

Luisa Torchia

*La responsabilità amministrativa per le società in
partecipazione pubblica*

SOMMARIO

1. *La parabola della società pubblica*
2. *La frammentazione del regime giuridico delle società pubbliche fra norme generali e norme speciali*
3. *I criteri applicativi del regime giuridico generale e delle norme speciali*
4. *Una responsabilità senza legge: l'estensione in via pretoria della responsabilità amministrativa e la diversa struttura della responsabilità societaria*
5. *Distingue frequenter: criteri ordinatori per la responsabilità delle società pubbliche*
6. *Last, but not least, la contabilità (e il suo controllo) presi sul serio: il principio del bilancio consolidato e l'esempio francese*

Relazione al Convegno su “*Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*”, Roma, Luiss, 14 maggio 2009

1. La parabola della società pubblica

L'applicazione della responsabilità amministrativa – istituto previsto dalla legge di contabilità di Stato con specifico riferimento al rapporto fra il dipendente pubblico e l'amministrazione – alle società in partecipazione pubblica e, in particolare, ai loro amministratori, è il sintomo della parabola che la società pubblica ha conosciuto nel nostro ordinamento, trasformandosi da modello di azione con proprie regole e sostanza a mero strumento neutrale, *bon a tout faire*¹.

La distanza percorsa nella storia della società in partecipazione pubblica può essere ben rappresentata confrontando uno dei primi studi sull'argomento con le tre indagini generali più recenti in tema. Nel suo studio sulle società commerciali pubbliche del 1942, A. Arena sostiene, citando Franceschelli, che la facilità con la quale il legislatore attribuiva in quegli anni la qualifica di ente pubblico trovava comunque un temperamento e un freno nel fatto che "malgrado la veste esteriore, ad una sostanza privatistica corrispondono anche e pur sempre le conseguenze giuridiche che a questa sono proprie"².

Nei documenti recentemente prodotti, rispettivamente, dall'OECD³, dal CER⁴ e da Assonime⁵, invece, l'analisi si concentra soprattutto sulla sostanza pubblicistica, sull'interesse pubblico che sorregge la partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico, sui vincoli e sulle regole pubblicistiche che comunque incidono sulle società in partecipazione pubblica, proprio in ragione della partecipazione pubblica.

¹ Per un esame più articolato delle differenze fra modello e strumento sia consentito il rinvio a L. Torchia, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2, 2006.

² A. Arena, *Le società commerciali pubbliche (natura e costituzione). Contributo allo studio delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 18, con riferimento al saggio di Franceschelli, *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e diritto*, 1940 (sottolineato nel testo aggiunto).

³ OECD, Working Group on Privatisation and Corporate Governance of State Owned Assets, *An Implementation Guide to Ensure Transparency and Accountability in State Ownership*, DAF/CA/PRIV(2007)4/REV1.

⁴ CER, *Ruolo e governance delle imprese controllate dallo Stato: Analisi e proposte per il futuro*, Roma, 2008.

⁵ ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, sul quale v. le osservazioni di A. Massera, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, e G. Sciuillo, *Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime*, in www.giustamm.it, n. 3, 2009.

Con un po' di gusto del paradosso si potrebbe osservare che, quando si affermava la sostanza privatistica delle società pubbliche, queste erano uno strumento per l'intervento diretto dello Stato in economia: lo Stato imprenditore agiva sul mercato secondo le regole del diritto privato (tanto per restare in tema: agli enti pubblici economici non era certamente applicabile la responsabilità amministrativa⁶). Lo Stato azionista, che succede allo Stato imprenditore a seguito delle politiche di privatizzazione e dell'affermazione della tutela della concorrenza, specialmente nell'ordinamento europeo, finisce invece per essere sottoposto ad una varietà di regole pubblicistiche che non valgono per gli azionisti privati.

In questo andamento che un musicista definirebbe a canone inverso, caratterizzato da un contrappunto per moto contrario del quale è più facile individuare la contraddittorietà che non la direzione, è utile muovere, per meglio inquadrare lo specifico tema dell'applicazione della responsabilità amministrativa alle società pubbliche, da un esame dei caratteri e delle dimensioni del fenomeno⁷.

