

**RIVISITAZIONE, ALLA LUCE DELLA RECENTISSIMA SENTENZA N. 809/2012 DELLA SEZIONE I D'APPELLO DELLA CORTE DEI CONTI, DELLA PROBLEMATICHE: A) SULLA GIURISDIZIONE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ, NEI CONFRONTI DELLA P.A., DEGLI AMMINISTRATORI E DIPENDENTI DELLE SOCIETÀ CON PARTECIPAZIONE PUBBLICA; B) SUL DANNO ALL'IMMAGINE DELLA P.A.; C) SUL C.D. DANNO ALLA CONCORRENZA.**

1) Problematica sulla giurisdizione in tema di responsabilità, nei confronti della p.a., degli amministratori e dipendenti delle società con partecipazione pubblica maggioritaria o totalitaria.

La materia è stata trattata nell'articolo dello scrivente del 16 ottobre 2012, nel quale si è fatto presente che, sull'argomento, la Cassazione ha più volte mutato avviso. In particolare, con ordinanza n. 19667/2003, ha stabilito che "il processo di privatizzazione dell'amm.ne pubblica non ha comportato riduzioni della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei conti"; con ordinanza n. 10973/2005 ha ribadito tale orientamento, precisando che "il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo e quindi nella natura delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, ed è, pertanto, l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso" e, infine, con sentenza n. 24002/2007 la Cassazione ha statuito che l'attività svolta da una società di capitali in virtù di concessione amministrativa avente ad oggetto interventi nel settore della pubblica igiene è qualificabile come esercizio di una funzione amministrativa e determina l'inserimento della società nell'apparato organizzativo della p.a. dando luogo ad un vero e proprio rapporto di servizio, pienamente idoneo a giustificare l'esercizio della giurisdizione contabile. Peraltro, con sentenza n. 26806/2009, la Cassazione ha affermato l'esatto contrario, sulla base di un percorso motivazionale del tutto inaccettabile.

In tale sentenza, si sostiene che:

a) La materia della responsabilità amministrativa si colloca al di fuori delle "materie di contabilità pubblica", di cui all'art. 103 II comma, della Costituzione.

Al contrario, risulta del tutto pacifica tale inclusione. "L'attribuzione alla Corte dei conti, ad opera dell'art. 103 Cost., della giurisdizione in materia di contabilità pubblica, è intesa come comprensiva sia dei giudizi di conto che di quelli sulla responsabilità amministrativo patrimoniale dei pubblici dipendenti ed amministratori": Corte costituzionale sentenze n. 24/1993 e 385/1996.

b) La giurisdizione della Corte può esplicarsi anche in caso di responsabilità aquiliana.

Invece, la responsabilità amministrativa è di tipo contrattuale, (tenendo anche presente il concetto di finanza pubblica allargata per quanto riguarda il danno ad amm.ne diversa da quella di appartenenza) e non extracontrattuale, richiedendosi sempre un preesistente rapporto di impiego o di servizio, quest'ultimo in senso stretto o in senso lato.

c) Nulla consente di riferire agli amministratori della società il rapporto di servizio della società stessa con la p.a..

Al contrario, il rapporto di servizio fra la società e la p.a. si estende agli amministratori, organicamente inseriti nella struttura dell'ente societario, come risulta dalla stessa giurisprudenza della Cassazione (sentenza n. 5019/2010; n. 295/2013).

d)E' necessario un "coordinamento sistematico tra l'azione di responsabilità dinanzi al giudice contabile e l'esercizio delle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali".

Non si tiene conto che "la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione, ma di proponibilità della domanda" (Cass. n. 6581/2006).

e)"L'azione del procuratore contabile ha finalità essenzialmente sanzionatoria, le altre hanno scopo ripristinatorio".

L'assunto è errato in quanto, a parte casi eccezionali, espressamente previsti dalla legge, l'azione della Procura presso la Corte dei conti ha sempre natura risarcitoria (Sez. riunite Corte dei conti, sent. n. 7/2000).

f)L'art. 16 bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31 è caratterizzato da un "ristretto campo d'applicazione della disposizione".

