

## **La giurisdizione della Corte dei Conti nell' art. 16-bis della legge n. 31/08 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti di imprese con capitale pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità\*.**

**Giuseppe Di Gaspare**

**sommario** 1) la responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche nell'art. 16-*bis* della legge 31/08: una competenza giurisdizionale preesistente ? 2) illegittimità costituzionale dell'art. 16-bis per carenza dei presupposti di necessità ed urgenza ex art 77 2° comma Cost. e per discriminie di trattamento in giustizia, art 3 Cost. 3) per violazione dell'art. 103, 2° comma della Costituzione sulla giurisdizione della Corte dei Conti per assenza di una specifica attribuzione legislativa. 4) nelle decisioni delle Corte di Cassazione le affermazioni sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa della Corte dei Conti per gli amministratori degli enti pubblici economici e delle società miste sono generici *obiter dictum* e non rientrano nel fondamento logico giuridico del giudicato. 5) impossibilità di qualificare il patrimonio delle società partecipate dagli enti locali come patrimonio di enti pubblici sotto il duplice profilo oggettivo e soggettivo 6) non configurabilità in via generale della responsabilità amministrativa per gli amministratori di società di gestione di servizi di pubblica utilità partecipate a maggioranza o totalmente dagli enti locali 7) conseguente illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 41 3° comma della art. 16-bis se riferito alle s.p.a. quotate comunque partecipate dagli enti locali. 8) difformità con il diritto comunitario delle società, della concorrenza e dei mercati finanziari, e conseguente possibilità di invocarne in particolare la disapplicazione per contrasto con norme imperative di diritto comunitario sulla circolazione dei capitali.

### **1. la responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche nell'art. 16-*bis* della legge 31/08: una competenza giurisdizionale preesistente ?**

L'art. 16-bis della legge 31 del 28 febbraio 2008 titola "*responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche*" e contiene la seguente disposizione.

*1) Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento del capitale nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dal diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".*

Al riguardo è da rilevare che il **primo periodo** del citato articolo 16-bis nel prescrivere che "*Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche o di enti pubblici, inferiore al 50*

---

\* Relazione al convegno sulla "Responsabilità amministrativa delle società a partecipazione pubblica", UTILITATIS, Hotel Melià Milano 2 aprile 08

*per cento del capitale nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dal diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario”* sembrerebbe non fare altro che ribadire la giurisdizione del giudice ordinario che sarebbe in ogni caso già da ritenersi sussistente, quale giurisdizione esclusiva, senza la citata disposizione.

Per la norma in esame, invece, **in base al secondo periodo, la giurisdizione del giudice civile appare non sussistere allo stato in via esclusiva , ma solo affermata pro futuro.** Ed in effetti , *le controversie sono devolute con salvezza delle controversie in atto, in quanto per i giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto la giurisdizione ordinaria non troverebbe applicazione in via esclusiva* , dal che dovrebbe conseguentemente e implicitamente arguirsi l'attuale sussistenza della giurisdizione naturale della Corte dei Conti quale giudice della responsabilità amministrativa contabile. In questo modo la Corte dei Conti verrebbe ad essere riconosciuta titolare della competenza a conoscere:

a) **solo in via transitoria**, ad esaurimento dell'attuale contenzioso, della *responsabilità per i giudizi in corso nei confronti degli amministratori e dei dipendenti anche delle società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento del capitale nonché per le loro controllate,*

b) **in generale** nei confronti *degli amministratori e dei dipendenti di società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche o di enti pubblici, superiore al 50 per cento del capitale nonché per le loro controllate.*

**Non è peraltro in alcun modo configurabile l'estensione di tale competenza** nelle controversie relative alle *società con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche o di enti pubblici, superiore al 50 per cento del capitale nonché per le loro controllate non quotate.*

Il tenore letterale del testo normativo è inequivocabilmente poco chiaro; di difficile decifrazione appare la *ratio* della norma, in assenza anche di una relazione illustrativa dell'articolo presentato per la conversione alla Camera e ulteriormente emendato in Senato.

## **2. illegittimità costituzionale dell'art 16 bis per carenza dei presupposti di necessità ed urgenza ex art 77 2° comma Cost. e per discriminie di trattamento in giustizia**

E' da osservare inoltre che la **formulazione del testo**, devolvendo competenze e facendo salvi i giudizi pendenti, **configura implicitamente la suddetta competenza di responsabilità amministrativa della Corte dei Conti come già esistente in via generale.**

Da questo punto di vista, aderendo alla suddetta prospettazione della competenza come già esistente, **non si rinvengono allora le ragioni di necessità ed urgenza** che giustificano il ricorso al decreto legge per la sottrazione al giudice contabile di una competenza che dovrebbe rientrare in quelle di sua naturale attribuzione (per responsabilità amministrativa) **con “devoluzione” della giurisdizione esclusiva al giudice ordinario non in via immediata** (il che, per quanto opinabile, avrebbe pur tuttavia un senso ai fini dell'urgenza) **ma solo pro futuro** (Corte Costituzionale n. 360/96)

In altri termini, se si fosse voluto nella specie effettuare un - per quanto improprio e per altri aspetti censurabile - regolamento "legislativo" di giurisdizione, risolvendo eventuali incertezze giurisprudenziali, se ne sarebbe dovuto ragionevolmente prevedere la immediata applicazione ai giudizi in corso.

A ciò si aggiunga, **data la particolare sensibilità costituzionale** della materia, attinente alla tutela giurisdizionale dei diritti, che **la necessità ed urgenza di una norma singolarmente assunta sulla giurisdizione** al di fuori di una sua generale riconsiderazione sistematica, come avviene di norma in questi casi in specifiche leggi di riforma, **deve trovare concretamente una ragione di immediata evidenza costituzionalmente rafforzata** che nella specie non è possibile neppure lontanamente ipotizzare.

Sotto altro profilo, **il testo appare viziato anche per lesione del generalissimo principio di uguaglianza di fronte alla legge**. E' del tutto evidente che **non siamo, nella specie, in presenza di una devoluzione della stessa cognizione processuale** da un giudice ad un altro, per cui deve essere fatto salvo il principio generale processuale della irrilevanza dei successivi mutamenti di legge alle cause in corso ( art. 7 disp. gen. c.c.). Ci troviamo invece di fronte ad **una modifica del diritto sostanziale relativo alle fattispecie di illecito applicabile**. In realtà, **con l'art 16-bis non si devolve certo la competenza sulla responsabilità amministrativa e contabile al giudice ordinario**. Ci si limita semplicemente ad escludere tale giurisdizione *pro futuro*. **Si discrimina in questo modo**, per il solo fatto temporale della entrata in vigore del decreto convertito in concomitanza di giudizi pendenti, **tra posizioni soggettive analoghe**, di modo che, fino ad una certa data i comportamenti degli amministratori e dei dipendenti delle società quotate a maggioranza pubblica possono configurarsi come illeciti amministrativi di competenza del giudice contabile, dopodiché gli stessi comportamenti non sono più giustiziabili in quanto tali. Ma la competenza del giudice civile nella repressione dell'illecito societario muove da diversi presupposti ed azioni ( 2392 e seguenti, c.c.) ha come riferimento fattispecie diverse da quelle della responsabilità amministrativa **che si cumulano** con queste ultime e che continuano ad applicarsi anche ai giudizi in corso.

