

Corte Suprema di Cassazione, S.U., 19 maggio 2016 n. 10324; Pres. G. Canzio est. R. Bernabai; C. G. (avv. Scoca e Spasiano) c. Proc. gen. C.conti.

Giurisdizione contabile - Rapporto funzionale di servizio. Rapporto contrattuale - Differenze.

*La **giurisdizione contabile** va affermata ove il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi tenuti dall'agente nell'esercizio delle sue funzioni per le quali possa dirsi che lo stesso sia inserito nell'apparato dell'ente pubblico; non sussiste invece nella differente ipotesi in cui il pregiudizio è conseguenza di comportamenti del privato controparte contrattuale dell'amministrazione.*

RAPPORTO FUNZIONALE DI SERVIZIO E GIURISDIZIONE CONTABILE NELLE RELAZIONI CONTRATTUALI E NEI CONTRATTI SOCIETARI dell'Avv. Evaristo Santoro.

1 - Incarico professionale e risorse pubbliche

La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Molise (sent. 7 luglio 2010 n. 85, inedita) aveva ritenuto responsabile di danno erariale derivante da un inconcludente e inutile incarico professionale il responsabile della struttura regionale che aveva provveduto alla istruttoria del provvedimento di affidamento dell'incarico e il dirigente del Dipartimento Universitario affidatario dell'incarico di consulenza scientifica per il servizio di formazione di un inventario informatizzato.

L'eccezione di difetto di giurisdizione era stata respinta poiché la giurisdizione della Corte dei conti sussisteva anche nei confronti di soggetti privati che abbiano percepito risorse finanziarie pubbliche e, perciò, a maggior ragione, nei confronti di un dirigente di un ente pubblico, e cioè, di una struttura universitaria pubblica che abbia beneficiato della erogazione di ingenti risorse pubbliche in relazione all'affidamento di un incarico da parte di un ente territoriale, e segnatamente, di una Regione.

In sede di appello (Sez. I, 3 giugno 2013 n. 360, inedita), l'eccezione di carenza di giurisdizione era stata rigettata sotto il profilo della sindacabilità della scelta operata in quanto illegittima e basata su una convenzione priva di causa, rientrando nella giurisdizione del giudice contabile l'accertamento dell'eventuale responsabilità, nella gestione di pubbliche risorse contraria a criteri di buona amministrazione¹.

La Suprema Corte ha considerato irrilevante, ai fini della giurisdizione contabile, sia la dedotta inutilità ab initio del progetto dell'incarico sia l'affermata esosità del corrispettivo, non determinato unilateralmente dal professionista, bensì frutto di un accordo di tipo privatistico conseguito a libere trattative e ha ritenuto non decisivo il rilievo che il compenso sia stato pagato con risorse pubbliche (fondi della regione Molise), potendosi ripetere tale evenienza in ogni obbligazione pecuniaria, pur se derivante da un ordinario

¹ Le due pronunce sono leggibili in www.corteconti.it, banca dati sentenze

contratto di diritto privato stipulato dalla Pubblica amministrazione, concludendo che la prospettazione di un danno erariale nei termini indicati non è sottratta a sindacato, sotto il profilo dei limiti esterni, qualora non venga allegato dalla Pubblica amministrazione alcuno degli elementi sin ancora una volta tomatici del rapporto di servizio.

Ancora una volta la Corte chiarisce che, se è vero che la responsabilità erariale può riguardare anche soggetti privati, sottoposti a giurisdizione contabile, perché ciò avvenga, occorre un titolo di responsabilità diverso da quello ordinario contrattuale, o da illecito aquiliano, consistente, invece, nell'esercizio, anche solo di fatto, di poteri propri della Pubblica amministrazione intestataria della funzione, che sia prospettato, in sede di edictio actionis, da parte della Procura contabile.

La Corte regolatrice richiama il proprio consolidato orientamento secondo cui la giurisdizione della Corte dei conti sussiste tutte le volte in cui fra l'autore del danno e l'amministrazione, o l'ente pubblico danneggiato sia ravvisabile un rapporto, non solo d'impiego in senso proprio, ma di servizio, intendendosi per tale una relazione funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato organico e nell'attività dell'ente, suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo².

La prima riguardava la complessità di rapporti inerenti a una fattispecie di affidamento a general contractor in cui si è riconosciuta la giurisdizione contabile solo per le attività riconducibili a una relazione funzionale con l'ente pubblico, mentre si è negata per le attività che sono espressione di un rapporto negoziale, poiché in tal caso il terzo non viola il dovere pubblicistico di agire nell'interesse dell'amministrazione, bensì quello di adempiere correttamente l'obbligazione dedotta in contratto; la seconda sentenza richiamata riguardava la redazione di una perizia per conto di un ente pubblico comportante l'espletamento di un rapporto funzionale di servizio³.

Per quanto riguarda in particolare i rapporti contrattuali di natura professionale⁴, va ricordato che, mentre sono attratte nella giurisdizione contabile le responsabilità connesse allo svolgimento di attività comportanti una relazione funzionale con amministrazioni pubbliche, quale l'attività di collaudo o di direzione dei lavori⁵, la cognizione della Corte dei conti non si estende, di regola, all'attività strettamente progettuale non essendo ravvisabile, in tali casi, alcun rapporto di servizio poiché l'incarico di progettazione esterna è di natura meramente privatistica e deriva da un contratto d'opera professionale che non importa l'inserimento del progettista nell'organizzazione amministrativa, tanto che il progetto deve comunque essere fatto proprio dalla stazione appaltante, essendo l'incarico di progettazione di natura meramente privatistica⁶.

² Cass., S.U., 16 luglio 2014 n. 16240, in Foro amm. 2014, 12, 3054 e 24 novembre 2009 n. 24671, in *Foro it.* 2010, I, 1521).

³ Cass. S.U., 24 novembre 2009, n. 24671, in *Foro it.* 2010, 5, I, 1521.

⁴ SANTORO E. Il danno oggettivamente pubblico ed il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa, in *Foro amm. C.d.S.* 2003, 335. SANTORO P. L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa, *Santarcangelo* 2011, 141; SANTORO P.ed E., *Compendio di contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo 2016, 345.

⁵ Cass., S.U., 5 aprile 1993 n. 4060, in *Riv. C. Conti* 1993, 2, 206 e 25 luglio 2000 n. 515, *ivi* 2000, 5, 186.

⁶ Cass., S.U. 14 novembre 2002 n. 340, in *Foro amm.* 2003, 51, 23 marzo 2004 n. 5781, *ivi* 2004, 681. 2014, 12, 3054, 2/dicembre 2008, n. 28537, in *Riv. corte conti* 2008, 6, 198 e 9 febbraio 2011 n. 3165, *ivi* 2011, 1, 358; solamente in caso di cumulo con la funzione di direttore lavori, il giudizio di responsabilità appartiene alla giurisdizione contabile in virtù dell'unitarietà del rapporto, cfr. Cass., S.U. 22 settembre 2014 n. 19891, *ivi* 2014, 5, 361; è pacifico, invece che sussiste la giurisdizione contabile nei confronti del direttore dei lavori (e del collaudatore) a nulla rilevando che le relative funzioni siano state affidate a privati estranei agli uffici tecnici dell'ente (Cass., S.U., 24 luglio 2000, n. 515, in *DeG* 2010, 34, 58).

2 - Il rapporto professionale in ambito concessorio

La Sezione Molisana già in passato aveva tentato di affermare la giurisdizione in base al solo presupposto oggettivo della provenienza pubblica delle risorse⁷, ma la pronuncia era stata riformata in appello (in parte de qua) nella considerazione che, il direttore dei lavori, nominato dal concessionario, svolgesse la sua attività nell'ambito di un rapporto di tipo professionale conseguente a un incarico di natura privata espressione di autonomia negoziate, sicché il professionista incaricato non diveniva subconcessionario di funzioni pubbliche⁷ nella motivazione veniva richiamata una pronuncia della Corte regolatrice secondo cui nella concessione di opere pubbliche l'attività di direzione dei lavori si svolge nell'ambito di un subrapporto tra concessionario e tecnico designato senza aversi esercizio di funzione amministrativa⁸.

La pronuncia di appello era stata impugnata dal Procuratore generale per motivi di giurisdizione ma il ricorso era stato ritenuto inammissibile e (fatto unico) era stata dichiarata la soccombenza per le spese della ricorrente Procura⁹.

