

D O T T R I N A

Responsabilità amministrativa, azione di responsabilità sociale e principio di parità^(*)

di Michele Dipace

SOMMARIO: 1.- Il nuovo orientamento giurisprudenziale sulla responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: premesse. 2.- La c.d. teoria del doppio binario. 3.- Le ragioni del nuovo indirizzo giurisprudenziale: la tutela della gestione delle risorse pubbliche. 4.- L'influenza sul nuovo indirizzo giurisprudenziale della riforma della Corte dei conti del 1994 e dell'art. 7 della legge 97/2001. 5.- Ambito soggettivo ed oggettivo del giudizio dinanzi alla Corte dei conti. 6.- Rapporto tra le azioni societarie di responsabilità degli amministratori di società pubbliche e l'azione di responsabilità amministrativa. 7.- Compatibilità tra le azioni di responsabilità societarie e quella di responsabilità amministrativa: esclusività dell'azione dinanzi alla Corte dei conti.

1) Il nuovo orientamento giurisprudenziale sulla responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: premesse.

La materia delle azioni di responsabilità che possono essere esperite nei confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica è quanto mai attuale ed è foriera più di spunti di riflessioni che di certezze giuridiche.

È ben noto che il sistema delle responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società a partecipazione pubblica per il danno cagionato all'ente per la scorretta gestione delle risorse pubbliche e del conseguente ri-

(*) Intervento del Vice Avvocato Generale dello Stato Michele Dipace al Convegno di studi su *La responsabilità nella gestione di società a capitale pubblico*, Università degli Studi Tor Vergata ed Università degli Studi "La Sapienza", Villa Mondragone, 15 dicembre 2006.

parto di giurisdizione è stato rimeditato a fondo dalle sezione unite della Corte di cassazione, che con ordinanza 22 dicembre 2003 n. 19667 (1), hanno rivisto una decennale giurisprudenza. Il precedente filone giurisprudenziale prevedeva, il più delle volte, una sostanziale impunità degli amministratori per le loro scelte di gestione relative ad imprese a capitale pubblico con riguardo a fatti e comportamenti dannosi, tenuti dagli stessi soggetti, derivante in sostanza dall'inerzia dei soggetti legittimati a promuovere le azioni sociali dinanzi al giudice ordinario.

Il ripensamento della giurisprudenza del 2003, era nell'aria ove si legga la sentenza della Corte di cassazione 2 ottobre 1998, n. 9780 sull'acquisto da parte dell'ENI delle azioni Enimont di pertinenza di Montedison, ad un prezzo prestabilito e molto più elevato rispetto alle quotazioni di borsa con un comportamento degli amministratori di sostanziale adesione alle richieste del mondo politico. Tale decisione confermava la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla responsabilità degli amministratori di un ente pubblico economico, quale era all'epoca l'ENI, per il danno eventualmente da essi arrecato all'ente mediante decisioni assunte nell'esercizio di attività di impresa, ovvero di mansioni ad essa inerenti. Al tempo stesso però la Cassazione sentiva la necessità di giustificare tale decisione riconoscendo al procuratore generale della Corte dei conti la serietà e gravità della preoccupazione manifestata che "la timida attività giudiziaria dell'ente danneggiato nei confronti dei pretesi responsabili potesse risolversi in un sostanziale esonero da responsabilità degli stessi (colpo di spugna)" e, aggiungeva, che tale timore serio e reale non poteva essere risolto dal giudice di legittimità ma dalla scelta politica del legislatore e dalle autonome iniziative dei soggetti interessati (2).

La gran parte dei commentatori di tale decisione affermavano che il timore di impunità degli amministratori degli enti pubblici economici per i danni arrecati alle finanze pubbliche derivava non da previsioni normative, ma proprio dalla giurisprudenza che la suprema corte aveva elaborato

(1) L'ord. della Cass. 22 dicembre 2003 n. 19667 è pubblicata: in *Foro it.*, 2005, I, 2676 con nota di D'Auria; nonché in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 685, con nota di URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*; infine in *Giur. It.* 2004, 1, 1830 con nota di ARTIGIANO, *Gli illeciti degli amministratori dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*.

(2) Cass. 2 ottobre 1998, n. 9780 in *Foro it.* 1999, I, 575, con nota critica di D'AURIA, *Brevissime in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*. La Cassazione affermava che spettava al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla responsabilità degli amministratori di un ente pubblico economico (ENI) per il preteso danno da essi recato all'ente mediante decisioni assunte nell'esercizio di attività d'impresa. All'epoca della decisione in questione tale orientamento della suprema Corte era consolidato. Tra le più significative: Cass. S.U. 2 marzo 1982 n. 1282 in *Foro it.* 1982, 1, 1592 (IRFIS) Cass. S.U. 21 ottobre 1983 n. 6178 in *Foro it.* 1983, 1, 2688 (ISVEI MER) Cass. S.U. 15 novembre 1989 n. 4860 in *Foro it.* 1989, I, 3402 sui fondi neri dell'IRI. Cass., S.U., 22 maggio 1991 n. 5792 in *Giust. Civ.* 1991, 1, 1987 sulle Ferrovie dello Stato.

escludendo la giurisdizione della Corte dei conti in materia e, data tale pacifica giurisprudenza, si prospettava la possibilità di consentire al pubblico ministero presso la Corte dei conti come “organo di giustizia” di esercitare, dinanzi al giudice ordinario, l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori degli enti pubblici economici, o, almeno, le azioni a difesa dei soci previsti dall’articolo 2409 del codice civile (denuncia al tribunale per gravi irregolarità nella gestione); con il che il procuratore della Corte dei conti avrebbe assunto le vesti di un pubblico ministero specializzato rispetto a quello civile (3).

Soluzione questa tendente a risolvere un problema pratico, ma che non era in linea né con la natura tipicamente sanzionatoria del sistema della responsabilità amministrativa-contabile azionata da un organo pubblico né con il sistema delle responsabilità pubbliche né con quello delle responsabilità societarie, ma che in ogni caso necessitava di intervento legislativo che prevedesse nuove ed anomale competenze per il procuratore della Corte dei conti.

La responsabilità amministrativa-contabile degli amministratori degli enti pubblici economici era del tutto pacifica quando, dato il consistente intervento pubblico nell’economia (c.d. Stato-imprenditore), vi erano le imprese organo senza personalità giuridica, assoggettate alla disciplina della contabilità pubblica ed il sistema delle partecipazioni statali caratterizzato dagli enti di gestione, enti pubblici economici (IRI, ENI, EFIM), e dalle società finanziarie ed operative, che utilizzavano il diritto privato quanto ai rapporti di lavoro, al regime dei beni, alla contabilità e bilanci, mentre erano soggetti alla disciplina di diritto pubblico nei rapporti con lo Stato, il quale aveva la possibilità di costituirli ed estinguerli quasi sempre con disposizione di legge (basti pensare alla lunga vicenda dei numerosi decreti legge sulla liquidazione dell’EFIM). Lo Stato aveva il potere di indirizzo attraverso le direttive ministeriali e dei Comitati interministeriali (CIPE e CIPI) sull’attività imprenditoriale dell’ente e, attraverso questo, su quella delle società operative, e soprattutto aveva un potere di controllo sulla corretta gestione delle risorse pubbliche sia attraverso i sindaci, quasi sempre espressione del ministero vigilante e del Ministero del Tesoro, sia attraverso il magistrato della Corte dei conti delegato al controllo che partecipava alle sedute degli organi di gestione dell’ente a norma dell’articolo 12 della legge 259 del 1958, il quale poteva denunciare al procuratore della Corte dei conti eventuali irregolarità nella gestione imprenditoriale che comportasse un danno erariale.

(3) D’AURIA, *op.cit.* in nota 3. Tra l’altro l’Autore osservava che con tale giurisprudenza, dal momento che era esclusa la giurisdizione della Corte dei conti e l’azione pubblica del suo pubblico Ministero sugli amministratori degli enti pubblici economici, si finiva per rimettere agli stessi enti la decisione di far valere, davanti al giudice ordinario, la responsabilità civile degli amministratori.

