo una tecnica di tipo selettivo ad una di tipo, viceversa, attrattivo, e quindi esclusivista”, la Corte dei Conti trae la conseguenza per la quale l'azione che, delle due, è stata dall'ordinamento conformata in via astratta come cedevole, (perché il suo esercizio e la sua coltivazione come il loro contrario, sono rimesse all'insindacabile volontà del soggetto legittimato), deve fare un passo indietro rispetto all'altra.

In questa direzione il giudice prospetta l'ipotesi in cui l'azione erariale esercitata in quanto obbligatoria abbia avuto esito positivo in sede contabile e quindi abbia prodotto effetto a vantaggio del socio pubblico, mentre l'azione sociale di responsabilità- esperibile ex art.2393 comma 6 c.c. e per una somma calcolata deducendo dal complessivo danno la quota di risarcimento di pertinenza del socio pubblico e perseguita dinanzi al giudice contabile- se esperita sia stata successivamente rinunciata o transatta,. Ma anche il caso che questa ultima non venga neppure esperita, non ostando come noto il diritto privato all'adozione di comportamenti anche economicamente autolesivi, giusta il superiore principio di autoresponsabilità.¹³

6 –NELLA RINNOVATA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA LE RAGIONI DELLA COESISTENZA CON LA RESPONSABILITÀ SOCIALE.

¹³ Corte dei Conti sez.Lombardia, sentenza n.135/2008.

E'anche nella rinnovata disciplina della responsabilità amministrativa che si trovano le ragioni poste a base della possibile coesistenza della responsabilità amministrativa per danno all'erario con la responsabilità sociale in capo allo stesso soggetto.

Il processo evolutivo sia normativo che di profonda trasformazione degli apparati amministrativi impone un approfondimento delle categorie dogmatiche e sistematiche dell'istituto generale della responsabilità che, diviene per ciò stesso la chiave di volta dell'assetto complessivo della pubblica amministrazione.

Il principio costituzionale della responsabilità come inteso sia nell'art.97 che nell'art.28 della Costituzione, si realizza attraverso un ampio processo di evoluzione normativa in un contesto caratterizzato dalla plurisoggettività, dalla desoggettivazione e dall'autonomia e tende sempre più ad assumere il ruolo nuovo e, per molti aspetti singolare, di *regola di organizzazione* e di *norma di azione* nel funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

La responsabilità amministrativa "per tabulas" si inserisce perfettamente in un rinnovato contesto normativo e, quindi, in quanto regola di organizzazione e di azione dello svolgimento della funzione pubblica si pone come clausola di garanzia a tutela dell'*erario*.

La definizione normativa consente di dare autonomia istituzionale e sistematica alla responsabilità amministrativa nei termini in cui è definita dalla riforma così da poterne verificare la compatibilità e la consonanza con la previsione del principio costituzionale della responsabilità di cui all'art.28 della Costituzione ed inserirla sistematicamente e funzionalmente nel sistema di responsabilità che da questa norma deriva.

Ora si può, sul piano metodologico, prescindere da un inquadramento generale della responsabilità amministrativa in una delle forme di responsabilità note nell'ordinamento, anche tenendo presente che il quadro di riferimento normativo in tema di responsabilità è completato, coerentemente, dalle importanti modificazioni apportate dal legislatore alla funzione di controllo e al relativo esercizio oltre che a quella giurisdizionale, tutte affidate alla Corte dei Conti.¹⁴

Il legislatore con la legge n.639 del 1996 dà conto dell'evoluzione normativa intervenuta e configura una forma di responsabilità amministrativa funzionale alle esigenze di una amministrazione che tende al perseguimento di risultati, che è organizzata sulla distinzione del momento politico da quello amministrativo le cui scelte discrezionali sono escluse dal sindacato nel merito, così come è esclusa la responsabilità per i titolari degli organi politici che in buona fede abbiano approvato o autorizzato atti propri degli uffici amministrativi o tecnici.¹⁵

¹⁴A. ROMANO TASSONE, *La valenza sanzionatoria*, op. cit., 283.

¹⁵L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione dagli interessi ai beni*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 59-60, ha così sintetizzato le principali questioni: a) che cos'è il

Sostanzialmente ridisegnando la fisionomia della responsabilità amministrativa ha introdotto importanti innovazioni quali la regola per la quale sono perseguibili i soli comportamenti da cui scaturiscano conseguenze *più gravi per i bilanci pubblici e di maggiore impatto sulla pubblica opinione e limitatamente ai soli casi di dolo e di colpa grave*.

Lo ha sottolineato la Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 371, del 20 novembre 1998, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale della norma che limita la responsabilità amministrativa ai casi di dolo o colpa grave, ha parlato di *“un processo di nuova conformazione dell’istituto”*, che fa riscontro alla *“revisione dell’ordinamento del pubblico impiego, attuata, in epoca di poco precedente, dal decreto legislativo n. 29, del 1993, cui ha fatto seguito il decreto legislativo n. 80, del 1998, attraverso la cosiddetta privatizzazione, in una prospettiva di maggiore valorizzazione dei risultati dell’azione amministrativa, alla luce degli obiettivi di efficienza e di rigore di gestione”*.

Appare evidente, secondo la Corte costituzionale, che nella *“nuova conformazione della responsabilità amministrativa e contabile”* deve essere valutata positivamente la limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave, poiché essa risponde all’intento *“di predisporre, nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all’eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell’attività amministrativa”* nel senso che, nella gestione della cosa pubblica, l’amministratore o il dipendente non deve sentirsi troppo con le mani legate, non deve esser frenato dall’ossessivo timore di sbagliare e pertanto non deve essere ritenuto responsabile di qualsiasi comportamento colposo, ed in particolare di quegli errori che possono accadere e che sono funzionali alla stessa gestione.

D’altro canto, si deve ritenere, come sottolinea ancora la Corte Costituzionale, che *“nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano l’istituto qui in esame, la disposizione in questione risponde alla finalità di determinare quanto del rischio dell’attività debba restare a carico dell’apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo”*.¹⁶

risultato e cioè quali sono le componenti della entità definita risultato (con espressione solo apparentemente chiara) e a quali esigenze corrisponde l’Amministrazione di risultato; b) se e come il risultato sia conoscibile; c) se e a quali condizioni sia prevedibile e raggiungibile con certezza; d) in base a quali parametri il risultato possa essere definito, qualificato e valutato; e, sul piano più generale, se e a quali condizioni la logica del risultato sia conciliabile con il principio di legittimità e quali modificazioni dei due termini comporti la loro eventuale conciliabilità; e) ed infine, se sia possibile entrare in quella che è stata definita la *“scatola nera”* della decisione amministrativa, rendendo effettiva la pressante domanda di trasparenza, di partecipazione e di sottoposizione a controllo e ad esame critico di tutte le componenti dei poteri in tutte le loro manifestazioni, secondo la linea di tendenza che sembra emergere anche dalla giurisprudenza amministrativa europea.

Il riferimento alla *“scatola nera”* è di A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, 1996, 229 ss. e spec. 270.

¹⁶ P. MADDALENA, *op. ul. cit.*

Dal parallelismo che la Corte Costituzionale fa tra la riforma della responsabilità amministrativa e la revisione dell'ordinamento del pubblico impiego attuata con i decreti legislativi n.29/ 1993 e n.80/1998 (ed ora con la legge n.69 del 2009), emerge con estrema chiarezza come la combinazione degli elementi di deterrenza e restitutori sia funzionale alla determinazione della ripartizione del rischio e quindi di quale parte debba restare a carico dell'apparato e quale invece sia a carico del dipendente. Infatti le attività amministrative illecite sono sanzionabili in caso di dolo e colpa grave.¹⁷

Come, con altrettanta chiarezza, la pronuncia della Corte collega sia funzionalmente che dal punto di vista giuridico formale la responsabilità amministrativa per tabulas all'amministrazione che agisce sulla base di principi di efficacia efficienza ed economicità mirando al risultato.

In dottrina e giurisprudenza si è spesso dibattuto sulla natura risarcitoria o sanzionatoria della responsabilità amministrativa. Le due impostazioni trovano punti di contatto: la consumazione, nell'ambito del giudizio di responsabilità, dell'azione risarcitoria e la facoltà del giudice di ridurre l'entità del danno da risarcire (potere riduttivo).