Con la pronuncia in commento, quindi, ancora una volta la linea della Sezione Molisana che privilegia il dato oggettivo delle risorse pubbliche, ha subito un arresto, poiché il riconosciuto spostamento del baricentro della responsabilità amministrativa dal profilo soggettivo a quello oggettivo non fa comunque venir meno l'essenzialità di un rapporto di servizio in quanto il danno subito da un soggetto pubblico non potrebbe essere azionato innanzi al giudice contabile in difetto di quel collegamento funzionale caratterizzante l'attività causativa di danno¹⁰, rimanendo giuridicamente necessario individuare l'esistenza di una relazione funzionalizzata di servizio, vale a dire di un'attività pubblica affidata ad un soggetto esterno, ovvero di una compartecipazione fattiva ad un programma a finalità pubblicistiche.

3 - Il rapporto di servizio come discriminante della giurisdizione contabile

La Corte regolatrice è solita ricordare che sul piano sistematico, l'ampliamento della responsabilità erariale a soggetti non ricompresi nell'apparato amministrativo è avvenuto attraverso il cavallo di troia dell'elaborazione di una nozione di rapporto di servizio in senso ampio, quale rapporto configurabile tutte le volte in cui il soggetto, persona fisica o giuridica, benché estraneo all'ente, si trovi investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore dello stesso, venendo conseguentemente a inserirsi nella sua organizzazione e ad assumere particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali, cui l'attività medesima, nel suo complesso, è preordinata¹¹.

La giurisdizione del giudice contabile, infatti, sussiste tutte le volte in cui tra l'autore del danno e l'amministrazione o ente pubblico danneggiato sia

⁷ C. Conti, Sez. Molise, 7 ottobre 2002 n. 234, in Foro amm. C.d.S 2003, 329, con commento di SANTORO E. Il danno oggettivamente pubblico ed il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa, i vi, 335.

⁸ Cass., S.U. 27 marzo 2001 n. 129, in Urb. App. 2001, 1093.

⁹ Cass., S.U., 13 dicembre 2007 n. 26111, in Foro amm. C.d.S. 2008, 728, con commento di SANTORO P., La soccombenza del pubblico ministero contabile nel ricorso per Cassazione per motivi di giurisdizione.

¹⁰ SANTORO P., L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa, cit. 129.

¹¹ Tra le più recenti: Cass., S.U., 14 gennaio 2015 n. 473, in DeG 2015, 22 settembre 2014 n. 19891, cit. (riguardante un rapporto di consulenza artistica del direttore lavori) e 21 maggio 2014, n.11229 (riguardante i componenti di un organo tecnico straordinario) ivi 2014, 3, 526.

ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio o ristretto, ma anche di servizio, per quest'ultimo intendendosi la sussistenza di una relazione funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'iter procedimentale o nell'apparato organico dell'ente, tale da rendere il primo compartecipe dell'attività amministrativa del secondo¹²; è tuttavia necessario che un soggetto venga comunque investito dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore della pubblica amministrazione, con particolare vincoli ed obblighi diretti ad assicurare la rispondenza dell'attività stessa alle esigenze generali cui è preordinata¹³.

In ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione fuori degli schemi del regolamento di contabilità di Stato e tramite soggetti in essa non organicamente inseriti, infatti, la responsabilità amministrativa per danno patrimoniale ad ente pubblico richiede ormai una relazione meramente funzionale tra l'autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica che non implica necessariamente un rapporto di impiego in senso proprio, essendo sufficiente la compartecipazione del soggetto all'attività dell'amministrazione pubblica e divenendo irrilevante che lo stesso sia una persona fisica o una persona giuridica, pubblica o privata, come pure la natura giuridica dell'atto di affidamento ed il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta¹⁴; ciò spiega perché l'attività svolta in virtù di concessione amministrativa, è qualificabile come esercizio di una funzione amministrativa e determina l'inserimento della società stessa 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: in quanto detta società, in considerazione dei compiti e delle funzioni alla stessa devolute dalla concessione, e comportanti l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dei terzi, nonché l'assunzione della veste di "agente dell'amministrazione" deve ritenersi funzionalmente e temporaneamente inserita nell'apparato organizzativo della p.a. conferente la gestione del servizio, che in difetto l'ente avrebbe potuto-dovuto gestire in proprio¹⁵; resta comunque indispensabile che sia comunque il privato resti compartecipe dell'attività amministrativa, svolgendo un'attività anche solo strumentale, per quanto soltanto temporaneamente¹⁶.

E' bene sottolineare che il rapporto di servizio assume una triplice valenza: come relazione soggettiva tra l'agente e l'ente, come dimensione oggettiva simile ad un contenitore che racchiude gli obblighi di servizio la cui violazione costituisce il primo anello della responsabilità e come momento di collegamento ad una funzione o attività gestionale pubblica che determina l'assoggettamento alla giurisdizione contabile; in conseguenza, rapporto di servizio e obblighi di servizio si configurano come aspetti della medesima situazione giuridica relazionale¹⁷.

¹² Cass., S.U., 22 dicembre 2003 n. 19662, in *Foro it.* 2004, 2763 (componenti commissioni mediche accertative di invalidità).

¹³ Cass., S.U., 2 marzo 1987 n. 2186, in *Riv. C. Conti* 1987, 1390 e 8 ottobre 1979, n. 5184, in *Foro it.* 1980, I, 713.

¹⁴ Cass. S.U., 4 dicembre 2009 n. 25504, in www.cortecassazione.it.

¹⁵ Cass. S.U., 24 luglio 2009 n. 17347, in www.cortecassazione.it, 4 dicembre 2009, n. 25495, in *Foro amm. C.d.S.* 2009, 2825, 1 aprile 2008 n. 8409, in *Riv. C. conti.* 2008, 2 322.

¹⁶ Resta fondamentale Cass., S.U., 17 novembre 1994 n. 9751, in *Riv. C. Conti* 1994, 6, 233; C. cost. 24 ottobre 2001 n. 340, ivi 2001, 5, 230.

¹⁷ SANTORO P., L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa, cit.; MARTUCCI DI SCARFIZZI A., Profili evolutivi giurisprudenziali della nozione di rapporto di servizio quale presupposto della giurisdizione contabile della Corte dei Conti, in *TAR* 1003, II, 189; MIELE T., Danno alla finanza pubblica ed evoluzione della giurisprudenza, in *Enti pubblici*, 2006, 5, 259.

Il tendenziale spostamento del baricentro della responsabilità amministrativa dal profilo soggetto a quello oggettivo¹⁸ non fa comunque venir meno l'essenzialità di un rapporto di servizio, poiché il danno subito da un qualsiasi soggetto o organismo di diritto pubblico non potrebbe essere azionato innanzi al giudice contabile ove difettasse un collegamento, comunque funzionale ad un vincolo di scopo, caratterizzante l'attività causativa del danno¹⁹.

Un rapporto di servizio funzionale è configurabile anche tra la p.a. e il privato (persona fisica o società) che utilizza un contributo o finanziamento di scopo: ha giurisdizione contabile è riconosciuta 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; l'instaurazione del rapporto di servizio, infatti, 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'amministrazione²⁰.

Allo schema del rapporto di servizio è riconducibile la gestione dei contributi ai gruppi consiliari regionali²¹, mentre per le somme erogate ai partiti politici a titolo di rimborso delle spese elettorali, mancando un vincolo di destinazione pubblicistica, tale da determinare un rapporto di servizio, non sussiste la giurisdizione contabile, ma è configurabile un'eventuale responsabilità civile soggetta alla giurisdizione ordinaria²².

3.1 - Nella concessione e nell'appalto di opere pubbliche

Il materia di opere pubbliche, in particolare, sebbene la concessione sia considerata un contratto e sia assoggettata ad un regime vincolistico delle procedure di affidamento analoghe a quelle, ai fini del discrimen della giurisdizione contabile, il rapporto tra concessionario e concedente va tenuto distinto da quello proprio del contratto di appalto; mentre infatti il rapporto concessorio può assumere connotazioni pubblicistiche, consentendo l'inserimento del concessionario nella organizzazione amministrativa, quello di appalto rimane contrattualmente regolato nella definizione delle reciproche obbligazioni assunte dalle parti; in tal senso si è affermato che la concessione del tipo cosiddetto "chiavi in mano", comporta l'attribuzione al concessionario di attività sicuramente pertinenti alla pubblica amministrazione, quali la progettazione, la redazione dei progetti esecutivi e la direzione lavori, ed è perciò idonea ad investire il concessionario di poteri spettanti di regola all'amministrazione concedente, implicando l'instaurazione di un rapporto di servizio tale da collocare il soggetto preposto in condizione di compartecipe dell'attività amministrativa dell'ente pubblico preponente²³.