La letteratura corrente sul tema si concentra, infatti, soprattutto sul dato relativo al numero delle società, che è indubbiamente in crescita. Nel rapporto Assonime si afferma che esistono più di 5000 società a partecipazione pubblica,

⁶ La Cassazione aveva ripetutamente affermato che “*a carico degli amministratori o funzionari di enti di gestione delle partecipazioni statali, come in genere di enti pubblici economici, la giurisdizione contabile della Corte dei Conti sussiste con limitato riguardo agli atti esorbitanti dall'esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici, perché, in caso contrario, non è configurabile un rapporto di servizio con lo Stato; pertanto, deve essere esclusa tale giurisdizione, ed affermata quella del giudice ordinario, nell'ipotesi di responsabilità risarcitoria di detti amministratori o funzionari per l'occultamento e l'illecita gestione di somme provenienti dalle attività di impresa delle società partecipate*”. E ancora: “*il requisito della natura pubblica dell'ente doveva essere riferito agli enti pubblici non economici, poiché gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato*”, aggiungendo che “*alla natura, agli scopi ed al modo di operare degli enti pubblici economici mal si addice il rigore del controllo della contabilità pubblica in senso stretto*” (Cass., sez. un., 2 ottobre 1998, n. 9780, in *Foro it.*, I, 1999, 575).

⁷ V. in proposito, G. Corso, P. Savona, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2, 2006, pp. 197 ss.; G. Rossi, *Le società di partecipazione pubblica. Controlli e responsabilità*, ibidem, 185; Sintesi del rapporto sulle società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità, a cura di A. Bindi e G.M. Caruso, ibidem, 247; G. Napolitano, *Le società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2005, p.999 ss.; M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008.

nell'ambito delle quali circa 400 a partecipazione diretta o indiretta dello Stato (attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze). E' possibile porre a confronto questi dati con quelli – in serie storica - risultanti da una recente ricerca sul sistema amministrativo italiano⁸, secondo i quali le società pubbliche, alla fine degli anni ottanta, erano circa 1000.

Una crescita significativa, dunque. Se dal mero dato numerico si passa, però, a confrontare il peso e la rilevanza delle partecipazioni pubbliche, il quadro diventa più articolato. Gli occupati di quelle 1000 società costituivano il 16% del totale nazionale (Iri, Eni ed Enel, da soli, impiegavano 610mila persone). Gli occupati delle oltre 5000 società di oggi ammontano a circa il 3% del totale nazionale (500mila per tutte le 400 società a partecipazione statale). Nello stesso periodo facevano capo allo Stato, direttamente o indirettamente, il 45% del settore industriale e l'80% del settore assicurativo e bancario e le imprese a partecipazione pubblica erano responsabili per la formazione del 19% del valore aggiunto e del 24% del capitale fisso dell'economia italiana. Sempre secondo i dati del rapporto Assonime, oggi il valore della produzione delle società in partecipazione statale supera di poco l'11 del Pil, mentre il valore aggiunto prodotto dalle società in partecipazione regionale e locale è pari all'1,2 del Pil.

Alla crescita nel numero delle società corrisponde, quindi, una contrazione del peso e della rilevanza economica. La scelta di costituire una società pubblica, che in origine si giustificava anche con la volontà di porre uno schermo e una distanza – grazie, appunto, alle norme privatistiche – fra la politica e l'economia, oggi è al contrario spesso finalizzata ad estendere l'influenza della politica su aree che per ragioni diverse - dalla tutela della concorrenza ai vincoli alle assunzioni nelle amministrazioni – le sarebbero sottratte.

Questo forse spiega, almeno in parte, perchè oggi le società pubbliche vengano spesso equiparate ad apparati pubblici, piuttosto che ad imprese

⁸ L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 93 e ss. per i dati citati nel testo con riferimento alla fine degli anni ottanta e pp. 204 ss. per l'osservazione che la tendenza alla crescita sembra essersi arrestata dopo il 2004, almeno per lo Stato (dal 2004 al 2006 sono state istituite solamente un paio di società di diritto speciale e nessuna nel periodo 2007-2008).

pubbliche⁹ e spiega anche i tentativi di distinguere fra le società che mantengono i caratteri distintivi dell'istituto civilistico (qualificabili, secondo una antica definizione, come società private in mano pubblica) e i casi in cui il ricorso alla società produce, invece, un'amministrazione pubblica in forma di società. Questa distinzione, essenziale anche al fine di individuare le regole applicabili e, fra esse, il regime della responsabilità, emerge, sia pure con qualche contraddizione, dal quadro normativo vigente.