Invece, secondo i comuni canoni dell'interpretazione "a contrario", se "per le società con azioni quotate con partecipazione pubblica, inferiore al 50 per cento, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile", può senz'altro dedursi che, in tutti gli altri casi, tale responsabilità non è "regolata dalle norme del diritto civile" bensì dalle norme pubblicistiche sulla responsabilità amministrativa, ovviamente quando ne ricorrano i presupposti e non si tratti di tutelare interessi meramente privati. Ciò in quanto si rientra nell'ipotesi di carattere generale prevista dall'art. 103, comma 2, della Costituzione, secondo cui "la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica", risultando anche sussistente la "*interpositio legislatoris*" attuata attraverso la citata norma. D'altra parte la stessa Cassazione, nella sentenza in esame, ammette esplicitamente che "il legislatore ha in tal modo presupposto la giurisdizione del giudice contabile", salvo poi negarne la sussistenza, equivocando sulla latitudine della norma, con erronea attribuzione di un "ristretto campo d'applicazione".

g) L'esclusione della giurisdizione del giudice contabile neppure provoca il rischio di una lacuna nella tutela dell'interesse pubblico in quanto il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle azioni civili.

Al contrario, tale lacuna sussiste, ed in modo accentuato, sia perché è ben diversa l'efficacia dell'azione obbligatoria del pubblico ministero rispetto ad una ipotetica (ed improbabile) azione civile, tanto da potersi prospettare "un sostanziale esonero da responsabilità", (ord. Cass. n. 19667/2003), sia perché difetta la possibilità, da parte del p.m. contabile, di esperire un'azione tempestiva nei confronti dei soggetti che non si attivino per la tutela degli "interessi sociali", dovendosi attendere il decorso del termine prescrizione entro cui tale soggetto potrebbe in ipotesi esperire l'azione giudiziaria.

h)Il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato, la società, riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto.

L'affermazione risulta incomprensibile, soprattutto nella non infrequente ipotesi di partecipazione totale pubblica, dovendosi altrimenti sostenere il carattere privatistico del patrimonio pubblico, utilizzato dall'ente pubblico nella costituzione della società per il conseguimento di finalità pubbliche.

La citata sentenza n. 26806/2009 è stata pedissequamente seguita in altre sentenze della Cassazione: n. 14655/2011, 14957/2011, 20941/2011, 3692/2012, ma numerose sentenze e ordinanze, sia precedenti, come si è visto, alla sentenza n. 26806/2009, sia coeve, sia successive sono di segno contrario: n. 295/2013,

20940/2011, 10063/2011, 13330/2010, 5019/2010, 27092/2009, 25495/2009, 24672/2009, 15599/2009.

Va adesso esaminata la giurisprudenza della Corte dei conti in materia.

La Sezione Lazio, con sentenze n. 493/2012 e n. 603/2012, ha affermato la giurisdizione della Corte, mentre la Sezione Lombardia, con sentenza n. 194/2012, ha dichiarato il difetto di giurisdizione. In sede d'appello, la Sez. I giurisdizionale della Corte dei conti, con sentenza n. 406/2011, pur non ignorando la sentenza della Cassazione n. 26806/2009, ha ritenuto che "non sussiste dubbio alcuno nel ritenere positivamente accertata la giurisdizione della Corte dei conti", mentre la Sez. III, con sentenza n. 573/2012, conformemente alle conclusioni scritte della Procura generale, peraltro non condivise dal p.m. d'udienza della stessa Procura generale, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

Nella sentenza n. 809/2012 in esame della Sezione I d'appello, è stato fatto un *excursus* della giurisprudenza della Cassazione con il richiamo, in particolare, dei principi ribaditi più volte dalle SS.UU, secondo cui "non è decisiva, ai fini del radicamento della giurisdizione contabile di responsabilità amministrativa, la verifica degli strumenti giuridici (di diritto privato o pubblico) prescelti per una data attività, o la natura (pubblica o privata) del soggetto agente, ma l'oggettivo perseguimento dei pubblici interessi e la qualificazione pubblica delle risorse gestite" e precisandosi che anche il legislatore è intervenuto nella materia, con l'art. 16-*bis* del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, inserito dalla legge di conversione 28 febbraio 2008 n. 31, interpretato "quale conferma indiretta, da parte del legislatore, della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti delle società partecipate diverse da quelle per le quali è stata fatta espressa riserva di giurisdizione per il giudice ordinario".