¹⁸ Cass., S.U., 1° marzo 2006 n. 4511, in Foro amm. C.d.S. 2006, 745 e 22 dicembre 2003 n. 19667, in Riv. C. Conti 2003, 6, 233.

¹⁹ Cass., S.U., 19 luglio 2013, n. 17660, in Riv. C. conti 2013, 5, 546.

²⁰ Cass., S.U., 3 marzo 2010, n. 5019, in Foro amm. C.d.S. 2010, 528 e 9 maggio 2011, n. 10062, cit.

²¹ Cass., S.U. 31 ottobre 2014 n. 23257, in Riv. C. conti 2014 5, 257.

²² Cass., S.U. 18 maggio 2015, n. 10094, in Foro amm. 2015.1362.

²³ Cass., S.U., 19 dicembre 2014 n. 26942, in Foro amm. 2015, 1, 24 e 22 febbraio 2007 n. 4112, ivi 2007, 1151. PILATO S., La responsabilità amministrativa, Padova 1999, 71; SANTORO P., La responsabilità nei contratti pubblici, in Riv. C. Conti 1995, 3, 215.

La concessione c.d. di committenza, in particolare, dà luogo a vero e proprio rapporto di servizio, caratterizzato dall'esistenza di un rapporto pubblicistico di affidamento dei lavori di realizzazione di opera pubblica, con inserimento della società nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione²⁴.

L'appalto, invece, non determina l'inserimento dell'impresa nell'esercizio di poteri organizzatori di natura pubblica per lo svolgimento di attività pubblica, risolvendosi in un mero contratto avente ad oggetto la materiale realizzazione dell'opera, nel quale vengono in rilievo le violazioni di obblighi di adempimento contrattuale e non già l'assolvimento di obblighi funzionali di servizio da portare a compimento in qualità di agente della p.a. committente²⁵, sicché, di regola, il contratto d'appalto non determina di sé l'inserimento dell'impresa nell'esercizio di poteri pubblicistici della p.a.²⁶.

Nell'affidamento a contraente generale si ammette la possibilità che, al pari del concessionario, il contraente generale, per le funzioni attribuitegli nell'iter che conduce alla realizzazione di un'opera pubblica, venga sotto certi riguardi ad assumere la veste di soggetto funzionalmente inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltante, così da rendersi compartecipe dell'operato di quest'ultimo, assumendo la veste di agente dell'amministrazione, con la conseguente instaurazione di un rapporto di servizio idoneo a radicare l'esercizio della giurisdizione contabile di responsabilità della Corte dei conti in controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno erariale derivante dalla violazione di obblighi previsti dalla legge o dal contratto²⁷; si esclude, tuttavia, la giurisdizione quando il danno di cui si pretende il ristoro è conseguenza di comportamenti che il contraente generale abbia assunto nella veste di controparte contrattuale dell'amministrazione medesima, squilibrando il sinallagma contrattuale proprio del contratto, ad esser violato non è il dovere (almeno lato sensu) pubblicistico, gravante sul contraente generale, di agire nell'interesse dell'amministrazione, bensì quello di adempiere correttamente le obbligazioni dedotte nel contratto, alle quali corrispondono i diritti che il contratto medesimo attribuisce ad una parte nei confronti dell'altra²⁸.

La giurisdizione contabile è stata esclusa anche per la dedotta responsabilità del direttore dei lavori nominato dallo stesso contraente generale, poiché l'assenza di un rapporto funzionale di servizio diretto con la p.a. comporta che il venir meno del presupposto dell'inserimento del direttore dei lavori nell'apparato del committente pubblico, onde non appare più possibile qualificarlo come un agente pubblico che esplica poteri autoritativi nei confronti dell'impresa appaltatrice²⁹.

Viene quindi in rilievo, per un verso la distinzione tra obblighi contrattuali e doveri di servizio e, per l'altro, la caratteristica derivata (non diretto) del rapporto professionale.

²⁴ Cass., S.U., 20 novembre 2007, n. 24002. In Foro it. 2008, I, 2179.

²⁵ Cass. S.U., 3 marzo 2010 n. 5019, in Foro amm. C.d.S. 2010, 528, 9 gennaio 2013 n. 295, ivi 2013, 357 e 25 gennaio 2013 n. 1774, in Riv. C. Conti 2013, 1, 388; è stato chiarito che la giurisdizione ordinaria sussiste quando si controverte sulla corretta determinazione del corrispettivo contrattuale (appalto), mentre è azionabile la giurisdizione contabile quando sono in gioco doveri di "agente dell'amministrazione" (quale concessionario) e la conseguente responsabilità per danno erariale (Cass. 19 dicembre 2014 n. 26942).

²⁶ Cass., Sez. III, 16 febbraio 2010 n. 3672, in Foro amm. C.d.S. 2010, 29.

²⁷ Cass. S.U., 19 dicembre 2014 n. 26942, cit.

²⁸ Cass. n. 26942/2014, cit.

²⁹ Cass., S.U., 19 dicembre 2014 n. 26942, cit. Da tener presente che il nuovo codice dei contratti ha vietato (art. 31, comma 13, D.lgs n. 50/2016, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, l'attribuzione dei compiti di responsabile unico del procedimento, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, di collaudatore allo stesso contraente generale e la relativa nomina diventa prerogativa della stazione appaltante (art. 194, comma 3).

Sempre in materia di appalti si è anche esclusa la giurisdizione contabile sulla responsabilità dei componenti di una commissione di accordo bonario sulle riserve iscritte dall'appaltatore, trattandosi di organo straordinario, avente la funzione di favorire il raggiungimento di una transazione tra le parti, che si pone non già quale soggetto funzionalmente inserito nell'apparato organico dell'ente appaltante, bensì in posizione di terzietà³⁰.

Il giudizio di responsabilità erariale, in ogni caso, resta del tutto indipendente dall'azione ex contractu che le parti di un contratto di appalto possono esperire innanzi al giudice ordinario³¹; il giudizio amministrativo contabile è, infatti autonomo, rispetto ai rapporti civili, amministrativi e disciplinari che possono intercorrere tra i soggetti passivi dell'azione contabile e i soggetti danneggiati e l'azione proposta dai Procuratore contabile non si identifica con quella che l'amministrazione può autonomamente promuovere nei confronti dei propri funzionari e/o di esterni autori del danno per farne valere la responsabilità³².

3.2 - Nella concessione di servizi

La Corte regolatrice ha costantemente affermato il principio che, ai fini dell'esercizio della giurisdizione contabile di responsabilità, l'attività svolta da una società - privata o pubblica - in virtù di concessione amministrativa, è qualificabile come esercizio di una funzione amministrativa e determina l'inserimento della società stessa 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, in quanto detta società, in considerazione dei compiti e delle funzioni alla stessa devolute dalla concessione, e comportanti l'esercizio di poteri autoritativi nei confronti dei terzi, nonché l'assunzione della veste di "agente dell'amministrazione" deve ritenersi funzionalmente e temporaneamente inserita nell'apparato organizzativo della p.a. conferente la gestione del servizio, che in difetto l'ente avrebbe potuto e dovuto gestire in proprio³³.

Un rapporto di servizio era stato ravvisato per il semplice fatto dell'affidamento e gestione di un servizio pubblico (mercati generali) a una società partecipata all'uopo istituita con la famosa pronuncia che aveva segnato una prima apertura alla giurisdizione contabile sulle responsabilità degli amministratori sociali³⁴.

Allo schema concessorio è riconducibile anche il sistema dell'accreditamento in ambito sanitario con la particolarità che ora si è in presenza di concessioni "ex lege" di attività di servizio pubblico, dato che è in questione lo svolgimento da parte dello Stato di uno dei suoi compiti fondamentali – la realizzazione dell'interesse pubblico alla salute – che esso continua ad adempiere sia mediante strutture pubbliche, sia con altre a titolarità privata³⁵.

