

## Profili normativi e di giurisdizione in tema di soggettività pubblica.

DI FRANCESCO SOLURI

Sommario: 1. Aspetti introduttivi ed evolutivi della tematica. 2. Le società di capitali a partecipazione pubblica. 3. La *Golden share*. 4. Il ruolo del giudice contabile e le tendenze normative più recenti. 5. Il *General contractor*.

### *1. Aspetti introduttivi ed evolutivi della tematica.*

Da un punto di vista storico, la tematica della soggettività pubblica è stata normalmente sempre affrontata attraverso il puntuale riferimento alla nozione di «ente pubblico», espressione con la quale si individua un soggetto titolare di pubblici poteri posto, per vincoli organizzativi, di controllo e di finanziamento, in una relazione di dipendenza nei confronti dello Stato e degli enti territoriali.

L'analisi compiuta dalla giurisprudenza, anche costituzionale<sup>1</sup>, seguita dalla elaborazione dottrinale delle diverse teorie differenziali tra enti pubblici e privati, ha permesso di individuare precisi indici di riconoscimento, ancorché non esaustivi, della natura pubblica di un ente, rinvenibili ad es. : *a)* nella espressa qualificazione da parte del legislatore; *b)* nell'assoggettamento ai controlli di gestione da parte della Corte dei Conti; *c)* nell'assoggettamento a controlli strutturali o sull'attività da parte degli enti territoriali; *d)* nell'assoggettamento a poteri d'ordine, di direttiva e di coordinamento.

Nell'ambito della categoria concettuale dell'ente pubblico, è poi possibile individuare quella ulteriore dell'impresa pubblica, intendendosi con tale formulazione ogni entità che eserciti un'attività economica e che sia assoggettata ad un potere di effettivo controllo da parte dei pubblici poteri.

Questo potere di controllo ricorre nei casi in cui i pubblici poteri esercitino, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante sull'ente in ragione della proprietà, della partecipazione finanziaria e dell'ordinamento dell'impresa.

---

<sup>1</sup> Merita di essere ricordata, in proposito, la sentenza della Corte Costituzionale 7 aprile 1988, n. 36, la quale – ancorché seguita da successivi arresti da parte delle Supreme Magistrature - rappresenta indubbiamente un importante punto di arrivo nel processo giurisprudenziale di verifica degli indici distintivi di enti pubblici. Il caso di specie, sottoposto al vaglio della Corte, riguardava la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1 l. 17 luglio 1990, n. 6972 (cd. *legge Crispi*), che riconduceva nell'alveo degli enti pubblici tutte le istituzioni di assistenza e beneficenza (Ipab), ponendosi così in contrasto con l'articolo 38, ultimo comma, Cost., che tutela la libertà dell'assistenza privata. Ad avviso del Giudice delle Leggi è apparso indubitabile che la norma impugnata, producendo una pubblicizzazione generalizzata di tali istituzioni abbia determinato una sorta di monopolio pubblico dell'assistenza, con conseguente compressione della libertà dei privati di operare nel medesimo campo.

Modelli più risalenti di impresa pubblica sono l'impresa-organo (altrimenti definita come azienda pubblica) e l'ente impresa (denominato ente pubblico economico).

Dal punto di vista dell'indagine storica, l'ente pubblico economico ha rappresentato per diverso tempo la figura organizzatoria utilizzata in prevalenza dallo Stato per intervenire direttamente nella sfera economica, connotata da forme organizzative sostanzialmente analoghe a quelle di un'impresa<sup>2</sup>.

In relazione a questa figura, allo stato attuale piuttosto recessiva, la giurisprudenza affermava in modo costante la carenza di giurisdizione in capo alla Corte dei Conti, giacché un controllo di tipo pubblicistico risulterebbe poco confacente ad un'attività di tipo imprenditoriale, evidenziandosi che tali enti hanno finalità economica e personalità giuridica, non esercitano poteri autoritativi, operano secondo schemi di tipo privatistico e, pertanto, essi, anziché essere soggetti al rispetto dei canoni di buona amministrazione o di discrezionalità amministrativa, devono osservare le regole di correttezza poste dal diritto privato, come tali sindacabili in sede di giustizia civile<sup>3</sup>.

In altri termini, le regole di contabilità pubblica (ed il conseguente corollario della responsabilità amministrativa) costituirebbero un complesso normativo riferibile alle PP.AA. e non anche agli enti pubblici economici, per i quali il sindacato secondo parametri determinati risulterebbe inadeguato, essendo stati essi staccati dalla proprietà diretta dello Stato proprio al fine di consentire una gestione più snella e flessibile rispetto alla normativa giuscontabile.