2. La frammentazione del regime giuridico delle società pubbliche fra norme generali e norme speciali

La disciplina delle società pubbliche è composta di una congerie di norme, dettate a seconda delle contingenze e delle necessità, a volte riferite ad un'unica società (le c.d. società di diritto singolare¹⁰), a volte riferite a gruppi di società (ad esempio le società partecipate da regioni ed enti locali, oppure le società di gestione di servizi pubblici locali), a volte a categorie (ad esempio, le società in partecipazione totalitaria o le società in partecipazione mista, maggioritaria o minoritaria¹¹). A queste si aggiungono norme valide per i soci delle società in partecipazione pubblica, che vanno dal divieto di costituzione, al dovere di dismissione, all'obbligo di giustificare la costituzione o il mantenimento della partecipazione, alla disciplina della scelta dei soci privati, alla specificazione delle modalità di interazione fra socio e società (si pensi, per fare un solo esempio, al c.d. "controllo analogo", sul quale si alternano orientamenti di volta in volta più e meno restrittivi della Corte di Giustizia e dei giudici amministrativi nazionali).

Chi non voglia limitarsi ad un lavoro di mera esegesi (tanto più inutile per la continua sovrapposizione e spesso contraddizione fra norme) deve scegliere un

⁹ Non a caso le norme che dal 2006 in poi hanno posto limiti all'organizzazione e al funzionamento delle società pubbliche e hanno ristretto la stessa possibilità di costituzione sono annoverate fra le misure di riduzione e contenimento degli apparati pubblici, come si vedrà nel par. 2.

¹⁰ Sulle quali v. P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

¹¹ Cfr. F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.

metodo ed un criterio che guidi l'analisi e la comprensione dell'assetto attuale. A fronte di tante norme singolari occorre chiedersi allora, innanzitutto, come queste norme si pongano rispetto alla disciplina civilistica della società per azioni e, in particolare, se esse si pongano ancora come norme di specie rispetto al *genus* codicistico o se esse abbiano ormai assunto dimensione e rango di disciplina settoriale, in sé conchiusa ed autosufficiente.

Con il grado di approssimazione inevitabile nell'esame di una materia normativa così frammentaria, sembra di poter individuare due diverse direzioni negli interventi legislativi più recenti.

Emerge, per un verso, la tendenziale equiparazione delle società pubbliche agli apparati amministrativi e, conseguentemente, la loro sottoposizione a misure di contenimento della spesa pubblica, a regole di trasparenza, a vincoli sull'organizzazione. Sono stati introdotti, ad esempio, un limite massimo al numero degli amministratori¹², un tetto ai compensi dei presidenti e dei componenti del consiglio di amministrazione, limiti al conferimento dell'incarico di amministratori, obblighi di comunicazione e di pubblicità a carico delle società e dei soci pubblici, vincoli sulle procedure di assunzione¹³ e limiti alla stessa possibilità di costituire e mantenere partecipazioni in società che non strettamente strumentali al perseguimento di finalità istituzionali¹⁴.

Di converso, e forse proprio in reazione a questa tendenza "panpubblicistica", si escludono dall'applicazione delle norme speciali sopra esaminate le società quotate in mercati regolamentati, riaffermando per esse la

¹² Sul quale. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 18.10.2007, n. 46.

¹³ V. l'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che sottopone il reclutamento del personale delle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica al rispetto dei principi dettati per le pubbliche amministrazioni con l'art. 35, c.3 del d.lgs. n. 165/2001 e impone alle altre società comunque il rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità, sempre con riferimento al reclutamento del personale.

¹⁴ V. l'art. 1, commi 587-593 e 725-735 della l. 27 dicembre 2006, n. 296 e l'art. 3, commi 12-18 della l. 24 dicembre 2007, n. 244. La disciplina in materia è oggi di nuovo all'esame del Parlamento, con l'AS 1082 approvato il 4 marzo 2009 e l'AC 1441-bis, all'esame dell'assemblea, che contiene un apposito articolo 72 dedicato alle società pubbliche. Con specifico riferimento alle società di regioni ed enti locali v. l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223. Su quest'ultima norma v. D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, Cedam, 2008.

cogenza tendenzialmente esclusiva della disciplina codicistica¹⁵. Il consolidamento di questo orientamento legislativo emerge anche nelle disposizioni ora all'esame del Parlamento, che ribadiscono in via generale la non applicabilità delle norme in materia di società pubbliche alle società quotate e la riferiscono, più ampiamente, alle "partecipazioni in società emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati" (così il comma 32ter inserito all'art. 3 della l. n. 244/2007 con l'art. 72 dell'AC 1441bis).