Nello svolgimento di attività di servizi, peraltro, sfuma la distinzione tra concessione e appalti, poiché, ai fini della configurabilità di un rapporto di

³⁰ Cass. S.U., 8 luglio 2015 n. 14187, in Riv. C. Conti 2015, 3, 509 e 16 luglio 2014, n. 16240, cit.

³¹ Cass., S.U., 28 novembre 2013 n. 26582, in www.cortedicassazione.it e 24 ottobre 2014 n. 22615.

³² Cass., S.U., 14 gennaio 2015 n. 473 in www.cortedicassazione.it.

³³ Cass., S.U., 4 dicembre 2009 n. 25495, in Foro amm. CDS 2009, 12, 2825, 22 gennaio 2002, n. 715, in Riv. C. conti 2002, 2, 277 e 18 luglio 2008 n. 19815, www.cortedicassazione.it.

³⁴ Cass., S.U., 2° febbraio 2004 n. 3899, in Foro it. 2005, I, 2675.

³⁵ Cass., S.U. 8 luglio 2005, n. 14335, in DeG 2005, 31, 31 e 14 gennaio 2015, n. 473, ivi 2015, 15 gennaio.

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 ininfluente la natura privatistica delle prestazioni individuate nella convenzione regolatrice del contratto³⁶; è tuttavia indispensabile che l'affidamento non sia semplicemente diretto a procurare un servizio alla pubblica amministrazione, ma costituisca lo strumento per il raggiungimento dei fini che quest'ultima è tenuta a perseguire nel rispetto dei vincoli e delle regole che regolano lo svolgimento delle attività amministrative; in mancanza dei quali sarebbe impossibile considerare inserito nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione un soggetto ad essa estraneo³⁷.

3.3 - Nelle attività finanziarie (tesoreria e riscossione)

Per quanto riguarda, invece, i servizi finanziari (attività di tesoreria e riscossione), va sottolineato che, a prescindere dalla qualificazione giuridica del titolo di affidamento (concessione secondo la tradizione nazionale o appalto secondo l'ordinamento comunitario), comportando generalmente l'attività oggetto del rapporto tipicamente contabile (maneggio di valori), il profilo funzionale tende a compenetrarsi e sovrapporsi a quello contrattuale, determinando la peculiarità della possibile coesistenza su un medesimo rapporto della virtuale competenza di ben tre giudici (contabile, amministrativo e ordinario, oltre che tributario) a seconda della situazione giuridica fatta valere³⁸.

I due rapporti e le azioni connesse, pertanto rimangono distinti e separati, e di conseguenza la giurisdizione erariale per l'azione di risarcimento dei danni derivanti all'Amministrazione dalla violazione degli obblighi di servizio del concessionario e la giurisdizione amministrativa esclusiva per l'azione contrattuale diretta a far valere l'adempimento, ovvero le conseguenze dell'inadempimento nascenti dal rapporto concessorio, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono il medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza, che può determinarsi tra tali giudizi, pone un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti e non una questione di giurisdizione³⁹.

Nell'espletamento dell'attività di accertamento e repressione delle violazioni delle leggi tributarie, in particolare, risulta configurabile un rapporto di servizio tra amministrazione e banca delegata, funzionalmente inserita in un procedimento amministrativo con finalità pubbliche⁴⁰; la giurisdizione contabile su questioni inerenti ai danni derivati all'erario dalla mancata esazione dei ruoli consegnati per la riscossione al concessionario sussiste anche prima ed indipendentemente dallo svolgimento del procedimento amministrativo previsto per l'esame delle domande di rimborso e di scarico⁴¹.

Nella materia strettamente contabile, che costituisce il nucleo originario della responsabilità per danno erariale, si è da tempo riconosciuto che la P.A. non si

³⁶ Cass. S.U., 3 luglio 2009, n. 15599, in Foro it. 2010, 5, I, 1534, 16 dicembre 2009, n. 26280, ivi 2010, I, 1502.

³⁷ Cass., S.U. 19 maggio 2001 n. 211, in Riv. corte conti 2001, 3, 265 e 30 marzo 1990 n. 2611, ivi 1990, 2, 262.

³⁸ SANTORO E., Rapporto esattoriale e problemi di giurisdizione, in Riv. giur. Molise Sannio 2004, 2, 74. Cass., S.U., 13 maggio 1993 n. 5424, in Riv. C conti 1993, 4, 180, 10 dicembre 1999 n. 874, Foro it. 2000, I, 1186, 3 aprile 2009 n. 8113, in Giust. civ. Mass. 2004, 576; Cass., S.U., 7 dicembre 2012 n. 22265, in Foro amm. C.d.S. 2013, 61 (sulla cognizione del g.o. in ipotesi di regolazione pattizia).

³⁹ Cass., S.U. 4 dicembre 2009 n. 25495, cit., 24 marzo 2006 n. 6581, in Foro amm. 2006, 1742 e 7 gennaio 2014 n. 63, in DeG 24 marzo 2014.

⁴⁰ Cass., S.U., 1 luglio 2008 n. 8409, in Foro amm. C.d.S 2008, 4, 11046.

⁴¹ Cass., S.U., 11 maggio 2009 n. 10667, in Foro it. 2010, I, 962.

esaurisce nelle sue piante organiche, esistendo un apparato esterno che comprende anche le banche private nelle loro funzioni di agenti contabili, legati da un rapporto di servizio che si concreta in un'attività gestionale comportante maneggio di pubblico denaro⁴².

Per quanto riguarda in particolare la responsabilità da maneggio, secondo un indirizzo consolidato, la qualità di agente contabile è assolutamente indipendente dal titolo giuridico in forza del quale si costituisce la relazione funzionale che legittima la gestione di valori di pertinenza dell'ente pubblico⁴³.

3.4 - Nelle società pubbliche

L'imprescindibilità del rapporto di servizio costituisce il criterio discriminatorio della giurisdizione contabile nella responsabilità degli amministratori di società pubbliche, poiché l'autonomia patrimoniale dell'ente societario esclude ogni rapporto di servizio tra agente ed ente pubblico danneggiato e impedisce di configurare come erariali le perdite che restano esclusivamente della società, che resta regolata come ogni altro soggetto sovrapersonale di diritto privato⁴⁴, restando rilevante, oltre l'autonomia giuridica e patrimoniale della società rispetto al socio pubblico, l'assenza di un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione e l'assenza di un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico⁴⁵; in particolare, sin dalla prima limitata apertura alla giurisdizioni contabile sui danni da mala gestio societaria, si era precisato che fra gli amministratori della società e l'ente pubblico socio non era configurabile alcun rapporto di servizio e "nulla consente di riferire loro, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio di cui la società" eventualmente "sia parte"⁴⁶, non potendosi 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 (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società), i quali, ovviamente, non s'identificano con la società⁴⁷.

Secondo un principio comune a tutti gli enti dotati di personalità giuridica, infatti, la società si configura come un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto a coloro che, di volta in volta, ne impersonano gli organi sia rispetto ai soci, ed è titolare di un proprio patrimonio, riferibile ad essa sola e non a chi ne detenga le azioni o le quote di partecipazione; pertanto, non solo risulta impossibile imputare personalmente agli amministratori o ad altri soggetti investiti di cariche sociali la titolarità del

⁴² Cass., S.U., 19 luglio 1989 n. 3375, in Riv. C. conti 1989, 4, 180 e 21 ottobre 1983 n. 6177, in Resp. civ. e prev. 1984, 527.

⁴³ Cass., S.U., 1 giugno 2010 n. 13330, in Riv. C. conti 2010, 3, 189, 9 agosto 2001 n. 12367, ivi 2001, 5, 240, 12 novembre 2001 n. 14209, ivi 2001, 6, 219, 10 aprile 1999, n. 232, ivi 1999, 2, 110 e 28 marzo 1974 n. 846, in *Giust. civ.* 1974, I, 1034.

⁴⁴ Cass., S.U., 13 novembre 2015 n. 23306 (riguardante Alitalia s.p.a.), in Foro amm. 2015, 3055; Cass. S.U., 22 gennaio 2015, n. 1159, Guida diritto 2015, 17, 59, che afferma la giurisdizione ordinaria sulla responsabilità degli amministratori della società holding Ferrovie dello Stato italiane Spa svolge un'attività economica e commerciale in regime di mercato libero e la sua veste giuridica non rappresenta un mero schermo di copertura di una struttura amministrativa pubblica.