Successivamente tale rigidità iniziò a venir meno, in particolare a seguito di alcuni interventi della Corte di Cassazione, la quale ebbe modo di evidenziare<sup>4</sup> che, affinché la giurisdizione su un ente pubblico economico spettasse alla Corte dei Conti, occorre che: *a)* l'ente danneggiato avesse natura pubblica; *b)* la gestione della risorsa monetaria fosse assoggettata ai vincoli previsti per la spesa di denaro pubblico; *c)* il danno fosse collegato alla inosservanza degli obblighi di servizio stabiliti a tutela di un impiego corretto del pubblico denaro.

*Ex adverso*, la giurisdizione della Corte dei Conti era ritenuta non configurabile in relazione ad atti posti in essere nell'ambito di una gestione privatistica dell'attività imprenditoriale degli enti pubblici economici<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Come opportunamente evidenziato, lo scopo per cui questa figura era stata creata era quello di poter disporre di un'entità che agisse con le stesse possibilità utilizzate dagli operatori privati (con possibilità, dunque, di svolgere attività di produzione di beni o servizi destinati al mercato, con autonomia rispetto agli organi politici i quali, tuttavia, conservavano un potere di indirizzo e di controllo su di essa. Cfr., sul punto, G. ASTEGIANO, *Gli enti pubblici economici e le aziende speciali*, in M. ATELLI (a cura di), *Giurisdizione della Corte dei Conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli, 2005, p. 3 ss.

<sup>3</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., SS.UU., 21 ottobre 1983, n. 6179 ; Cass., SS.UU., 14 dicembre 1985, n. 6328 ; Cass. SS.UU., 14 dicembre 1985, n. 6329.

<sup>4</sup> Cfr., Cass., SS.UU., 22 ottobre 1992, n. 11560.

<sup>5</sup> Cfr., Cass., SS.UU., 20 ottobre 1993, n. 10381.

Una distinzione siffatta tra attività imprenditoriali (rientranti nella giurisdizione dell'A.G.O.) ed attività vincolate al rispetto delle procedure di diritto pubblico (rientranti nella giurisdizione della Corte dei Conti) è stata mantenuta dalla Suprema Corte anche dopo le riforme degli anni novanta<sup>6</sup>, vigendo in tal modo il sistema del cd. *doppio binario* e permanendo tale orientamento anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 97/2001 che, nel combinato disposto degli artt. 3 e 7, impone un obbligo di comunicazione alla Procura regionale della Corte dei Conti, affinché promuova l'eventuale procedimento per danno erariale, della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata, per i delitti contro la pubblica Amministrazione, nei confronti di enti di amministrazioni pubbliche o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica<sup>7</sup>.

Il panorama giurisprudenziale ha registrato un mutamento soltanto a partire dall'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 6 novembre 2003, n. 19667.

Invero, la Corte di Giustizia Europea era intervenuta appena pochi mesi addietro<sup>8</sup> evidenziando che, ai fini dell'individuazione di un organismo di diritto pubblico e, dunque, in sostanza, ai fini della qualificazione di un organismo quale Amministrazione aggiudicatrice, onde evitare fenomeni distorsivi della concorrenza e del libero mercato attraverso il ricorso a società o ad enti privati da parte dell'ente pubblico, sono necessari tre requisiti, vale a dire: *a)* la personalità giuridica; *b)* il fine perseguito, costituito dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale; *c)* la sottoposizione ad un'influenza pubblica (vale a dire la stretta dipendenza dallo Stato, da Enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico).

Requisiti che, successivamente, hanno trovato una pressochè letterale trasposizione nell'art. 3 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Ad esempio, ancora nel 1997 le SS.UU. hanno avuto modo di affermare che la gestione del personale e perfino il conferimento di appalti era espressione di attività imprenditoriale, come tale sottratta alla cognizione del giudice contabile (Cass., SS.UU., 13 febbraio 1997, n. 5085).

<sup>7</sup> Nonostante l'entrata in vigore della legge appena richiamata, infatti, non si sono registrati sostanziali mutamenti della giurisprudenza del *doppio binario* che, al contrario, è stata riproposta a più riprese anche successivamente. Cfr., ad esempio, *ex multis*: Cass., SS.UU., 17 luglio 2001, n. 9649, Cass., SS.UU. 11 febbraio 2002, n. 1945, nonché Cass., SS.UU.