In definitiva, **si avrà, nel caso di partecipazione pubblica superiore al 50%, cumulo di sanzioni tra responsabilità amministrativa contabile e responsabilità civile**. Non essendo nella specie applicabile inoltre la connessione (art. 33 c.p.c.), si avrebbe una duplicità di sedi processuali in cui difendersi con aggravio del diritto di difesa e lesione del principio *ne bis in idem*, essendo il convenuto chiamato a rispondere per lo stesso fatto illecito generativo del danno con due diverse azioni in risarcimento. All'esito del giudizio si avrebbe poi una diversa imputazione del risarcimento liquidato: in quella di responsabilità amministrativa contabile la liquidazione del danno è a favore dello Stato ( azionista di maggioranza ). In sede civile invece il danno, anche qualora l'azione sia proposta dagli azionisti di minoranza (*ex art 2393-bis*), è liquidato sempre a favore della società e non dei singoli azionisti con ulteriore profilo di disparità di trattamento anche dei soggetti danneggiati.

Sotto altro profilo, data anche l' affermata natura sanzionatoria e affittiva del giudizio di responsabilità amministrativa, invece del rinvio, **se ne sarebbe dovuto, prevedere, la immediata applicazione anche ai giudizi pendenti** con il solo limite della cosa giudicata,

in analogia del principio penalistico di applicazione della legge più favorevole anche ai processi in corso.

### **3. illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 103, 2° comma della Costituzione per assenza di una specifica attribuzione legislativa**

C'è da chiedersi a questo punto su quale previsione di legge eventualmente si basi la supposta attualmente esistente giurisdizione di responsabilità amministrativa.

**Ed in effetti** il secondo comma dell'art. 103 Cost. per il quale *“la Corte dei Conti ha competenza nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”* è stato più volte interpretato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 17/85; n. 189/84; n. 241/84; n. 102/77 n. 641/1987, n. 385/1996, n. 371/1998) *“nel senso che alla Corte dei Conti è riservata la giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica, la quale va intesa nel senso tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza e dalla legislazione, cioè come comprensiva sia dei giudizi di conto che di responsabilità a carico degli impiegati e degli agenti contabili dello Stato e degli enti pubblici non economici che hanno il maneggio del pubblico denaro; che la materia di contabilità pubblica non è definibile oggettivamente ma occorrono apposite qualificazioni legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all'oggetto ma anche rispetto ai soggetti; che, comunque, essa appare sufficientemente individuata nell'elemento soggettivo che attiene alla natura pubblica dell'ente (Stato, Regioni, altri enti locali e amministrazione pubblica in genere) e nell'elemento oggettivo che riguarda la qualificazione pubblica del denaro e del bene oggetto della gestione”*.

La esigenza di una specificazione legislativa appare ancora più pressante nel caso in specie, **stante il distinguo** operato dalla Corte Costituzionale (C. Cost. 641/1987) - tra gli *impiegati e degli agenti contabili dello Stato e degli enti pubblici non economici* da un lato e **gli amministratori degli enti pubblici economici** dall'altro - ai quali ultimi sarebbe gioco forza assimilare gli amministratori delle società quotate a maggioranza pubblica per cercare di fondare la giurisdizione di responsabilità amministrativa - e per i quali si afferma come tale giurisdizione fosse esclusa da quella *intesa nel senso tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza e dalla legislazione, cioè come comprensiva sia dei giudizi di conto che di responsabilità a carico degli impiegati e degli agenti contabili dello Stato e degli enti pubblici non economici che hanno il maneggio del pubblico denaro* e sono pertanto iscritti nel quadro della finanza pubblica di cui alla legge di contabilità di cui al r.d. 2440/1923.

Nel caso degli enti pubblici economici la loro esclusione si spiega per il fatto che gli stessi ricavano le risorse necessarie allo svolgimento della attività economica, non dalla **fiscalità diretta o derivata** e dunque da trasferimenti finanziari pubblici, bensì dalla attività di impresa di produzione e cessione di beni e servizi a terzi. Per questa fondamentale ragione gli enti pubblici economici, al di là della loro attuale rilevanza pratica nell'ordinamento, sono stati generalmente intesi come non rientranti nell'ambito della pubblica amministrazione **conformemente del resto alla nozione di impresa pubblica ai sensi del diritto comunitario**. Stante la netta distinzione operata dalla giurisprudenza comunitaria ai fini dell'applicazione della direttiva 2004/18/CE tra “organismi di diritto pubblico” e “amministrazioni aggiudicatrici” da un lato e “impresa pubblica” dall'altro *tutte*

*le volte che l'attività dell'ente sia basata su criteri economici e **dotata di autonomia finanziaria** ( cfr: sentenza 16 ottobre 2003, causa C-283/00 Commissione/Spagna )*

**A maggior ragione, tale improbabile estensione della giurisdizione appare, alla luce della giurisprudenza costituzionale e comunitaria, improponibile per le società di capitale a prevalente partecipazione pubblica partecipate o quotate in quanto anch'esse ricavano dalla loro attività di impresa, piuttosto che dalla finanza pubblica, le risorse necessarie al loro funzionamento.** Esse pertanto non sono riconducibili al settore pubblico inteso in senso lato come l'insieme degli enti pubblici finanziati direttamente o indirettamente con risorse pubbliche.

Ed in questo senso logicamente le società a partecipazione pubblica, come del resto gli enti pubblici economici, **non rientrano nella definizione legislativa di amministrazioni pubbliche** di cui all' art 1, comma 2°, del decreto legislativo n. 165 del 2001 il quale statuisce che: « *Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.*»

Ne consegue che l'**equiparazione tra società di capitali di diritto comune, benché in mano pubblica, e amministrazioni pubbliche non appare giustificabile proprio in base alla stessa ratio legislativa che fonda la giurisdizione generale di responsabilità contabile della Corte dei Conti.**

**Si deve pertanto coerentemente ritenere, non essendo riconducibile né alla generale giurisdizione di responsabilità né ad alcuna fonte legislativa che lo preveda, che il sindacato del giudice contabile nella specie sia privo dello specifico, costituzionalmente necessario, fondamento legislativo.**

Né si potrebbe contraddittoriamente asserire che l'**art. 16-bis** nel momento in cui erroneamente presuppone tale sindacato comunque lo fondi *ex novo*, in quanto non si spiegherebbe, allora, quale sarebbe l'attuale fondamento della competenza sui giudizi pendenti e ,dunque, rileva il vizio di illogicità manifesta e pertanto il caso limite del vizio di incostituzionalità **di eccesso di potere legislativo** per "sviamento strumentale della funzione legislativa" (C. Cost. n. 187 /1981) nel caso appunto che "l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza..." (C. Cost n. 313/ 1995). Ed in effetti al riguardo, la Corte Costituzionale ha avuto modo di ribadire come non solo non si possa presupporre una competenza generale di responsabilità e che per *la sua concreta attribuzione* sia sempre necessaria la espressa previsione legislativa, l'*interpositio legislatoris* , ma ha anche rimarcato come tale attribuzione debba conseguire motivatamente "**all'esito di valutazioni che non toccano soltanto gli aspetti procedurali del giudizio, ma investono la stessa disciplina sostanziale della responsabilità**" ( C.Cost. 307/1998).