La giurisdizione della Corte dei conti trovava fondamento giuridico nella disposizione del secondo comma dell'art. 103 della Costituzione secondo un'interpretazione ampia della materia della "contabilità pubblica" che veniva riconosciuta quando vi era l'elemento soggettivo della natura pubblica dell'ente e quello oggettivo della natura pubblica del denaro impiegato nell'attività di gestione (4).

Naturalmente l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti della responsabilità degli amministratori per l'attività di gestione degli enti pubblici attuata in modo così ampio destava non poche perplessità legate essenzialmente alla natura imprenditoriale dell'attività svolta che comportava decisioni gestionali altamente discrezionali e perciò soggette a rischio economico i cui risultati erano condizionati dalla concorrenza, dall'andamento del mercato, o da fasi congiunturali negative.

In altri termini, l'azione di responsabilità amministrativa, fondata sull'art. 103 c. 2 Cost., non poteva essere estesa fino a comprendere quegli eventi derivanti dal rischio imprenditoriale connesso ad ogni scelta economica (5).

2) *La c.d. teoria del doppio binario.*

Come è noto tale indirizzo fu modificato sostanzialmente quando, in sede di regolamento di giurisdizione, le sezioni unite della Corte di cassazione sono state ferme, a partire dalla sentenza 2 marzo 1982 n. 1282, poi con la sentenza 18 dicembre 1985, n. 6338 (sull'attività gestionale dell'Egam), nel sostenere che la Corte dei conti era priva di giurisdizione in ordine all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori degli enti pubblici economici per gli atti di natura imprenditoriale. La Cassazione al riguardo affermava che "l'articolo 103 comma 2 della Costituzione aveva l'attitudine a fondare una competenza tendenzialmente generale ma non assoluta ed esclusiva della Corte dei conti nelle materie della contabilità pubblica, di modo che apposite norme possono derogare a tale giurisdizione"; metteva in evidenza il carattere largamente discrezionale dell'attività dell'imprenditore pubblico e affermava il principio che la giurisdizione della Corte dei conti, quanto all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori degli

(4) Cass. 20 luglio 1968 n. 2616 in *Foro it.*, 1968, I, 2074 secondo la quale la portata immediatamente precettiva dell'art. 103 Cost. comportava che la materia della contabilità pubblica si estendesse a tutti i rapporti, compresi quelli connessi alla responsabilità amministrativa derivanti dalla gestione finanziaria svolta dall'ente pubblico. Cass. 5 febbraio 1969 n. 363 in *Foro amm.*, 1969, II, 124 e in *Foro it.* 1969, I, 2962; contra Cass. 30 novembre 1966, n. 2811 in *Foro it.* 1967, I, 38.

(5) VOCI, *La responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1968, 1112 ss; v. Cass. S.U. 14 dicembre 1985 n. 6329 in *Foro it.*, 1985, I, 3091 sugli amministratori dell'ente cinema.

enti pubblici economici, sussisteva per quegli atti o fatti dannosi che esorbissero dall'esercizio imprenditoriale propria degli enti medesimi e si ricollegassero a poteri autoritativi, di auto organizzazione, ovvero a funzioni pubbliche svolte in sostituzione dello Stato o di enti pubblici non economici (6). Trattasi della c.d. teoria del doppio binario secondo la quale la giurisdizione del giudice ordinario per la responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici era fondata sul fatto che l'attività imprenditoriale non poteva rientrare nell'ambito dell'attività amministrativa e, perciò, era sottratta alla giurisdizione della Corte dei conti, per essere identica a quella dell'impresa privata. Si riteneva irrilevante la natura pubblica dell'ente ed il fatto che le risorse fossero pubbliche, al riguardo sostenendosi che il denaro pubblico una volta pervenuto nella disponibilità dell'ente pubblico economico diverrebbe privato.

Sulla base di tali principi, la Cassazione affermò la giurisdizione del giudice ordinario perché afferente ad attività imprenditoriale anche per l'erogazione di somme per tangenti, e sulla costituzione dei c.d. fondi neri (7).

La ragione sostanziale, questa volta era il timore che, considerando possibile l'azione di danno erariale ogni qual volta l'ente pubblico economico avesse il bilancio in perdita, o effettuasse un atto imprenditoriale con risultato negativo, si sarebbe potuto profilare un vero e proprio blocco dell'attività dell'ente essendo l'azione di responsabilità amministrativa di natura obbligatoria.

Tale indirizzo giurisprudenziale rimase fermo anche quando il sistema delle partecipazioni statali fu superato, essendo gli enti di gestione stati trasformati per legge (d.l. 11 luglio 1992 n. 333 conv. in legge 8 agosto 1992 n. 359) in società per azioni e quando andava sempre più diffondendosi la tendenza da parte dello Stato e soprattutto degli enti locali ad utilizzare soggetti sottoposti a regole privatistiche per il conseguimento di fini pubblici, aventi personalità giuridica di diritto privato e autonomia gestionale e imprenditoriale (aziende speciali, società interamente pubbliche che gestiscono direttamente servizi pubblici, società miste, fondazioni private). Anzi, non è infondato pensare che proprio tale indirizzo giurisprudenziale insieme all'affermarsi di nuovi principi legislativi in materia di efficacia, efficienza, eco-

(6) Oltre alle sentenze in nota 2, v. anche Cass. 2 ottobre 1998 n. 9780 (Enimont) in *Foro it.*, 1999, I, 575 con nota di D'Auria. Cass. S.U. 21 novembre 2000 n. 1193 in Cons. di Stato 2001, II, 745, con nota di Palombi. Cass. 17 luglio 2001 n. 9649, in *Foro it.* 2001, I, 2790 con nota di D'Auria.

(7) Cass. S.U. 18 ottobre 1991 n. 11037 in *Foro it.*, in cui si afferma che le risorse economiche dell'ente ferrovie dello Stato sono soggette al regime civilistico; *idem* Cass. 22 ottobre 1992 n. 11569. Cass. S.U. 11 febbraio 2002 n. 1945 in *Foro it.* 2002, I, 1408 sulle tangenti agli amministratori dell'Acce per fatti anteriori all'entrata in vigore della L. 142/90 (art. 22. 23).

nomicità e trasparenza dell'azione delle amministrazioni pubbliche anche locali, hanno spinto la pubblica amministrazione ad organizzarsi sempre più con strumenti privatistici (8).

Non si deve invero dimenticare che nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale promosso dalla Corte dei conti in seguito alla trasformazione degli enti pubblici economici IRI, ENI, ENEL ed INA in società per azioni, il Governo escludeva l'esercizio del controllo su tali società da parte della Corte dei conti affermando di non avere più su di esse poteri di autorizzazione e direttiva, bensì i diritti dell'azionista quali previsti dal diritto societario e che "le nuove società fuoriescono dal rapporto con lo Stato che fa da presupposto al controllo della Corte dei conti" (9).

Come noto tale tesi non fu accolta dalla Corte costituzionale che con sentenza del 28 dicembre 1993, n. 466 affermava che la semplice trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni non poteva essere motivo sufficiente ad escludere il controllo della Corte dei conti sulle stesse fino a quando rimaneva inalterato l'apporto finanziario dello Stato nei nuovi soggetti e, cioè, fino a quando lo Stato conservava la gestione economica delle nuove società nella propria disponibilità mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse. Sosteneva la Corte che "il controllo della Corte dei conti verrà a perdere la propria ragione nel momento in cui l'effettiva dismissione delle quote azionarie in mano pubblica avrà assunto connotati sostanziali, tali da predeterminare l'uscita della società dalla sfera della finanza pubblica".

Queste e altre considerazioni contenute nella sentenza citata, come il richiamo agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria favorevoli alla adozione di una nozione sostanziale dell'impresa pubblica, non produssero il risultato aspettato di un ripensamento dell'indirizzo giurisprudenziale prima indicato e fu del tutto ignorata la questione dell'interferenza fra la

(8) Il fenomeno dell'enorme aumento delle società a partecipazione pubblica è ben noto. Secondo fonti del Ministero degli affari regionali, all'attualità le società pubbliche sono diventate 3.211 con 17.445 consiglieri di amministrazione. Quelle che si occupano di servizi pubblici locali (artt. 112 ss. del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267) sono raddoppiate negli ultimi cinque anni raggiungendo il numero di 889 società a totale, prevalente partecipazione pubblica e società miste.