<sup>8</sup> Cfr., sent. 15 maggio 2003 (n. C-214/00, in *Affare Commissione Europea c. Regno di Spagna*), relativa alla figura dell'organismo di diritto pubblico, sorta storicamente per ricomprendere le situazioni caratterizzate da privatizzazioni formali senza liberalizzazione dei relativi mercati, e che si differenzia dalla impresa pubblica (e dagli e.p.e.) per il carattere generale e la natura non industriale o commerciale dell'attività svolta.

<sup>9</sup> *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE*, peraltro ormai giunto (a seguito della emanazione del recente d. lgs. 11 settembre 2008, n. 152) già al terzo decreto correttivo, reso necessario - come, del resto, anche le precedenti operazioni di *restyling* avviate, rispettivamente, con il d. lgs. n. 6/2007 e con il d. lgs. n. 113/2007 - a causa delle recenti censure sollevate dalla Commissione Europea con la procedura di infrazione del 30.01.2008 C (2008) 0108, in tema di trasposizione nel Codice dei contratti pubblici delle

La dottrina non ha mancato, invero, di evidenziare come la originale logica ispiratrice della figura dell'organismo di diritto pubblico (volta, come si è detto, a coprire situazioni di privatizzazione soltanto formale di imprese pubbliche, quando queste continuano, in realtà, ad essere incaricate di svolgere funzioni fuori mercato) sembrerebbe essere speculare a quella che, parallelamente, ha portato la giurisprudenza comunitaria a costruire la categoria delle organizzazioni private soggette a "controllo analogo" a quello degli uffici interni dell'Ente pubblico controllante, come tali legittimate a ricevere affidamenti diretti (o *in house*), senza doversi assoggettare all'onere di procedure competitive, in quanto sostanzialmente corrispondenti, malgrado la forma privatistica, ad articolazioni interne della P.A.

La richiamata sentenza della C.G.E. acquista, poi, rilievo ancora maggiore a causa della sua prossimità temporale con l'ordinanza della Corte di Cassazione 6 novembre 2003, n. 19667, nella cui motivazione, ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti, è stata espressamente richiamata la nozione di "organismo di diritto pubblico" elaborata dal giudice europeo appena qualche mese prima.

In particolare le SS.UU., premettendo che l'Amministrazione svolge l'attività amministrativa non soltanto quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato, evidenziano come il processo di privatizzazione dell'Amministrazione pubblica non avrebbe comportato una riduzione della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei Conti ma, al contrario, a partire dalle leggi degli anni novanta, una espansione di tale sfera.

Viene in tal modo affermato che l'ampia formulazione dell'art. 1, ultimo comma, della l. n. 20/1994 deve ritenersi riferita anche agli amministratori e ai dipendenti degli enti pubblici economici (nonché di soggetti formalmente privati), non rilevando né che essi perseguano le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata dal diritto privato, né il quadro di riferimento (pubblico o privato) entro il quale si colloca la condotta produttiva del danno, né il titolo in base al quale è svolta la gestione del pubblico denaro (rapporto di pubblico impiego, concessione, contratto di diritto privato, ecc.), essendo sufficiente la natura oggettivamente pubblica del danno e cioè il collegamento (anche indiretto) con la finanza pubblica, desumibile da una qualunque relazione che dimostri la funzionalizzazione dell'attività imprenditoriale alla cura di interessi generali giuridicamente organizzati e in quanto tali attribuiti all'ente pubblico.

---

richiamate direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, nonché delle osservazioni formulate dal Consiglio di Stato (cfr., parere n. 3262 del 2007) sullo schema di regolamento di esecuzione del Codice stesso e della relazione della Corte dei Conti (cfr., parere n. 51/I del 26.05.2008).

Non è, invero, mancato in dottrina un orientamento qualificato<sup>10</sup> che ha evidenziato come la citata ordinanza n. 19667/2003, che pure nei fatti ha assunto una notevolissima importanza per aver ampliato la sfera di giurisdizione della Corte dei Conti, in sé e per sé considerata, non si fonderebbe su motivazioni convincenti, poiché finisce per dare il massimo rilievo a quell'ultimo comma dell'art. 1 della l. n. 20/1994 che, in verità, con gli enti pubblici economici avrebbe poco a che fare. Tanto più che, nel caso che ha dato occasione al regolamento di giurisdizione deciso con l'ordinanza in questione, il presidente e gli amministratori di un Consorzio erano stati convenuti in giudizio dalla Procura regionale per risarcire il danno arrecato al consorzio medesimo, e non ad altre Amministrazioni o enti pubblici (in ipotesi, all'Amministrazione vigilante).

Ad ogni modo, il nuovo corso inaugurato con la richiamata ordinanza n. 19667/2003 è stato successivamente confermato dalle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>11</sup>.