E' stata quindi richiamata la diversa posizione, "pur con non poche incertezze" in tema di riparto della giurisdizione e di sussistenza del rapporto di servizio con l'ente pubblico, introdotta con la sentenza della Cassazione n. 26806/2009.

La Sezione ha sostenuto che, qualora si tratti di una società costituita per lo svolgimento di servizi pubblici, o configurata quale *longa manus* dell'ente stesso, con un rapporto di compenetrazione organica tra la società e l'ente pubblico, si è in presenza di un modello organizzatorio della stessa p.a., sia pure per certi versi atipico, con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società dovrà qualificarsi come erariale e la giurisdizione appartenere al giudice contabile. Diversamente opinando, sarebbe allora sufficiente a qualsiasi amministrazione creare altrettante s.p.a., con partecipazione pubblica maggioritaria o anche totalitaria, cui far gestire servizi pubblici con risorse anch'esse completamente pubbliche per eludere la giurisdizione di responsabilità erariale, ciò che è assolutamente inaccettabile, soprattutto nell'attuale assetto normativo, informato prevalentemente da principi dell'ordinamento europeo, il quale non accetta distinzioni basate sulla natura del soggetto agente.

Sono vigenti in materia i principi stabiliti dalla direttiva 2004/18/CE che, all'art. 1 comma 9, chiarisce che va considerato di diritto pubblico qualsiasi organismo: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Le regole suddette sono anche trasfuse nell'art. 3, comma 26, del codice dei contratti pubblici, (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e sono richiamate dalla

giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia, sentenza 10 novembre 1998, C-360/1996).

Secondo la Sezione, non appare soddisfacente, nell'ottica di un'adeguata tutela del pubblico erario, la soluzione, carente di effetti concreti, prospettata dalla Cassazione nella sentenza n. 2686/2009: l'esercizio dell'azione di responsabilità sociale da parte dei rappresentanti del socio pubblico, nei confronti degli amministratori della società partecipata, soffrirebbe della mancanza dei poteri istruttori propri della Procura contabile, rendendo assai più difficoltosa l'azione di recupero, non obbligatoria e necessaria come l'azione contabile ed oltre tutto rimessa alla libera iniziativa di soggetti in oggettiva posizione di "contiguità" con i danneggiati.

Inoltre, un'interpretazione che assegnasse al giudice ordinario la giurisdizione sui danni a società partecipate, deputate allo svolgimento di servizi pubblici, potrebbe determinare la violazione di principi costituzionali (artt. 117 e 119 Cost.) e degli stessi principi del diritto comunitario, (art. 126 del trattato dell'Unione europea, protocollo n. 12 sui disavanzi pubblici eccessivi, regolamenti del Consiglio del 17 giugno 1997, n. 1446 e 1447, risoluzione del Consiglio 17 giugno 1997, n. 97/C patto di stabilità e crescita comunitario, regolamento del Consiglio europeo del 25 giugno 1996, n. 2223/96 sul conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni) il quale valorizza l'interesse dei cittadini e delle imprese contribuenti ad una gestione delle risorse pubbliche trasparente, efficiente ed economica (Corte di giustizia, sentenze 30 settembre 2003, C-224/01 e 13 giugno 2006, C-173/03).

Tutto questo complesso normativo postula un controllo magistratuale, o comunque indipendente e neutrale, su tutte le gestioni pubbliche, onde verificare, con trasparenza e tracciabilità, l'esistenza di gestioni inefficienti e diseconomiche di risorse pubbliche.

La Sezione ha quindi concluso nel senso che "la giurisdizione di responsabilità attribuita dalla Carta fondamentale alla Corte dei conti è strumentale al soddisfacimento di rilevantissimi e preminenti interessi pubblici, a vantaggio dell'intera collettività dei cittadini e delle imprese contribuenti, sicché un'interpretazione restrittiva delle disposizioni che ne definiscono l'ambito, appare non solo non giustificabile (come già affermato dalla suprema Corte nell'ordinanza n. 30786/2011.), ma anche lesiva di basilari principi di rango costituzionale ed europeo: escludere da tale contesto una quota ingentissima di risorse pubbliche, quelle gestite da soggetti formalmente privati (e per questa sola ragione), rappresenta un *vulnus* altrettanto grave e inconcepibile ai principi di integrità e trasparenza della finanza pubblica allargata, innanzi richiamati".