**4. Nelle decisioni delle Corti di Cassazione le affermazioni sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa della Corte dei Conti per gli amministratori degli enti pubblici economici e delle società miste sono generici *obiter dictum* e non rientrano nel fondamento logico giuridico del giudicato.**

Si è voluto vedere in alcune recenti sentenze della Suprema Corte un sostanziale mutamento di indirizzo rispetto alla giurisprudenza pregressa che escludeva per gli enti pubblici economici (e, quindi, a maggiore ragione per le società miste o in mano pubblica) la giurisdizione della Corte dei Conti per responsabilità amministrativa. Tanto è che, ad avviso di alcuni (in genere magistrati della Corte dei Conti) sarebbe oggi **"pacifica"** la giurisdizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori o dipendenti degli enti pubblici economici e delle società per azioni a partecipazione pubblica per danni causati ai suddetti enti.

Tali percorsi argomentativi fanno in particolare leva sulle sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili n. – 3351/04 e 3889/04 e da ultimo, Cass. sez. un. ord. n. 4511 del 2006 e sent. n. 15458 del 2007.

A ben vedere, dall'esame delle citate sentenze emerge che - pur contenendo nella narrativa generiche incidentali affermazioni di riconoscimento delle prospettate tesi della Corte dei Conti sulla sua competenza in materia- tali sentenze nella sostanza **fondano il giudicato sulla estensione funzionale del rapporto di servizio introdotto dall'art. 1 comma 4 della legge n. 20 del 1994**, in base al quale: *la Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza.*

La parziale innovazione rispetto alla pregressa giurisprudenza, della quale peraltro rimane ferma la tradizionale accezione del danno erariale, consiste nella migliore definizione del nesso funzionale della responsabilità che grava, per effetto della nuova disposizione di legge, sugli amministratori e dipendenti pubblici anche in caso di **danno**, che potremmo definire, **asimmetrico**, i cui effetti, cioè, si producono su amministrazioni pubbliche diverse da quelle di appartenenza.

In questo ordine di idee, **la Cassazione ha incentrato il profilo della soggettività pubblica esclusivamente sul soggetto passivo del danno**, cioè sulla amministrazione o sull'ente da cui provengono le risorse pubbliche o che abbia la proprietà del patrimonio danneggiato. La pubblicità della figura soggettiva attraverso la quale l'amministrazione si trovasse ad agire mentre *perseguendo le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato l'amministrazione* "è irrilevante **purché** attraverso la stessa **"svolga attività amministrativa"**, In questa concezione oggettivata della pubblica amministrazione è necessario pertanto riscontrare sempre un nesso strumentale nella figura soggettiva privata con lo svolgimento di funzioni amministrative proprie dell'amministrazione danneggiata. Entro questi limiti, **sul lato attivo del danneggiante, la pubblicità della figura soggettiva non è (o non è più) presupposto essenziale della fattispecie causativa del danno.** Si fa piuttosto riferimento ad una concezione oggettivata della attività amministrativa che può riscontrarsi in figure soggettive di diritto privato purché per e, pertanto, **la Cassazione considera alla stregua di amministratore o dipendente pubblico chiunque cagioni un danno**

**avendo avuto la disponibilità di beni economici o finanziari pubblici pur non essendo dipendente da alcuna pubblica amministrazione.**

**La recente giurisprudenza** della Cassazione in questo senso **ha chiarito** definitivamente come **la qualificazione in senso pubblicistico dell'ente cui appartiene il danneggiante sia irrilevante ai fini dell'accertamento della sua responsabilità individuale**, la quale può ben riscontrarsi - ed è stata riscontrata, di fatto, in svariate ipotesi : di dipendente di un ente pubblico economico, o di una società a capitale misto o anche interamente privata, o nel caso di un ente privato diverso dalle società di capitale, oppure nel caso di un privato che agisca in proprio, ad esempio, quale professionista - ogni qual volta **il danneggiante abbia avuto titolo e modo di ingerirsi nella gestione del bene patrimoniale o finanziario pubblico**. In questi casi, una volta che il danno si sia effettivamente prodotto nella sfera delle pubbliche amministrazioni, l'autore del danno può essere perseguito in quanto, **per effetto della estensione funzionale del rapporto di servizio (ex art 1 comma 4 l. 20/94 )**, il danneggiante è equiparato, agli esclusivi fini della responsabilità erariale, agli amministratori e dipendenti pubblici.

Al di là di qualche concessione verbale negli *obiter dictum*, la supposta giurisdizione sull'ente pubblico economico o sulle società pubbliche non rientra mai nel ragionamento tecnico giuridico sul quale la Corte di Cassazione ha fondato e fonda le sue specifiche decisioni in ordine al riparto a giurisdizione.

Ed in effetti ***"il discrimen tra le due giurisdizioni risiede infatti unicamente nella qualità del soggetto passivo, e, pertanto, nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui esso si avvale"*** (Cass. Sez un. 19667/03 )

Ed ancora ***"è, dunque, 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 (ibidem)"***. E da ultimo (Cass. n. 4511 del 1 marzo 2006) ***è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato ....., cosicché ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da potere determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l'ente pubblico.***

La Cassazione (sez. un. 19667/03) ha avuto modo in quella decisione di puntualizzare l'effettiva massima estensione del rapporto di servizio riconosciuto in capo ad una persona fisica nella *specie, non amministratore né dipendente del Consorzio, ma **presidente della società che curò l'investimento finanziario in questione...citato in giudizio quale funzionario di fatto***, prescindendo, così , nella specie anche dal titolo dell'investitura formale del danneggiante e dalla sua appartenenza ad un qualsivoglia ente qualificabile come pubblico.

In presenza di risorse finanziarie pubbliche e del nesso di causalità nel comportamento, **la sussistenza di un rapporto di servizio**, comunque dilatato, **nella figura anche del funzionario di fatto**, è necessariamente elemento indispensabile per definire in concreto

la fattispecie del danno erariale, delimitandosi così la estrema portata estensiva della giurisdizione di responsabilità amministrativa.

**Ne deriva, sotto altro ma connesso profilo di incostituzionalità, che la esegesi della giurisprudenza della Cassazione** in materia di riparto di giurisdizione **conferma** che anche per la Suprema Corte non è ravvisabile una qualsivoglia competenza generale della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori e dei dipendenti di società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni pubbliche o di enti pubblici, sia essa inferiore o superiore al 50 per cento del capitale.