La non applicabilità delle norme speciali è stata specificamente sancita anche con riferimento alla responsabilità amministrativa, ma con riferimento alle società quotate con partecipazione pubblica diretta o indiretta e loro controllate quando la partecipazione sia inferiore al 50%¹⁶, per le quali si ribadisce l'esclusiva applicazione della disciplina civilistica e, conseguentemente, della giurisdizione del giudice ordinario sulle relative controversie. La formulazione della norma è stata giudicata infelice, con opposte argomentazioni, da chi ha rilevato come l'esclusione sembra presumere una generale applicabilità della responsabilità amministrativa alle società pubbliche che l'ordinamento invece non prevede¹⁷ e da chi, per contro, ritiene che la possibile responsabilità erariale non vada connessa alla soglia di partecipazione, ma alla rilevanza della partecipazione stessa ed abbia, comunque, ambito di applicazione generale¹⁸.

Senza entrare qui nel merito delle numerose criticità che questa, come le norme precedentemente passate in rassegna, presenta, il sintetico esame sinora svolto consente comunque di concludere che la disciplina speciale dettata per le società pubbliche non ha assunto, almeno per ora, le caratteristiche di un sistema

¹⁵ V. l'art. art. 3, comma 16, della l. 244/2007 l'art. 18, comma 3 del d.l. n.112/2008. La non applicabilità alle società quotate di specifici divieti previsti per le società pubbliche è confermata anche dall'art. 23 bis, comma 9 del d.l. n. 112/2008, in materia di servizi pubblici di rilevanza economica.

¹⁶ V. art. 16bis del d.l. n. 248/2007, c.d. "milleproroghe".

¹⁷ M.A. Sandulli, *L'art. 16-bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità di amministratori e dipendenti delle società pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti?* in www.federalismi.it; G. Di Gaspare, *La giurisdizione della Corte dei conti nell'art. 16-bis della legge n. 31/08 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti di imprese con capitale pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità*, in www.amministrazioneincammino.it, 2008

¹⁸ P. Novelli, L. Venturini, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 729 ss.

concluso e a se stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale, se pur con ampio ambito di applicazione. Non a caso la disciplina generale viene riaffermata per le società quotate, per le quali la natura di soggetti sottoposti interamente al mercato funge da diaframma contro l'intrusione delle regole pubblicistiche. Anche per le altre società le norme impongono, in ogni caso, specifici obblighi e non un regime giuridico completo e autosufficiente e, per l'appunto, occorre una norma che imponga l'obbligo in deroga alla generale disciplina codicistica.

La natura derogatoria delle norme speciali comporta l'applicazione del rapporto regola/eccezione, in base al quale la portata dell'eccezione è sempre limitata e di stretta interpretazione e la *ratio* della norma di specie può comportare una differenza, ma non un contrasto o, addirittura, l'incompatibilità, con la norma di genere¹⁹.

I criteri utilizzati dalla giurisprudenza per determinare l'applicabilità della disciplina generale o della regola speciale hanno, però, frequentemente seguito strade diverse, anche e proprio con riferimento al regime della responsabilità, non solo della società nei confronti del socio, ma anche e soprattutto degli amministratori della società nei confronti della stessa società, in quanto società pubblica.

3. I criteri applicativi del regime giuridico generale e delle norme speciali

Il criterio più tradizionale, e ormai svalutato, è relativo all'elemento soggettivo e richiede(rebbe) che ad un soggetto privato si applichino le regole privatistiche e ad un soggetto pubblico le regole pubblicistiche.

La svalutazione del criterio ha origini lontane. La questione si era già aperta all'inizio del secolo scorso, relativamente all'Agip, ma, come aveva osservato M.S. Giannini, non era facilmente risolvibile perché, al contrario di

¹⁹ In termini generali sui rapporti fra disciplina generale e norme speciali v. N Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geodiritto*; Roma-Bari, Laterza, 2006; sullo specifico tema della specialità della responsabilità amministrativa, C. Ibba, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in Atti Varenna 2005.

quanto si tende a credere, pubblico e privato non hanno un valore normativo assoluto, ma sono solo concetti di teoresi²⁰.

A ciò si aggiunga che il disancoraggio delle regole dal soggetto è evenienza ricorrente e caratterizzante almeno dell'ultimo mezzo secolo: dall'affermazione del servizio pubblico in senso oggettivo alla neutralità della proprietà affermata con l'ordinamento europeo (art. 295 del Trattato), dall'applicazione di alcune regole del procedimento amministrativo a soggetti privati (art. 1, comma 1 ter della legge n. 241/1990) all'applicazione delle regole della concorrenza ai soggetti pubblici, per ricordare solo alcuni esempi fra i più significativi.

Il fuoco dell'analisi si è spostato, così, dalla natura del soggetto alla natura dell'attività, distinguendo, *in apicibus*, l'esercizio di funzione pubblica e l'esercizio di autonomia privata e declinando questa distinzione in molte e raffinate variazioni, soprattutto nella giurisprudenza della Cassazione relativa agli enti pubblici economici e nella giurisprudenza del giudice amministrativo relativa ai servizi pubblici.

