

**PROBLEMATICA SULLA GIURISDIZIONE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ NEI
CONFRONTI DELLA P.A. DEGLI AMMINISTRATORI E DIPENDENTI DELLE
SOCIETÀ CON PARTECIPAZIONE PUBBLICA, ALLA LUCE DELLA
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI CONTI, DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
DEL CONSIGLIO DI STATO E DELLA CASSAZIONE.**

La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Lazio, con sentenza n. 493/2012, ha statuito che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nel caso di *mala gestio* degli organi sociali di una società per azioni, a capitale totalmente o prevalentemente pubblico, che rivesta la natura di organo indiretto dell'amministrazione, in quanto mero modello organizzatorio del quale la p.a. si avvale per perseguire finalità di interesse pubblico (Cass. ss.uu. n. 10063/2011). In particolare, la Sezione ha contestato che l'autonomia patrimoniale di dette società di capitali sia in grado di elidere la sostanza della natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse utilizzate, elementi questi ultimi che assumono valore di criterio oggettivo per l'individuazione della giurisdizione della Corte dei conti, come nella fattispecie esaminata di "società a totale capitale pubblico svolgente attività di supporto all'amm.ne comunale nel campo della mobilità urbana e nelle connesse attività di pianificazione e progettazione urbana (cfr. art. 5 Statuto S.T.A.)".

La stessa Sezione del Lazio, con sentenza n. 603/2012, ha confermato che, qualora si tratti di una società con partecipazione pubblica totalitaria costituita per lo svolgimento di servizi pubblici, o che si configuri quale "*longa manus*" dell'ente pubblico, si è in presenza di un modello organizzatorio della P.A. con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società (pubblica) deve qualificarsi come danno erariale da giudicare in sede di giurisdizione contabile. Di conseguenza, il giudizio sul presunto danno erariale arrecato a Poste Italiane s.p.a., a totale partecipazione pubblica che gestisce risorse pubbliche per il raggiungimento di finalità di pubblico interesse va sottoposto alla giurisdizione contabile.

Al contrario, la Sezione della Lombardia, con sentenza n. 194/2012, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione nei confronti del convenuto, condannato in sede penale con sentenza irrevocabile, per la percezione di "tangenti" nella qualità di amministratore della FERROVIENORD s.p.a., detenuta al 100% dalla controllante F.N.M. s.p.a., il cui pacchetto di maggioranza assoluta è detenuto dalla Regione Lombardia in forza della legge regionale n. 21/1975, al fine di realizzare la pubblicizzazione del sistema di trasporto ferroviario e per garantire un servizio regionale di trasporto integrato con il sistema delle Ferrovie dello Stato, "trattandosi di domanda per risarcimento del danno subito da società per azioni, partecipata da un ente pubblico ma operante in regime di diritto privato, in conseguenza di atti di *mala gestio* imputati ai suoi amministratori".

In sede d'appello, la Sez. I giurisdizionale della Corte dei conti, con sentenza n. 406/2011, conformemente al parere della Procura generale, ha statuito: "Questo collegio non ignora i successivi orientamenti giurisprudenziali, in particolare la sentenza della Cassazione n. 26806/2009, che per le società partecipate ha fissato un nuovo criterio di discriminazione in tema di giurisdizione, stabilendo che occorre fare una distinzione fra danno al patrimonio della società e danno all'ente. Ma

questo criterio non è esclusivo, e tra l'altro nella fattispecie all'esame la società è interamente partecipata dall'ente pubblico: quindi il danno al patrimonio della società strumentale si riverbera sul danno al patrimonio dell'ente. Giova in proposito ricordare che l'interessato è stato convenuto sul presupposto di essere un agente contabile, nell'ambito di una società strumentale di intera proprietà del Comune di Cosenza (detentore della totale partecipazione azionaria) e di aver causato alla stessa un danno qualificabile come erariale in virtù della natura pubblica sostanziale del soggetto giuridico con il quale intratteneva il rapporto di impiego. Stando così la situazione oggettiva, non sussiste dubbio alcuno nel ritenere positivamente accertata la giurisdizione della Corte dei conti".