Conseguentemente è anche sotto lo specifico profilo della giurisdizione generale di contabilità è da ritenere ulteriormente confermata **la deduzione della illegittimità, costituzionale dell'art. 16-bis della legge 31/08 per contrasto con l'art. 102, 2° comma Cost. per assenza di un fondamento sia specifico sia generale della suddetta supposta giurisdizione di contabilità.**

#### **Nel dettaglio delle decisioni della Cassazione**

- **La sentenza 19667/03** al riguardo sembrerebbe fornire testualmente alcuni elementi a favore della tesi della estensione della giurisdizione della Corte dei Conti sugli enti pubblici anche economici quando afferma, ad esempio, che *“L'evoluzione, alla quale si è fatto cenno, rende **labile**, agli effetti della pronuncia sul regolamento di giurisdizione in esame, **la distinzione tra enti pubblici non economici ed enti pubblici economici**, e nel contempo non del tutto coerenti i criteri di riparto di cui al consolidato orientamento giurisprudenziale.*

Ma, al di là degli evidenti ondeggiamenti teorici sulla categoria degli enti pubblici economici, alla Suprema Corte interessa affermare il superamento della contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato negli strumenti dell'azione amministrativa nel senso... *che **l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato.***

In questa più corretta prospettiva per la Corte rilevano **gli enti pubblici economici** per il **dato oggettivo** che *“**ancorché in forme privatistiche ... perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura** – e, pertanto, **svolgono dunque anch'essi attività amministrativa.***

- **L'oggettivo riscontro, dunque, della finalità pubbliche e dell'impiego di risorse di eguale natura definisce in concreto la giurisdizione a prescindere dalla forma privata o pubblica dell'azione amministrativa, eventualmente messa in atto anche da un ente pubblico economico.**

**E' in questa direzione si deve orientare il giudice** per accertare la giurisdizione verificando se il comportamento illecito rilevi in danno della amministrazione o di terzi. In altri termini più diffusamente: in ordine alla giurisdizione, che continua ad essere attribuita al giudice ordinario, sulla responsabilità extracontrattuale di

amministratori e dipendenti pubblici in danno di soggetti diversi da amministrazioni od enti pubblici, quel che rileva, ai sensi dell'art. 2043 c.c., è che la condotta dell'agente sia contrassegnata da dolo o colpa ed abbia prodotto un danno ingiusto ad essa causalmente collegato (si veda, da ultimo, Cass. nn. 9260/97, 1045/99, 3132/01 e 3980 e 7630 del 2003), altrettanto è a dirsi per la stessa responsabilità dei medesimi soggetti in danno invece di amministrazioni ed enti diversi da quelli di appartenenza, devoluta invece alla Corte dei conti.

E su questo accertamento che fonda logicamente e giuridicamente la propria decisione la Corte, nella decisione *de qua*, in ordine alla giurisdizione piuttosto che sul *obiter dictum* del riconoscimento della giurisdizione alla Corte dei Conti sugli enti pubblici economici..

Ed in effetti per la Corte ***il discrimen tra le due giurisdizioni risiede infatti unicamente nella qualità del soggetto passivo, e, pertanto, nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, avendo - spiega la suprema Corte - il legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente - e così, in definitiva, l'interesse pubblico - con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei Conti.***

Ed ancora l'ulteriore puntualizzazione: Non a caso, del resto, **l'art. 1 legge n. 20 del 1994 fa riferimento al "comportamento"** degli amministratori e dipendenti pubblici soggetti a giudizio di responsabilità, nonché al "fatto dannoso" ed al "**danno**": è, dunque, **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.

La fattispecie oggetto della pronuncia consente inoltre alla Cassazione di precisare nella specie la qualificazione del rapporto di servizio è disancorato anche dalla sussistenza del rapporto di ufficio (amministratore e dipendente dell'ente) e **che si estende al terzo**, "*Il P., né amministratore né dipendente del Consorzio, ma presidente della società che curò l'investimento finanziario in questione, che è stato citato in giudizio quale funzionario di fatto del Consorzio stesso*" ( Cass. Sez un 19667/03).

- Per la qualifica di funzionario **speciale e onorario** nella specifica fattispecie relativa ad un parlamentare cfr.: la sentenza della Cassazione n. 4582 del 2006.

Ed in questo senso la figura soggettiva teorica e giurisprudenziale del **funzionario di fatto vale ancora a spiegare la effettiva portata ed il limite della giurisdizione di responsabilità amministrativa**. Doverosamente incentrata sui comportamenti individuali, essa dà ragione della variegata casistica soggettiva, nella giurisprudenza della Corte dei Conti anche risalente, in base alla quale è stato assimilato agli amministratori e ai dipendenti pubblici chiunque abbia arrecato danno al patrimonio o al pubblico erario avendone avuto, a diverso titolo, occasione di disporre. La giurisprudenza ha ritenuto sussistente il rapporto di servizio anche nei confronti dei professionisti esterni (direttori dei lavori, medici di base e farmacisti

convenzionati con il servizio sanitario nazionale, personale dei servizi segreti).

- Al riguardo, anche dalla ordinanza **n. 4511 del 1 marzo 2006** - che qui è il caso di citare un po' più per esteso di come viene generalmente riprodotta - non può farsi derivare alcun riconoscimento della giurisdizione del giudice contabile sulla responsabilità di amministratori o dipendenti degli enti pubblici economici e delle società per azioni a partecipazione pubblica. Anche in questa decisione la Suprema Corte si limita, a puntualizzare l'irrelevanza della qualificazione soggettiva dell'ente (pubblico o privato che sia) ai fini dell'accertamento della mala gestione del pubblico denaro stante che **"ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale, in ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione al di fuori degli schemi del regolamento di contabilità di stato e tramite soggetti in essa non organicamente inseriti, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato.** Il baricentro si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato o un ente pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, **cosicché ove il privato**, per sue scelte, **incida negativamente** sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da potere determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, **egli realizza un danno per l'ente pubblico** (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile" (cfr: Cass. SSU. 4582, 2 marzo 2006).
- Anche nella, sovente da ultimo richiamata, sentenza della **Cass. civ. sez. Unite, 11-07-2007, n. 15458** non si vi è traccia della concreta applicazione del supposto principio della giurisdizione contabile per responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti delle società miste che appare solo come **obiter dictum**. La Cassazione ha mantenuto sostanzialmente fermo il riscontro concreto ed esclusivo della sussistenza del rapporto funzionale di servizio pubblico e del maneggio del pubblico denaro ma nello specifico **la sentenza esclude che l'ente di appartenenza degli amministratori sub iudice possa essere considerato ente pubblico economico.** Da ragione in fatti alla parte soccombente sul punto affermando : **è' esatto, infatti, il rilievo - ampiamente svolto nel motivo - secondo cui la risalente giurisprudenza ha affermato che rientra nella giurisdizione del Giudice ordinario l'accertamento della responsabilità risarcitoria degli amministratori e dei dipendenti... derivanti dalla commissione di illeciti commessi nell'ambito dell'esercizio della attività imprenditoriale ... ma tale principio malamente è invocato nella specie.** Affermandosi dunque che nella specie la giurisdizione spetti alla Corte dei Conti proprio perché non si è affatto in presenza di un ente pubblico economico dato che **"per contro nella specie è certo, oltre ogni ragionevole dubbio, che gli enti regionali di sviluppo agricolo sono enti pubblici non economici ..**