Il potere riduttivo, esercitato discrezionalmente ed occasionalmente, è stato considerato da un lato come applicazione del concorso di colpa del creditore in riferimento all'art. 1227 del c. c., dall'altro come espressione di un potere discrezionale del giudice in relazione allo stato economico ed ai precedenti di servizio del convenuto, con riferimento all'art. 133 c.p.. Tutto questo però ha messo in crisi la solidarietà fra più corresponsabili e la trasmissione dell'obbligazione passiva agli eredi, come istituti di responsabilità civilistico - risarcitoria ¹⁸.

Essa assume una propria autonoma individualità che ha come conseguenza la totale assenza di preclusioni tra l'azione civile, quella penale e quella di responsabilità amministrativo-contabile. ¹⁹

. Il carattere personale della responsabilità amministrativa inteso come *predicabilità solo per la persona responsabile* da cui deriva la sua *intrasmissibilità agli eredi*; la *esclusione della solidarietà passiva*; la riaffermazione del principio della *responsabilità parziaria* unitamente alla definizione della *condotta antigiuridica o illecita, della colpa, del danno* quali elementi costitutivi la connotano e la contraddistinguono.

L'ambito soggettivo si amplia nella previsione normativa in relazione all'amministrazione pubblica desoggettivata, sicché si può parlare di responsabilità amministrativa per danni cagionati all'amministrazione dal dipendente nell'esercizio delle proprie mansioni in quanto in essa inserito

¹⁷ CORTE DEI CONTI, Sez. App. II, Sent. N. 73 del 05/06/97.

¹⁸ P. MADDALENA, *Solidarietà passiva e responsabilità amministrativa nella giurisprudenza antica e recente della Corte dei Conti*, in *Foro italiano*, 1982, III, c. 360 ss.

¹⁹ CORTE DEI CONTI, Sez. App. I, Sent. N. 331 del 14/11/00; Sez. Giurisdiz. Val d'Aosta, Sent. N. 52 del 13/07/98; Sez. Giurisdiz. Lazio, Sent. N. 2272 del 23/11/98.

prescindendo dal tipo di regolamentazione pubblicistica o privatistica che riguarda il rapporto a cui è legato.

Il carattere della personalità è quindi funzionale alla garanzia dell'efficacia, dell'efficienza dell'economicità in quanto strettamente legato ai comportamenti dei funzionari e dei dipendenti relativamente all'esercizio delle funzioni ad essi attribuite dalle norme di organizzazione ed in relazione ai risultati conseguiti.

Anche l'ambito oggettivo della responsabilità amministrativa risulta ampliato specie se si considera che il legislatore non ha deliberatamente voluto dare alcuna "qualificazione oggettiva del danno", la cui definizione è di conseguenza affidata al giudice.

Il danno, perciò, svincolato dalla veste *stretta* della patrimonialità assume forme e dimensioni diverse, più funzionali alla cura dell'interesse della collettività come danno esistenziale, danno all'immagine., danno alla concorrenza ²⁰

7 -LA FUNZIONE DI GARANZIA NELLA NATURA PUBBLICA E SPECIALE DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

La fondamentale caratteristica della responsabilità amministrativa che si evince dalla fattispecie normativa definita dalla legge del 1996 è quella di avere natura per così dire *pubblica* e di essere *speciale* in quanto si identifica in un pregiudizio di tipo patrimoniale finanziario - *danno erariale*- inteso come danno pubblico risarcibile - ed è caratterizzata, in questo senso, dalla natura obbligatoria dell'azione affidata alla Corte dei Conti volta all'accertamento dell'esistenza della responsabilità e al ristoro dei danni a favore della Pubblica Amministrazione, intesa quale Soggetto Esponenziale degli interessi dell'intera collettività sui quali produce effetti.

La clausola generale della responsabilità viene ridotta e modellata, quindi, sulla responsabilità amministrativa attraverso la delimitazione della fattispecie illecita operata dalla diversa conformazione normativa degli elementi costitutivi.

La responsabilità realizza quindi i valori protetti dall'ordinamento, non solo cercando - come regola di organizzazione e come norma di azione - di prevenirne la lesione al livello e al momento della

²⁰ La Corte dei conti con una pronuncia in controtendenza nella sentenza n.39, sez.I, 15 maggio 1973, afferma che presupposto della giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa è il danno pubblico che può consistere anche nella turbativa di beni destinati ad uso diretto della collettività o a beneficio diretto o indiretto della medesima a mezzo degli enti pubblici territoriali o istituzionali. Inoltre dalle norme che disciplinano la figura del danno inteso come oggetto della giurisdizione della Corte "si desume chiaramente che il legislatore non ha voluto effettuare una qualificazione oggettiva del danno. Di conseguenza spetta unicamente al giudice di valutare se, nei singoli casi portati al suo esame, vi sia stato o meno un danno" .. "L'analisi degli elementi costitutivi del danno può e deve quindi essere effettuata dal giudice con tutti gli strumenti che l'ordinamento pone a sua disposizione".

decisione amministrativa, ma anche prevedendo mezzi e modi per renderlo effettivo, sia col tramite della sanzione, rendendo efficace e sanzionabile la responsabilità disciplinare, che con la restaurazione del bene illegittimamente violato con una reazione dell'ordinamento che può assumere anche connotati patrimoniali.²¹

La rilevanza innovativa del principio introdotto dall'art. 28 della Costituzione è riposta nella sua funzione di garanzia ad ampio spettro nei confronti di qualunque soggetto danneggiato da "funzionari" e "dipendenti dello Stato e degli Enti pubblici ... direttamente responsabili secondo le leggi civili, penali ed amministrative per gli atti compiuti in violazione dei diritti".

La previsione di una puntuale, precisa, specifica responsabilità, correlata alla violazione dell'obbligo giuridicamente sanzionabile e la contestuale predisposizione di mezzi e modi per ristabilire l'equilibrio che è stato violato, costituiscono uno strumento adeguato per completare il quadro di riferimento normativo per quanto attiene alla pubblica amministrazione complessivamente considerata unitamente ai propri funzionari e dipendenti.

Il principio di responsabilità assume in tale contesto un particolare significato in quanto si colloca tra l'interesse pubblico-funzione predeterminato dalla norma come conformazione dell'esercizio del potere e la stessa responsabilità intesa quale contributo alla sua legittimazione.

Il carattere innovativo dell'art. 28 della Costituzione riguarda soprattutto la individuazione dei soggetti responsabili da connettere con l'attività funzionalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico in quanto ad essi affidata e in relazione alla loro competenza.²²

Particolarmente importante e significativo del riconoscimento del danno esistenziale e del paradigma danno all'immagine – danno esistenziale è il carattere non patrimoniale che, al contempo, qualifica anche in senso pubblicistico la responsabilità amministrativa.

Se infatti, così come affermato da dottrina e giurisprudenza, il danno esistenziale si configura in relazione all'art.2043 c.c come danno non patrimoniale ed è qualificabile come danno evento in cui le conseguenze negative coincidono con la lesione in re ipsa del bene giuridico tutelato, sarà possibile una

²¹ S. PILATO, *op. cit.*, 2 ss..

²² G. MORBIDELLI, *Della responsabilità contrattuale (e di quella "provvedimentale") dei dirigenti*, in *Diritto Amministrativo* n.2 1999, 201 ss.; in particolare sostiene che il vero significato e principio informatore dell'art. 28 della Cost. è l'affermazione della responsabilità diretta della pubblica amministrazione contrapposta alla precedente responsabilità indiretta che costituisce sostanzialmente una garanzia per i funzionari e dipendenti anche se afferma con MERUSI che tale norma è inutile in quanto già esistente il rapporto di immedesimazione come rapporto organico che sostanzialmente supera il problema. Secondo l'A. la responsabilità diretta dell'amministrazione non è sottoponibile a revisione costituzionale mentre la responsabilità dell'amministratore e del dirigente entra in bilanciamento con altri valori costituzionali (Corte Costituzionale). La norma attribuisce al legislatore un'ampia potestà discrezionale di disciplina della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti con cui tenendo conto della complessità delle situazioni e delle esigenze e degli interessi a confronto, sia limitarla che addirittura eliminarla.

tutela risarcitoria tutte le volte in cui risulti danneggiata una specifica prerogativa e spetterà al giudice contabile decidere il quantum del danno.²³

La definizione e la qualificazione da parte della Corte dei Conti del danno erariale come esistenziale nei confronti di una pubblica amministrazione, in quanto conseguente alla lesione del principio di buon andamento, costituisce l'approdo di un lungo percorso evolutivo e di trasformazione della pubblica amministrazione di cui dà conto la giurisprudenza che si fa interprete, di volta in volta, dei riflessi che il processo di privatizzazione produce sia sugli equilibri costituzionali che su quelli dei rapporti di forza tra individui e collettività.