Al contrario, la Sez. III d'appello della Corte, 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 nei confronti del convenuto, amministratore delegato e direttore generale della Firenze Fiera s.p.a., i cui azionisti pubblici erano partecipanti con una quota pari al 90,72 %, "trattandosi di controversia per il risarcimento del danno subito da una società per azioni - che, ancorché partecipata da un ente pubblico opera in regime di diritto privato - in conseguenza di atti di *mala gestio* imputati al suo amministratore".

Preso atto del contrasto insanabile fra le statuizioni rese dalle Sezioni territoriali e dalle Sezioni d'appello della Corte dei conti (ed anche nell'ambito della stessa Procura generale), appare opportuno un approfondimento della problematica, di grandissimi rilievo ed attualità, per il notevole abuso 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 conclusione al di fuori dei fondamentali canoni di trasparenza e buona amministrazione, garantiti da seri controlli.

La Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi in più occasioni in materia.

Con sentenza n. 466/1993, dopo aver ricordato che taluni enti erano sottoposti a controllo della Corte dei conti, ha precisato che "sopravvenuta la trasformazione degli enti in questione in società per azioni, il controllo della Corte dei conti è venuto di fatto a cessare in conseguenza del comportamento omissivo tenuto dal Governo" ed ha sottolineato che "il comportamento tenuto dal Governo si presenta lesivo della competenza costituzionalmente spettante alla Corte dei conti ai sensi dell'art. 100, secondo comma, della Costituzione, così come specificato dalla legge 21 marzo 1958, n. 259", in quanto, "la semplice trasformazione degli enti pubblici economici di cui all'art. 15 della legge n. 359 del 1992 non può essere, infatti, ritenuto motivo sufficiente a determinare l'estinzione del controllo di cui all'art. 12 della legge n. 259 del 1958, fino a quando permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale

azionario delle stesse. E ciò in quanto “le ragioni che stanno alla base del controllo spettante alla Corte dei conti sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione non possono considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, ove a tale mutamento formale non faccia seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio (ora trasformato in capitale azionario) tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato” ... “attraverso l'effettiva "dismissione" delle quote azionarie in mano pubblica”.

Con sentenza n. 326/2008, la Consulta ha dichiarato l'infondatezza di numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcune Regioni in merito all'art. 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, il quale impone alcune limitazioni alle società partecipate da Regioni ed enti locali per lo svolgimento di funzioni amministrative o attività strumentali alle stesse. In particolare, “a norma del comma 1, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto – costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza – devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. A norma del comma 2, le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1”.

Con sentenza n. 148/2009, la Consulta, in relazione alle questioni di costituzionalità sollevate sull'art. 3, commi da 27 a 29, della legge n. 244 del 2007, dopo aver condiviso la finalità indicata nella relazione al disegno di legge, secondo cui «scopo della norma è quello di evitare forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica)» e di «tutelare la concorrenza e il mercato» ha precisato che, “in coerenza con questo obiettivo, le norme censurate, come già accaduto in passato con disposizioni di contenuto omologo, che pure hanno costituito oggetto di scrutinio da parte di questa Corte (sentenza n. 326 del 2008) ... mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall'altro, ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione. Questa essendo la finalità delle norme, la disciplina in esame va ricondotta alla materia «tutela della concorrenza», attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.)”.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale possono di già essere formulate alcune fondamentali considerazioni:

1)“Fino a quando permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle s.p.a.” e cioè sino alla “effettiva dismissione delle quote azionarie in mano pubblica”, la forma privatistica adottata per l'ente non ha alcun effetto sui connotati sostanzialmente pubblicistici che permangono invariati nell'ente stesso.

2)La costituzione di società con capitale totalmente o prevalentemente pubblico si presta ad “alterazioni o distorsioni della concorrenza”, materia tutelata con particolare vigore dalle norme comunitarie, tanto da richiedere anche l’emanazione di norme statuali stringenti a tutela del libero mercato.