⁴⁵ Cass., S.U., 22 gennaio 2015 n.1159, in DeG fasc. 3/2015, 40, 21 luglio 2015 n. 15199, in Riv. C. conti 2015, 3, 517, 25 novembre 2013 n. 26283, ivi 2013, 5, 530.

⁴⁶ Cass., S.U., Cass. S.U. 22 dicembre 2009 n. 26806, in Riv. C. Conti 2009, 6, 218 e 5 luglio 2011 n. 14655, ivi 2011, 3, 380, 10 marzo 2014 n. 5491, ivi 2014, 3, 478; Cass., S.U., 9 marzo 2012 n. 3692, in Foro amm. C.d.S. 2012, 1496, con commento di NICODEMO G.F., Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le Sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione della giurisdizione; da ultimo, Cass., S.U., 13 aprile 2016 n. 729, in www.cortedicassazione.it.

⁴⁷ Cass., S.U., 15 gennaio 2010 n. 519, in Foro amm. 2010, 70, con commento di TENORE V., La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica. Sulla rilevanza del rapporto di servizio: SANTORO P., L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa, cit. 185; *id.* Profili di responsabilità erariale nella gestione dei servizi pubblici locali a mezzo società partecipate, in *Dir. Econ.* 1997, 3, 585.

rapporto di servizio intercorrente tra l'ente pubblico e la società cui sia stato affidato l'espletamento di compiti riguardanti un pubblico servizio, ma soprattutto non può dirsi arrecato alla pubblica amministrazione il danno che gli atti di mala gestio, posti in essere dagli organi sociali, abbiano inferito al patrimonio della società, poiché la società non diviene essa stessa un ente pubblico solo per il fatto di essere partecipata da un ente pubblico⁴⁸.

Un rapporto di servizio, invece, è configurabile nelle c.d. società in house⁴⁹, che hanno solo la forma esteriore di società ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi, con la conseguenza che i loro amministratori, essendo preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico⁵⁰, con la conseguenza che la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di piena autonomia con titolarità differenziata.

Volendo sintetizzare i tratti distintivi delle due fenomenologie, si può dire che, mentre nelle società partecipate ordinarie, il rapporto di servizio dei singoli amministratori viene interposto ed assorbito in quello diretto tra società ed ente partecipante, nelle società in house a controllo diretto il rapporto diventa interno ad un organismo che fa parte dell'organizzazione complessiva dell'ente di riferimento, assumendo la veste di un rapporto organico; l'interposizione dello schermo societario assume, quindi, una rilevanza tale da estenderne, in un'ottica pancivilistica, gli effetti preclusivi della giurisdizione anche ad una società interamente partecipata⁵¹, nonostante sussistessero sia l'elemento finalistico che quello oggettivo della integralità delle risorse pubbliche⁵².

La giurisdizione della Corte dei conti è stata riconosciuta, infatti, oltre che in alcuni casi di società-enti (quali società legali), solo quando l'azione di responsabilità miri al risarcimento di un danno arrecato al socio pubblico sia come danno all'immagine sia come pregiudizio del valore del pacchetto azionario di conferimento⁵³.

L'assetto raggiunto per via giurisprudenziale si avvia ad essere consolidato con la previsione di una specifica norma che confermando, lo statuto ordinario di responsabilità civile dei componenti degli organi di amministrazione e

⁴⁸ Rientrano, invece tra le amministrazioni pubbliche gli enti a struttura societaria derivanti dalla trasformazione di enti pubblici in s.p.a. e quindi società di fonte legale (C. cost. 28 dicembre 1993 n. 466, in Foro amm. 1993, 298); Cass., S.U., 16 luglio 2014 n. 16240, cit. (ANAS spa), 22 dicembre 2009 n. 27092, cit. (RAI spa) e

⁴⁹ Per tale va intesa una società costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici (Cass., S.U., 26 marzo 2014, n. 7177, in Riv. C. conti 2014, 479) al medesimo genus sono riconducibili le società che rappresentando lo strumento di cui l'amministrazione pubblica si avvale per l'autoproduzione - in house providing - di un servizio pubblico essenziale (Cass., S.U. 22 luglio 2014 n. 16622, in www.cortedicassazione.it).

⁵⁰ Cass., S.U., 25 novembre 2013 n. 26283, in Riv. C. conti 2013 5, 530; *id.*, in Giur. comm. 2014, 1, 13, con commento di C. IBBA, Responsabilità erariale e società in house; Cass., S.U., 24 marzo 2015 n. 5848 e 13 aprile 2016 n. 7293, in www.cortedicassazione.it

⁵¹ Cass., S.U., 1 febbraio 2012 n. 1419 e 1412, in www.cortedicassazione.it e 9 marzo 2012 n. 3692, in Foro amm. CDS 2012, 4, 796 (Poste italiane spa); contra Cass., S.U., 24 novembre 2009 n. 24672, cit.

⁵² La Corte costituzionale (sent. 19 dicembre 2003, n. 363) sia pure sotto altri profili, ha ritenuto invece che una società costituita in base alla legge, affidataria di compiti legislativamente previste e per essa obbligatorie, operante direttamente nell'ambito delle politiche di un Ministero come strumento organizzativo per il perseguimento di specifiche finalità, presenta tutti i caratteri propri dell'ente strumentale, salvo quello di rivestire - per espressa disposizione legislativa - la forma della società per azioni.

⁵³ Cass., S.U., 5 luglio 2011 n. 14655 20 ottobre 2015 n. 21217, in Riv. C. conti 2015, 5, 480.

controllo delle società partecipate, definisce il “danno erariale” riferendolo esclusivamente al danno, patrimoniale o non patrimoniale, direttamente subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per esso, che abbiano colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione⁵⁴.

Il nuovo statuto societario, tuttavia resta caratterizzato da una contraddizione di sistema, nel senso che, mentre il regime giuridico delle società partecipate, soprattutto se in house⁵⁵, in materia di vincoli di finanza pubblica tende progressivamente a omologarsi a quello della amministrazioni pubbliche, tanto da essere inserite nell’elenco Istat (secondo il criterio del market 50%), permane, per i danni al patrimonio sociale, l’esenzione degli organi sociali dal regime di responsabilità erariale anche per le ipotesi tipizzate di danno erariale⁵⁶.

4 – Rapporto di servizio principale e derivato

Un profilo, spesso trascurato, riguarda il rapporto di servizio con una persona giuridica e sul, piano della personalità, con gli agenti operanti per suo conto; è possibile infatti distinguere⁵⁷, tra rapporto intersoggettivo, inteso come rapporto di servizio principale ed esterno tra persona giuridica ed ente, e rapporto di servizio interno (subrapporto derivato) al soggetto terzo, tra amministratori e/o dipendenti e persona giuridica terza, non comportante, di regola, l’assoggettamento alla giurisdizione contabile, a meno essi abbiano operato come agenti di fatto.

Le situazioni interorganiche e quelle intersoggettive, infatti, devono essere mantenute distinte tutte le volte che il rapporto di servizio risulta intermediato o derivato, nel senso che non è costituito direttamente tra l’ente pubblico e l’agente (individuale) ma tramite lo schermo di una società o soggetto privato avente distinta personalità giuridica⁵⁸.

Sebbene si sia chiarito che la natura “personale” della responsabilità amministrativa non escluda che in virtù del principio di immedesimazione organica possa risalirsi alle persone giuridiche private che svolgono una funzione pubblica⁵⁹ e che, viceversa, dalla responsabilità della persona

⁵⁴ Art. 12 del testo decreto delegato (approvativo del T.U. in materia di società partecipate) sul quale il Consiglio di Stato (Comm. spec. 21 aprile 2016 n. 969) si è espresso nel senso che, soltanto il danno “diretto” e non anche quello “indiretto” al patrimonio della amministrazione pubblica può giustificare l’attribuzione della giurisdizione della Corte dei conti. In relazione alle società in house.

⁵⁵ Il Consiglio di Stato, nel menzionato parere, ha osservato che la società in house, a prescindere dalla sua qualificazione (organizzazione interna o persona giuridica di diritto privato,) conserva una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato.