Si noti che vi sono società pubbliche come la biennale di Venezia che è qualificata dalla legge istitutiva: società senza fine di lucro.

(9) Come riportato nella decisione della Corte Costituzionale n. 446/93, così si esprimeva il presidente del consiglio dell'epoca. Inoltre il Ministro del Tesoro, azionista dell'Enel, comunicava all'Enel di ritenere ormai superata la disposizione dell'art. 12 della legge 259 del 1958 sul controllo della Corte dei conti attraverso il proprio delegato in quanto le modalità di nomina e la composizione degli organi di amministrazione e di controllo delle società erano state per legge devolute agli statuti societari e che lo Stato non aveva più poteri di autorizzazione e direttiva ma i diritti dell'azionista (nota 14 settembre 1992 al presidente dell'Enel).

giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità per danni degli amministratori delle S.p.a. pubbliche e l'attività di controllo della stessa corte sulla gestione di enti e società pubbliche (10).

3) *Le ragioni del nuovo indirizzo giurisprudenziale: la tutela della gestione delle risorse pubbliche.*

Il mutamento di indirizzo giurisprudenziale sulla responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica iniziato con l'ordinanza 19667 del 2003 delle sezioni unite della Cassazione, ormai definitivamente consolidato (11), fu sollecitato dalla dottrina molto spesso critica nei confronti del precedente orientamento, la quale aveva messo in evidenza la sostanziale irresponsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici per i danni cagionati alle risorse pubbliche dalle loro scelte gestionali essendo rimessa l'azione di responsabilità agli stessi enti e amministrazioni che hanno nominato gli amministratori (12). Inoltre forti sollecitazioni vennero dai numerosi giudizi promossi dai procuratori della Corte dei conti nei confronti degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica. Si osservava che l'azione di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti è più incisiva rispetto a quella proposta dinanzi al giudice civile poiché innanzi al giudice contabile è promossa e condotta da un organo pubblico, il pubblico ministero contabile, mentre quella dinanzi al giudice civile è lasciata alla disponibilità dell'ente stesso, per cui tale tipo di responsabilità difficilmente viene fatta valere in quanto l'ente che ha il capitale sociale non è di solito interessato a chiamare in causa gli amministratori che ha nominato (13). Inoltre, il

(10) Corte Costituzionale 28 novembre 1993 n. 446 in *Giust. Cost.*, 1993, p. 3829 dove sono pubblicati il ricorso per conflitto di attribuzioni, le difese dello Stato e la nota di CERRI, *La mano pubblica e la gestione privata di attività economica: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto*. V. anche Corte Costituzionale n. 363 del 2003 che ha dichiarato la natura sostanzialmente pubblicista della s.p.a. "Italia lavoro" per essere le azioni possedute dal Ministero del lavoro. Si deve peraltro rilevare che l'attività di controllo da parte della Corte dei conti non fa discendere automaticamente che il soggetto sia sottoposto alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa in quanto come si è osservato la Corte dei conti svolge attività di controllo anche su soggetti privati. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale* in *Giornale di diritto amministrativo* 1995, p. 1134.

(11) Cass. SS.UU. 14 febbraio 2004, n. 3351. Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899. Cass. 9 giugno 2004, n. 10979. Cass. 12 ottobre 2004, n. 20132. Cass. 26 maggio 2005, n. 10973. Cass. 1 marzo 2006, n. 4511. V. la nota critica di D'AURIA, in *Foro it.* 2006, I, *Amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e società pubbliche: quale revirement della cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*

(12) D'AURIA in *Foro it.* 1991, I, 575.

(13) SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano 2001. RISTUCCIA, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici* in *Riv. Corte dei conti*, 1995, I, 406; D'AURIA in *Foro it.* 1999, I, 575.

progressivo fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici che ha assunto proporzioni considerevoli e, recentemente, l'esplosione della costituzione di società per azioni per la gestione dei servizi locali, hanno indotto la Cassazione ad affermare la irrilevanza della utilizzazione dei soggetti privatistici sulla giurisdizione della Corte dei conti quanto alla giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori delle s.p.a. pubbliche, in quanto la Corte dei conti è giudice esclusivo in materia di contabilità pubblica a norma dell'articolo 103, comma 2, della Costituzione, qualificando sostanzialmente come attività amministrativa non solo quella che si esercitava in attuazione di funzioni pubbliche e poteri autoritativi, ma anche quella con la quale il soggetto pubblico persegue le proprie finalità istituzionali mediante una attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato (14).

Invero, la natura di istituzione pubblica è configurabile allorché una società, le cui azioni sono possedute integralmente o prevalentemente da un ente pubblico, costituisca lo strumento per la gestione di un servizio pubblico ed operi come *longa manus* dell'ente proprietario, equivalendo l'attività della società a quella di esercizio diretto da parte dell'ente. In queste ipotesi la società è parte dell'amministrazione in senso lato.

Ovviamente si deve procedere ad una valutazione caso per caso, per singoli soggetti giuridici, con esame dell'organizzazione, dell'appartenenza del capitale sociale, delle modalità di affidamento dell'attività sociale, del rapporto con l'ente pubblico che l'ha costituito o che partecipa al capitale sociale, specie con riguardo delle società miste. Sulla questione è stato puntualizzato che il danno erariale in materia di società per azioni a partecipazione pubblica riguarda esclusivamente le società a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria, nelle quali il perseguimento delle finalità pubbliche costituisce un dato essenziale e non riguarda le ipotesi di partecipazione pubblica meramente "finanziaria" che è difficile far rientrare nell'ambito delle scelte di tipo economico volte a realizzare il soddisfacimento di specifici bisogni ed interessi pubblici (15).

In ogni caso, quel che preme evidenziare è che ai fini del riparto di giurisdizione per l'azione dei danni nei confronti degli amministratori e agenti di tali soggetti, si va delineando il principio fondato sul criterio oggettivo dell'attività funzionale al comparto pubblico pur con l'utilizzo di strumenti privati, con riguardo all'utilizzo corretto del denaro pubblico, alla natura pubblica delle risorse e, perciò, alla deviazione del loro uso dalla destinazione pubblica cui

(14) Cass. S.U. ord. 22 dicembre 2003 n. 19667 in *Foro it.* 2005, I, 2676 che dichiara enti pubblici economici i consorzi fra enti pubblici locali per la gestione di servizi pubblici.

(15) RISTUCCIA, *La responsabilità sociale erariale nelle società pubbliche*, in *Riv. Corte dei conti*, novembre 2004, p. 1 ss.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova 2003, 439, il quale afferma che per società per azioni in mano pubblica debbono intendersi le società di cui un ente pubblico possiede la totalità o la maggioranza del capitale azionario.

dovevano essere utilizzate. Tale nuovo orientamento giurisprudenziale, la cui *ratio* sostanziale è nel controllo della trasparenza e legittimità dell'uso delle risorse pubbliche quanto alla loro effettiva destinazione alla realizzazione del fine pubblico cui sono indirizzate, rischia però di frenare quel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici che si sta faticosamente attuando e che ha come fondamento il principio di concorrenza e competizione nel mercato, che dovrebbe assicurare, oltre che una migliore qualità ed efficienza del servizio anche il razionale utilizzo delle risorse pubbliche sicuramente con una riduzione dei costi del servizio stesso a tutela del cittadino-consumatore.

Tale fenomeno della liberalizzazione nel campo dei servizi pubblici, specie quelli degli enti locali, sta avendo un cammino complesso e contrastato incontrando obiettive difficoltà, dovendosi coniugare l'interesse dei cittadini, quello dell'ente al quale è attribuito l'interesse della comunità e l'interesse del mercato e dei soggetti imprenditoriali che in esso agiscono.

Il tema è all'ordine del giorno, ed è stato efficacemente affermato, che non è tanto "liberalizzazione sì, liberalizzazione no", bensì quello di stabilire all'interno di una politica di privatizzazione e liberalizzazione, quale spazio debba essere lasciato alla libertà d'impresa e quale alla cura dell'interesse collettivo (16).