Di conseguenza la giurisdizione contabile è rinvenibile esclusivamente in base alla **sussistenza del danno erariale arrecato ad un ente pubblico** per cui *“considerati i comportamenti gravemente colposi dagli stessi tenuti in qualità di amministratori .... in occasione delle delibere .... adottate con la loro partecipazione .. produttive del danno sofferto dall'ERSA in conseguenza della intervenuta escussione della fideiussione e conseguentemente all'omesso esercizio di qualsiasi elementare forma di tutela del patrimonio dell'ente stesso”*. Il danno è poi necessariamente correlato al riscontro della **configurabilità del rapporto di servizio, come funzionalmente ridefinito dal citato art. 1 comma 4, della legge 20 del 1994**, per cui si ribadisce conclusivamente *“la cognizione della Corte dei Conti, senza che assuma rilievo, in contrario, la circostanza che gli oneri finanziari siano posti esclusivamente a carico di altro ente (o dello Stato), cioè di una amministrazione diversa da quella di appartenenza degli incolpati “*

#### **5. impossibilità di qualificare il patrimonio delle società partecipate dagli enti locali come patrimonio di enti pubblici sotto il duplice profilo oggettivo e soggettivo .**

Giova al riguardo richiamare la specifica applicazione dell' art 4 della legge n 70/75 di riordino degli enti pubblici con la quale si è prevista **la necessità di apposita attribuzione per legge della qualifica di ente pubblico. Criterio formale sicuramente vigente** che nella specie, dato il carattere ablativo e sanzionatorio della citata norma, non può non essere concretamente invocato per ridurre e ricondurre l'incertezza dell'interprete al rispetto del principio di legalità. Le società in mano pubblica , anche a prevalente partecipazione, non risultano comunque incluse nella qualificazione tipologica delle amministrazioni o enti pubblici di cui all'art 1 della legge 164 /2001.

**Ma ad ogni modo la qualificazione di ente pubblico è da ritenersi non solo formalmente ma anche sostanzialmente esclusa nella specie .**

Le considerazioni svolte in particolare ai punti 2, 7, e 8 del presente studio portano ad affermare che **le disposizioni di cui all'art. 3, comma 59, della legge in esame non possono avere in via generale tra i loro destinatari gli amministratori o i dipendenti di società per azioni di diritto comune che operano nel mercato dei servizi pubblici locali.**

È solo da aggiungere, per completezza, che nella specie sussiste **una radicale differenza ontologica del patrimonio** di tali società da quello di un qualsiasi ente pubblico, **non solo perché i proventi della attività discendono dalla attività d'impresa** e sono il risultato di vendita/fornitura di beni e di servizi (come nel caso anche dell'ente pubblico economico) ma per il fatto che nella società di capitale **il patrimonio costituisce lo strumento dinamico** per l'esercizio della attività volta alla produzione di nuova ricchezza e conseguentemente è **fisiologicamente assoggettato al rischio di mercato.**

**Nei beni patrimoniali degli enti pubblici all'opposto rileva l'esigenza statica di salvaguardare, nell'uso, il patrimonio della collettività** (statale, regionale o comunale) messo a disposizione dell'ente di riferimento per lo svolgimento di attività collegate al perseguimento di finalità pubbliche.

**La differenza meglio si percepisce dal punto di vista patologico nel contrasto tra ordinarie procedure fallimentari per le società di capitale** anche in mano pubblica **e la liquidazione amministrativa per gli enti pubblici.** In un caso, essendo il patrimonio

societario direttamente aggredibile dalle azioni dei creditori è soggetto al fallimento, mentre nell'altro (anche dell'ente pubblico economico) vi è sottrazione al fallimento, dovendosi salvaguardare la persistenza della finalità pubbliche del suo uso per quanto possibile con particolari procedure di liquidazione.

## **6. Impossibilità di ravvisare in via generale una responsabilità amministrativa per danno erariale per gli amministratori di società che gestiscono servizi di pubblica utilità partecipate anche a maggioranza o totalmente dagli enti locali.**

Sono altresì da considerare, in modo più puntuale, gli ulteriori profili di esclusione dalla responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti di società di capitale partecipate in modo prevalente dagli enti locali : fattispecie rilevanti, in generale per le imprese che gestiscono servizi di pubblica utilità e che operano, in particolare, nel mercato dei servizi pubblici locali anche quali società di capitale quotate in borsa e con partecipazione eventualmente indiretta degli enti locali, (prescindendo per il momento dalla ulteriore distinzione tra quotate partecipate in misura maggiore o minore al *50 per cento del capitale nonché per le loro controllate*).

Il punto su cui è necessario soffermare l'attenzione è l'improbabilità che nelle suddette ipotesi possa raffigurarsi un qualsivoglia rapporto di servizio per quanto funzionalmente esteso lo si possa intendere.

Facendo applicazione dei suddetti canoni della giurisprudenza di Cassazione – riscontrabili in genere anche nelle stesse decisioni della Corte dei Conti – per la configurabilità del rapporto di servizio è **pur sempre necessario un collegamento giuridicamente rilevante o rilevabile con le funzioni amministrative dell'ente pubblico danneggiato**. È, infatti, requisito costante e imprescindibile della fattispecie di danno erariale generativo della responsabilità che il soggetto agente sia coinvolto, in ragione della attività svolta, nell'esercizio di funzioni di spettanza della amministrazione. In questa concezione oggettivata della attività amministrativa, per la giurisprudenza è unanime sul fatto che sia necessaria sempre **una connessione "procedimentalizzata"** all'interno dello svolgimento di attività amministrative nel cui itinerario tale partecipazione si colloca ora nelle attività istruttorie, ora in quelle tecnico consultive, ora deliberative, ora di attuazione o meramente esecutive. Essa deve essere comunque **rilevabile e valutabile rispetto a obiettivi, parametri, programmi e fini ascrivibili all'azione dell'amministrazione rispetto ai quali determinerebbe uno sviamento**. Sarebbe pertanto necessario che l'amministratore delle società sia quantomeno, ai fini di una qualsivoglia specifica fattispecie di danno, suscettibile della qualificazione di "funzionario" quantomeno "di fatto" dell'ente pubblico soggetto passivo del danno.