⁵⁶ E’ prevista la responsabilità per danno erariale a carico degli amministratori esecutivi e dei dirigenti in caso di violazione delle modalità di approvvigionamento (art. 25, comma 1, d.l. n. 1/2012 conv. l. n. 37/2012 e dei vincoli retributivi (art. 4, comma 12, d.l. n. 95/2012). Secondo la Cassazione (11 luglio 2014 n. 15942, in www.cortedicassazione.it), in virtù tali disposizioni, ovvero di altre altrettanto frammentarie e disorganiche norme che sono sparse nell’ordinamento, non è dato comunque sottrarsi alla drastica alternativa per la quale, fin quando non si arrivi a negare la distinzione stessa tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, e quindi tra la distinta titolarità dei rispettivi patrimoni, la giurisdizione della Corte dei conti in tema di risarcimento dei danni arrecati dai gestori o dagli organi di controllo al patrimonio della società potrebbe fondarsi o su una previsione normativa che eccezionalmente lo stabilisca, quantunque si tratti di danno arrecato ad un patrimonio facente capo non già ad un soggetto pubblico bensì ad un ente di diritto privato - previsione certo possibile, ma che allo stato non appare individuabile in termini generali nell’ordinamento -, ovvero sull’attribuzione alla stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico, onde il danno arrecato al suo patrimonio potrebbe qualificarsi senz’altro come danno erariale.

⁵⁷ SANTORO P. ed E, Compendio di contabilità e finanza pubblica, cit. 346.

⁵⁸ SANTORO E., Il danno oggettivamente pubblico ed il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa, in *Foro amm. C.d.S.* 2003, 335

⁵⁹ Cass., S.U., 21 marzo 2001 n. 123, in *Riv. C. conti* 2001, 2, 264, secondo cui la responsabilità patrimoniale-contabile a carico di una persona giuridica (o ente) postula sempre l’accertamento di condotte illecite imputabili a persone fisiche, con la conseguenza che la giurisdizione contabile sussiste non solo nei confronti delle persone fisiche ma anche delle persone giuridiche soprattutto quando l’istituto, cui venga affidata la gestione di denaro pubblico assume la veste di agente contabile sulla base di un rapporto di servizio con la p.a.; Cass.7 settembre 1990 n. 9225, in www.cortedicassazione.it, sulla responsabilità degli istituti affidatari della gestione di tesoreria.

giuridica possa risalirsi alla responsabilità della persona fisica, in quanto agente di fatto che si ingerisce nella gestione⁶⁰, non si è ancora raggiunto un punto fermo circa l'assoggettabilità alla giurisdizione contabile del soggetto persona fisica, che operi per conto del soggetto affidatario di compiti pubblicistici.

Per perseguire direttamente i soggetti legati da un subrapporto interno si è mutuata la nozione di "contatto funzionale" qualificato con l'ente pubblico, inteso come contatto "continuativo, prolungato e diretto" degli amministratori della persona giuridica titolare del rapporto di servizio funzionale diretto tra la persona giuridica concessionaria e l'ente stesso⁶¹; l'instaurazione del rapporto di servizio, d'altronde è correlata non solo alla riferibilità all'ente persona giuridica degli effetti degli atti dei suoi organi, ma anche alla imputabilità dell'attività espletata alla sfera di responsabilità personale dell'agente⁶² e di quella verso terzi della p.a. in applicazione dell'art. 28 Cost.⁶³.

La giurisdizione attribuita alla Corte dei conti, pertanto, presuppone che il soggetto, legato all'amministrazione da un rapporto di impiego (o di servizio), debba rispondere del danno del danno da lui causato nell'esercizio di un'attività illecita connessa con detto rapporto, tale dovendosi considerare non solo quella costituente svolgimento diretto della funzione propria del rapporto d'impiego (o di servizio), ma anche quella rivestente carattere strumentale per l'esercizio della medesima funzione, sempre che detta attività rinvenga nel rapporto l'occasione necessaria del suo manifestarsi, ancorché rappresenti una illecita deviazione dalle attribuzioni dal servizio⁶⁴.

La delineata relazione trilatera potrebbe operare anche per le società pubbliche, la cui esistenza e ragion d'essere trova comunque origine in un contratto societario, se non fosse per la valenza assorbente ed escludente attribuita all'assetto di autonomia della società, che confina al suo interno le responsabilità (di ordine civile) dei suoi amministratori e dirigenti.

Come innanzi accennato, la giurisdizione della Corte dei conti, infatti, è stata riconosciuta, per le responsabilità personali solo quando non ha effetti l'interposizione soggettiva e patrimoniale, dell'ente societario di appartenenza.

5 - Il rapporto trasversale nella responsabilità extracontrattuale

La responsabilità dei funzionari è stata estesa (art. 3, comma 2, lett. c-bis, l. n. 20/1994) anche ai possibili danni provocati ad amministrazioni terze, dando, in tal maniera, concreta attuazione al principio di responsabilità diretta, previsto dall'art. 28 Cost., anche nei rapporti intersoggettivi con le altre amministrazioni diverse da quelle di appartenenza.

La natura extracontrattuale di tale tipo di responsabilità⁶⁵ precludeva, infatti, secondo un costante orientamento, la giurisdizione contabile che era ritenuta azionabile solamente nell'ambito di una responsabilità contrattuale presupponente l'esistenza di un rapporto di servizio con la stessa amministrazione danneggiata, con la conseguenza che, per i danni arrecati in pregiudizio di terzi (persona fisiche o giuridiche), ancorché nell'esercizio delle loro

⁶⁰ Cass., S.U., 5 giugno 2000 n. 400, in Foro it. 2000, I,2789, 10 ottobre 2002 n. 14473, in Riv. C. conti 2002, 5, 212 e 24 novembre 2009 n. 24672, in Foro it. 2010, 5, I, 1521.

⁶¹ Cass., S.U., 4 novembre 2009 n. 23332, in Foro it. 2010, 5, I, 1534. SCIASCIA M., Manuale di diritto processuale contabile, Milano 2012, 89.

⁶² Cass., S.U., 3 marzo 2010, n. 5019, in Foro amm. C.d.S. 2010, 528

⁶³ SANTORO P., L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa, cit., 114.

⁶⁴ Cass., S.U., 22 febbraio 2002 n. 2628, Riv. C conti 2002, 2, 280 e 25 novembre 2008 n. 28048, in www.cortedicasazione.it.

⁶⁵ C. Cost. 19 gennaio 1993 n. 24, in Riv. C. Conti 1993, 1, 199; Cass., S.U., 14 maggio 1998 n. 4874, in Riv. C. Conti 1998, 3, 287.

attribuzioni, i dipendenti o funzionari potevano rispondere non a titolo di responsabilità (contrattuale) amministrativa, bensì a titolo di responsabilità civile extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e quindi davanti all'autorità giudiziaria ordinaria⁶⁶; si riteneva necessario, infatti, che il rapporto di servizio rilevante ai fini della giurisdizione contabile, fosse solo quello che lega l'agente all'ente in concreto danneggiato⁶⁷.

Nel nuovo assetto, quindi, viene superata la necessità dell'appartenenza dell'agente responsabile all'amministrazione o all'ente pubblico danneggiato, consentendo l'azione erariale anche nel caso di danno (c.d. obliquo) nei confronti di un'amministrazione terza, diversa dall'ente di appartenenza⁶⁸.

Tale apertura è apparsa particolarmente significativa, per superare lo status di ente pubblico economico, per la semplice considerazione che, se nella responsabilità extracontrattuale in danno di amministrazioni od enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, le modalità della condotta (violatrice di norme tanto di diritto pubblico che di diritto privato) del soggetto agente sono giuridicamente irrilevanti quanto alla giurisdizione, a maggior ragione esse lo sono divenute allorché il danno sia stato cagionato alla stessa amministrazione di appartenenza⁶⁹.

In dottrina si riconosce⁷⁰, coerentemente, che una interpretazione evolutiva della disciplina di base, letta alla luce di tale novità normativa, potrebbe rappresentare una via per individuare, caso per caso, quando una società pubblica sia assimilabile ad un ente pubblico e quindi da considerare amministrazione terza⁷¹; rimane, tuttavia, ostativa l'osservazione⁷² che nelle ipotesi in cui si riconosce un rapporto di servizio gestorio la società pubblica si pone come il soggetto danneggiante, mentre nei casi in cui si nega la giurisdizione contabile la società è il soggetto danneggiato dalla condotta illecita dei suoi amministratori.