Proprio in questa giurisprudenza si è affermata, da un certo momento in poi, una corrente che si potrebbe definire "sostanzialista", tesa a riconoscere la sostanza pubblicistica – per la presenza di un interesse, o di un fine, o di una destinazione dell'attività – e a trarne, quale conseguenza, l'ampliamento dell'ambito di applicazione di regole e principi pubblicistici anche in assenza di una espressa previsione di legge, come effetto di un processo ricostruttivo invece che interpretativo.

Questa tendenza diventa predominante, con riferimento allo specifico tema della responsabilità, con l'enucleazione di un terzo – e, per la verità, del tutto sommario – criterio di identificazione del regime giuridico applicabile, basato sulla natura delle risorse impiegate. In base a questo criterio, affiorato in qualche sentenza della Corte costituzionale²¹, sviluppato soprattutto in tempi recenti dalla

²⁰ Cfr. la ricostruzione della vicenda in S. Cassese, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *L'impresa pubblica*, Milano, Angeli, 1977, p. 95.

²¹ Corte costituzionale, sentenza n. 466/93, relativa però alla presenza di un magistrato della Corte dei conti del consiglio di amministrazione delle società derivanti da processi di privatizzazione di enti pubblici.

Corte dei conti e parzialmente utilizzato anche in alcune decisioni della Corte di Cassazione, ogniqualvolta le risorse utilizzate, a qualsiasi titolo da qualsivoglia soggetto, hanno origine e natura erariale, il loro uso deve essere giudicato secondo le regole proprie dell'amministrazione pubblica e rientra, quindi, nell'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa.

Si tratta di un passaggio che sposta, in un colpo solo e interamente, le società pubbliche in un regime amministrativo tipico degli apparati pubblici e che incide sul loro funzionamento assai più pervasivamente di quanto non abbia fatto sinora il legislatore con le norme speciali prima ricordate. Si tratta, peraltro, di un passaggio che presenta almeno due significative criticità: è privo di una base normativa espressa e sovrappone diversi tipi di responsabilità, ispirati a *ratio* diverse, sullo stesso soggetto.

4. Una responsabilità senza legge: l'estensione in via pretoria della responsabilità amministrativa e la diversa struttura della responsabilità societaria

Nata come "un castigo in denaro agli amministratori pubblici", secondo la nota definizione di Cavour, la responsabilità amministrativa si è sempre tradizionalmente applicata ai dipendenti pubblici, sulla base di un presupposto necessario: il rapporto di servizio che lega, appunto, il dipendente all'amministrazione pubblica. La violazione degli obblighi inerenti a quel rapporto comporta l'imputazione di una responsabilità contrattuale, accertata mediante un giudizio – ancora oggi disciplinato dalle norme del R.D. n. 1038/38 – rimesso al giudice contabile, nel quale l'amministrazione non si costituisce, ma è sostituita dal procuratore. La responsabilità amministrativa ha natura prevalentemente sanzionatoria e non compensativa, sussiste solo in presenza di colpa grave o di dolo, è commisurata alla gravità della colpa e non del danno e la sanzione può essere graduata mediante l'uso del potere riduttivo.

L'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa è stato via via esteso – sino a ricomprendervi, appunto, anche gli amministratori delle società a partecipazione pubblica – agendo lungo due direttrici: l'individuazione degli

elementi costitutivi del rapporto di servizio ben al di là del rapporto intercorrente fra dipendente e amministrazione e la possibilità di sanzionare sia il danno diretto, sia il danno indiretto.

Quest'ultima possibilità ha una base normativa nell'art. 1, comma 4, della legge n. 20/1994, che attribuisce rilevanza anche ai casi in cui il danno non sia subito dall'amministrazione di appartenenza del dipendente responsabile, ma da qualsiasi amministrazione pubblica. L'estensione è stata giustificata con la necessità di riconoscere l'unità "dell'esecutivo" (secondo la formula un po' vetusta spesso usata dalla giurisprudenza) e di un corrispondente interesse pubblico erariale unitario²².

Il giudizio di conto e la competenza in materia di finanza pubblica si trasfigurano, così, in una sorta di azione generale contro il (presunto) uso improprio del danaro pubblico²³. Poiché non sempre questa azione generale riesce ad individuare un concreto danno patrimoniale all'erario, si sono introdotte, sempre in via pretoria, nuove fattispecie di danno, quali il danno all'immagine e al prestigio dell'amministrazione pubblica, i danni immateriali, il danno alla comunità della quale l'amministrazione è ente esponenziale, il danno per la mancata realizzazione dei risultati programmati, che consentono di giungere all'imputazione della responsabilità e alla condanna anche in assenza di danno patrimoniale accertato.