4) *L'influenza sul nuovo indirizzo giurisprudenziale della riforma della Corte dei conti del 1994 e dell'art. 7 della legge 97/2001.*

Il cambiamento dell'indirizzo giurisprudenziale della Cassazione, prima indicato, è stato propiziato anche da alcune disposizioni di legge nel frattempo intervenute. Tra queste le più importanti sono l'ampliamento delle competenze e dell'organizzazione della Corte dei conti contenuta nelle leggi 19 e 20 del 1994 e l'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97 in materia di rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (17).

L'articolo 1, ultimo comma, della legge 20 del 1994 e successive modificazioni, ha disposto che la Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti diversi da quelli di appartenenza, limitatamente ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della citata legge; lo stesso articolo 1, comma 1, prevede l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali dei dipendenti pubblici nelle quali, come

(16) Si fa riferimento al disegno di legge A.S. n. 772 (d.d.l. Lanzillota) di delega al governo per il riordino dei servizi pubblici locali, presentato il 7 luglio 2006 sul quale le interessanti osservazioni di CINTIOLI, *Quale potere pubblico nei servizi pubblici locali? Il rischio di statalismo*, in *Magna carta paper* 2007.

(17) In tal senso v. le osservazioni contenute in Cass. SS.UU. 22 dicembre 2003 n. 19667, *cit.*

vedremo, non vi è dubbio che, per quanto riguarda gli amministratori degli enti economici delle società partecipate, può rientrare l'attività di impresa.

L'aver introdotto la giurisdizione della Corte dei conti anche sulla responsabilità (extracontrattuale) di amministratori e dipendenti pubblici in danno di soggetti diversi dalle amministrazioni o dagli enti di appartenenza è stata intesa nel senso che il discrimine tra le due giurisdizioni (giurisdizione ordinaria *ex* articolo 2043 del codice civile e giurisdizione della Corte dei conti) risiede unicamente nella natura pubblica o privata delle risorse finanziarie di cui il soggetto passivo si avvale, avendo il legislatore inteso tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente abilitando il procuratore regionale della Corte dei conti a promuovere i relativi giudizi nell'interesse generale dell'ordinamento giuridico. Tale norma innovativa ha un'evidente ricaduta anche in tema di responsabilità contrattuale quale è quella degli amministratori di società in mano pubblica per i danni alla società stessa, in quanto non è immaginabile che ci sia un trattamento giurisdizionale diverso e meno incisivo allorquando il danno sia stato cagionato alla stessa amministrazione di appartenenza.

L'articolo 7 della legge 97 del 2001 è stato ritenuto un punto fermo ai fini della sussistenza della giurisdizione amministrativa contabile in questione senza che possa distinguersi tra atti di imperio e atti di gestione imprenditoriale nei confronti dei comportamenti delittuosi "dei dipendenti di amministrazioni o enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica". La norma prevede che in caso di condanna penale per i delitti contro la pubblica amministrazione (peculato, corruzione, malversazione, abuso d'ufficio) la sentenza venga comunicata al procuratore regionale della Corte dei conti per la promozione dell'eventuale procedimento per danno erariale nei confronti del condannato.

Ove si tenga conto che la nozione di amministrazione pubblica sta assumendo un significato più articolato ed ampio di quello tradizionale di amministrazione tipizzata ad atti amministrativi per ricomprendere anche soggetti di diritto privato che perseguono interessi pubblici della collettività, in cui prevale la logica del risultato, la norma citata è stata interpretata da alcuni nel senso che il legislatore abbia voluto compiere un'attribuzione ampliativa dell'ambito soggettivo della responsabilità amministrativa in materia di contabilità pubblica, mentre da altri che la norma mostra come il legislatore in realtà non abbia mai dubitato della piena conoscibilità da parte del giudice contabile delle situazioni di danno arrecato, oltre che nei confronti dei dipendenti della pubblica amministrazione anche di quelli degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica (18).

(18) Sulla portata della legge 97 del 2001 ai fini della attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione in materia di responsabilità per *mala gestio* degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, si rimanda alle condivisibili osservazioni di VENTURINI in

Quale che sia l'esatta soluzione sulla portata della norma indicata, preme rilevare che tale norma pur dettando una disposizione di carattere procedurale, ha stabilito un principio di attribuzione giurisdizionale dal quale l'interprete non può prescindere.

In ogni caso, quel che più conta è che il nuovo indirizzo giurisprudenziale sulla giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società partecipate in modo prevalente dallo Stato e da enti pubblici è da ritenersi ormai stabilizzato ed ha trovato una puntuale sistemazione sia nell'affermazione dell'esistenza di un rapporto di servizio tra la società e l'ente proprietario, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione non organica ma funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico, come partecipe della attività a fini pubblici di quest'ultimo, e costituisce il presupposto della responsabilità per danno erariale (Cassazione 3899 del 2004) sia, a prescindere da tale rapporto, nella affermazione che "ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti è del tutto irrilevante il titolo in base al quale il pubblico denaro è utilizzato, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio ma anche in uno di concessione amministrativa o in un contratto privato". Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile, si è, quindi, spostato dalla qualità del soggetto che ben può essere un privato o un ente pubblico economico, alla natura del danno e degli scopi perseguiti in modo che si ha danno erariale qualora il soggetto, anche privato, con le sue scelte ha determinato uno sviamento dalle finalità perseguite (19).

Ora si è passati da un criterio di riparto fondato sulla tipicità delle regole proprie delle responsabilità di diritto civile societario e di quella amministrativa contabile (il cosiddetto doppio binario) a quello fondato sul collegamento funzionale tra pubblico potere e società in vista del perseguimento del fine pubblico, nonché sulla natura delle risorse e del soggetto danneggiato.

5) Ambito soggettivo ed oggettivo del giudizio dinanzi alla Corte dei conti.

L'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori delle società pubbliche pone numerosi problemi circa l'ambito soggettivo e oggettivo di tale giudizio che, dato il breve tempo trascorso dal mutamento di indirizzo giurisprudenziale, non sono stati affrontati in modo risolutivo dalla giurisprudenza che, come già è successo per il

Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dei dipendenti delle Amministrazioni enti e enti a prevalente partecipazione pubblica, in *Riv. Corte conti*, 2001 n. 6, IV p., 294 ss.

(19) MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amm.va nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 1559; VENTURINI, *op. cit.*, p. 294.

revirement sul riparto di giurisdizione, avrà anche il compito di risolverli con funzione pretoria, mentre sono stati trattati in modo dubitativo dalla numerosa dottrina sia nelle annotazioni delle decisioni della Cassazione in materia sia in quelle della Corte dei conti.

Innanzitutto, le stesse sentenze della Cassazione citate non hanno fornito alcun elemento, oltre al criterio sul riparto di giurisdizione, sulla portata e sui limiti dell'azione dinanzi al giudice contabile che, pertanto, saranno da individuare progressivamente, tenuto conto delle diverse caratteristiche e modalità delle due azioni.

Inoltre, occorre precisare che proprio in base al criterio discriminante la giurisdizione indicato dalla Cassazione, e cioè il perseguimento di interessi della collettività con l'uso di risorse pubbliche, è evidente che l'azione di responsabilità per danno dinanzi alla Corte dei conti può esperirsi nei confronti di amministratori o dipendenti di società a totale o a maggioritaria partecipazione pubblica o qualora l'ente pubblico sia il socio di riferimento o di controllo (20). Qualora vi sia nel capitale sociale la partecipazione di soci privati e la partecipazione dello Stato o di un ente pubblico abbia soltanto una funzione finanziaria, la responsabilità degli amministratori non può non essere valutata secondo le regole sui diritti e doveri degli organi societari ove non siano espressamente derogate da norme speciali.

Come si è detto, la cosiddetta privatizzazione di attività e servizi pubblici si è sviluppata con criteri non univoci, ed i relativi strumenti sono spesso previsti da specifiche norme di legge ove venivano dettate anche le regole di organizzazione e le regole di gestione (21).