6 - Conclusione

Il mero profilo funzionale del rapporto di servizio, non esistendo una definizione legislativa, rende indeterminati rapporti sostanziali sottostanti che possono realizzare una investitura (o incardinazione funzionale) di natura pubblicistica aderente alla materia di contabilità pubblica che resta il criterio costituzionale che dimensiona l'area della giurisdizione contabile; alla lacuna sopperisce la saggia interpretazione della Corte regolatrice della giurisdizione che però, spesso si destreggia in abili dosaggi, in un lento cammino, segnato da svolte ed arresti, ma prudente nel non turbare troppo gli equilibri delle aree esistenti.

Dalle esemplificazioni formulate resta confermato che il rapporto di servizio, in tutte le sue possibili sfaccettature da quello impiegatizio a quello

⁶⁶ Cass., S.U., 22 giugno 1990 n. 6302, in *Riv. C. Conti* 1990, 4, 163 e 17 agosto 1990 n. 8368, in *Cons. St.* 1991, II, 141 e 29 novembre 1991 n. 875, in *Riv. C. Conti* 1992, 4, 125, 7 novembre 1997, n. 10929, ivi 2 1997, 6, 285 e 5 luglio 2004 n. 12301, in *Foro it.* 2004, I, 3050

⁶⁷ Cass., S.U., 22 giugno 1990, n. 6302, in *Riv. C. conti* 1990, 4, 163.

⁶⁸ Cass., S.U. 2 dicembre 2013, n. 26935 (frode comunitaria), in *DeG* 13 novembre 2013.

⁶⁹ Cass., S.U., 22 dicembre 2003 n. 19667, cit.

⁷⁰ SALVAGO S., Il riparto delle giurisdizioni fra legislazione e giurisprudenza, in *Riv. C. C conti* 2013, 5, 810

⁷¹ Il criterio è stato seguito per la R.A.I (Cass., Cass., S.U., 22 dicembre 2009 n. 27092, in *Foro amm. C.d.S.* 2010, 67) e in modo non proprio identico per l'ENAV (Cass., S.U., 3 marzo 2010 n. 5032, in www.cortedicassazione.it).

⁷² IMPERIALI S., I Limiti della giurisdizione contabile della Giurisprudenza della Corte di Cassazione in *Scritti per i 150 anni della Corte dei conti*, Roma 2013, 201.

comportante un semplice vincolo di destinazione di risorse pubbliche, resta l'indispensabile collante della giurisdizione contabile, sempre che uno dei termini soggettivi del rapporto rappresenti un'entità pubblica; tale situazione non è ravvisabile nella ipotesi di società a partecipazione pubblica, poiché a prescindere dalla quota di partecipazione, l'autonomia giuridica e patrimoniale si frappone, impedendola, alla configurabilità di un rapporto diretto o indiretto (trasversale), tra il singolo amministratore (o dipendente) e l'ente pubblico partecipante, a prescindere dal regime più o meno pubblicistico dell'ente societario.

La prevalenza data alla natura soggettiva privatistica delle società a partecipazione pubblica spesso meramente formale, permanendo il ruolo prevalente dell'ente pubblico, spesso promotore della costituzione della società o titolare di golden share, rende recessivo sia il fine pubblico che la natura prevalentemente pubblica delle risorse utilizzate, segnando un passo indietro rispetto alla svolta realizzata quando si riconobbe che anche per gli enti pubblici economici (operanti in regime di impresa alla stregua delle società miste pubbliche) potesse superarsi il precedente criterio (basato sulla distinzione tra attività comportante poteri pubblici ed attività imprenditoriale⁷³, riconoscendo che l'evoluzione normativa, con l'accelerazione del processo di privatizzazione dei servizi pubblici (gestibili anche a mezzo di spa) e il recepimento di una nozione non soggettiva ma oggettiva caratterizzata dall'elemento funzionale del soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale, rendeva labile, e quindi superabile, agli effetti del discrimen della giurisdizione contabile, la distinzione tra enti pubblici non economici ed enti pubblici economici⁷⁴, restando irrilevante l'uso dello strumento privatistico⁷⁵, poiché 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 od in parte dal diritto privato.

In tale quadro interpretativo l'arrocco sul profilo formale delle società partecipate a totale o prevalente capitale pubblica, sembra un ritorno al passato e comunque un'anomalia di sistema che, purtroppo, il nuovo T.U sulle società a partecipazione pubblica e la limitazione normativa del danno erariale ad esse riferibile, non contribuirà a risolvere, tale essendo la tendenza del legislatore⁷⁶. Prima poi, tuttavia, occorrerà misurarsi con i vincoli comunitari e con la nuova disciplina del Sec.2010 (Reg. 549/2013/UE) che comprende anche unità fuori bilancio, con bilanci separati, classificabili nel settore della p.a.⁷⁷ e risolvere l'asimmetria di società partecipate, inserite negli elenchi Istat⁷⁸, finalizzati alla perimetrazione del settore istituzionale delle

⁷³ Cass., S.U., 2 marzo 1982 n. 1282, in Foro it. 1982, I,1596. La Corte costituzionale (sent n. 326/2008 e n. 148/2009), con riferimento alla società strumentali, ha distinto tra attività amministrativa svolta in forma privatistica e attività d'impresa, a seconda si tratti attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione o vi sia erogazione di servizi rivolta al pubblico in regime di concorrenza.

⁷⁴ Cass., S.U., 22 dicembre 2003 n. 19667, cit.

⁷⁵ Cass., S.U. n 19 gennaio 2001 n. 11, In Riv. C. conti 2001, 1, 250.

⁷⁶ L'art. 49 bis D.lgs n. 177/2005 ha poi disposto che gli amministratori RAI sono soggetti alle azioni civili previste della disciplina ordinaria delle società per azioni.

⁷⁸ Avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall'ISTAT è ammesso ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti, in speciale composizione, ai sensi dell'articolo 103, secondo comma, della Costituzione (art. 1, comma 169, L. n. 2282012). L'art. 21 del testo unico (in fieri) sulle società partecipate detta norme finanziarie per le società incluse nell'elenco ISTAT.

amministrazioni pubbliche (art. 1, comma , legge contabilità n. 196/2009), ma sottratte al regime della responsabilità pubblica.

Per quanto riguarda le **società pubbliche**, il sottosettore delle società non finanziarie pubbliche comprende tutte le società, quasi-società e istituzioni senza scopo di lucro non finanziarie riconosciute come entità giuridiche indipendenti che agiscono da produttori di beni e servizi destinabili alla vendita e sono soggette al controllo di amministrazioni pubbliche (par. 2.51); tali entità (assieme alle istituzioni senza scopo di lucro controllate dal governo) sono denominate «unità fuori bilancio», perché dispongono di bilanci separati, ricevono trasferimenti sostanziali dal bilancio principale e le loro fonti di finanziamento primarie sono integrate da fonti proprie di reddito al di fuori del bilancio principale esse sono classificate nel settore delle amministrazioni pubbliche a meno che non operino prevalentemente come produttori di beni e servizi destinabili alla vendita controllati da un'altra unità delle amministrazioni pubbliche (par. 20.10).

In conclusione è auspicabile che, in applicazione di tali indicazioni comunitarie, la soluzione ritrovi la via maestra dell'ancoraggio della giurisdizione contabile alle materie di contabilità pubblica, sempre più coincidente con il settore della finanza pubblica⁷⁹; in tale direzione rilevano le numerose disposizioni che, specie a livello locale, pongono collegamenti tra esiti della gestione finanziaria delle società partecipate ed i bilanci del genti locali, fino a prevedere che i risultati complessivi della gestione dell'ente locale e delle società non quotate partecipate sono rilevati mediante bilancio consolidato, secondo la competenza economica⁸⁰.

Cass., S.U., **19 maggio 2016 n. 10324**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 22 novembre 2008 la Procura regionale presso la Corte dei conti per il Molise conveniva il prof. G.C., direttore del Dipartimento di cultura del progetto della seconda Università degli Studi di Napoli, per sentirlo dichiarare responsabile del danno arrecato alle finanze regionali, determinato nella somma di Euro 538.000,00, per inadempimento di un incarico di consulenza scientifica, conferitogli dalla regione Molise per la formazione di un inventario informatizzato degli usi civici.