Nella ricostruzione del quadro sia normativo che giurisprudenziale che ne deriva, importanti pronunce della Corte Costituzionale, della Corte dei Conti e della Corte di Cassazione danno conto, per mezzo di significativi passaggi interpretativi, di come dal processo di privatizzazione sia derivata una qualificazione della pubblica amministrazione più oggettiva che non soggettiva. Tale, seppure parziale, trasformazione ha prodotto importanti conseguenze in quanto ha reso del tutto irrilevante la distinzione tra ente pubblico ed ente pubblico economico.

Il progressivo ampliamento *giurisprudenziale* del concetto di amministrazione pubblica suscettibile di giudizio contabile unitamente all'affermazione della autonoma personalità giuridica riconosciuta alla C.E. da parte del trattato, fanno ritenere applicabile il disposto della l.n.20 del 1994, e, quindi la giurisdizione della Corte dei Conti anche ad una ipotesi di responsabilità amministrativa per danno all'erario arrecato da un amministratore di un ente locale alla Comunità Europea in conseguenza della percezione di finanziamenti comunitari a fronte della mancanza di alcuni requisiti formali per poterne beneficiare in quanto trattasi, appunto, di amministrazione diversa da quella di appartenenza.²⁴

La potestà decisoria della Corte dei Conti "sussiste" sulla base di una specifica evenienza in cui, come nel caso *sub iudice*, non si controverta di un danno patito dall'Ente locale che, introitati i

²³ CORTE DEI CONTI, sentenza n.10-2003-QM del 23 aprile 2003- Sezioni riunite in sede giurisdizionale; la Corte rispondendo al quesito relativo alla quantificazione del danno esistenziale e quello connesso dell'individuazione dei parametri utili a tal fine, dà conto della delicatezza della problematica del danno esistenziale, al cui interno si colloca, come "figura" specifica, quello all'immagine e all'identità personale. Afferma poi come la mancanza di criteri oggettivi di quantificazione non possa essere un motivo per escludere l'esistenza del danno " in quanto il profilo liquidatorio interessa non per l'ammissibilità del risarcimento, ma per la sua determinazione.", e che pertanto si tratta di un problema di delimitazione dell'area della risarcibilità su criteri oggettivi che il giudice deve poter determinare sulla base del diritto positivo. Ad ogni buon conto il Collegio individua due criteri di fondo per risolvere le questioni probatorie e a questo proposito stabilisce che " Sarà ammissibile il ricorso alle presunzioni come idoneo mezzo di prova a sostegno della domanda fin quando le conseguenze negative fatte valere rimangano per la loro tipicità, entro i limiti dell'id quod plerumque accidit e correlativamente debbono ammettersi oneri forti di controprova per il convenuto che voglia dimostrare che il pregiudizio allegato, aldilà di ogni parvenza, in realtà non si è verificato." Mentre per contro "Sarà invece necessaria adeguata prova, cadendo allora ogni automatismo presuntivo a favore dell'offeso, ove non si rivendichino conseguenze negative ulteriori e specifiche".

²⁴ CORTE DEI CONTI, sez.giurisdizionale Lombardia , 8 aprile 2004 n.528.

finanziamenti comunitari li abbia male utilizzati, bensì della diversa fattispecie per la quale i fondi stessi non avrebbero dovuto essere erogati dal finanziatore a causa di violazioni contrattuali del beneficiario. L'applicabilità al caso di specie della disciplina contenuta nella legge n.20/94 in virtù del disposto dell'art.1 è *confortato*, secondo il giudice contabile, dal progressivo ampliamento giurisprudenziale del concetto di amministrazione pubblica suscettibile, appunto, di giudizio contabile.

Ampliato risulta, di conseguenza, anche l'ambito oggettivo, posto che la stessa Corte afferma come l'oggetto del suo sindacato non siano soltanto quei comportamenti che configurano vere e proprie "frodi", ma anche quelli che, pur essendo mere irregolarità procedurali, possano essere forieri di un danno economico alla comunità anche in ipotesi in cui non siano miranti ad uno scopo illecito. Infatti nel caso dedotto in giudizio, in realtà, l'oggetto è una mera irregolarità procedimentale, quale l'utilizzo di personale diverso da quello pattiziamente indicato, ed il danno alla Comunità ipotizzato è l'asserita indebita erogazione di fondi che non avrebbero dovuto essere erogati dal finanziatore perché non rispettati gli obblighi contrattuali.

Risulta confermata ed affermata, anche in considerazione del contesto ampliato dell'ambito soggettivo in cui si colloca la pronuncia, la natura pubblicistica della tutela giuscontabile per il fatto che la giurisdizione della Corte dei Conti si configura a fronte di qualsiasi danno erariale prescindendo da eventuali deroghe pattizie e si connota, quindi, in modo diverso rispetto ad altre tipologie sia penali che civili ed è parallelamente esperibile con il solo limite decurtante il proprio potere di condanna.

La responsabilità amministrativa ed il relativo giudizio si pongono quindi come clausola e strumento di garanzia del corretto svolgersi della funzione pubblica anche quando questa faccia capo alla Unione Europea. In questo contesto l'azione generale giuscontabile della procura erariale, applicando la disciplina normativa come interpretata dallo stesso giudice, assume la funzione di strumento di verifica del corretto uso dei mezzi usati e delle modalità di realizzazione del progetto.

Poichè oggetto del giudizio è la verifica della conformità dello svolgimento della funzione alle regole che la prevedono ed a quelle che ne disciplinano il rapporto con il risultato da perseguire, esso si pone quindi come giudizio di valore in relazione ad una obbligazione di risultato che la norma prefigura e rispetto alla quale i soggetti, che sono parte del rapporto, assumono l'impegno di rispettare.

La individuazione di una responsabilità amministrativa per danno risarcibile all'amministrazione di servizio che opera *per risultati* consente, nell'attuale assetto organizzatorio delle pubbliche amministrazioni caratterizzato dalla separazione tra organo politico ed amministrativo, di riconoscerne la specialità e, come tale, la funzione di clausola di garanzia dell'*erario* così come reinterpreto alla luce delle innovazioni normative intervenute che hanno trasformato il danno *erariale* in danno pubblico – collettivo. inteso come turbativa di quei beni che appartengono alla collettività organizzata dello Stato.

Già la giurisprudenza degli anni 80 nel definire il danno erariale come pubblico, in quanto colpisce un bene pubblico, gli fa perdere il carattere della patrimonialità intesa come pregiudizio di natura privatistica, lo trasforma in danno a contenuto patrimoniale valutabile economicamente ed attribuisce alla stessa responsabilità amministrativa un valore più ripristinatorio- risarcitorio che non sanzionatorio valore che sarà confermato poi dalla legge.

La scomposizione del danno all'*erario* in varie specie tutte correlate alla molteplicità dei soggetti e delle funzioni a cui queste si riferiscono, trasforma la responsabilità amministrativa in principio regolatore inteso come norma di azione della pubblica amministrazione e regola di organizzazione dei pubblici uffici..

La legge n.20 del 1994 così come modificata ed integrata dalla legge n.639 del 1996 disciplinando l'azione di responsabilità definisce normativamente la responsabilità amministrativa e dispone che la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando la insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi" secondo quanto stabilito dall'art.1 c.1 legge 14 gennaio 1994 n .20 e successive modificazioni ed integrazioni.

La previsione della responsabilità personale, per cui, nel caso di comportamenti dannosi imputabili a più soggetti " ciascuno risponde per la parte che vi ha presa" e non si estende agli eredi, nonché la prescrizione quinquennale dell'azione del P.M. e che il funzionario o dipendente risponde per i danni recati anche ad amministrazioni diverse da quella di appartenenza in virtù del suo status o per rapporto di servizio, dà conto della funzione di garanzia che la responsabilità amministrativa svolge.

Inoltre dalla disciplina normativa della fattispecie della responsabilità amministrativa emerge nettamente la distinzione tra momento politico e amministrativo realizzata attraverso la previsione della *insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali* e l'esclusione della responsabilità per i titolari degli organi politici che, in buona fede, abbiano approvato o autorizzato atti propri degli uffici tecnici ed amministrativi.²⁵

Il principio della *insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali* dell'Amministrazione, ma anche la contestuale necessità di tenere conto dei *vantaggi comunque acquisiti* dall'amministrazione, consente di poter più adeguatamente *individuare e quantificare il danno*.²⁶

²⁵ F. PASQUALUCCI, *Responsabilità dei dirigenti dopo il d.lgs. n. 80/98*, in *Enti pubblici*, dicembre 1998, 645 ss.