Questo orientamento ha portato ad estendere l'ambito della responsabilità amministrativa ben oltre i tradizionali limiti del rapporto di servizio e ha prodotto

²² Contraddittoriamente, la natura unitaria dell'erario non vale, invece, a liberare dalla responsabilità nei casi in cui la condotta presuntivamente illecita abbia (ad es. in violazione di una norma o di una prescrizione) portato al pagamento di una sanzione amministrativa, che naturalmente affluisce all'erario: è evidente che in questo caso l'erario non subisce alcuna diminuzione patrimoniale e non sussistono, quindi, gli elementi necessari per la stessa identificazione del danno, secondo i tradizionali canoni civilistici.

²³ Si è affermato, ad esempio, che a seguito delle trasformazioni dell'amministrazione pubblica si sarebbe compiuto un passaggio "dalla responsabilità amministrativa dei soli amministratori e dipendenti pubblici per il danno patrimoniale da essi determinato alle finanze dell'amministrazione di appartenenza in relazione alla violazione di obblighi di servizio, alla "responsabilità finanziaria", intesa come una generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze, in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbiano maneggio o che utilizzino pubbliche risorse e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche" (Corte dei Conti, sez. giurisd. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114).

una sorta di contaminazione fra l'atipicità della responsabilità extracontrattuale e la natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa. L'atipicità dell'illecito civile è, però, indissolubilmente connessa alla natura compensatoria della responsabilità aquiliana, mentre, per parte sua, la natura sanzionatoria della responsabilità amministrativa richiede necessariamente una tipizzazione legislativa degli illeciti e delle sanzioni. In assenza di questa tipizzazione, il giudice contabile dispone di una sorta di spazio vuoto che può riempire variando a discrezione i confini e gli elementi del danno erariale, al quale consegue, però, una sanzione amministrativa personale che, come è stato osservato, "al pari della sanzione penale, è coperta da riserva di legge fin dai tempi di Beccaria e del Codice Leopoldino"²⁴.

Si ha così, per un verso, l'atipicità dell'illecito, alla quale consegue necessariamente l'indeterminatezza del (o, se si preferisce, l'impossibilità di predeterminare il) danno subito dalla pubblica amministrazione: soggetto quest'ultimo, anch'esso indeterminato, che viene "scovato" dal giudice sotto false spoglie e travestimenti vari. Si applicano, per altro verso, sanzioni pecuniarie personali - l'obbligazione che ne deriva non è, infatti, trasmissibile agli eredi se non nei limiti dell'indebito arricchimento - in assenza di una predeterminazione legislativa dei presupposti, creando così una sorta di responsabilità "in bianco" (come accade per alcune norme penali che, però, appunto, sempre norme sono).

Si è potuta così affermare la sussistenza di un rapporto con l'erario che scavalca qualsiasi struttura organizzativa o relazione giuridica, chiamando appunto a rispondere di danno erariale non solo la società pubblica nei confronti del socio, o il socio pubblico per la sua inerzia nei confronti di eventuali condotte dannose della società, ma direttamente gli amministratori delle società pubbliche, sovrapponendo così completamente il regime giuridico pubblicistico al regime giuridico societario.

Una eco di questo orientamento estensivo si trova anche nella recente giurisprudenza della Cassazione, con specifico riferimento alla natura dell'attività svolta e alla sussistenza degli obblighi di servizio. Il criterio dell'attività svolta era

²⁴ F. Merusi, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2008, p.

stato tradizionalmente utilizzato dalla Cassazione per definire la portata della responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici, a seconda che venissero in rilievo eventi dannosi connessi allo svolgimento di funzioni pubbliche o allo svolgimento di attività privata. La giurisprudenza più recente ha assunto, invece, quale elemento centrale la natura del patrimonio che subisce il danno. Se quel patrimonio è pubblico, il danno ad esso inferto consente di configurare una responsabilità amministrativa e deve, quindi, essere sottoposto alla giurisdizione contabile, E' dunque sufficiente, per aversi giurisdizione contabile e responsabilità amministrativa, che venga in essere un danno ad una amministrazione pubblica, ed è, dunque, *“l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso”*. (Cass., S.U. ord. n. 19667/2003, poi confermata con n. 3899/2004).

All'indifferenza rispetto alla natura dell'attività si aggiunge, nella stessa decisione, un ampliamento della qualifica di amministrazione pubblica, paradossalmente proprio ricorrendo di nuovo al criterio dell'attività e affermando che *“l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato”*.