Con sentenza 7 luglio 2010 la sezione giurisdizionale per la regione Molise della Corte dei conti condannava il G. al pagamento della somma di Euro 522.000,00.

La Corte dei conti centrale d'appello rigettava il successivo gravame con sentenza 3 giugno 2013.

Sull'eccezione pregiudiziale di difetto di giurisdizione motivava -

⁷⁹ NOVELLI P., La tutela degli interessi pubblici nelle società partecipate. Il ruolo del P.M. contabile, in Riv. C. conti 2015, 5, 777.

⁸⁰ I rendiconti degli enti locali devono tener conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività locale e di servizi strumentali all'ente (art. 146 8 bis, comma 2, TUEL); l'eventuale ricapitalizzazione di società partecipate costituisce un debito fuori bilancio (art. 184 lett. c, TUEL). SANTORO P. ed E., Compendio di contabilità e finanza pubblica, cit., 283.

che, nella specie, era stata prospettata l'esistenza di una convenzione, priva di causa, tra la regione e l'Università di Napoli;

- che era stata la stessa amministrazione che aveva conferito l'incarico a sospendere i pagamenti, per la ritenuta inutilità della prestazione, anche in ragione dell'elevato prezzo pagato;

- che rientrava nella giurisdizione del giudice contabile l'accertamento dell'eventuale responsabilità, nella gestione di pubbliche risorse contraria a criteri di buona amministrazione;

- che la tesi difensiva di un atto unilaterale potestativo della regione nel conferimento dell'incarico, prospettata dal G., confermava ancor più la giurisdizione contabile, in ragione del rapporto di servizio configurabile con un'amministrazione diversa da quella di appartenenza del privato che aveva ricevuto l'incarico di consulenza.

Avverso la sentenza, non notificata, il G. proponeva ricorso per cassazione, notificato il 17 febbraio 2014 ed ulteriormente illustrato con memoria, deducendo il difetto di giurisdizione della Corte dei conti in assenza dei requisiti di un rapporto di carattere funzionale con la Pubblica amministrazione, caratterizzato da poteri di natura autoritativa e dall'inserimento in un programma di attività da essa gestito, con impiego di risorse pubbliche.

Resisteva con controricorso il Procuratore generale presso la Corte dei conti.

All'udienza dell'8 marzo 2016, il Procuratore generale ed il difensore del G. precisavano le rispettive conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato.

La contestazione dell'inutilità ab initio del progetto per la formazione di un inventario informatizzato degli usi civici appare irrilevante ai fini dell'identificazione della giurisdizione contabile nei confronti dell'arch. G., estraneo alla fase del conferimento dell'incarico, autonomamente deciso dalla regione Molise alla cui amministrazione egli non apparteneva.

Lo stesso vale per l'affermata esosità del corrispettivo, non determinato unilateralmente dal professionista, bensì frutto di un accordo di tipo privatistico conseguito a libere trattative.

Sotto entrambi i profili, quindi, la motivazione addotta in sentenza non è idonea a giustificare la ritenuta giurisdizione della Corte dei conti.

Né appare decisivo il rilievo che il compenso sia stato pagato con risorse pubbliche (fondi della regione Molise): potendosi ripetere tale evenienza in ogni obbligazione pecuniaria, pur se derivante da un ordinario contratto di diritto privato stipulato dalla Pubblica amministrazione.

Nel suo controricorso il Procuratore generale presso la Corte dei conti afferma, altresì, l'insindacabilità ab extrinseco del ritenuto rapporto di servizio, in quanto oggetto di un accertamento di merito rientrante nella cognizione esclusiva del giudice contabile.

Nei termini assoluti in cui appare enunciata, l'enunciazione di principio non può essere condivisa.

E' vero che la responsabilità erariale può riguardare anche soggetti privati, sottoposti, quindi, a giurisdizione contabile; ma perchè ciò avvenga, occorre

appunto un titolo di responsabilità diverso da quello ordinario contrattuale, o da illecito aquiliano: consistente, invece, nell'esercizio, anche solo di fatto, di poteri propri della Pubblica amministrazione intestataria della funzione, che sia prospettato, in sede di edictio actionis, da parte della Procura contabile.

E' sufficiente richiamare, in argomento, il consolidato orientamento di questa Corte, secondo cui la giurisdizione della Corte dei conti sussiste tutte le volte in cui fra l'autore del danno e l'amministrazione o l'ente pubblico danneggiati sia ravvisabile un rapporto, non solo di impiego in senso proprio, ma di servizio, intendendosi per tale una relazione funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'apparato organico e nell'attività dell'ente, suscettibile di rendere il primo compartecipe dell'operato del secondo (Cass., sez. un. 16 luglio 2014 n. 16240; Cass., sez. unite, 24 novembre 2009 n. 24671).

Pertanto, la giurisdizione contabile va affermata allorché il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi tenuti dall'agente nell'esercizio di quelle funzioni per le quali possa dirsi che egli è inserito nell'apparato dell'ente pubblico, così da assumere la veste di agente dell'amministrazione; mentre, ben diversa è la situazione che si determina quando il pregiudizio di cui si pretende il ristoro sia conseguenza di comportamenti che il privato abbia assunto nella veste di controparte contrattuale dell'amministrazione medesima. In tale evenienza, ad esser violato non è, infatti, il dovere, lato sensu pubblicistico, gravante sul contraente generale, di agire nell'interesse dell'amministrazione, bensì quello di adempiere correttamente le obbligazioni dedotte nel contratto, alle quali corrispondono diritti corrispettivi, su un piano di parità.

Ne consegue che la prospettazione di un danno erariale nel senso sopraindicato non è sottratta a sindacato, sotto il profilo dei limiti esterni, qualora non venga allegato dalla Pubblica amministrazione alcuno degli elementi sintomatici del rapporto di servizio.

Diversamente opinando, lo stesso controllo dei limiti esterni di giurisdizione sarebbe precluso dalla pretesa sufficienza di affermazioni di carattere assertivo ed astratto; perfino se disancorate da qualsiasi riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie concreta.

Cosa diversa resta invece l'accertamento di merito della responsabilità del soggetto privato, una volta che ne sia confermato l'assoggettamento a un rapporto di servizio: accertamento, rientrante per contro nella cognizione esclusiva della Corte dei conti.

Sul punto occorre aggiungere, per completezza di analisi, che se è vero che rientra nella giurisdizione contabile la valutazione del corretto esercizio del potere discrezionale amministrativo, anche alla luce dei criteri di proporzionalità delle scelte, di ragionevolezza, ed economicità fondati sul raffronto tra i risultati conseguiti ed i costi sostenuti (Cass., sez. unite 7 novembre 2013 n. 25037; Cass., sez. unite, 9 luglio 2008; Cass., sez. unite, 28 marzo 2006 n. 7024; Cass. sez. unite 29 settembre 2003 n. 14.488) - cosicché discrezionalità in nessun caso può significare insindacabilità assoluta - tuttavia, nel caso in scrutinio, tale valutazione deve riguardare il soggetto pubblico responsabile del programma e dell'affidamento di una consulenza, in ipotesi, superflua e costosa: e non pure il soggetto privato che si sia limitato ad accettare l'altrui proposta contrattuale e che, se responsabile di

inadempimento, dovrà risponderne dinanzi al giudice ordinario secondo le regole civili pertinenti.

La tesi contraria porterebbe, inammissibilmente, a riversare sullo stesso professionista l'obbligo di sindacare la congruità della proposta, prima di accettarla, in relazione ai canoni di buona amministrazione: sostanzialmente, anticipando il futuro giudizio del giudice contabile.

Né sembra che nel caso in esame possa parlarsi di concessione di un contributo pubblico, di cui il Dipartimento di architettura - ed al suo interno, l'arch. G. - sia stato beneficiario; trattandosi, piuttosto, di un normale corrispettivo di opera professionale (non essendo decisivo, in senso contrario, il rilievo che una percentuale di esso fosse trattenuta dal Dipartimento).

Alla luce dei predetti rilievi, la sentenza dev'essere dunque cassata senza rinvio e dichiarata la carenza di giurisdizione della Corte dei conti.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti.

Così deciso in Roma, il 8 marzo 2016.

Depositato in Cancelleria il 19 maggio 2016