La dottrina distingue fra privatizzazioni formali o finte e sostanziali o autentiche: con le prime si pone in essere una mera trasformazione soggettiva quasi sempre di enti pubblici e organi pubblici della amministrazione in società private che continuano a svolgere compiti istituzionali delle pubbliche amministrazioni non in regime di mercato e di competitività; con le seconde si trasferisce ai privati il controllo sui nuovi soggetti in quanto si trasformano interi settori della pubblica amministrazione da pubblici a privati che operano in regime di concorrenza (energia, trasporti, banche, ecc.).

Si tratta di verificare di volta in volta se la figura soggettiva privata costituisca uno strumento della pubblica amministrazione in modo che essa sia

(20) Oltre agli autori indicati in nota 14, nello stesso senso ASTIGIANO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giur.it.* 2004, I, 1838; v. anche Corte dei conti, Sez. Lombardia, 9 febbraio 2005 n. 32 in *Foro Amm.vo C.d.S.*, 2005, p. 622 con nota di Lombardo; C. dei conti, Sez. I appello, 3 novembre n. 356 in *Foro amm. C.d.S.* 2005, 3428 con nota di Venturini, *contra* ATELLI in *Diritto e giustizia* 2004 n. 5.

(21) FRANCHINI, *L'organizzazione* in (a cura di) CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, I, 271; LA CAVA, *L'impresa pubblica* in (a cura di) CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, cit. p. 3947; NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003.

legata da un rapporto di servizio per lo svolgimento di compiti istituzionali, oppure se la società operi al di fuori della pubblica amministrazione anche se sottoposta a regole dettate da poteri pubblici o sottoposta a controlli pubblici. Nel primo caso, la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa degli amministratori è indubbia, nel secondo caso ove la figura soggettiva privata assolvesse anche a compiti pubblici soltanto a tale corrispondente parte di attività, andrebbe riferita la responsabilità degli amministratori e la giurisdizione della Corte dei conti. Sotto questo profilo non dovrebbero essere considerati pubblici i soggetti privati per il solo fatto che, ad esempio, usufruiscono di contributi pubblici o che vi sia una partecipazione pubblica al capitale della società ove manchi il c.d. rapporto di servizio fra le società e l'ente finanziatore e la società non persegua le finalità pubbliche dello stesso ente (22).

Come può notarsi l'individuazione dell'ambito soggettivo della responsabilità amministrativa degli amministratori delle società partecipate azionabile dinanzi alla Corte dei conti è molto complesso, anche se si va affermando un criterio più empirico di quelli sopra indicati nel senso di ritenere la giurisdizione della Corte dei conti su tutte le società partecipate dalla pubblica amministrazione in quanto soggetti pubblici e che tale giurisdizione ha fondamento nel mero utilizzo da parte di società ed altri soggetti privati (es. le fondazioni) di beni o denaro pubblico per il perseguimento di pubblici interessi) (23).

In altri termini sembra doversi ipotizzare che la finalizzazione della cura degli interessi pubblici non deriva tanto dall'attività ma dalle risorse impiegate per il suo svolgimento .

L'assunzione del rischio d'impresa in capo alla collettività determina la finalizzazione pubblicistica della prestazione.

Il regime delle responsabilità degli amministratori dipende in definitiva dal capitale impiegato in ragione dell'interesse pubblico che si vuole perseguire.

Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può essere anche un privato) alla natura del danno e degli scopi perseguiti sicché anche il privato può recare danno all'amministrazione ove, avuta la concessione del contributo, non abbia realizzato le finalità perseguite (sul punto sono cospicue le recenti sentenze delle Corti dei conti regionali)(24).

Dalla tesi estensiva prima indicata della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità degli amministratori delle società pubbliche, si

(22) Sul punto sono da condividersi la considerazione di D'AURIA in *Amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e società pubbliche*, in *Foro it.*, 2005, I, 2675 e giurisprudenza ivi richiamata.

(23) Cass., S.U. 1 marzo 2006 n. 4511.

(24) Corte dei conti, Sez. giur. Molise 7 ottobre 2002 n. 234. Corte di conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 in *Gior. Dir. Amm.* 2006, 1127 con nota adesiva di VENTURINI, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*.

rende necessario definire con precisione l'oggetto del giudizio di responsabilità amministrativa, osservando che il giudice contabile non può sindacare nel merito le scelte di gestione degli amministratori, in quanto una valutazione a posteriori di merito potrebbe paralizzare qualsiasi attività innovativa.

Applicando i principi, validi anche per il diritto societario, è stato esattamente affermato che l'attività gestionale degli amministratori delle Società pubbliche è sindacabile quando, contravvenendo a criteri di efficienza ed economicità, essa si concreti in abusi, arbitri ed omissioni produttivi di danno patrimoniale alla società, e di conseguenza all'ente proprietaria delle partecipazioni oppure qualora contrasti o sia comunque estranea a fini pubblici che la società, per sua natura pubblicistica, deve perseguire (25).

Il rischio d'impresa dovrebbe essere conferito dal carattere discrezionale dell'attività imprenditoriale che esclude l'azione di responsabilità amministrativa ai sensi dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994 n. 20 che appunto ne prevede l'insindacabilità (26).

Le scelte degli amministratori delle società a partecipazione pubblica potranno essere sindacate soltanto sotto il profilo della razionalità e non della ragionevolezza e della congruità dei comportamenti, oppure qualora contrastino o siano estranei a fini pubblici che l'ente deve perseguire, con valutazione *ex ante* e non *ex post* e cioè al momento della decisione presa (27).

6) Rapporto tra le azioni societarie di responsabilità degli amministratori di società pubbliche e l'azione di responsabilità amministrativa.

Ancora più incerte sono le soluzioni al problema del rapporto tra le azioni previste dal diritto societario, ora riformato, sulla responsabilità degli amministratori e i direttori delle società, di competenza del giudice ordinario, e quella sulla responsabilità amministrativa di competenza della Corte dei conti in caso di società in mano pubblica.

Invero, il *revirement* giurisprudenziale in materia di giurisdizione contabile avviene in un momento delicato perchè ha coinciso sostanzialmente con la riforma organica del diritto societario che ha definito con chiarezza i compiti e le responsabilità degli organi societari (D.Lgs. 28 dicembre 2004, n. 310).

(25) Corte dei conti, Sez. 1 appello, 3 novembre 2005 n. 356 in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 342.

(26) Corte dei conti, Sez. giur. Molise, 4 ottobre 2001, n. 33 prevede che l'attività d'impresa discrezionale per non essere sindacabile non deve avere carattere di irrazionalità, incongruità o manifesta illogicità. Cass. S.U. 29 gennaio 2001 n. 33 in *Foro it.*, 2001, 1, 1171; Cass. S.U. 6 maggio 2003 n. 6851.

(27) Molto interessanti e da condividere le osservazioni in materia di URSI, *Verso la giurisdizione del giudice contabile, la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 701; Corte dei conti, Sez. 1 appello, 3 novembre 2005 n. 356 *cit.*

Sulla materia dei rapporti ed interferenze tra l'azione pubblica di responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e le azioni previste dal diritto societario siamo ancora nel campo delle ipotesi, che diventeranno principi attraverso futuri sviluppi legislativi o giurisprudenziali. Ciò dovrà comportare la soluzione di alcune questioni fondamentali quali:

- l'influenza dell'interesse pubblico sulla finalità di lucro essenziale per una società di diritto privato;
- il rapporto tra l'attuazione della finalità pubblica che ha portato alla costituzione del soggetto privato e l'oggetto sociale, cioè l'interesse sociale da perseguire;
- la rilevanza delle direttive del socio pubblico sull'attività sociale;
- il bilanciamento tra l'interesse pubblico e quello dei soci privati, dei creditori, dei terzi.

In definitiva, bisogna definire la stessa natura della società a prevalente partecipazione pubblica e la sua compatibilità con le regole del diritto societario, nazionale e dell'ordinamento comunitario sia in relazione al vincolo della parità tra imprese pubbliche e private sia in relazione alle possibili violazioni del principio di non discriminazione, libera circolazione dei capitali e divieto di aiuti di Stato (28).