3)Il prospettato abuso nella costituzione di enti che, per definizione, “sottraggono l’agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici”, ha raggiunto dimensioni intollerabili, tanto è vero che la più recente normativa ha adottato criteri sempre più restrittivi, da ultimo, quelli contenuti nella c.d. *spending review* (d.l. n. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 135/2012) e nel d.l. 10 ottobre 2012 n. 174.

Sul problema delle società partecipate, ha avuto occasione di pronunciarsi l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la quale, con sentenza n. 10/2011, ha statuito che “allorquando un ente pubblico decide di costituire una società con la forma del partenariato pubblico-privato, la scelta del socio privato è considerata dall’ordinamento una vicenda pubblicistica, tanto che tale scelta deve avvenire con procedura di evidenza pubblica soggetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva. Se ne desume per argomento *a fortiori* che è ascritta alla sfera pubblicistica la scelta, a monte, dell’utilizzo del modello societario. ... La partecipazione di un ente pubblico a una società è ispirata alla cura dell’interesse pubblico, al punto che è consentito l’esercizio di poteri pubblicistici interferenti con la vita della società, e il cui sindacato è attribuito al giudice amministrativo”.

Il Collegio, dopo aver citato l’art. 3, co. 27, l. n. 244/2007 secondo cui “*al fine di tutelare la concorrenza ed il mercato, le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società*”, ha osservato che “la disposizione in questione evidenzia un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall’ambito delle relative finalità istituzionali” ed inoltre che “la citata disposizione esprime un principio già in precedenza immanente nel sistema, connotato dalle seguenti coordinate fondamentali: a) l’attività di impresa è consentita agli enti pubblici solo in virtù di espressa previsione; b) l’ente pubblico che non ha fini di lucro non può svolgere attività di impresa, salve espresse deroghe normative; c) la possibilità di costituzione di società in mano pubblica, operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espresse disposizioni legislative; d) la costituzione di società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell’ente pubblico è generalmente ammissibile se ricorrono i presupposti dell’*in house* (partecipazione totalitaria pubblica, esclusione dell’apertura al capitale privato, controllo analogo, attività esclusivamente o prevalentemente dedicata al socio pubblico), e salvi specifici limiti legislativi (v. art. 23-bis, co. 3, d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008)”.

Sul tema della responsabilità nei confronti della p.a. degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici e delle società con partecipazione pubblica, la Cassazione ha più volte mutato avviso. Tralasciando le pronunzie ormai di epoca remota, vanno segnalate le seguenti decisioni.

Con ordinanza n. 19667/2003, la suprema Corte, dopo aver ricordato in generale che “la timida attività giudiziaria dell’ente danneggiato poteva risolversi in un sostanziale esonero da responsabilità” ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale nei confronti di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, puntualizzando che “l’amm.ne svolge attività amm.va non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un’attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato. Il processo di privatizzazione dell’amm.ne pubblica non ha comportato riduzioni della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei conti; al contrario è stata attuata dalle leggi degli anni '90 una espansione di tale sfera”.

Con ordinanza n. 10973/2005 la Cassazione 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”.

Con sentenza n. 24002/2007 la Cassazione ha stabilito 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.

La vicenda riguardava il giudizio di condanna in sede contabile di amministratori e di un dipendente di una s.p.a., in relazione a dazioni di denaro indebitamente ricevute al fine di favorire le imprese costruttrici nell'aggiudicazione e gestione di appalti in danno di società pubbliche.

La sentenza è caratterizzata da una serie di affermazioni che non possono essere condivise.

1)La Cassazione, dopo aver citato l'art. 103 Cost., comma 2, secondo cui "la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge", ha affermato che si è “al di fuori delle materie di contabilità pubblica, e quindi anche in tema di responsabilità ...”, facendo intendere che la materia della responsabilità amministrativa si collochi al di fuori delle “materie di contabilità pubblica”, ciò che è senz'altro errato.

2)“La giurisdizione della Corte non è circoscritta alla sola ipotesi di responsabilità contrattuale dell'agente, ma può esplicarsi anche in caso di responsabilità aquiliana”.