²⁶ M. RISTUCCIA, *Il mutamento delle regole dell'azione amministrativa*, in *Il diritto della regione*, n. 1 2002, 125 ss.. L'A. ritiene necessario in conseguenza del mutamento delle regole dell'agire della P.A. rivedere legislativamente almeno il principio della insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali che – seppure dettato dalle esigenze di garanzia dell'azione dei pubblici agenti, si risolve in un serio limite alla configurazione ed al perseguimento della

Il danno perciò va identificato, per differenza, tra l'ammontare complessivo del pregiudizio e l'entità monetizzata dei vantaggi che il comportamento dei presunti responsabili ha fatto conseguire all'Amministrazione, nella sua globalità e, intesa come comunità amministrata.

La insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non limita al giudice contabile la sindacabilità delle stesse scelte sotto il profilo della legittimità ed anzi, secondo un rinnovato orientamento della Corte di Cassazione, tale sindacato deve valutare la condotta dannosa alla luce dei principi contenuti nell'art.1 della legge sul procedimento e, l'azione amministrativa, con particolare attenzione ai principi di economicità ed efficacia.²⁷

La violazione dei principi di economicità, efficacia, pubblicità può essere accertata dal giudice contabile solo attraverso un controllo di *ragionevolezza* che va tenuto rigorosamente distinto dal controllo sul potere discrezionale. *“Il concetto di discrezionalità è unico –afferma la suprema Corte- e non cambia a seconda delle diverse sedi giurisdizionali: ne consegue che il controllo di legalità nel giudizio di responsabilità amministrativa non deve avere un contenuto meno ampio di quello svolto da altre giurisdizioni. ...La discrezionalità attiene solo all'attività di rilievo pubblicistico, regolata dal principio di tipicità degli atti amministrativi, ragion per cui, rispetto alle scelte operate dall'amministrazione nell'esercizio di attività imprenditoriale non può parlarsi di discrezionalità e non è quindi invocabile il limite legislativo posto al giudice contabile dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.*

...I principi di economicità, efficacia e pubblicità sono clausole generali o concetti giuridici indeterminati la cui osservanza da parte della p.a. comporta un controllo che non può andare oltre la ragionevolezza, dal momento che nell'applicazione di un concetto giuridico indeterminato c'è uno spazio insindacabile di libertà dell'amministrazione che va tenuto rigorosamente distinto dallo spazio relativo al potere discrezionale.

IL controllo da parte del giudice contabile sulla scorretta applicazione da parte della p.a. di clausole generali non costituisce invasione della sfera discrezionale della p.a. ma può semmai integrare un error in iudicando, non denunciabile in cassazione quel vizio attinente alla giurisdizione. (Corte di Cassazione S.U. civili; sentenza n.7024 del 28 marzo 2006.)

responsabilità amministrativa- eventualmente sostituendolo con la previsione normativa di un nuovo equilibrio tra libertà di scelta in ragione dei principi di utilità, proporzionalità, adeguatezza, economicità ecc. e necessaria tutela dei valori ed interessi definibili “superiori” che diversamente, a detta dell'A. non troverebbero garanzia adeguata alle sopraggiunte nuove regole di azione.

11 -La Corte di Cassazione SS.UU.Civili nella sentenza n.7024 del 28 marzo 2006 precisa come la discrezionalità attenga solo all'attività di rilievo pubblicistico regolata dal principio di tipicità degli atti amministrativi, per cui relativamente alle scelte operate dalla p.a. nell'esercizio di attività imprenditoriale non potendosi parlare di discrezionalità non sarebbe applicabile il limite legislativo posto al giudice contabile della insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali. Per contro la violazione dei principi di economicità, pubblicità, efficacia costituendo questi clausole generali o concetti giuridici indeterminati può essere accertata dal giudice contabile solo attraverso un controllo di ragionevolezza che va tenuto rigorosamente distinto dal controllo sul potere discrezionale.

Non è un caso”, come affermano le SS.UU della Cassazione civile, “che l’art.1 legge n.20 del 1994 faccia riferimento al “comportamento” degli amministratori e dipendenti pubblici soggetti a giudizio di responsabilità, nonché al “fatto dannoso” ed al “danno” al fine di affermare ed accertare . la responsabilità amministrativa

Il danno risarcibile non è da intendersi come equivalente all’intero ammontare del pregiudizio arrecato con la condotta illecita e colpevole degli agenti pubblici.²⁸

Mentre l’intero danno subito dall’Amministrazione, ed accertato in relazione alle dirette conseguenze che produce, costituisce il presupposto per promuovere l’azione da parte del giudice contabile.

La risarcibilità del danno deriva da *“una valutazione discrezionale ed equitativa del giudice contabile che, sulla base della intensità della colpa, intesa come grado di scostamento dalla regola che si doveva seguire nella fattispecie concreta, e di tutte le circostanze del caso, stabilisce quanta parte del danno subito dall’amministrazione debba essere addossato al convenuto e debba, per tanto, essere considerato risarcibile.”*

Il potere riduttivo di cui dispone il giudice contabile consente di modulare il debito conseguente alla condotta illecita rispetto alla misura del danno cagionato, o come meglio precisato dalla Corte Costituzionale, distingue “chiaramente il danno accertato secondo il principio di causalità materiale, cioè il danno subito dall’Amministrazione, dal danno addossato al responsabile: la relativa sentenza di condanna della Corte dei Conti è pertanto determinativa e costitutiva del debito risarcitorio.”(e dove peraltro le norme di riferimento del potere riduttivo che la Corte definisce improprio sono gli artt.82 e 83 del regio decreto 18 novembre 1923, n.2440).²⁹

La funzione dissuasiva e non soltanto ripristinativa della responsabilità amministrativa risulta accentuata proprio in virtù della applicazione del *potere riduttivo*.

Nel ricostruire l’istituto la priorità deve essere accordata a garantire che l’operatore pubblico possa agire con tranquillità, senza sentirsi costretto in una legislazione troppo invasiva per potergli

²⁸ F.G.SCOCA, La responsabilità amministrativa ed il suo processo (a cura di), Padova 1997.

²⁹ Corte Costituzionale, Sentenza n.183/2007.La Corte nei giudizi di legittimità costituzionale dell’art.1, commi 231,232 e 233 della legge 23 dicembre 2005,n.266 , ritiene che la previsione concernente la determinazione ad opera della Corte dei conti in sede di appello, della somma dovuta – in misura non superiore al trenta per cento del danno quantificato nella sentenza di primo grado- va inquadrata nel tradizionale assetto della responsabilità amministrativa dove l’intero danno accertato secondo il principio delle conseguenze dirette ed immediate del fatto dannoso non è di per sé risarcibile,ma costituisce soltanto il presupposto per il promuovimento da parte del giudice contabile del giudizio di responsabilità. Le norme applicabili poi per la determinazione del danno sono gli artt.82 e 83 del regio decreto 18 novembre 1923, n.2440)in relazione alle quali si è parlato impropriamente di potere riduttivo.- Queste distinguono chiaramente il danno accertato secondo un principio di causalità materiale, cioè il danno subito dall’amministrazione, dal danno addossato al responsabile e la sentenza di condanna della Corte dei conti è determinativa e costitutiva del debito risarcitorio ..

consentire di operare le scelte più adeguate ad una amministrazione che risponda a principi di economicità, efficacia, efficienza ed allo stesso tempo rispetti sempre e comunque il principio di legalità.

La nuova legislazione, in sostanza, connota un superamento della concezione privatistico-contrattuale a favore di una responsabilità qualificata da un vincolo pubblicistico più elastico.

I vantaggi per l'amministrazione devono equivalere e ricadere sulla collettività amministrata onde non incorrere in una responsabilità amministrativa che non tiene comunque conto dei benefici economici arrecati alla collettività amministrata con compensazione dei vantaggi.³⁰

L'obbligazione risarcitoria che segue all'accertamento della responsabilità deve essere congrua in modo da non scoraggiare l'efficienza, lo spirito di iniziativa, la dedizione e da scoraggiare contestualmente i comportamenti negligenti. Conseguenza ne è la limitazione o, per meglio dire, la rimodulazione che è autorizzato a fare il giudice contabile nella consapevolezza che il giudizio di responsabilità debba assolvere alla corretta funzione di migliorare l'azione amministrativa colpendo le devianze più gravi, sorvolando sugli errori commessi in buona fede, addossando all'amministrazione il rischio di scelte difficili o di inadeguatezze strutturali e organizzative o insufficienze del sistema non imputabili ai singoli.