Si estende, così, oltre ogni limite la possibile portata del danno all'amministrazione, giungendo ad includervi qualsiasi interferenza del privato con lo svolgimento dell'attività amministrativa, sino ad affermare come sia *“del tutto irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa od in un contratto privato”* e che *“ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del*

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

Questi orientamenti giurisprudenziali espansivi finiscono per produrre in capo agli amministratori di società pubbliche l'imputazione di una doppia responsabilità: quella amministrativa si aggiunge, infatti, e non sostituisce – né potrebbe - la responsabilità societaria²⁵. Le due responsabilità hanno, inoltre, *ratio* e caratteristiche completamente diverse²⁶, anche a prescindere dagli elementi di differenziazione formalizzati (quali i termini di prescrizione, la rilevanza della colpa, il potere riduttivo, ecc.).

A differenza della responsabilità amministrativa, già esaminata in precedenza, la responsabilità societaria è finalizzata a fornire tutela a coloro i cui interessi possono essere pregiudicati dalla gestione senza, però, disincentivare l'assunzione di rischi, in quanto l'attività d'impresa è per sua natura caratterizzata da rischi ed incertezze. Non v'è possibile complementarietà, di conseguenza, fra il parametro di giudizio basato sulla *business judgement rule*, che implica una valutazione di razionalità *ex ante* e quello basato sulla conformità della condotta alle norme pubblicistiche, che prescrivono azioni e comportamenti tipizzati, necessariamente da valutare *ex post*²⁷. Né è possibile trasformare gli indicatori di

²⁵ G. della Cananea, *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in *Rivista di diritto societario*, n. 4, 2007, pp. 49 ss.; D. Ielo, D. Iacovelli, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche*, in *Amministrare*, n. 1/2, 2008, pp. 67 ss.

²⁶ V. la convincente analisi di C. Ibba, *Azione ordinaria di responsabilità*, cit.; G. Romagnoli, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in V. Domenichelli (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2008, pp.151 ss. e l'ampio studio di M. Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008.

gestione e le regole di gestione manageriale in canoni di conformità, la cui violazione viene valutata come produttiva di danno di per sé.

L'interesse sociale e l'interesse pubblico non possono essere sovrapposti e confusi e devono essere, invece, tutelati ciascuno con i propri strumenti tipici, a meno di non ritenere che nessun interesse sociale possa mantenere autonoma sostanza rispetto all'interesse pubblico comunque "incorporato" nella partecipazione dello Stato.

Occorre ricordare, da ultimo, che la responsabilità amministrativa viene accertata mediante un processo regolato da una legge degli anni trenta, che ancora enuncia la superiorità dell'interesse pubblico e nel quale l'amministrazione non ha diritto di azione, ma è rappresentata dal pubblico ministero, la cui azione, come nel giudizio penale, è doverosa e si svolge su un piano diverso e non di parità rispetto alle parti (si pensi alle similarità fra l'invito a dedurre e la fase predibattimentale).

5. Distingue frequenter: *criteri ordinatori per la responsabilità delle società pubbliche*

All'espansione in via pretoria della responsabilità amministrativa dovrebbe porre argine e rimedio il legislatore, con un intervento meditato e non estemporaneo e contingente, che tenga conto del necessario rapporto tra disciplina generale e norme speciali e sia consapevole che le eventuali eccezioni devono trovare una specifica causa giustificativa.

Un indirizzo metodologico importante per procedere in questa direzione può trovarsi in una definizione aggiornata e moderna del criterio dell'attività svolta, facendo tesoro dell'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in due recenti sentenze (n.326/2008 e n. 148/2009).

Chiamata a pronunciarsi in merito alle legittimità di norme speciali in materia di società pubbliche – prima l'art. 13 del c.d. decreto Bersani e poi le

²⁷ Proprio in ragione della connessione fra responsabilità amministrativa e tipizzazione dell'azione amministrativa opera il limite della insindacabilità delle scelte discrezionali da parte del giudice contabile e si dovrebbe, di conseguenza, almeno escludere dal giudizio di responsabilità le scelte basate sull'ordinario rischio d'impresa.

disposizioni sopra richiamate della l. n. 244/2007 – la Corte ha ritenuto legittimi i vincoli e i limiti posti dandone una lettura costituzionalmente orientata alla luce della distinzione fra “attività amministrativa in forma privatistica” e “attività d’impresa di enti pubblici”. Come si legge nella sentenza n. 326/08, ambedue le attività possono essere svolte attraverso società di capitale, *“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 di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”*. In tanto i vincoli e i limiti posti con le norme speciali sono legittimi, in quanto essi *“mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d’impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione*. Si tratta, quindi, di norme volte non a dettare un regime speciale per le società pubbliche, ma ad assicurare che l’attività di queste società non interferisca con la tutela della concorrenza e, quindi *“ad 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 interesse generale”* (sentenza n. 148/2009).