**Bisognerebbe quindi in concreto ravvisare un nesso di funzionalità tra l'azione della amministrazione pubblica e l'attività della società di modo che, dalla subordinazione della società, nel suddetto collegamento funzionale possa scaturire l'ulteriore successivo nesso, quantomeno di fatto, del rapporto di servizio in capo ai suoi amministratori** per potere valutare in concreto il grado di aberrazione della condotta rispetto ai parametri comportamentali che dal suddetto nesso discendono. Ora, **per le società che forniscono servizi di pubblica utilità, questo ipotetico nesso**

**con una qualche funzione o riserva di amministrazione** nello svolgimento concreto dell'attività d'impresa **non appare ravvisabile**. In altri termini le società miste, nello svolgimento ordinario della loro attività imprenditoriale, non sembrano suscettibili di essere qualificate come "strumenti o moduli privatistici" dell'azione amministrativa.

Va al riguardo considerato che a seguito della liberalizzazione dei diversi settori in cui esse operano e per effetto delle modifiche apportate al TUEL **le imprese controllate dagli enti locali operano in mercati liberalizzati in posizione di parità con le altre imprese private** .

Ed, in effetti, l'art 35 della legge finanziaria del 2002 ha **definitivamente eliminato**, con l'abrogazione dell'art. 112, 2 comma, del TUEL, **qualsiasi riferimento al precedente regime giuridico della riserva di attività** dei servizi pubblici locali a favore degli enti locali.

Dal che consegue non solo l'impossibilità per l'ente locale di stabilire nuove riserve a suo favore ma la impossibilità, più in generale, di qualificare ormai i servizi locali liberalizzati come attività rientranti nella sfera di competenza amministrativa degli enti locali.

È stato così **radicalmente reciso ogni qual si voglia collegamento finalistico di partecipazione della attività delle suddette società ai fini istituzionali del Comune** **quandanche lo stesso ne rimanga loro azionista** .

Il novellato art. 113 del TUEL, stabilizzando il nuovo regime di mercato nei settori che qui rilevano, non ha fatto altro che tirare le fila del processo di liberalizzazione degli anni 90, avendo disposto, in via residuale ma generale, termini di decadenza per gli affidamenti e le concessioni in essere - salvo diversi e più circoscritti limiti stabiliti dalle legislazioni di settore. Per cui, in definitiva, l'attività economica nei settori ove operano le utility è attualmente rilevante anche per il diritto comunitario e retta dalle regole di mercato: di **concorrenza nel mercato** in via generale per le attività economica di produzione e vendita; di **concorrenza per il mercato** e per le attività di gestione delle reti di distribuzione, ove vige di massima il principio generale della gara per l'aggiudicazione dei diritti di esclusiva con abbandono della formula anomala di affidamento così come frainteso dal legislatore nazionale dell' in house providing.

Sotto altro convergente punto di vista, **la trasformazione obbligatoria delle precedenti aziende speciali in società di capitale**, in vigore già dalla fine degli anni '90, avendo eliminato il collegamento funzionale con l'ente locale ed i connessi privilegi (sottrazione della aziende al fallimento; possibilità di finanziamento a ripiano delle perdite da parte del bilancio dell'ente locale) **aveva già definitivamente equiparato, sotto il profilo soggettivo, tali società a quelle a capitale privato in un regime giuridico di diritto comune** cui tutte le imprese devono essere necessariamente sottoposte per competere ad armi pari sul mercato.

È venuta meno in questo modo anche la eventuale riconduzione, sotto il profilo soggettivo, delle società in questione **alla categoria degli enti pubblici economici**, in quanto, pur in presenza di un'attività economica commerciale o industriale, **non sussiste più alcun regime soggettivo di diritto speciale, come poteva ancora ravvisarsi per le aziende speciali quali enti pubblici (economici)**.

Di fatto e di diritto tali società appaiono sottoposte nel loro funzionamento esclusivamente al diritto civile (e societario e/o dei mercati finanziari).

Gli enti locali possono perciò dismettere le partecipazioni azionari senza limite alcuno, *iure privatorum*, cedere il controllo, fuoriuscire completamente dalla compagine sociale senza per questo venire meno a qualsiasi loro funzione istituzionale. Vigè cioè il principio della spersonalizzazione del possesso azionario per il quale rileva solo lo "status endogeno" di azionista per cui la concreta persona del socio, il suo "status esogeno" è giuridicamente sempre indifferente, anche nel caso degli azionisti pubblici.

**Né il mero possesso delle azioni**, per il semplice fatto della partecipazione azionaria degli enti locali, benché maggioritaria, **può trasformare una società per azioni di diritto comune, in un ente pubblico e di conseguenza** ed, in particolare, per quello che qui rileva, **il privato patrimonio della stessa società in un bene erariale.**

**Esiste infatti un limite logico-giuridico invalicabile tra la "imputazione proprietaria" dei beni conferiti a capitale o rientranti nel patrimonio della società per azioni e la imputazione "possessoria" delle azioni in capo agli azionisti** (non esattamente proprietaria stante la sottolineatura del necessariamente agevole regime giuridico di circolazione della proprietà : "possesso vale titolo").

Conseguentemente **il patrimonio sociale è di esclusiva proprietà della società**, quale distinta persona giuridica e non dei soci e neanche ovviamente di quelli maggioritari rispetto agli altri. **Essa ne dispone autonomamente** per lo svolgimento della sua attività d'impresa e i suoi amministratori rispondono del suo impiego, nel perseguimento delle finalità societarie, **nei confronti degli azionisti (tutti posti sullo stesso piano)** con le modalità specifiche e nei termini del diritto societario con esclusione di responsabilità differenziate nei riguardi di alcuni nel perseguimento di altrui, eteronome, finalità istituzionali.

Ne consegue, altresì, che gli organi della società di capitale che gestiscono servizi di pubblica utilità, non siano al contempo qualificabili né come organi né come dipendenti di pubbliche amministrazioni e nella specie dell'ente locale rimanendo legati alla società stessa da un rapporto esclusivamente di diritto comune.

Ed in questo senso, ovviamente dandolo per scontato, la Cassazione (SSU. n. 7799/2005) ha statuito **"la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne posseda, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia."**

Sotto altro profilo, a conferma della netta separazione tra amministrazione e s p a e della chiara delimitazione delle rispettive sfere di responsabilità, va segnalata proprio la sentenza della Corte dei Conti Lazio del 10 settembre 1999 con la quale **la Corte ha condannato il sindaco** (del Comune di Tivoli quale socio unico di "Acque Albule SpA ") **per mancato esercizio dell' azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori della stessa società** responsabili di comportamenti illeciti, e del mancato rispetto delle regole di gestione (efficienza, economicità ed efficacia) cui deve conformarsi la gestione societaria in mano pubblica o privata che sia.