Il giudizio di responsabilità quindi deve essere un monito per chi gestisce la cosa pubblica ed ha sostanzialmente una funzione di prevenzione generale.

Il danno oltre a dover essere attuale e concreto assume anche altre configurazioni importanti quali *il danno esistenziale, da tangente, all'immagine, all'ambiente, alla concorrenza* .

Tra l'evento di danno e la condotta illecita quale violazione di norme di legge e di regolamento poste a tutela dell'interesse della P.A. deve sussistere *un nesso causale*.

La responsabilità ricade in capo agli organi preposti allo svolgimento dell'azione amministrativa, sulla base di un *rapporto di servizio* ampliato, modificato, trasformato come funzionale in ragione della partecipazione procedimentale ed esteso a tutti i soggetti che abbiano perciò partecipato al concreto ed effettivo svolgimento dell'attività amministrativa.

Di conseguenza la trasformazione di un ente pubblico in una s.p.a. non comporta il venire meno in capo ai dipendenti della qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. *“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”*.³¹

³⁰ CORTE DEI CONTI, Sez. Giurisdiz. Emilia Rom., Sent. N. 874 del 19/03/02; Sez. App. II, Sent. N. 338 del 6/11/00.

³¹ CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite civili- Ordinanza 6 novembre-22 dicembre 2003 n.19667, La Corte con una ordinanza di contenuto innovativo e foriero di importanti conseguenze per l'ordinamento giuridico vigente, con cui afferma la giurisdizione della Corte dei Conti nei giudizi di responsabilità amministrativa anche nei confronti di amministratori e

La corte di Cassazione (SSUU.22 dicembre 2003 n.19667 e 26 febbraio 2004 n.3899) anche nel caso di società per azioni afferma che sussiste un “rapporto di servizio,ravvisabile ogni qualvolta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall’inserimento di un soggetto esterno nell’iter procedimentale del soggetto pubblico come compartecipe dell’attività a fini pubblici di quest’ultimo”.

Dalla pronuncia della Suprema Corte si desume che ai fini dell’attivazione del giudizio di responsabilità non è essenziale accertare l’esistenza di un rapporto di servizio tra soggetto ed ente, in quanto nella visione unitaria ed obbiettiva in cui si inserisce tale pronuncia, emerge che l’elemento necessario e sufficiente per l’attribuzione della materia al giudizio della Corte dei Conti è il verificarsi di un pregiudizio ingiusto in danno della finanza pubblica.

Di qui la considerazione fatta dalla Cassazione per la quale la giurisdizione in tema di responsabilità amministrativa di amministratori di enti pubblici economici appartiene alla Corte dei Conti in quanto “*il discrimen tra le due giurisdizioni (quella civile e quella contabile) risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto,nella natura - pubblica o privata- delle risorse finanziarie di cui si avvale*”. Inoltre la stessa Cassazione ha colto nell’art.1 ultimo comma della legge n.20 del 1994 quella “*interpositio legislatoris*” ritenuta dal giudice delle leggi necessaria per rendere attuabile il dettato costituzionale dell’art.103 secondo comma e quindi legittimare a pieno titolo la giurisdizione del Giudice contabile.

8 –LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA PER LE SCELTE GESTORIE DELLE SPA

La pronuncia con cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto la competenza giurisdizionale della Corte dei Conti a giudicare degli illeciti compiuti dagli amministratori di una società a quasi totale partecipazione pubblica sul presupposto che il rapporto di servizio sussiste tutte le volte in cui tra l’amministrazione ed un altro soggetto si instaura una relazione funzionale da cui risulti l’inserimento del soggetto esterno nell’attività svolta dall’ente pubblico a nulla rilevando la natura privatistica dell’ente affidatario del servizio, afferma che sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti “*nei confronti degli amministratori e dei dipendenti di una società per azioni partecipata da enti pubblici....per il danno patrimoniale subito dalla stessa p.a. per effetto del comportamento e delle scelte gestorie operate dagli stessi amministratori o dipendenti*”.³²(.

dipendenti di enti pubblici economici, contestualmente dà una altrettanto importante definizione dell’attività amministrativa intesa come attività che si identifica come tale 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”.

³²Per una ricostruzione della giurisprudenza in materia v.*Giancarlo Astegiano* in *Il Diritto della Regione*, 2004.

L'importanza della pronuncia delle SS.UU. oltre ad essere costituita dalla chiara intenzione della Corte di sottoporre a controllo anche l'attività imprenditoriale delle s.p.a. è rappresentata dalla attribuzione alla cognizione della Corte dei Conti dell'accertamento della responsabilità non *dell'Ente avente natura societaria*, bensì quella di coloro che hanno operato all'interno dell'ente.

Se le SS.UU. con la pronuncia in commento, hanno chiarito il rapporto relativamente ai rimedi da porre ai danni alle finanze pubbliche attribuendo la giurisdizione alla Corte dei Conti sulla base di un concetto ampliato di rapporto di servizio, non hanno però contestualmente risolto le incertezze che insorgono relativamente alla individuazione del soggetto danneggiato posto che sia la società che l'ente pubblico subiscono un danno dal comportamento degli amministratori e dei dipendenti tenuti al risarcimento per cui, quindi, la s.p.a. partecipata può essere il soggetto danneggiante e non il danneggiato ed allo stesso tempo .quello danneggiato.

La società subisce un danno in ragione della condotta illecita degli amministratori inteso come diminuzione del suo patrimonio e l'ente ugualmente subisce una diminuzione del valore della sua partecipazione.

Il problema tuttavia non sembra risolto per i dipendenti o amministratori di enti che hanno natura societaria e che vedano la partecipazione al capitale sociale di soci non pubblici per i quali sembrano valere le norme societarie che sono poste nell'interesse dei soci, degli stessi amministratori e dei terzi che entrano in contatto con la società e che disciplinano, sia i casi nei quali la società e i soci possono agire nei confronti dei soggetti che abbiano arrecato danno all'ente, sia la natura della responsabilità che deve essere fatta valere.

In questo caso si pone il problema dell'applicabilità sia delle norme del codice civile che di quelle di cui all'art.1 della legge n.20/94, ed in quale misura, considerato che, senza una espressa disposizione normativa derogatoria della disciplina codicistica, non sembra così facilmente applicabile la disciplina della responsabilità che possa incidere su diritti ed interessi di soggetti tutelati specificamente dall'ordinamento giuridico.

Si pone in dubbio che in ambito societario ed, in particolare, laddove la società sia a capitale misto, cioè in parte pubblico ed in parte privato, l'azione erariale intestata al PM contabile sia compatibile con l'azione di responsabilità prevista dal diritto comune all'art.2395 del c.c..

Si pone in sostanza il problema della convivenza di due distinte ipotesi di responsabilità:, quella che il codice civile prevede espressamente per le società s.p.a. pubbliche o private, e, la responsabilità amministrativa per danno all'erario, cioè al socio pubblico.

Occorre peraltro precisare ,come, dal punto di vista civilistico, l'adozione della forma societaria comporti obbligatoriamente la disciplina normativa codicistica del diritto societario e che gli

amministratori sono comunque responsabili verso la società, verso i singoli soci o terzi, verso i creditori sociali (nell'ordine art.2392,art.2395, art.2394 c.c.).

Inoltre il codice civile prevede rimedi,strumenti ed azioni a tutela della integrità del patrimonio sociale per cui occorre domandarsi se, nel caso in cui gli amministratori siano chiamati a rispondere e a reintegrare il danno provocato all'erario, se poi questo non possa compromettere la soddisfazione di soci e creditori.

Come pure ci si domanda se, sul piano più strettamente processuale, considerato il carattere di esclusività che caratterizza la giurisdizione contabile, se l'azione sociale in sede civile non possa da questa essere preclusa oltre alla considerazione per la quale la reintegrazione avverrebbe a favore dell'erario e non del patrimonio sociale , risultando quindi privilegiato il socio pubblico a scapito di altri soci e dei creditori.

Nel caso poi in cui si ammettesse il cumulo delle due responsabilità, gli amministratori potrebbero trovarsi a dover risarcire due volte lo stesso danno anche se “ non può imputarsi agli amministratori di non aver realizzato un interesse sia pure quello riferibile al socio di comando che in ipotesi è estraneo all'interesse sociale”³³

9-CRITERIO FUNZIONALE E DELLA NATURA GIURIDICA DELLE RISORSE IMPIEGATE

L'indirizzo giurisprudenziale che le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno espresso sostanzialmente si basa su 2 presupposti: quello di carattere funzionale e quello relativo alla natura pubblica dei mezzi e delle risorse che questi soggetti utilizzano.