Al contrario, 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, come nel caso del privato che svolge per la p.a. attività vincolate per il perseguimento di pubbliche finalità.

3) "Non sembra si possa prescindere dalla distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, e quella personale degli amministratori i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire loro, sic et simpliciter, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte".

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. Così, nella sentenza n. 5019/2010 è scritto: "Il caso ora in esame pone un problema ulteriore: se, cioè, la Corte dei conti abbia giurisdizione anche per l'azione di danno erariale proposta nei confronti non già della società a favore della quale il contributo pubblico sia stato erogato, ma direttamente di chi (amministratore) abbia distratto le somme oggetto del finanziamento, così frustrando gli scopi perseguiti dalla pubblica amministrazione. La risposta deve essere positiva alla luce del rilievo che l'instaurazione del rapporto di servizio è correlata non solo alla riferibilità alla società beneficiaria del contributo degli effetti degli atti dei suoi organi, ma anche alla attività stessa di chi, disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, abbia provocato la frustrazione dello scopo direttamente perseguito dall'amm.ne".

4) "Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento. L'esattezza di tale conclusione trova conferma anche nell'impossibilità di realizzare, altrimenti, un soddisfacente coordinamento sistematico tra l'ipotizzata azione di responsabilità dinanzi al giudice contabile e l'esercizio delle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali".

A parte i dubbi sul nesso consequenziale di tali affermazioni, le stesse non sembrano fondate. Come precisato dalla Cassazione con sentenza n. 27092/2009, "la previsione legislativa della possibilità di promuovere nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione della RAI l'ordinaria azione civilistica di responsabilità non implica l'esclusione dell'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile; l'avere entrambe per oggetto il medesimo danno non osta alla loro coesistenza, né comporta i rischi di duplicazione del risarcimento prospettati dai ricorrenti, poiché 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. 24 marzo 2006 n. 6581)".

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

L'assunto è privo di fondamento. A parte i casi, di natura eccezionale, espressamente previsti dalla legge, di azione sanzionatoria del P.M. contabile (es., da ultimo, quelli contemplati dal recentissimo d.l. 10 ottobre 2012 n. 174), l'azione della Procura presso la Corte dei conti ha sempre natura risarcitoria (Sez. riunite Corte dei conti, sent. n. 7/2000), non influenzando minimamente su tale carattere la possibilità di porre a carico del responsabile tutto o parte del danno, in relazione al ruolo che il responsabile stesso ha assunto nella produzione dell'evento dannoso e di tutte le altre circostanze che hanno accompagnato l'illecito contabile, contribuendo alla sua insorgenza.

6) "L'assenza del benché minimo abbozzo di coordinamento normativo in proposito suona palese conferma della non configurabilità, in simili situazioni, di un'azione diversa da quelle previste dal codice civile, che sia destinata a ricadere nella giurisdizione del giudice contabile".

Anche qui sussistono dubbi sul nesso fra premesse e conclusioni. Sarebbe come dire che siccome non esistono norme di coordinamento fra la costituzione di parte civile della p.a. nei confronti di dipendenti che abbiano commesso reati comportanti danno erariale e l'azione del p.m. contabile, quest'ultima non sarebbe esperibile, ciò che non è affatto vero. Sul punto la Cassazione, con sentenza n. 2614/1990 ha precisato, in relazione al giudizio di responsabilità contabile, che la circostanza che sia pendente processo penale per i medesimi fatti e che in tale processo l'amministrazione danneggiata si sia costituita parte civile, non attiene alla sussistenza della giurisdizione di detta Corte, ma solo alle modalità del suo concreto esercizio (eventuale sospensione del giudizio contabile), e, pertanto, non è deducibile con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione.