Non occorre aggiungere altro a supporto della tesi sostenuta dalla Sezione d'appello con una motivazione puntuale ed ineccepibile.

Va solo stigmatizzato, in generale, il notevole abuso spesso perpetrato nella costituzione di società partecipate dalla p.a., con enorme spendita di denaro pubblico, sovente finalizzato, dietro lo "specchietto delle allodole" di una maggiore efficienza, a distribuire poltrone su base clientelare, a gonfiare indebitamente i compensi, ad assumere nuovo personale senza alcuna garanzia nel reclutamento, a distribuire consulenze superflue, ad aggirare i limiti imposti per le gare di evidenza pubblica a tutela della concorrenza, ad operare in genere al di fuori dei fondamentali canoni di trasparenza e buona amministrazione, garantiti da seri controlli. L'assurda mescolanza delle norme, di natura pubblicistica e privatistica, fondate su principi quanto mai diversi, è stata non di rado utilizzata come "grimaldello" per la consumazione di gravi abusi, effettuati da soggetti prescelti dai pubblici amministratori per le cariche di amministratori, controllori e dipendenti

delle s.p.a. partecipate. Sembra quindi peccare di una certa ingenuità la pretesa che soggetti appartenenti alla stessa "cordata" si attivino in sede giudiziaria civile, gli uni contro gli altri, per il risarcimento di danni erariali spesso di rilevante ammontare, per cui risulta assolutamente indispensabile, per una efficace tutela del pubblico erario, che venga mantenuta integra la competenza del pubblico ministero contabile, caratterizzata dai fondamentali canoni, di rilievo costituzionale, dell'indipendenza e della autonomia, come già rilevato nell'articolo dello scrivente del 16 ottobre 2012.

## 2) Problematica sul danno all'immagine della pubblica amministrazione.

Con sentenza n. 355/2010 la Corte costituzionale ha dichiarato in parte inammissibili, in parte infondate le questioni, sollevate nelle dieci ordinanze formulate da numerose Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 30 ter, periodo secondo, terzo e quarto del d.l n. 78/2009, convertito, con modificazioni, in legge n. 102/2009, modificato dal d.l n. 103/2009 convertito, con modificazioni, in legge n. 141/2009, riguardanti il danno all'immagine della pubblica amministrazione.

Nell'articolo dello scrivente, in data 20 gennaio 2011, si è ritenuta l'interpretazione della Consulta assolutamente non condivisibile, sotto molteplici profili:

a) La Corte costituzionale afferma che l'art. 7 della legge n. 97/2001 faccia riferimento soltanto alle "sentenze irrevocabili di condanna".

Tale disposizione, invece, richiama espressamente, nell'ultima parte, (e con notevole risalto, in quanto, in ogni caso "resta salvo") "quanto disposto dall'art. 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271". Di conseguenza, la Corte non spiega minimamente perché mai detta norma, di cui non fa proprio menzione, non sia applicabile "ai fini della delimitazione dell'ambito applicativo dell'azione risarcitoria".

b) La Corte costituzionale ritiene non fondata la questione sulla violazione dell'art. 77 della Costituzione, per mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza, in difetto di "manifesta irragionevolezza o arbitrarietà", potendosi ritenere che rientri fra i provvedimenti anticrisi l'impunità da ogni sanzione o risarcimento pecuniari per il danno all'immagine garantita agli autori di fatti anche gravissimi.

Appare arduo fare commenti su affermazioni di difficile, se non impossibile, comprensione.

c) Secondo la Consulta, "la circostanza che il legislatore abbia inteso individuare esclusivamente quei reati che contemplano la p.a. quale soggetto passivo concorre a rendere non manifestamente irragionevole la scelta legislativa in esame".