Il primo elemento riporta nel discorso il rapporto di servizio di antica memoria che ha sempre costituito il presupposto perché si possa affrontare il problema della responsabilità amministrativa per danno all'erario relativamente ai soggetti che siano coinvolti in una situazione di tale genere.

Il rapporto di servizio però, va precisato, non è più inteso nemmeno dalla Corte di Cassazione nel modo tradizionale, bensì il rapporto di servizio a cui fa riferimento la Corte di Cassazione è quello corrispondente ad un contesto di svolgimento della funzione amministrativa completamente rinnovato, che è quello che nasce intorno agli anni 90, si perfeziona con il decreto legislativo 29-93 e diventa un'amministrazione che si può definire sinteticamente un'amministrazione di risultato. L'amministrazione di cui si sta parlando è caratterizzata dalla separazione tra l'apparato politico che ha la funzione di indirizzo politico e l'apparato amministrativo – burocratico che ha invece quella di esecuzione dell'indirizzo espresso dall'organo politico.

³³ C.IBBA: Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nella società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica. In estratto dalla RIVISTA DI DIRITTO CIVILE- 2006- n.2 Relazione al 51° convegno di studi amministrativi- Varenna 15-16-17- settembre 2005.

In questo contesto emerge con tutta evidenza ed è particolarmente rilevante l'applicazione di un principio di responsabilità, esattamente quello contenuto sia nell'articolo 97 che nell'articolo 28 della Costituzione, un principio di responsabilità sul quale viene modellata la pubblica amministrazione in senso funzionale oltre che sul rapporto di servizio.

Il principio di responsabilità già distingue l'organo politico rispetto a quello amministrativo – burocratico, ma il principio di responsabilità ritorna nelle pubbliche amministrazioni e diventa criterio di identificazione, relativamente a ciascun soggetto all'interno di ogni amministrazione, di quelli che sono i compiti, le funzioni e le competenze, e, contestualmente, di quelle che sono le responsabilità per ciascuno di questi soggetti.

In un contesto di questo genere è chiaro che il rapporto di servizio muta radicalmente, anche in ragione del fatto che l'amministrazione pubblica, così riorganizzata, utilizza nello svolgimento della funzione modelli pubblicistici; è sempre più spesso amministrazione che opera nel contesto del diritto privato e dove anche il soggetto privato svolge la funzione amministrativa. E' una Amministrazione per la quale la società per azioni diventa lo strumento più adeguato per lo svolgimento di servizi e per l'erogazione di prestazioni.

Ne è conseguenza precisa la nascita di un nuovo modello di soggetto che assume la qualificazione giuridica di società partecipata dall'amministrazione pubblica e, che, a seconda della misura della partecipazione si modula diversamente e in relazione al rapporto di servizio seppure inteso in senso meno tecnico e tradizionale e, di conseguenza, per quanto riguarda una possibile ipotesi di responsabilità amministrativa per danno all'erario.

Il problema della responsabilità amministrativa delle società partecipate dal soggetto pubblico si sposta dalla questione della sua ammissibilità a quella della necessità di verificare e valutare il rapporto in relazione al quantum della partecipazione.

Nel caso in cui la partecipazione dell'amministrazione pubblica sia integrale non nasce alcuna difficoltà in merito alla possibilità di identificare in capo agli operatori una possibile responsabilità amministrativa per danno all'erario, come ad esempio, nel caso dell'in-house providing dove certamente la partecipazione integrale della pubblica amministrazione trasforma la società partecipata in quello che si può definire *un ente strumentale*.

Quindi se non c'è alcuna differenza tra l'amministrazione affidataria e la società, quello che costituisce un principio di responsabilità amministrativa per danno all'erario, così come definito dalla legge 20 del '94 come modificata nel '96 dalla legge 639, non si pone.

Questo perché la legge n.20/94 che costituisce uno *statuto* della responsabilità amministrativa, nel momento in cui ridisciplina questo tipo di responsabilità, la sottrae al dibattito responsabilità contrattuale – responsabilità extracontrattuale e le conferisce valore di clausola di

garanzia del corretto esercizio della funzione pubblica. La legge consente alla responsabilità amministrativa rinnovata la possibilità di entrare, grazie al nuovo modo di organizzarsi dell'amministrazione, all'interno dello svolgimento della funzione amministrativa, di identificare il soggetto che ha agito e verificare, sulla base di un principio di ragionevolezza, che esso abbia adeguatamente rispettato i principi che l'amministrazione deve seguire nell'esercizio della funzione.

E' altresì connotata dalla possibilità che il procuratore regionale attraverso l'esercizio dell'azione di responsabilità accerti che l'azione svolta non è adeguata ai principi ed alle regole e che da questa scaturisce un danno, che accerta e quantifica.

Ciò vuol dire che si può parlare di responsabilità amministrativa soltanto nel momento in cui il giudice contabile abbia emesso la sentenza, cioè abbia accertato il danno, che il danno è riconducibile ad un soggetto e che c'è un nesso di causalità tra l'azione o il comportamento, il soggetto e l'effetto.

La condanna al risarcimento del danno è adeguata alla lesione che l'erario ha subito in relazione all'azione del soggetto che ha agito e quantificata. Il danno è accertato dal giudice contabile sulla base della norma attributiva della potestà nella misura della competenza ed identificato nella specie in base all'interesse pubblico specifico tutelato. L'altra importante innovazione che si trae dall'applicazione della legge è quella relativa all'erario, dove l'erario può essere identificato con la stessa pubblica amministrazione, e con la stessa funzione amministrativa..

Quindi il danno prodotto è quello che è stato inferto alla stessa Amministrazione in conseguenza del mancato rispetto delle regole e dei principi che, chi ha agito esercitando la funzione amministrativa, non ha rispettato.

I principi che l'amministrazione deve seguire sono quelli dell'articolo 1 della legge 241 del '90 e soprattutto i principi che costituiscono un importante elemento per la valutazione dell'attività dell'amministrazione quali i principi di efficacia, di efficienza e di economicità che hanno fatto dire alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che in realtà, fermo restando il limite dell'insindacabilità nel merito delle scelte dell'amministrazione da parte del giudice contabile, le decisioni delle società per azioni essendo sostanzialmente di carattere imprenditoriale, debbono essere considerate sotto un certo profilo scelte di carattere discrezionale.

Ma poiché queste decisioni, riguardano ed attuano la partecipazione dell'amministrazione nelle società per azioni, debbono essere verificate in funzione dei principi di efficacia, efficienza ed economicità,e,fermo restando il limite dell'insindacabilità nel merito delle scelte, questa valutazione può essere fatta dal giudice contabile sulla base di un principio di ragionevolezza, che senza superare il limite dell'insindacabilità nel merito, consente di entrare nella valutazione fatta dall'amministrazione o dall'organo di governo della società partecipata.

Per quanto attiene alla possibilità di applicare, alle società partecipate, un principio di responsabilità amministrativa per danno all'erario e la competenza giurisdizionale del giudice contabile, la Corte di Cassazione ritiene che nell'articolo 1 della legge n. 20/94 ci sia un *interpositio legislatoris* che consente, anche in ragione del collegamento della norma con l'articolo 103 della Costituzione, di riconoscere la giurisdizione esclusiva del giudice contabile relativamente alla responsabilità amministrativa delle società partecipate.

Il collegamento funzionale che esiste tra queste società e l'amministrazione pubblica, e il fatto che comunque, grazie alla partecipazione, queste società gestiscono risorse pubbliche; in ragione di questi elementi e sulla base dell'articolo 1 della legge n. 20/94 e dell'articolo 103 della Costituzione, va riconosciuta al giudice contabile una competenza esclusiva per quanto riguarda la responsabilità amministrativa delle società per azioni partecipate.

La peculiarità della responsabilità amministrativa per danno all'erario e del ruolo affidato alla giurisdizione contabile anche relativamente alle società partecipate è quello di essere uno strumento di controllo e garanzia a che l'esercizio della funzione sia svolto in modo adeguato ai principi ed alle regole *pubblicistiche* anche da parte delle società partecipate.

10- LA MISURA DEL DANNO IN RELAZIONE ALLA PARTECIPAZIONE. UNA SENTENZA DELLA CORTE DEI CONTI IMPORTANTE E CHIARIFICATRICE

Per la funzione di garanzia affidata al giudice contabile che esercitando l'azione, tra l'altro obbligatoria, tutela l'interesse pubblico, assume rilievo, al fine di esercitare l'azione di responsabilità nel contesto delle società partecipate, identificare il danno risarcibile, il soggetto a favore del quale deve essere pagato il risarcimento nella relazione che intercorre con il quantum della partecipazione, con il tipo di società, tenendo conto della disciplina normativa di riferimento.