7) "Il codice civile dedica alla società per azioni a partecipazione pubblica solo alcune scarse disposizioni, oggi contenute nell'art. 2449 ... né comunque investono il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme previste dal codice civile. ... Entra in gioco un ulteriore importante elemento normativo. Si allude alla disposizione della legge 28 febbraio 2008, n. 31, art. 16 bis: "Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario". Tale norma ... lascia chiaramente intendere che, in ordine alla responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, vi sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa da quella ordinaria. Non si capirebbe, altrimenti, la ragione per la quale il legislatore ha inteso stabilire che, per l'avvenire (e limitatamente alle società quotate, o loro controllate, con partecipazione pubblica inferiore al 50%), la giurisdizione spetta invece in via esclusiva proprio al giudice ordinario. Resta però da verificare entro quali limiti, al di fuori del ristretto campo d'applicazione della disposizione da ultimo richiamata, sia davvero configurabile la giurisdizione del giudice contabile che il legislatore ha in tal modo presupposto in rapporto ad atti di *mala gestio* degli organi di società a partecipazione pubblica. In difetto di norme esplicite in tal senso ... assume rilievo decisivo la distinzione tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o terzi".

L'interpretazione data dalla Cassazione alla citata norma lascia estremamente perplessi. Intanto non si riesce a comprendere come possa parlarsi di "ristretto campo d'applicazione della disposizione". 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 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".

8) "L'esclusione dell'ipotizzata giurisdizione del giudice contabile per l'azione di risarcimento di danni cagionati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico neppure provoca, a ben vedere, il rischio di una lacuna nella tutela dell'interesse pubblico coinvolto nella descritta situazione. ... Trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei suoi confronti".

Al contrario, la "lacuna nella tutela dell'interesse pubblico" sussiste, ed in modo accentuato, per un duplice ordine di motivi. In primo luogo è ben diversa l'efficacia dell'azione obbligatoria del pubblico ministero nei confronti degli amministratori e dipendenti dell'ente a partecipazione pubblica rispetto a quella "timida (*rectius*, inesistente) attività giudiziaria dell'ente danneggiato che poteva risolversi in un sostanziale esonero da responsabilità", (ord. Cass. n. 19667/2003), tanto che, nell'ambito degli enti pubblici economici, sino a quando non è stata riconosciuta la giurisdizione della Corte dei conti, gli amministratori e dipendenti di tali enti non risulta abbiano mai subito condanne in sede civile per danno alle finanze pubbliche. In secondo luogo, difetta la possibilità di esperire un'azione tempestiva nei confronti dei soggetti che non si attivino per la tutela degli "interessi sociali". Infatti, per poter contestare una condotta omissiva in sede contabile, occorre attendere il decorso del termine prescrizione entro cui tale soggetto può esperire l'azione giudiziaria. Solo alla scadenza di tale termine potrà avvenire la contestazione di un danno concreto ed attuale.

9) "Il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti:

perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto".

L'affermazione relativa all'assenza di danno erariale risulta di difficile comprensione, 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.

Peraltro non mancano numerose sentenze di segno contrario, sia precedenti, come si è visto, alla sentenza n. 26806/2009, sia coeve, sia successive, con le quali la Cassazione è uscita dalla "selva oscura" per riprendere la "diritta via".

1) Con sentenza n. 20940/2011 la Cassazione ha stabilito che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in ordine all'azione risarcitoria proposta nei confronti del rappresentante di un ente pubblico non economico, titolare di una partecipazione totalitaria in una società di capitali.

2) Con ordinanza n. 10063/2011 ha statuito che rientra nella giurisdizione della Corte dei conti la controversia avente ad oggetto l'azione di responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori e dei componenti del collegio sindacale di società costituita da enti pubblici, con capitale interamente pubblico, al fine di perseguire finalità proprie di tali enti, per i danni arrecati alla medesima società per effetto del pagamento di compensi non dovuti.

3) Con ordinanza n. 13330/2010 la Cassazione ha precisato che elementi essenziali e sufficienti perché un soggetto rivesta la qualifica di agente contabile, ai fini della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti, sono soltanto il carattere pubblico dell'ente per il quale tale soggetto agisca e del denaro o del bene oggetto della sua gestione, mentre resta irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta.

4) Con ordinanza n. 5019/2010 la Cassazione ha affermato la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di danno per responsabilità amministrativa proposta nei confronti del legale rappresentante e dei soci di una società privata a responsabilità limitata beneficiaria del contributo statale a destinazione vincolata.