## **Secondo la Corte dei Conti, il sindaco avrebbe dovuto controllare la gestione della società esercitando i poteri dell'azionista unico.**

In questo caso, la Corte dei Conti ha ritenuto coerentemente che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della S p A non spettasse direttamente alla Corte stessa e che quindi l'azione di responsabilità, nei confronti degli amministratori della società benché interamente in mano pubblica e nonostante gestisse un patrimonio comunale, fosse di diritto civile e societario e che pertanto l'azione relativa fosse di spettanza del sindaco nella sua qualità di azionista, con la conseguenza che tale azione fosse quella ordinaria dei soci nei confronti degli amministratori della società.

Tale azione di responsabilità, però, nella specie, ad avviso della Corte dei Conti, non avrebbe contenuto discrezionale per cui chi rappresenta nell'assemblea dei soci l'Ente locale è tenuto a promuoverla, data la natura pubblica delle risorse investite. C'è quindi un dovere giuridico per l'amministratore pubblico di promuovere l'azione di responsabilità civile nei confronti degli amministratori della società quando gli stessi abbiano provocato colpevolmente e consapevolmente danni che indirettamente ma sicuramente sono destinati a ripercuotersi sull'ente locale in questo caso, se l'azione di responsabilità si prescrive per inerzia degli amministratori comunali questi ne rispondono in proprio per danno erariale.

Questo indirizzo giurisprudenziale appare nella sostanza condivisibile e non sono state esplicitate le ragioni per le quali la Corte dei Conti abbia ritenuto di doversene discostare ( da ultimo Corte dei Conti Lombardia n.135 del 4 marzo 2008)

## **7. Conseguente illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 41 3° comma della Costituzione se riferito alle s.p.a. quotate comunque partecipate dagli enti locali**

Sempre dal punto di vista dei rilievi di incostituzionalità, consegue, pertanto, **la impossibilità di ricondurre i servizi pubblici locali al novero delle attività oggetto di riserva di legge ai sensi dell'art 43 Cost.** Tali attività economiche rientrano pertanto tra quelle di diritto comune in regime di concorrenza che la nostra Costituzione sottopone, indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata delle imprese, ad un regime giuridico non discriminabile statuendo espressamente l'art. 41 3° comma *"che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali."*

La disposizione costituzionale ha evidentemente di mira il rispetto del principio di parità di condizioni tra le imprese che operano sul mercato con conseguente divieto di favoritismi per le imprese in mano pubblica, ma anche di discriminazioni contro le stesse, conseguentemente anche sotto il profilo della sottoposizione allo stesso controllo giurisdizionale. Ed in questo senso, **la immotivata diversità di giurisdizione inopinatamente prevista dall'art. 16-bis presenta questo ulteriore autonomo rilievo di illegittimità costituzionale con l'art 41 3° comma.**

Coerentemente con la suddetta disposizione costituzionale, prendendo atto dell'intervenuta abrogazione della riserva di legge per i servizi di pubblica utilità, la recente

disciplina, di cui all'art 3 comma 27 della legge finanziaria per il 2008, da un lato esclude, implicitamente, che tali attività economiche siano da ricondurre "*per le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*" tra quelle *strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*, d'altro lato riconosce espressamente invece che, per le stesse amministrazioni, **è sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società.**

#### **8. Ulteriore contrasto con il diritto comunitario delle società, della concorrenza e dei mercati finanziari e conseguente possibilità di invocarne la illegittimità per contrasto con norme imperative di diritto comunitario.**

Sotto altro profilo, emergono difformità rispetto ai canoni fondamentali del diritto comunitario per la evidente differenziazione tra il regime giuridico della proprietà delle azioni.

Il Trattato CE, anche se lascia ex art. 295 impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri, considera la natura pubblica o privata dell'impresa irrilevante ai fini della applicazione delle regole del Trattato in particolare in materia di concorrenza (sentenza 23 aprile 1991, *Hofner*, causa T-319/1989, in *Racc.* p. I.) Ancor più diretto il contrasto con l'art. 86, primo comma, dello stesso Trattato, in base al quale "*gli Stati membri non emanano né mantengono nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente Trattato*". Nella specie, la previsione di un controllo invasivo della Corte dei Conti sulla gestione patrimoniale e sugli amministratori non troverebbe alcun specifico fondamento in motivazioni connesse allo svolgimento di missioni di interesse economico generale che andrebbero comunque esplicitate. Né qualora sussistessero - il che è da escludersi come conseguenza del fatto della mera partecipazione al capitale - potrebbero dar luogo, per il diritto comunitario, ad una forma anomala di responsabilità sociale come "amministrativa contabile".

**Il contrasto con le regole basilari del diritto societario comunitario**, come il principio di **parità di trattamento tra soci**, emerge con forza, benché di riflesso, per la diversa e divergente tutela degli azionisti pubblici rispetto a quelli privati (cfr: art. 42 della seconda direttiva CEE n. 77 /91 in materia societaria, che statuisce che "*per l'applicazione della presente direttiva le legislazioni degli stati membri salvaguardano la parità di trattamento*" degli azionisti *che si trovano in condizioni identiche*). Il principio è peraltro tradizionale anche nel nostro ordinamento e la sua lesione avrebbe la possibilità di autonomo rilievo nella accennata configurazione dell'eccesso di potere legislativo per contrasto con l'art. 47 della Costituzione che assicura *la tutela del risparmio in tutte le sue forme* qui evidentemente sotto il profilo dell'investimento azionario. Sotto altri, convergenti profili, rileva il contrasto con la generale previsione del codice civile dell'art 2348 c.c. per il quale **le azioni... conferiscono ai loro possessori parità di diritti** e con la norma dello stesso rango dell'art. 2350 c.c. che assicura inderogabilmente ai singoli soci delle società di capitale "*diritti patrimoniali proporzionali alle quote di partecipazione possedute*". Queste norme devono essere considerate rafforzate, rispetto all'innovativo e divergente art. 16-bis, per effetto della conformità del diritto societario comunitario.

**La lesione del diritto comunitario sulla libera circolazione dei capitali** emerge in particolare per contrasto con l'art. 4-ter della legge 1974 n. 216 introdotto in attuazione alla direttiva 79/279 che impone alle società quotate di *"assicurare il medesimo trattamento a tutti i portatori dei loro titoli che si trovino in identiche condizioni"*.

**Il divieto di discriminare tra gli azionisti sulla base di criteri che non siano quello del possesso azionario è evidentemente ancor più pregnante nelle società quotate che sono sottoposte peraltro a specifiche normative di informativa e controllo** (art. 120, art. 193 TUF ).

Ai nostri fini è appena il caso di richiamarle succintamente: obblighi informativi ai sensi del TUF e dei Regolamenti Consob, particolarmente, del Regolamento 1971/1999 e successive modifiche, (c.d. Regolamento Emittenti); Obblighi di informazione periodica; Obblighi di informazione su operazioni straordinarie; Obbligo di pubblicazione del prospetto informativo di quotazione ai sensi dell'art. 113 del TUF; Obbligo di comunicazione al pubblico delle informazioni privilegiate e dei fatti idonei ad influenzare sensibilmente il prezzo degli strumenti finanziari ai sensi dell'art. 114 del TUF; Obbligo di informazione al mercato in materia di attribuzione di azioni a esponenti aziendali, dipendenti o collaboratori, ai sensi dell'art. 114-bis del TUF (introdotto dalla l. 262/2005).