Il problema si risolve facilmente se la partecipazione è totalitaria o se la partecipazione è maggioritaria, poiché ciò implica che il soggetto pubblico abbia una capacità decisionale e di intervento significativa e a cui corrisponde un'adeguata risorsa finanziaria che deve poter gestire nel modo migliore.

La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a capitale pubblico attiene di norma a danni causati da comportamenti puntuali o da una serie di comportamenti puntuali tenuti da dipendenti o da amministratori.

Anche *“una scelta imprenditoriale di amministratori o dirigenti di società a partecipazione pubblica, presumibilmente dannosa, potrebbe essere sindacata dal giudice contabile, esclusivamente con valutazione ex ante (e non ex post , in base al risultato ottenuto) attraverso l'esame, secondo le regole tecniche applicabili alla fattispecie, della congruità dell'istruttoria per*

*addivenire alla stessa, negli stessi termini rigorosi nei quali il diritto vivente ammette il sindacato della magistratura finanziaria sull'azione amministrativa.”*³⁴

Non rientra, per contro, nell'ambito della competenza del giudice contabile il sindacato sulla attività di gestione della società in relazione ai risultati a cui è pervenuta.

Per quanto poi riguarda la disciplina normativa di riferimento va precisato come ogni volta che c'è la partecipazione non marginale del socio pubblico la normativa codicistica non solo “subisce” quella pubblicistica, ma anzi il diritto societario “non si applica” per espressa previsione normativa.

La disciplina normativa relativa alle società miste, come già precedentemente precisato, si pone come regime di specialità accentuato, oltre che dalla diversa disciplina codicistica dell'art.2449 riformato dalla legge n. 34 /2008, anche dalle norme introdotte dall'art.3, commi 12,13 e 14 della legge n. 244 del 2007; l'art. 2449 del codice civile in particolare, oltre alla disciplina specifica relativa a “società con partecipazione dello Stato o di Enti pubblici,” contiene anche una deroga rispetto alla comune disciplina delle società per azioni, consentendo ai pubblici poteri di acquistare posizioni di comando in società per azioni con modi diversi rispetto al diritto comune.

Completa il quadro normativo l'articolo 16 bis del decreto mille proroghe- DL248/2007 convertito nella legge 27 febbraio 2008 n.31 intitolato “*Responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche*” ,che introducendo una deroga, lo modifica parzialmente.

Più precisamente la norma dice che: *1. Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.”*

Quando si parla di società a capitale misto, secondo la Corte dei Conti, ci si intende riferire alle società nelle quali un ente pubblico abbia assunto o detenga partecipazioni la cui misura sia tale da *inverare* l'idea che l'amministrazione comunque persegua le finalità che le sono proprie mediante una attività che sia disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato.

All'investimento di risorse di proprietà pubblica deve corrispondere un interesse pubblico che nelle società miste deve naturalmente convivere con l'interesse privato di cui è portatore l'azionista privato. Se in questo caso si può escludere la piena riferibilità della società alla proprietà dell'apparato

³⁴ Corte dei Conti, sezione Lombardia sentenza n.135/2008.

pubblico, tuttavia questo elemento non fa venire meno in alcun modo la natura pubblica delle risorse investite.³⁵

La Corte dei Conti -Sez. Lombardia 4 marzo 2008 sentenza n. 135- coeva dell'art. 16 bis DL n.248/2007- condanna per danno diretto, indiretto ed alla concorrenza, un dipendente di una società – Enipower- interamente controllata dall'ENI impresa questa sotto l'influenza proprietaria dominante dello Stato per cui confluiscono risorse pubbliche anche nella società controllata Enipower.

Questo evento, unitamente alla finalità pubblica da questa perseguita, consente il radicamento della competenza della Corte dei Conti indipendentemente dalla forma pubblica o privata dell'impresa.

La sentenza interviene nel momento in cui l'adozione dell'art.16 bis del DL n.248/2007 convertito nella l.n.31/2007, prevede per le società quotate la sottoposizione alle norme del codice civile e la giurisdizione del giudice civile e si immette nel panorama dell'indirizzo giurisprudenziale vigente, confermandolo, ma al contempo contrapponendosi all'interpretazione che la dottrina ha dato dell'art.16 bis.l.n.31/2008.

La pronuncia quindi non sembra tenere conto della disposizione contenuta nell'art.16 bis, anzi in quel contesto il giudice contabile emana una sentenza molto significativa del paradigma normativo tipico della responsabilità amministrativa. La pronuncia individua e distingue esattamente il danno diretto, quello indiretto, quello alle regole della concorrenza e lo quantifica nella misura corrispondente alla quota di partecipazione del soggetto pubblico, argomentando peraltro il legittimo radicamento della propria giurisdizione sulle società quotate in mercati regolamentati, per i quali la novella legislativa prevede la deroga al regime speciale a favore del codice civile e del giudice civile.

La sentenza definita come *“Un gol brillante, ma forse fuori tempo massimo”* muove dal presupposto per il quale non si tratta di revocare in dubbio la sussistenza della competenza giurisdizionale della Corte dei Conti in caso di danno arrecato a società a capitale misto, ma si tratta soltanto di definirne la portata e le modalità applicative.³⁶

In ogni caso se le risorse finanziarie sono di natura pubblica si radica la giurisdizione contabile indipendentemente dalla forma giuridica di diritto pubblico o privato assunta dall'impresa e motiva tale affermazione dicendo come: *“La soggezione alla giurisdizione di questa Corte di amministratori e dipendenti di società (con azioni quotate e no), lungi dal rappresentare l'unica nota distonica nell'ambito di un sistema per il resto integralmente e saldamente ancorato al diritto comune delle società, va considerata una (soltanto) delle strutture qualificanti di un sistema parzialmente (ma significativamente) diverso da quello di diritto comune, nel quale si esprime l'odierno statuto dell'impresa pubblica.”*

³⁵ Corte dei Conti, sezione giurisdizionale della Lombardia sentenza 4 marzo 2008 n.135.

³⁶ M.Clarich e G.Fonderico, *Spa pubbliche con risarcimento su base azionaria*, in *Il sole* 24 ore, 12 marzo 2008

Nella sentenza si rinvencono molti elementi di novità specie per quanto attiene alla identificazione del soggetto a cui spetta il risarcimento ed alla qualità del danno, elementi che potrebbero dare risposta ad una serie di questioni che sono state poste in merito..

La vicenda nasce da un procedimento penale per corruzione nei riguardi di un dipendente di Enipower società controllata interamente dall'ENI, a sua volta partecipata al 30% dallo Stato e quotata in borsa. Il danno accertato dal giudice contabile è danno alla concorrenza a causa dell'alterazione delle procedure di appalto in conseguenza della riscossione di tangenti allo scopo di favorire alcune imprese facendo lievitare i costi della fornitura.

Il danno consiste nella differenza tra le somme pagate effettivamente ai fornitori e quelle che, invece, avrebbero dovuto essere pagate all'esito di una leale competizione.

Il giudice dispone il pagamento del risarcimento del danno, quantificato nel 3% misura proporzionale alla partecipazione dello Stato nella controllante ENI, a favore del Ministero dell'Economia sul presupposto per il quale l'azione contabile non può avvantaggiare soggetti non pubblici, cioè i soci privati di una società mista.³⁷

La Corte argomenta inoltre tale interpretazione anche in relazione alla differenza strutturale e funzionale tra l'azione di responsabilità prevista dal diritto societario per gli amministratori e l'azione contabile, differenza per la quale l'azione contabile non è assorbita dall'azione di responsabilità.

La individuazione nel Ministero dell'Economia partecipante nella società controllante ENI il soggetto destinatario del risarcimento anziché nella società partecipata Enipower –o nella stessa controllante ENI si basa sul presupposto per il quale l'azione contabile non può avvantaggiare soggetti non pubblici come i soci privati della società partecipata.

La liquidazione del danno calcolato e liquidato non per intero ma solo per il 3% e cioè in misura proporzionale alla partecipazione dello Stato, da conto di come la responsabilità amministrativa anche nel contesto delle società partecipate – e nel caso di specie la società risponde alle caratteristiche specifiche previste proprio dall'art.16 bis- abbia una propria autonomia e come l'azione di responsabilità contabile di conseguenza abbia un proprio percorso e persegua una propria finalità.