La questione è molto complessa; basti ricordare che le società sono strumenti del mercato, che il mercato è retto dal principio di parità tra gli attori e dalla competizione tra gli stessi ai fini di realizzare l'utile per il sostentamento della società. Al riguardo si deve osservare che quasi nessuna delle società di gestione dei servizi pubblici si trova in queste condizioni giacché i servizi pubblici per la cura di interessi della collettività sono disciplinati per legge e attribuiti o direttamente o attraverso procedure di evidenza pubblica per la scelta del socio, a soggetti che sono sostanzialmente pubblici anche se, come si è visto, formalmente utilizzano strumenti privatistici. La società in mano pubblica, anche se dotata di personalità giuridica, di autonomia di bilancio e di autonomia decisionale è soggetta ad un rapporto derivante dal contratto di servizio che disciplina diritti e doveri delle parti e anche i limiti di redditività delle risorse pubbliche impiegate e prevede pareggio tra costo e ricavi (29).

Si pensi alle società che gestiscono servizi compensati con le tariffe dove normalmente i ricavi non possono superare la copertura dei costi e gli investimenti relativi senza che la gestione sia finalizzata a produrre utili se non a vantaggio dell'utente attraverso l'abbassamento delle tariffe stesse.

(28) Sui rapporti tra azioni societarie e azione di responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica si veda l'ampio studio di PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riguardo alle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista Corte conti*, 2004, parte IV, 312; URSI, *op. cit.*, nota 26.

(29) Si vedano le osservazioni di CREA, *Responsabilità degli amministratori di società e di enti pubblici economici*, in www.giustamm.it.

In queste società la scelta di una corretta gestione deve essere rivolta innanzi tutto a fornire alla collettività un servizio efficiente e a contenere i costi di gestione più che al conseguimento dell'utile derivante dalla competizione del mercato.

D'altra parte la c.d. "funzionalizzazione della gestione societaria" quale relazione con il socio pubblico non può ritenersi un'anomalia in quanto le società che gestiscono servizi pubblici sono pur sempre finanziate con denaro della collettività e ad essa debbono dar conto sia quanto alla trasparenza ed economicità dell'attività di gestione che alla realizzazione di un efficiente servizio per il quale la società è stata costituita (30).

Peraltro, la tipologia delle società in mano pubblica è molto variegata ma per le società interamente a capitale pubblico o per quelle a capitale maggioritario pubblico che svolgono un pubblico servizio o attuano interessi dell'amministrazione proprietaria le regole di gestione non sono dettate dal mercato ma dall'ente proprietario se non dalla legge (es. Patrimonio s.p.a.) (31).

In definitiva, trattasi di società di diritto speciale i cui statuti, in tutto o in parte derogano alle norme di diritto comune sia con riferimento ai poteri del socio pubblico, sia con riferimento ai rapporti tra ente proprietario e società (32).

Qui viene in considerazione il problema dell'influenza del socio pubblico sulla gestione delle società per azioni pubbliche. Essendo stata delineata, dalle indicate sentenze della Cassazione, la responsabilità degli amministratori delle società pubbliche, sottoposta alla giurisdizione della Corte dei conti, quale responsabilità inerente al rapporto tra l'ente pubblico proprietario e gli amministratori della società, di modo che l'azione di danno può essere sostanzialmente assimilata a quella subita dal socio pubblico proprietario, ciò porta a ritenere che la relazione funzionale che intercorre tra socio di comando ed ente gestore possa divenire l'oggetto stesso della cognizione del giudice contabile.

A questo problema è connesso quello della vincolatività delle direttive del socio proprietario alla società pubblica, che, prevalentemente, non sono ritenute vincolanti, sia perché il socio pubblico persegue interessi esterni al rapporto sociale, sia perché una volta utilizzato lo strumento privatistico, la

(30) Sulla relazione funzionale quale presupposto della giurisdizione contabile si vedano le considerazioni di CREA, *Organizzazione in forma privata di funzioni e servizi pubblici e responsabilità erariale*, in *Amm.ne e Contabilità di Stato*, 2004, 1, p. 29 – v. anche Cass. S.U. 26 febbraio 2004, 1, 3899 *cit.*

(31) Art. 7 della L. 15 giugno 2002 n. 112 con la quale "per la valorizzazione gestionale e alienazione del patrimonio dello Stato e nel rispetto dei requisiti e delle finalità prioritari dei beni pubblici è istituita una società per azioni che assume la denominazione di "Patrimonio dello Stato S.p.a.". La stessa norma stabilisce l'ammontare del capitale sociale e soprattutto prevede che "la società opera secondo gli indirizzi strategici stabiliti dal Ministero, previa definizione da parte del Cipe, delle direttive di massima.

(32) GOISIS, *Contributo allo studio delle società a partecipazione pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992, 258.

società è del tutto autonoma dal socio proprietario e non può non seguire le regole del codice civile e del proprio statuto (33).

Il mutato orientamento giurisprudenziale, ed i principi che l'hanno ispirato potrebbero portare a ritenere (il condizionale è d'obbligo) che la relazione funzionale intercorrente tra l'ente proprietario delle azioni e la società pubblica comporti che l'azione di responsabilità amministrativa degli amministratori abbia come oggetto il danno subito dal socio proprietario, oltre che per la diminuzione patrimoniale anche per il mancato raggiungimento del fine pubblico la cui realizzazione è stata la ragione della costituzione della Società (34).

La disciplina delle società di capitali innova, sotto molti profili, la preesistente disciplina della responsabilità degli amministratori e degli altri organi sociali (35). La riforma assegna un ruolo centrale agli amministratori stabilito dall'articolo 2380 *bis* del codice civile secondo cui: "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

Da ciò la nuova disciplina della responsabilità degli amministratori che si indica solo per tipologia:

1) azione sociale di responsabilità promossa in seguito a deliberazione assembleare che ha come oggetto l'adempimento da parte degli amministratori dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze (articoli 2392 e 2393 c.c.). Si è passati dalla diligenza del mandatario a quella più specifica derivante dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze in virtù delle quali è stato nominato (amministratore-manager). L'azione può anche riguardare la violazione dei doveri imposti all'amministratore dall'art. 2391 c.c. in materia di comunicazione agli altri amministratori e al collegio sindacale del proprio conflitto d'interessi.

2) Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci che rappresentano almeno un quinto del capitale sociale (art. 2393 *bis* c.c.)

3) Azione dei creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione della integrità del patrimonio sociale (art. 2394 c.c.).

4) Azione di responsabilità nelle procedure concorsuali (art. 2394 *bis*) fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria.

(33) G. ROMAGNOLI, *L'esercizio di direzione e coordinamento da parte di enti pubblici*, in *Nuova giur. Civ. e comm.*, 2004, I, 214; SCOGNAMIGLIO, *Attività imprenditoriale e carattere strumentale dell'ente pubblico* in *Riv. Trim. di diritto pubbl.*, 1989, II, 427.

(34) In tal senso le interessanti osservazioni di RISTUCCIA in *La responsabilità sociale erariale*, in *Riv. Corte conti*, 2004, 1.

(35) Sul rapporto tra le azioni di responsabilità degli amministratori delle società pubbliche previste dalla legge societaria e l'azione del procuratore della Corte dei conti si rinvia all'esauriente lavoro di PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, *cit.*; v. anche RISTUCCIA, *op. cit.*

5) Azione individuale del socio e del terzo che assumono di essere stati danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori (art. 2395 c.c.).

6) Denuncia al tribunale da parte dei soci che rappresentano il decimo del capitale sociale di gravi irregolarità da parte degli amministratori che danneggiano la società (art. 2409 c.c.).

L'azione sociale di responsabilità di cui agli articoli 2393 e 2393 *bis* del codice civile è azione contrattuale che trova fondamento nella violazione dei doveri dell'amministratore derivanti dal contratto di amministrazione o più propriamente dal contratto di società di cui gli amministratori sono organi di esecuzione, quella del socio e terzo danneggiato ha natura extracontrattuale anche se derivante da atti posti in essere dagli amministratori nell'esercizio dell'attività gestoria.

Il nuovo sistema di responsabilità civile degli amministratori organi delle società trova applicazione nelle società in mano pubblica?