La distinzione fra attività amministrativa svolta in forma privatistica e attività d’impresa di enti pubblici consente di guarda alla sostanza della società, non però attraverso la lente deformante dell’interesse pubblico che tutto in sé ingloba, ma riferendosi alla natura dell’attività – imprenditoriale o amministrativa – e alla sua collocazione rispetto all’amministrazione. Si può individuare, così, il carattere della strumentalità come tipico di quelle che il rapporto Assonime definisce “semi-amministrazioni” e il carattere di mercato (o di servizio alla comunità e non all’ente pubblico) come tipico dell’autonomia funzionale e strutturale rispetto all’ente pubblico.

Si tratta di un criterio certamente più soddisfacente di quello, prima esaminato, della soglia di partecipazione pubblica, e che potrebbe essere ulteriormente articolato, ad esempio distinguendo, per alcune imprese pubbliche,

fra le attività coperte con i ricavi dell'attività d'impresa e le attività che già ora devono avere separata rappresentazione perché coperte mediante un contratto di servizio pubblico.

Si potrebbe così tornare ad una distinzione (e mutua esclusione) della responsabilità amministrativa e della responsabilità civile e societaria, in ragione della natura dell'attività svolta, restituendo le imprese pubbliche al regime generale, che è allo stesso tempo necessario e sufficiente per il loro funzionamento, al pari delle imprese private e riordinando invece le regole speciali che devono valere per i casi in cui l'attività amministrativa (in senso proprio) viene svolta in forma privatistica, mediante una società.

6. Last, but not least, la contabilità (e il suo controllo) presi sul serio: il principio del bilancio consolidato e l'esempio francese

Il tentativo di dilatare la materia della contabilità sul versante della giurisdizione porta, come si è visto, a forzature ed esiti poco convincenti. Non mancano, però, anche tentativi di introdurre e sperimentare tecniche di controllo che, rinunciando alla pangiurisdizionalizzazione, cercano di costruire sistemi informativi e di verifica che tengano conto degli sviluppi e della varietà fenomenica delle società in partecipazione pubblica.

Sul piano normativo, la legge delega sul federalismo fiscale ha previsto l'introduzione del bilancio consolidato. Sul piano amministrativo, l'Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali (presso il Ministero dell'interno) ha approvato un nuovo gruppo di principi contabili, fra i quali appunto il principio del bilancio consolidato. In base a questo principio, il bilancio consolidato deve essere in grado sia di dare una piena e corretta rappresentazione della situazione patrimoniale e degli andamenti economici e finanziari di tutti i soggetti facenti capo all'ente locale (che appare, per usare la terminologia privatistica, come "gruppo"), sia di fornire informazioni analitiche sui risultati dei principali interventi posti in essere dallo stesso ente. Nell'area di consolidamento rientrano non solo i soggetti partecipati, come le società di capitali, ma anche i soggetti

collegati, come le fondazioni, previa indicazione negli atti di programmazione e si utilizzano i principi contabili civilistici, al fine di redigere un bilancio consolidato di competenza economica, con consolidamento integrale o parziale a seconda del grado di controllo esercitato sulle aziende.

La valutazione potrà così basarsi su dati certi e omogenei e sarà svolta secondo i criteri propri dell'attività economica.

Nella stessa direzione vanno gli sviluppi recenti nell'ordinamento francese, nel quale la Corte dei conti ha affinato la propria attività di analisi e di referto sulle imprese pubbliche, anche in seguito alla costituzione dell'Agenzia delle partecipazioni statali nel 2004, indirizzando la propria attività al fine "de donner acte des succès et d'analyser les échecs pur comprendre et aider ultérieurement à trouver des solutions" e individuando la virtù principale del controllo a posteriori nella capacità di assicurare la trasparenza, informando il Parlamento e l'opinione pubblica²⁸. La contabilità non si riduce, così, al giudizio di conto, ma diventa momento di verifica e di dibattito rispetto ai compiti e al funzionamento del moderno Stato azionista.

²⁸ C. Bazy-Malaurie, *Le controle a posteriori est-il adapté aux ambitions de la rénovation institutionnelle?*, in *Revue française d'administration publique*, 124, pp. 633 ss. (numero speciale dedicato a *L'Etat actionnaire*).