5) Con ordinanza n. 27092/2009 la Cassazione ha riconosciuto alla Corte dei conti la giurisdizione per il risarcimento del danno cagionato ad una s.p.a. da componenti del consiglio d'amministrazione e da dipendenti di tale società in quanto detto ente, nonostante la veste di società per azioni, oltre ad essere partecipata totalmente da enti pubblici, ha natura sostanziale di ente pubblico, in relazione ad uno speciale statuto assoggettato a regole legali particolarmente stringenti.

6) Con ordinanza n. 25495/2009 la Cassazione ha precisato che l'affidamento in concessione di un servizio strumentale all'esercizio di una funzione pubblica pone a carico della concessionaria una serie di adempimenti e di obblighi che determina l'inserimento della concessionaria nell'apparato organizzativo della P.A., dando luogo ad un rapporto di servizio idoneo a radicare l'esercizio della giurisdizione contabile.

7) Con ordinanza n. 24672/2009 la Cassazione ha disposto che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sulla richiesta di risarcimento avanzata nei confronti di un soggetto legato da un rapporto giuridico con un'azienda di trasporto regionale, costituita come s.p.a. a totale capitale pubblico, che svolge un servizio pubblico e le cui perdite sono destinate a risolversi in danno degli enti pubblici azionisti e quindi in danno erariale, quando si deduce, a fondamento dell'azione, che tale rapporto, indipendentemente dalla sua natura giuridica, ha costituito l'occasione per comportamenti fraudolenti in danno dell'ente, posti in essere dal soggetto in questione con il concorso doloso o colposo di agenti interni alla s.p.a. e con l'esercizio di poteri di fatto, tali da consentirgli di interferire sulle modalità di esecuzione di prestazioni strumentali all'attività della società a capitale pubblico e sulle procedure di liquidazione dei compensi a suo favore.

8) Con ordinanza n. 15599/2009 la Cassazione ha disposto che spetta alla Corte dei conti la giurisdizione in ordine all'azione di responsabilità amministrativa relativa al danno erariale che un ente pubblico assuma di aver subito nell'ambito dell'esecuzione di un contratto di appalto di servizi, stipulato con una società privata per la gestione di interventi manutentivi del patrimonio dell'ente, in relazione a responsabilità concorrenti della società e di un dipendente per la sua condotta integrante un fatto-reato. Infatti, ai fini della configurabilità di un rapporto di servizio, idoneo a radicare la giurisdizione contabile, assume rilievo l'effettivo svolgimento da parte della società privata di funzioni istituzionalmente spettanti all'ente pubblico, mentre è influente la natura privatistica delle prestazioni individuate nella convenzione regolatrice del contratto.

Una riflessione conclusiva.

La problematica in esame, tutto sommato, avrebbe un modesto rilievo se la posta in gioco si limitasse alla mera individuazione del giudice cui attribuire la giurisdizione nei confronti di amministratori e dipendenti di società partecipate, in maggioranza o totalmente, da enti pubblici per il conseguimento di finalità pubbliche.

La questione, invece, assume tutt'altra consistenza se si pone mente alla circostanza, già accennata, che l'assurda mescolanza delle norme, di natura pubblicistica e privatistica, fondate su principi quanto mai diversi, sia stata non di rado utilizzata come "grimaldello" per la consumazione di gravi abusi, di cui sono piene le cronache giudiziarie, effettuati da soggetti prescelti dai pubblici amministratori per le cariche di amministratori, controllori e dipendenti delle s.p.a. partecipate.

Ora, sembra 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.

Risulta pertanto assolutamente indispensabile, per una efficace tutela del pubblico erario, specie in un periodo nel quale si comprimono per motivi di bilancio persino insopprimibili esigenze di carattere sociale nei confronti dei soggetti più bisognosi, che venga mantenuta integra la competenza del pubblico ministero contabile,

caratterizzata dai fondamentali canoni, di rilievo costituzionale, dell'indipendenza e della autonomia.

Roma 16 ottobre 2012

Antonio VETRO
(Presidente on. Corte dei conti)