Le normative sui controlli delle quotate rispondono peraltro ad esigenze di parità di accesso al mercato per gli investitori in modo che gli stessi possono adeguatamente valutare i rischi dell'investimento ma le responsabilità che generano non possono certo essere ricondotte al concreto verificarsi dei rischi di mercato che sono eventi fisiologici per i mercati finanziari. Da questo punto di vista, una responsabilità eventuale degli amministratori per danni subiti dal patrimonio pubblico porrebbe queste società in contrasto con le regole di ordinario funzionamento del mercato azionario.

**Tale disciplina è inoltre in netta controtendenza** rispetto al diritto comunitario che ha ulteriormente ridotto l'ambito di esplicazione di poteri e regimi giuridici speciali a favore dello stato e degli azionisti pubblici. Ed in effetti anche **le deroghe al diritto comunitario**, per le privatizzazioni e per le azioni possedute da enti pubblici (cfr: art 2450 c.c. e la *golden share* dell' art. 2 legge 474/94) a loro tempo oggetto di procedure di infrazione da parte della Commissione CE sono state **drasticamente ridimensionate** (cfr: art. 4 comma 227 e comma 230 della legge n. 350 / 03) anche a seguito della recente decisione 7 dicembre 2007 ( C .463/04 C 464/04) della Corte di Giustizia e sono **destinate ad essere eliminate a breve** nel nostro ordinamento **per effetto della modifica dell' 2449 del c.c.** introdotta dall'art 13 della legge n. 34 /08 ( legge comunitaria per il 2007).

In aggiunta ai rilievi svolti, di contrasto con altre sovrastanti norme costituzionali e comunitarie, la distinzione tra quotate, basata sul controllo di maggioranza al 51%, appare anche intrinsecamente contraddittoria , non suscettibile di univoca applicazione.

Probabilmente la consapevolezza della particolare intensità dei controlli imposti alla quotate potrebbe avere indotto il legislatore dell'art. 16-bis a sottrarre le società quotate, non a maggioranza di capitale pubblico, alla giurisdizione contabile della Corte dei Conti. Ma come non considerare la portata generale dell'art 2325-bis c.c. che a tutte le società **che fanno appello al mercato del capitale in rischi applica lo stesso regime** dal

codice civile previsto per le società, con deroga limitata esclusivamente alla applicazione di leggi speciali come il TUF o il TUB ma non certo derogabile dall'esile contraddittoria statuizione del art. 16-*bis*.

Dovendosi, poi, porre il problema in chiavi operative si finisce in un quadro inestricabile di incertezze interpretative, tali da rafforzare i citati profili di contrasto con l'assetto sistematico del diritto societario e del diritto dei mercati finanziari. In questo ordine di idee l'inserimento di una di responsabilità amministrativa pubblica peculiare e derogatoria all'interno del diritto delle società appare palesemente in contrasto con i principi di trasparenza e certezza del governo societario e della imputazione dei poteri anche di controllo e degli obblighi di responsabilità collettiva degli amministratori nei confronti della società e degli azionisti previsti senza distinzioni possibili tra soci pubblici e privati della direttiva 2006/46/CE sugli obblighi di informazione delle società attualmente in corso di recepimento

L'art. 16-*bis* distingue la giurisdizione **per le quotate** sulla base del controllo del capitale "*inferiore al 50% per cento del capitale nonché per le loro controllate*". **Per le società controllate**, dalle stesse quotate non c'è una reiterazione, espressa anche per loro, del controllo in mano pubblica al 50% del capitale, in mancanza del quale dovrebbe invece **trovare applicazione il criterio generale che riconduce il controllo all'influenza dominante** che come è noto si può conseguire – e normalmente si consegue – con altri strumenti (norme statutarie, catene di controllo, interposizioni art 2359 c.c. e art 93 TUF, d.lgs n. 164/07). Le società controllate nei termini dell'influenza dominante sarebbero allora soggette anch'esse alla giurisdizione del giudice contabile ?

Tanto per esemplificare in concreto si potrebbe avere una società capogruppo controllata al 50% esente dalla giurisdizione con controllate alla quale partecipano altri soggetti pubblici nelle quali si supera la soglia del 51 % che sarebbero singolarmente rientranti nella giurisdizione della Corte dei Conti se anch'esse quotate altrimenti escluse. Viceversa quotate e controllate al 50% da capogruppo con partecipazione superiore al 51% soggette a tale giurisdizione

**La identificazione dell'influenza dominante con la fattispecie esclusiva della maggioranza del capitale al 50% appare anomala**, intrinsecamente contraddittoria e in palese contrasto con i parametri comunitari in base ai quali si definisce l'influenza dominante ed il controllo societario.

E ancora come si fa ad accertare agevolmente il controllo indiretto del 50 % qualora tale legame transitasse per diverse figure soggettive con particolari modalità di composizione e funzionamento (fondazioni per indicarne solo una). E come ci si dovrebbe regolare nel caso di cessioni di diritti sulle azioni – anche di voto – *pro tempore* si potrebbe parlare di controllo ? La stessa fisiologica facilità di circolazione creerebbe non poche difficoltà nel riscontro del possesso azionario in particolare per le controllate non quotate. Bisognerebbe aspettare le convocazioni delle assemblee per procedere agli accertamenti e per decidere se la giurisdizione di responsabilità della Corte dei Conti sussista attualmente o nuovamente oppure sia venuta nel frattempo meno ?

**Questa anomala configurazione della giurisdizione collegata ad un parametro che può andare e venire con una certa variabilità come l'influenza dominante comporta**

**problemi operativi di non facile soluzione con conseguenze tutte da immaginare sull'andamento dei titoli.**

Ed ancora, **quali potrebbero essere i parametri prudenziali da rispettare, secondo il giudice contabile, la cui lesione può provocare nelle quotazioni il danno erariale stante che le stesse fanno normalmente appello al capitale di rischio nei mercati regolamentati** ? Nella specie troverebbero attuazione per il riscontro del comportamento in danno i tradizionali criteri di cautela prudenziale nella gestione del patrimonio pubblico, oppure bisognerebbe applicarne altri e quali allora?

Ed, infine, qualora si uscisse da questo ginepraio, **chi sono gli amministratori e, soprattutto, i dipendenti**? Se non possono essere individuati, a tacere d'altro, come funzionari di fatto, quantomeno per il maneggio di pubblico denaro come per gli agenti contabili, **come si fa a stabilire il dato materiale del bene erariale**? Il capitale, il denaro circolante ed il patrimonio della società sarebbero da annoverarsi tra i beni erariali? La responsabilità si estenderebbe alle società di revisione? Ai dipendenti con autonomie negoziali e con procure specifiche ?