Il codice civile agli articoli 2449 e 2450 prevede che se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazione in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza; essi possono essere revocati soltanto da chi li ha nominati ed hanno gli stessi diritti e obblighi dei membri nominati dall'assemblea, salve le disposizioni delle leggi speciali. Anche se tali norme derogano al diritto comune in quanto la nomina e la revoca degli amministratori è sottratta alla delibera dell'assemblea, riservandola allo Stato, da tali norme non sembra desumersi una disciplina differenziata degli amministratori di nomina pubblica per la responsabilità verso la società, verso i soci, i creditori sociali e terzi diversa da quelle previste dal codice civile.

Peraltro, l'indirizzo giurisprudenziale anteriore al 2003, prevedeva proprio in materia di responsabilità il cosiddetto doppio binario distinguendo l'attività gestionale imprenditoriale di natura privatistica sottoposta alle azioni di responsabilità del codice civile, dagli atti di natura amministrativa o di imperio e di organizzazione di competenza del giudice contabile.

La sussistenza dell'interesse pubblico non era ritenuta sufficiente a giustificare l'azione di responsabilità amministrativa per gli atti di gestione presunti dannosi. Si aveva una sostanziale sia pure tendenziale situazione di parità in materia di responsabilità tra gli amministratori delle società private e quelle delle società pubbliche. La giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica, si fondava, come per gli amministratori delle società private, sul tipo di attività che essi svolgevano cioè del concreto operare sul mercato. L'elemento distintivo se mai si doveva ricercare nella diversa destinazione degli utili realizzati. Infatti, l'imprenditore privato è libero nell'utilizzazione degli utili, quello pubblico deve reinvestire l'utile di gestione per la realizzazione di fini pubblicistici.

La teoria del doppio binario, sia pure concettualmente coerente e rispettosa dei principi societari, come si è detto, ha dato adito a forti perplessità in ordine alla sostanziale irresponsabilità degli amministratori di enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica. Infatti, era difficile dare

attuazione in concreto alle azioni previste dal codice civile per i casi di *mala gestio* poiché gli enti proprietari di riferimento non erano azionisti interessati a far valere la responsabilità degli amministratori; in altri termini, l'azione di responsabilità civile era rimessa allo stesso soggetto governativo e perciò politico, che aveva proceduto alla nomina degli amministratori.

Peraltro, proprio la previsione dell'art. 2449, c. 4, del c.c., secondo il quale gli amministratori di nomina pubblica di regola non hanno diritti e doveri diversi da quelli nominati dall'assemblea, facendo "salve le disposizioni delle leggi speciali", ammetterebbe una diversa disciplina dei diritti ed obblighi degli amministratori ad opera della legge o degli statuti. L'introduzione della riserva della legge speciale sembrerebbe dare ingresso esplicito ad un modello di società pubblica speciale (c.d. legali o legificate), che quanto ai diritti e doveri degli amministratori e perciò alla disciplina delle loro responsabilità derogherebbe al codice civile, ove previsto dalla legge stessa o dallo statuto di tali società.

A determinare la specialità della responsabilità degli amministratori di società pubbliche si deve far riferimento, nuovamente, ai due elementi che hanno determinato il noto mutamento giurisprudenziale: il perseguimento delle finalità pubbliche e l'utilizzo di risorse pubbliche (36).

Si è al contrario osservato che il legislatore nazionale in tal modo sembra essere andato in direzione opposta al diritto europeo allorché ha attribuito nell'ordinamento interno connotati pubblicistici a soggetti da lui stesso qualificati privati, giustificandosi con il richiamo ad un ordinamento assolutamente indifferente a tale destinazione (37).

7) Compatibilità tra le azioni di responsabilità societarie e quella di responsabilità amministrativa: esclusività dell'azione dinanzi alla Corte dei conti.

In ogni caso il mutamento di giurisprudenza sul riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori dell'impresa pubblica con l'affermazione dell'azione del procuratore della Corte dei conti anche per quanto riguarda l'attività gestionale degli stessi, sia pure nei limiti prima indicati, della razionalità e congruità dei comportamenti gestionali, pone il problema della compatibilità di questa azione di responsabilità con le azioni previste dal codice civile.

La soluzione di questo quesito è quanto mai complessa anche se in dottrina e giurisprudenza è prevalente la tesi della esclusività della azione di danno del procuratore della Corte dei conti nei confronti degli amministratori-

(36) Sul punto si rimanda alle osservazioni degli studi di cui a nota 34 e specie a quello di M. RISTUCCIA, *op. cit.*, 12; IBBA, *op. cit.*, 258 in cui si distingue la società a partecipazione pubblica di diritto comune da quella a partecipazione pubblica di diritto speciale in cui rileva l'interesse pubblico per cui la società è stata costituita che comprime se non sostituisce lo scopo lucrativo rispetto alle esigenze del servizio e dell'attività.

(37) AGRIFOGLIO, *La riforma del diritto amministrativo tra diritto europeo e costituzione: un doppio tradimento*, in www.lexitalia.it.

ri di enti pubblici economici e delle società in cui il capitale sia posseduto totalmente o in maggioranza dallo Stato o dall'ente pubblico (38).

Naturalmente, ciò comporta una serie di problemi che riguardano non solo gli aspetti procedurali delle due azioni di responsabilità (quelle del codice civile e quella amministrativa) ma che attengono soprattutto alla individuazione dell'interesse pubblico tutelato innanzi al giudice contabile, il che implica l'individuazione del soggetto leso e della natura del danno da risarcire. Dalle decisioni recenti della Cassazione e della stessa Corte dei conti sembra che si vada delineando il principio che il soggetto leso dalle attività poste in essere dall'amministratore della società partecipata sia l'amministrazione o l'ente pubblico che ne abbia la proprietà o il controllo e dal quale provengono le provviste finanziarie. Il danno erariale è quello subito dall'ente pubblico proprietario. Da ciò il richiamo nella ordinanza della Cassazione 19667 del 2003 all'articolo 1, ultimo comma della legge 20 del 1994 in materia di danno subito dall'amministrazione o ente diverso da quello di appartenenza (responsabilità extracontrattuale) ma ancora più l'affermazione dell'esistenza di un rapporto di servizio tra l'ente proprietario e soggetto esterno costituito da una relazione di tipo funzionale (39).

Tale azione può essere simile a quella proponibile da parte del socio o del terzo che siano stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori (art. 2395 c.c.) e nel caso di socio pubblico proprietario della totalità o dell'80% del capitale sociale a quella dell'art. 2393 del codice civile, con la differenza che a proporre l'azione non è l'assemblea ma il procuratore della Corte dei conti.

In altri termini, il fondamento della giurisdizione contabile di responsabilità (che è poi sostanzialmente l'interesse tutelato) è inerente al rapporto fra ente pubblico proprietario e amministratori delle società quale garanzia di un controllo giurisdizionale sul buon uso delle risorse pubbliche (rapporto tra obiettivi conseguiti e costi sostenuti) in attuazione del principio del buon andamento e della legittimità dell'attività amministrativa sotto il profilo della efficienza ed economicità della stessa (articolo 97 della Costituzione e articolo 1 della legge 241 del 1990) (40). Ciò, appunto, è quanto mai evidente nel caso di partecipazione totalitaria o per quota superiore al 80% nella quale vi è una

(38) Sono per l'esclusività dell'azione di responsabilità amministrativa del P.M. presso la Corte dei conti, RISTUCCIA, *op. cit.*, 15; Ursi, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 693, il quale afferma che la modifica di giurisprudenza a favore della giurisdizione della Corte dei conti "rende quest'ultimo il foro esclusivo dei rapporti delle prestazioni pecuniarie, attive o passive, di valuta o di valore della soggettività pubblica"; sul punto si veda anche Cass. S.U. n. 933/99 che ritiene pacifico il principio dell'esclusività della giurisdizione della Corte dei conti nelle materie devolute alla sua cognizione.