Sul punto, possono essere avanzate notevolissime riserve, per un duplice ordine di motivi: 1) non è esatto affermare che la pubblica amministrazione sia da considerare soggetto passivo nei soli casi previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale (altri casi, fra i tanti, quelli previsti dagli artt. 3 legge n. 1383/1941, 78 legge n. 121/1981, 44 d.P.R. n. 380/2001 ecc.); 2) alla luce del comune modo di sentire, balza evidente in tutta la sua irragionevolezza la limitazione contenuta nella disposizione normativa che stabilisce la mancata lesione dell'immagine in ipotesi da tutti ritenute ben più gravi, anche in relazione alla sanzione prevista in sede penale, di quelle contenute nella indicata categoria di reati contemplati nel capo I del titolo II del libro II del codice penale (fra i quali vanno ricordate fattispecie di irrilevante allarme sociale come la "violazione colposa di doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a sequestro: art. 335 c.p.). Basta citare il caso dell'omicidio o delle lesioni gravissime imputabili a dolo a carico di

medici di strutture ospedaliere pubbliche nei confronti dei ricoverati. In particolare, la Sezione Lombardia nella sentenza n. 641/2009, ha statuito sulla nota vicenda relativa alla c.d. "clinica degli orrori".

d)E' stata sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 2 della Costituzione in quanto tale norma, in relazione all'art. 2059 del codice civile, imporrebbe una tutela piena, e non limitata, come nel caso in esame, dei diritti della personalità, tra i quali deve essere ricompreso quello all'immagine della p.a. Sul punto la Consulta, dopo aver richiamato l'art. 97 della Costituzione, ha concluso nel senso che "tale riconoscimento (di diritti propri degli enti pubblici) deve necessariamente tenere conto della peculiarità del soggetto tutelato e della conseguente diversità dell'oggetto di tutela, rappresentato dall'esigenza di assicurare il prestigio, la credibilità e il corretto funzionamento degli uffici della pubblica amministrazione. In questa prospettiva non è manifestamente irragionevole ipotizzare differenziazioni di tutele che si possono attuare a livello legislativo, anche mediante forme di protezione dell'immagine della p.a. a fronte di condotte dei dipendenti, specificatamente tipizzate, meno pregnanti rispetto a quelle assicurate alla persona fisica".

Non è agevole comprendere la sequenza logica del ragionamento che parte da premesse che dovrebbero portare a conclusioni diametralmente opposte. Infatti appare manifestamente irragionevole ammettere una tutela limitata dei diritti della personalità delle pubbliche amministrazioni, ben più rilevante rispetto a quella prevista per le persone fisiche, proprio alla luce delle imprescindibili esigenze di salvaguardia del "prestigio, credibilità e corretto funzionamento degli uffici".

Nell'articolo dello scrivente del 23 febbraio 2011 è stata richiamata la sentenza n. 109/2011, pubblicata il 17 febbraio 2011, con la quale la Sezione giurisdizionale della Lombardia ha ritenuto di dover confermare il proprio orientamento (*ex multis* v. sent. n. 641/2009 e n. 132/2010; ord. n. 77/2010) secondo cui la sussistenza di una sentenza irrevocabile di condanna per uno dei reati contemplati nel capo I del titolo II del libro II del codice penale "non è condizione necessaria per l'azione erariale, come si ricava dalla distinta previsione di esercizio autonomo dell'azione contabile, di cui all'art. 129 delle disposizioni di attuazione del codice di rito, per un reato che abbia cagionato un danno per l'erario, norma espressamente fatta salva dall'art. 7 della legge n. 97/2001".

In tale sentenza è stato anche precisato che l'interpretazione della Corte costituzionale "non è vincolante per il giudice, atteso che la sentenza *de qua* ha concluso per l'inammissibilità o l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate (in senso conforme, Corte di cassazione, n. 5747/2007), sicché rimane possibile discostarsene, dando alla normativa altra interpretazione che, seppur diversa da quella della Corte costituzionale, sia da ritenere conforme a Costituzione (Corte di cassazione, n. 166/2004)".

Nell'articolo è stata approfondita la problematica relativa ai vincoli per i giudici delle diverse giurisdizioni derivanti dall'interpretazione data dalla Corte costituzionale nelle sentenze che non statuiscono l'illegittimità costituzionale delle norme esaminate, attraverso l'esame della giurisprudenza in materia.

Orbene, la Cassazione con sentenze n. 7950/1995, 22601/2004, 23016/2004, 574/2007, il Consiglio di Stato con sentenza n. 1292/1996, il T.A.R. del Lazio con sentenza n. 1221/1983, il T.A.R. Friuli con sentenza n. 5/1991 e il T.A.R. Calabria con sentenza n. 552/1990 hanno tutti concordemente statuito che l'interpretazione di una norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità, che offre la Corte costituzionale in una sentenza di non fondatezza, non costituisce un vincolo per il giudice successivamente chiamato ad applicare quella norma.