Non solo, ma come affermato nella sentenza per garantire l'effettività della regola di concorrenza e di miglior impiego delle risorse pubbliche, quando queste sono parziali, come nella società mista, interviene quel fenomeno di <attrazione> o <trascinamento> per cui anche la quota che non proviene dalla finanza pubblica finisce per essere governata dalla procedura di impronta pubblicistica.

Riconoscere la competenza giurisdizionale della Corte dei Conti sugli amministratori e dipendenti delle società partecipate significa, non solo che la responsabilità amministrativa per danno all'erario coesiste con la responsabilità sociale, ma anche che la responsabilità amministrativa attribuibile agli

³⁷ In questa direzione anche sentenza della Corte dei Conti Sez.I,giurisdizionale centrale n.532/2008 A.

amministratori e dipendenti delle s.p.a. assolve alla funzione di garanzia e di tutela dell'interesse pubblico identificabile nelle regole a tutela della concorrenza e nell'interesse pubblico al buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art.97 della Costituzione.

In ragione della evoluzione del canone di identificazione della giurisdizione da *selettivo*, basato cioè sulla distinzione tra atti espressione di attività di impresa e atti espressione della potestà pubblica in ragione anche del diverso atteggiarsi dell'attività della Pubblica Amministrazione. liberata dalla necessità di una forma pubblicistica, in *attrattivo* e quindi *esclusivista*, sarebbe ragionevole affermare che, per quanto attiene alle società partecipate in ragione della disciplina normativa speciale e del fenomeno di attrazione e trascinamento, l'azione che delle due è stata dall'ordinamento conformata come cedevole deve fare un passo indietro rispetto all'altra.. In relazione a questa valutazione il giudice contabile formula diverse ipotesi di relazioni tra le diverse azioni erariale e sociale come nel caso di esito positivo a seguito di esercizio dell'azione erariale con conseguente vantaggio del socio pubblico mentre la residua parte di azione sociale di responsabilità esperibile ex art.2393 c.c. e per una somma calcolata deducendo dal complessivo danno la quota di risarcimento di pertinenza del socio pubblico e perseguita dinanzi al giudice contabile- se esperita, sia stata successivamente rinunciata o transatta, "ma anche il più radicale caso che quest'ultima non venga neppure esperita, non ostando come noto il diritto privato all'adozione di comportamenti anche economicamente autolesivi, giusta il superiore principio di autoresponsabilità".

Allo stesso tempo l'impossibilità di attribuire al socio pubblico l'esercizio dell'azione di responsabilità sociale come caratterizzata dalle norme del codice civile, diversa, rispetto all'azione erariale, questa obbligatoria, non rinunciabile e non transigibile e tendente al reintegro della sfera patrimoniale del solo soggetto pubblico, l'altra, quella sociale, invece rinunciabile, transigibile e tendente al reintegro del capitale sociale , rende evidente come l'alternativa tra azione sociale di responsabilità ai sensi dell'art.2393 del c.c.e l'azione pubblica intestata al PM contabile è tra azioni diverse e non comparabili.

Diversa, come diffusamente argomentato, è l'ipotesi della responsabilità amministrativa sia per la disciplina normativa applicabile che per la funzione collegata all'utilizzo di risorse pubbliche finalizzate al perseguimento di interessi pubblici per questo sottoposta al giudizio della Corte dei Conti per la funzione di controllo e di garanzia attribuita al giudice contabile dall'art.103 della Costituzione.

La sentenza sembra risolvere il contrasto di interpretazione sull'art. 16 bis della legge .n.31/2008 e sulla portata della deroga in essa contenuta, ed intesa come rivolta alla disciplina societaria *speciale* e non anche alla disciplina della responsabilità amministrativa.

La norma attribuendo alla competenza esclusiva del giudice civile le controversie relative alle società citate, trae le conseguenze coerenti con le premesse da cui muove, per cui se la disciplina normativa applicabile è soltanto quella del diritto comune societario, le controversie che ne scaturiscono,

derivando dall'applicazione di quelle norme del codice civile che regolano rapporti, disciplinano funzioni e responsabilità, dovranno essere risolte dal giudice civile.

Le norme del codice civile stabiliscono i caratteri specifici dell'azione di responsabilità, cioè che è transigibile e rinunciabile, che l'azione di responsabilità è una scelta discrezionale e che non ha un obbligo di esercizio, e, anche quando l'azione viene esercitata può essere rinunciata, quindi il soggetto che la propone può gestirla in diversi modi.

Per le società partecipate diverse da quelle considerate dall'art.16 bis il principio della responsabilità sociale delle società partecipate, è regolato dalle norme del codice civile, integrate e modificate dalle leggi dello Stato che disciplinano la partecipazione, la gestione e l'azione di responsabilità, individuano il soggetto che ha la titolarità dell'azione di responsabilità, le diverse tipologie di azione per danni alla società o nei confronti del socio e così via.

A queste considerazioni vanno aggiunte quelle sulla *specialità* della disciplina normativa di riferimento e su quanto sia in grado di incidere sulla natura giuridica di queste società e sulla gestione, quindi sullo "statuto civilistico", tanto da far dire a dottrina e giurisprudenza che, sia per la responsabilità amministrativa, che per quanto riguarda la responsabilità sociale, disciplinata dal codice civile, il regime speciale rende queste società un ibrido.

Quindi in merito alla applicabilità del principio della responsabilità amministrativa alle società per azioni e alle società con partecipazione minoritaria ormai è questione sulla quale non si discute più anche in considerazione della disciplina normativa speciale ad esse applicabile. e della funzione che la responsabilità amministrativa svolge in ragione dell'utilizzo dei mezzi impiegati.

Se ne discute ancora per le *"società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate"*.

Gli interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo hanno modificato in un senso e nell'altro sia il regime di responsabilità civile sia la possibilità di trasferire il regime della responsabilità amministrativa anche nelle società a partecipazione minoritaria pubblica.

Per le società *con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate*, proprio in ragione della disciplina derogatoria che l'art.16 bis della l.n.31/2008 impone loro, le due diverse responsabilità, sociale ed erariale coesistono, si muovono parallelamente e sono indipendenti l'una dall'altra, come dimostra la Corte dei Conti con la sentenza n.135/2008.

La norma sottraendo le società all'applicabilità della disciplina speciale libera l'azione di responsabilità sociale da tutte le limitazioni, modificazioni ed ibridazioni che la specialità della disciplina

normativa, prevista per le altre società, introduce, risultando disciplinata soltanto dalle norme del codice civile.

Il fenomeno di <trascinamento> e di <attrazione> che rende cedevole l'azione sociale rispetto all'azione erariale che si verifica nell'ambito delle società partecipate in conseguenza della disciplina *speciale* da cui sono regolate, non opera per le società considerate dall'art. 16 bis per le quali è prevista espressamente la loro sottoposizione alle norme del codice civile non modificate.

Anche l'azione di responsabilità amministrativa per danno all'erario per le società previste dall'art.16 bis si muove autonomamente e senza commistioni.

La sentenza n.135/2008 della Corte dei Conti ignora l'art.16 bis l .n.31/2008 e ciò nonostante, dimostra come la responsabilità amministrativa riguardi anche queste società e come la deroga non possa quindi riguardare la responsabilità erariale perché in primo luogo il radicamento della giurisdizione della Corte dei Conti nella fattispecie di cui è causa deriva dalla natura pubblica delle risorse e dalla finalità di interesse pubblico che la società partecipata persegue. Inoltre l'azione di responsabilità contabile può essere esercitata e coltivata in modo autonomo rispetto a quella sociale per assolvere alla funzione di garanzia e di controllo che le è propria come dimostra la sentenza con la identificazione nel socio azionista, e non nelle società controllanti, né nelle società controllate, del soggetto danneggiato a cui deve essere corrisposto il risarcimento del danno.(nel caso di specie il Ministero dell'economia).

Perché - dice il giudice contabile-*“si favorirebbero in ultima analisi anche gli azionisti privati delle società da cui sono controllate con la conseguenza che l'esercizio dell'azione erariale non soltanto finirebbe con il procurare un esito utile a vantaggio di soggetti diversi da quelli a garanzia dei quali solamente può produrre effetti, ma anzi potrebbe procurarlo- paradossalmente- persino a dispetto di un'eventuale volontà contraria di questi beneficiari (appunto, gli azionisti privati)”*.

Infine la quantificazione del risarcimento ragguagliata all'entità della partecipazione detenuta dal socio pubblico azionista creditore, applica in modo preciso la disciplina della responsabilità erariale esattamente come prevista dalla norma e nella misura adeguata al danno accertato a dimostrazione ulteriore della autonomia della responsabilità amministrativa rispetto alla responsabilità sociale.