(39) Cass. 3899/04, *cit.*

(40) Cass. S.U. 29 settembre 2003 n. 14488 in *Foro it.*, 2004, I, 2765.

sostanziale coincidenza tra responsabilità verso la società la cui azione è di competenza dell'assemblea e la responsabilità verso singolo socio (artt. 2395, 2393 del codice civile) in questo caso socio pubblico. Ciò non vuol dire che siamo di fronte alla trasposizione delle azioni civilistiche nella azione di responsabilità amministrativa, avendo come ben noto tali azioni caratteristiche e principi, anche processuali, propri e diversi da quelli dell'azione di responsabilità sociale (41), si vuole soltanto affermare che nel caso in cui il socio danneggiato sia l'amministrazione o l'ente pubblico proprietario della quota totalitaria o maggioritaria del capitale azionario, la relativa azione risarcitoria è di competenza esclusiva della Corte dei conti come lo era della autorità giudiziaria ordinaria prima del mutamento giurisprudenziale anche se alcuni criteri generali del diritto societario quali quello della diligenza e prudente gestione o quello della violazione di obblighi a contenuto specifico non possono dirsi incompatibili con l'azione di responsabilità amministrativa.

Ciò perché, come si è detto, l'attività di impresa volta al conseguimento di finalità pubbliche mediante l'utilizzazione di risorse pubbliche anche se realizzata con organismi di struttura privatistica è stata ritenuta attività amministrativa e rientra nella materia di contabilità pubblica la cui giurisdizione è attribuita in via esclusiva alla Corte dei conti (art. 103, c. 2, Cost).

Se ciò è esatto, è difficile conciliare la natura extracontrattuale (danno non all'amministrazione di appartenenza) anche se derivante dal rapporto di servizio (rapporto funzionale tra ente e società partecipate), della responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici o delle società in mano pubblica con la natura della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa che, dopo la riforma del 1994, ha carattere obbligatorio e sanzionatorio, con ampi spazi di discrezionalità nella determinazione del danno (c.d. potere riduttivo) a meno che non si voglia sostenere il carattere aggiuntivo di quella alla responsabilità societaria.

Al riguardo si è osservato che il coesistere di due azioni, quella di responsabilità amministrativa e quella di responsabilità societaria non determina un conflitto di giurisdizione, ma solo una preclusione all'esercizio di un'azione quando l'altra ha ottenuto il medesimo bene della vita (42). Tale tesi non può essere accolta per la materia in esame, se non per quanto riguarda la società a partecipazione pubblica minoritaria in cui non prevale nell'oggetto sociale il conseguimento di un interesse pubblico, mentre deve

(41) Si ricorda che le azioni di responsabilità *ex* art. 2393 e 2395 c.c. hanno elementi diversi da quella di responsabilità amministrativa dianzi alla Corte dei conti. Le prime sono promosse dal soggetto leso sono rinunciabili e transigibili, hanno un sistema di prova più ampio e previsto per legge, riguardano il risarcimento dell'intero danno, c'è la colpa lieve ecc. La seconda ha natura pubblica e obbligatoria e perciò non soggetta a rinuncia o transazione, presuppone la colpa grave, e da parte del giudice contabile è previsto il c.d. potere riduttivo.

(42) Corte dei conti, sez. 1 appello, 3 novembre 2005, n. 356, *cit.*

restare fermo il principio dell'esclusività dell'azione dinanzi alla Corte dei conti per le società totalmente e prevalentemente partecipate dall'ente pubblico o per quelle in cui tale ente sia di controllo o di riferimento.

Peraltro, si ritiene che permanga nelle società partecipate non integralmente dallo Stato o dall'ente pubblico, l'azione del socio di minoranza ex articolo 2935 c.c. che si basa su presupposti diversi dall'azione di responsabilità amministrativa quale danno personale e diretto del singolo socio derivante da atti colposi o dolosi dell'amministratore.

Ciò può comportare un cumulo di azioni risarcitorie autonome non essendo il socio legittimato a proporre l'azione di responsabilità amministrativa.

Pertanto, non si condivide la tesi secondo la quale il socio di minoranza può intervenire nel giudizio promosso dal procuratore generale, stante le diverse caratteristiche, come si è detto, delle due azioni di responsabilità (43).

Inoltre, sembra doversi ritenere che tutti gli atti che attengono alla vita della società pubblica, quali l'approvazione del bilancio, il recesso dell'ente pubblico nelle società miste, le modifiche statutarie, la revoca degli amministratori, poiché incidono su diritti soggettivi derivanti dal rapporto di società, dovrebbero rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario.

In tal senso, per quanto riguarda la revoca di un amministratore di una società interamente pubblica che gestiva un servizio pubblico locale, le SS.UU. della Cassazione con sentenza 15 aprile 2005, n. 7799 (44) hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia che ha ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori, costituendo gli atti impugnati espressione non di una potestà amministrativa, ma di poteri conferiti al comune dagli artt. 2383, 2458 e 2459 del codice civile, cosicché la posizione soggettiva degli amministratori revocati, che non svolgono né esercitano un pubblico servizio, è configurabile in termini di diritto soggettivo ed è, quindi, tutelabile dinanzi al giudice ordinario.

E con riguardo al potere di nomina degli amministratori previsto dall'art. 2458 c.c., la Cassazione precisa che tale potere è sostitutivo della generale competenza dell'assemblea ordinaria e non può essere qualificato come estrinsecazione di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria restando esclusa ogni sua valenza amministrativa.

La decisione si segnala per l'incertezza che ancora permane sulla natura delle società a partecipazione pubblica e, soprattutto, perché sembra contraddire agli stessi principi delineati dalla Cassazione, prima indicati, per affer-

(43) Corte dei conti, sez. I appello, 3 novembre 2005, n. 356 *cit.*, *contra* VENTURINI nella nota a tale decisione che propende per la permanenza dell'azione ex art. 2935 c.c.

(44) Cass. S.U. 15 aprile 2005 n. 7799 in *Foro it.*, 2006, I, 2726, con ampia nota di richiami giurisprudenziali e di dottrina e con nota critica di URSI, *L'ultima frontiera della privatizzazione: la giurisdizione del giudice ordinario in materia di revoca degli amministratori di nomina pubblica.*

mare la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia di responsabilità degli amministratori di società pubbliche per cattiva gestione delle risorse pubbliche.

A meno che, per armonizzare il criterio pubblicistico del reparto di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di società pubbliche, con il principio che la partecipazione del socio pubblico alla compagine sociale non altera il modello civilistico delle società per azioni e del suo regime giuridico di natura privatistica, si debbono abbandonare pretese di sistemazione dogmatica sulla natura delle società pubbliche e sul rapporto di natura pubblicistica tra ente proprietario del capitale sociale e società partecipata per concludere che il principio di parità delle responsabilità degli amministratori delle società private delineato nella riforma in materia societaria trova una disciplina peculiare derogatoria nel regime della responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica giustificato dalla necessità di una tutela pubblicistica delle risorse pubbliche, e perciò dalla natura del danno, e delle finalità pubbliche delle società stesse (45).

Certo è che tale disciplina derogatoria si è venuta ad affermare in un momento in cui società a capitale pubblico e, in particolare, quelle a capitale misto pubblico privato, essendo stato ben delineato l'ambito dell'affidamento diretto (*in house*) della gestione del servizio pubblico (46), tendono ad immettersi sul mercato e ad agire in regime di competitività con i privati, con la probabile conseguenza che essa venga ad incidere in termini di minore competitività che invece si vuole incentivare.

È auspicabile, che si faccia chiarezza nel prevedere se non la fine, quanto meno l'eccezionalità della costituzione di società miste, con la previsione di una separazione netta tra gestione pubblica del servizio e affidamento ai privati della gestione del pubblico servizio (47).

In tal modo si avrà anche un chiaro regime di tutela delle risorse pubbliche nei confronti degli amministratori delle società pubbliche sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti e di quelli delle società private, anche a partecipazione pubblica minoritaria affidatarie per gara del servizio, per i quali si seguiranno le regole del codice civile.

(45) Da ultimo Cass. 1 marzo 2006, n. 4511; Corte dei conti Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006 con nota di Venturini.

(46) V. Cons. di Stato Sez. VI 3 aprile 2007, sui presupposti dell'affidamento *in house* dei servizi pubblici.

(47) V. parere della sez. II del Consiglio di Stato, 18 aprile 2007, n. 456.