Nella sentenza n. 809/2012 in esame della Sezione I d'appello, in conformità alla citata giurisprudenza, è stato ribadito che "la sentenza della Corte costituzionale n. 355 del 2010 è una sentenza di rigetto e dunque - a differenza di quelle dichiarative di illegittimità costituzionale, che hanno efficacia *erga omnes* - determina un vincolo (nemmeno assoluto) solo per il giudice del procedimento nel quale la relativa questione è stata sollevata; negli altri procedimenti, invece, il giudice conserva il potere-dovere di interpretare, in piena autonomia, la norma denunciata (anche in difformità dall'interpretazione fatta propria dalla Corte costituzionale), sempre che il risultato ermeneutico sia adeguato ai principi costituzionali".

Di conseguenza, "la Corte dei conti ben può pronunciare condanna al risarcimento di un danno all'immagine, pur dopo la novella legislativa di cui al ripetuto art. 17, comma 30-ter, anche se il danno deriva non da un reato contro la pubblica amministrazione ma da un altro tipo di reato. La norma in esame, infatti, non indica direttamente i casi in cui può essere esercitata l'azione contabile per danno all'immagine, ma rinvia ai "casi" e "modi" previsti dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97; tale riferimento implica, da un lato, la comunicazione al p.m. contabile della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I, titolo II del libro II del codice penale (i "casi" indicati dalla norma) e, dall'altro, l'obbligo per il p.m. penale di comunicare al p.m. contabile, ex art. 129 delle norme di attuazione del c.p.p., l'esercizio dell'azione penale per i reati, di qualsiasi natura, che abbiano cagionato un danno per l'erario (i "modi" indicati dal medesimo legislatore): cfr., *ex plurimis*, Corte dei conti, Sezione III app., 13.4.2012, n. 286; Sezione giurisdizionale Toscana, n. 90/2011, cit.; Sezione giurisdizionale Lombardia, nn. 640 e 641/2009; nn. 16, 50, 130, 131, 132, 318 e 813/2010; Sezione giurisdizionale Lazio, n. 462/2009. Quella appena recata costituisce interpretazione consentita e (sopra tutto) costituzionalmente orientata della norma in questione, posto che una limitazione del numero o della tipologia di reati suscettibili in astratto di causare danno all'immagine alla p.a. non sarebbe, secondo questo giudicante, né ragionevole né corretta".

Nel condividere pienamente la statuizione della Sezione d'appello, si richiama la riflessione conclusiva contenuta nell'articolo dello scrivente del 6 luglio 2012:

"Il problema della "perdita di prestigio e di detrimento dell'immagine", sia in ambito interno che internazionale, è un problema reale, concreto e fonte di gravissimi pregiudizi di carattere morale e materiale. Di fronte al fenomeno di amministrazioni screditate per episodi dilaganti di malcostume nella p.a. e di intrecci malvitosi, l'immagine gravemente appannata pregiudica la possibilità di nuove iniziative economiche specie da parte di investitori esteri, con ricadute devastanti sul tessuto economico, tanto più gravi, in un momento di accentuata crisi economica. In tale situazione, è impensabile indebolire la necessaria reazione dell'ordinamento nei confronti di coloro che si rendano colpevoli di danno all'immagine della pubblica amministrazione in conseguenza di fatti delittuosi e addirittura privo di qualsiasi logica elementare l'assunto che, così operando, si migliorerebbe l'azione amministrativa in termini di efficienza ed efficacia".

### 3) Problematica sul c.d. danno alla concorrenza.

Occorre sottolineare l'impropria terminologia, ormai comunemente adottata, per individuare la particolare tipologia del danno in questione. Il danno di cui trattasi, infatti, non è "alla concorrenza", riferendosi questo, più correttamente, alle imprese illegittimamente escluse dall'aggiudicazione della gara, i cui interessi sono tutelabili dinanzi al giudice amministrativo, bensì è danno all'erario conseguente alla violazione delle norme imperative, comunitarie ed interne, a tutela della

concorrenza, con conseguente nullità del contratto ed illiceità di qualsiasi pagamento eccedente l'arricchimento senza causa.

Nell'articolo dello scrivente in data 13 giugno 2011 sono stati illustrati i contrasti giurisprudenziali della Corte dei conti sul c.d. "danno alla concorrenza".

Si è premesso che la Cassazione, con sentenza n. 11031/2008, ha statuito che "nel contratto di appalto pubblico l'omissione della gara prescritta dalla legge per l'individuazione del contraente privato - omissione cui deve equipararsi l'espletamento meramente apparente delle formalità previste dalla legge - comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative, da individuarsi nel complesso della disciplina, nella specie individuata dalla l. n. 584 del 1977, l. n. 741 del 1981 e l. n. 14 del 1973" e, con sentenza n. 3672/2010 ha "ribadito che l'elusione delle garanzie di sistema a presidio dell'interesse pubblico prescritte dalla legge per l'individuazione del contraente privato più affidabile e più tecnicamente organizzato per l'espletamento dei lavori, comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili (L. n. 14 del 1973, L. n. 584 del 1977, L. n. 741 del 1981, L. n. 687 del 1984). Se poi la violazione di dette norme è stata altresì preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e la cui condotta è assolutamente vietata alle parti e penalmente sanzionata nell'interesse pubblico generale - che nel reato di corruzione è il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione - la nullità per contrasto con norme imperative sussiste anche sotto tale ulteriore profilo, e deve esser dichiarata onde impedire che dalla commissione del reato derivino ulteriori conseguenze. Pertanto non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto la causa può decidersi nel merito, dichiarandosi nullo il contratto di appalto in esame e conseguentemente non dovuti, dagli enti, i compensi".

La Sezione Lombardia della Corte dei conti, con sentenza n. 598/2009, in conformità ai principi affermati dalla Cassazione ed in linea con la giurisprudenza consolidata della stessa Sezione, ha individuato una fattispecie di danno erariale nella violazione delle regole di evidenza pubblica in sede di aggiudicazione e di rinnovo di un contratto di appalto, per "violazione dei canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), eretti a fondamento della legge sul procedimento amministrativo (art. 1, l. n. 241/1990, testo novellato), di cui l'osservanza delle regole della concorrenza costituisce un elemento di primaria importanza". Riguardo alla quantificazione del danno, ha richiamato il criterio "determinato dalla giurisprudenza amministrativa in una percentuale del valore dell'appalto, 10 % o 5 % a seconda che si tratti di appalto di lavori o di forniture di beni e servizi. Trattasi del criterio liquidatorio dell'utile di impresa, che viene mutuato dalle cause di risarcimento per equivalente. Esso muove dal presupposto della spettanza, al privato contraente a causa dei vizi della procedura ad evidenza pubblica, del solo arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale. In applicazione di tale criterio, il danno (alla concorrenza), nel giudizio di responsabilità, viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, sicché l'utile di impresa rappresenta la misurazione di tale eccedenza".

Sulla stessa linea della Sezione Lombardia si sono determinate la Sezione Piemonte, con sentenze n. 221/2009, 96/2010, 11/2011, 35/2011, 44/2011 e la Sezione Abruzzo, con sentenza n. 23/2011, mentre sono andate di diverso avviso la Sezione Umbria, con sentenza n. 122/2009, e la Sezione Puglia, con sentenze n. 885/2006 e n. 768/2007, secondo cui l'illegittimo affidamento di appalti o forniture a trattativa privata in violazione delle norme sui procedimenti ad evidenza pubblica non comporta di per sé l'insorgenza di un danno patrimoniale non essendovi certezza che l'amministrazione in caso di svolgimento di una regolare procedura di



gara avrebbe spuntato un prezzo più basso”.

La Sez. II giur. le centrale, con sentenza n. 198/2011, sull'appello avverso la citata sentenza della Sezione Lombardia n. 598/2009, nel prosciogliere i convenuti, ha stabilito che occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spendita di denaro pubblico.

Nella sentenza n. 809/2012 in esame della Sezione I d'appello è stato posto in evidenza che le sentenze della Corte che hanno sanzionato il c.d. danno alla concorrenza, tendono a rafforzare l'obbligo del rispetto dei principi generali, in particolare quelli di derivazione europea, in particolare, l'art. 81 - già art. 85 - del Trattato UE, il quale vieta gli accordi e le pratiche concordate che abbiano “per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”; norma sempre interpretata in maniera particolarmente severa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (v. sentenze del 30 giugno 1966; dell'8 novembre 1983; del 21 febbraio 1984; del 27 gennaio 1987). In caso di violazione delle su dette regole, i relativi contratti, frutto di accordi corruttivi tra i rappresentanti della parte pubblica e le imprese affidatarie dei lavori, devono ritenersi nulli (*ex multis*, v. Cassazione civile, 5.5.2008, n. 11031 e 16.2.2010, n. 3672, citate anche dal primo giudice), con la conseguenza che la corresponsione del prezzo da parte dell'ente costituisce indebito pagamento, fatta tuttavia salva la necessità di tenere conto dell'utilità comunque conseguita dall'amministrazione, ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis* della legge 14.1.1994, n. 20. In questi casi, il danno da risarcire alla pubblica amministrazione viene calcolato, in via equitativa, tenendo conto del criterio di quantificazione del margine di profitto dell'appaltatore nei contratti con le pubbliche amministrazioni, nell'odierna fattispecie la quantificazione è stata operata dal giudice territoriale facendo riferimento alla norma che definisce, per gli appalti pubblici, l'utile d'impresa, ammontante al 10% del valore dell'appalto (art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F). Ferma restando la correttezza dell'impostazione generale descritta - secondo la quale la violazione delle regole della concorrenza si risolve in un aumento di costi a carico dell'amministrazione, causato da una situazione di oligopolio delle imprese appaltatrici - è altresì evidente che, nel caso presente, tale voce dannosa finirebbe inevitabilmente con il costituire una duplicazione del danno definito “da tangente”, e cioè della traslazione del compenso corruttivo nel corrispettivo dell'appalto. In altri termini: se si afferma (correttamente) che le tangenti percepite hanno illecitamente aumentato il prezzo dei relativi appalti per la pubblica amministrazione, allora non è possibile addebitare per gli stessi lavori una seconda percentuale di “sovrapprezzo”, senza la positiva dimostrazione dell'ulteriore quota di danno: ed infatti, già lo stesso danno da tangente, calcolato in via equitativa a norma dell'art. 1226 c.c., tiene conto e comprende ogni possibile elemento dell'aumento del corrispettivo in cui consiste il danno patrimoniale, ovvero il maggiore, ingiusto prezzo pagato dall'ente pubblico per quei lavori.

Sul punto, possono essere formulate le seguenti osservazioni:

a) La Sezione I ha giustamente ritenuto “la correttezza dell'impostazione generale descritta, secondo la quale la violazione delle regole della concorrenza si risolve in un aumento di costi a carico dell'amministrazione”, disattendendo così la tesi della Sezione II secondo la quale “occorre dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spendita di denaro pubblico”. Infatti, come stabilito dalla Cassazione, in caso di violazione delle regole a tutela della concorrenza, i relativi contratti devono ritenersi nulli, per cui la corresponsione del prezzo da parte dell'ente costituisce indebito pagamento, fatta salva la spettanza, al privato contraente, della sola quota

corrispondente all'arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale.

b) Suscita perplessità la tesi secondo cui "il danno da tangente, calcolato in via equitativa a norma dell'art. 1226 c.c., tiene conto e comprende ogni possibile elemento dell'aumento del corrispettivo in cui consiste il danno patrimoniale, ovvero il maggiore, ingiusto prezzo pagato dall'ente pubblico per quei lavori".

Infatti, nel danno da tangente, si parte dal presupposto che l'illecito esborso si riverberi direttamente sul costo dell'opera, incrementandolo, quanto meno, in uguale misura, ma ciò non esclude la possibilità che si concretizzi un ulteriore profilo di danno, derivante dalla nullità del contratto che rende illecita la corresponsione di qualsiasi compenso, se non nei limiti dell'arricchimento.

In conclusione, qualora non si voglia mantenere ferma l'imputazione di due autonome voci di danno, quanto meno dovrà escludersi che il danno da tangente assorba qualsiasi ulteriore nocumento patrimoniale per l'ente, dovendosi invece addossare al responsabile anche la maggiore quota di danno dopo aver computato, da una parte il danno da tangente e dall'altra il c.d. danno alla concorrenza.

Roma 14 gennaio 2013.

Antonio VETRO  
(Presidente on. Corte dei conti)