## *2. Le società di capitali a partecipazione pubblica.*

Si è detto prima che l'ente pubblico economico ha rappresentato il modello di impresa pubblica storicamente più risalente nel tempo.

Negli ultimi anni, invece, l'impresa pubblica è andata via via evolvendosi attraverso l'assunzione di connotati societari, registrandosi in sostanza la tendenza al superamento della figura dell'impresa-organo in favore, invece, della trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali a partecipazione pubblica: ne costituirebbe esempio l'art. 113, comma 8, del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267<sup>12</sup>, che in proposito enuncia chiaramente l'obbligo di trasformare i due modelli di e.p.e. locale – azienda speciale e consorzi tra enti per la gestione associata di servizi – in società di capitali.

Esisterebbero ragioni ben precise giustificative di questo *favor* legislativo verso l'adozione di modelli societari.

Anzitutto, soltanto l'adozione della veste societaria consentirebbe la partecipazione associata di soggetti pubblici e privati; inoltre, all'interno dello schema generale societario, le varie tipologie di società mista (società a capitale pubblico

---

<sup>10</sup> Cfr., in proposito, S. M. PISANA, *La responsabilità amministrativa illustrata con la giurisprudenza più recente*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 75, ss. Un ulteriore commento, anche in chiave critica, della citata ordinanza delle SS. UU. Cass. n. 19667/2003 nonché della giurisprudenza successiva, è contenuto in A. LAMORGESE, *Impresa pubblica: profili giurisdizionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 3/2008.

<sup>11</sup> Cfr., Cass., SS.UU., 25 maggio 2005, n. 10973. In definitiva, il nucleo certamente più innovativo e problematico del mutamento verificatosi con la richiamata ordinanza delle Sezioni Unite concerne, indubbiamente, il lato attivo del rapporto cioè la possibilità di configurare la stessa impresa pubblica (o lo stesso e.p.e.) quale soggetto attivo della obbligazione risarcitoria, quindi "Amministrazione danneggiata", sia pure regolata nella anche nella sua struttura dalla disciplina privatistica, nel cui interesse la Procura promuove l'azione di responsabilità, e beneficiaria finale del credito risarcitorio. Cfr., in tal senso, anche Cass., sent. 11 luglio 2007, n. 15458.

<sup>12</sup> *Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti locali*.

maggioritario, minoritario, società a responsabilità limitata) consentirebbero una maggiore flessibilità ed adattabilità alle diverse esigenze.

Non sono, però, mancate perplessità in merito alla ammissibilità stessa di concepire enti pubblici in forma societaria, derivanti principalmente dal fatto che, poiché l'attività amministrativa – a differenza di quella privatistica – è retta dal principio di legalità e tipicità dell'*agere* amministrativo, l'adozione del meccanismo negoziale esporrebbe al rischio di elusione del meccanismo di controllo funzionale e del rispetto del principio di legalità.

Conseguentemente, secondo questa ricostruzione, lo svolgimento della funzione pubblica dovrebbe essere governato da norme di diritto pubblico e non da quelle di diritto privato, dal momento che solo le prime garantirebbero la funzionalità dell'*agere* amministrativo al perseguimento di scopi pubblici.

Negli anni tale assunto è andato progressivamente frantumandosi, evidenziandosi da parte della dottrina, che oggi l'imperatività e l'unilateralità dell'azione amministrativa più che la regola rappresentano invece l'eccezione, sussistendo poteri non autoritativi suscettibili di dar vita a negozi unilaterali o bilaterali (quali, ad es., i poteri ampliativi della sfera del destinatario).

Si è inoltre assistito ad uno sgretolamento del secolare principio dell'indifferenza dell'atto negoziale rispetto a forme di controllo funzionale, radicandosi via via, in un'ottica complessivamente più moderna della disciplina dei rapporti economico-sociali, meccanismi di controllo esterno dell'attività negoziale privata a fini di tutela di interessi generali (si pensi, per fare soltanto un esempio, alle forme di tutela del consumatore o della concorrenza).

In definitiva, nel momento in cui si giunge alla consapevolezza per cui anche lo strumento privatistico può essere conforme al soddisfacimento del pubblico interesse, cadrebbero alcune delle obiezioni avanzate circa l'utilizzabilità del modello negoziale, da parte delle Amministrazioni pubbliche, per il perseguimento degli interessi pubblici.

Senza contare che l'ampliamento di fatto dei compiti della pubblica Amministrazione, connessi alla erogazione di servizi alla collettività, ha determinato una progressiva erosione dello spazio riservato alle funzioni amministrative tradizionali, favorendo lo sviluppo dei moduli privatistici da parte dell'amministrazione<sup>13</sup>.

### 3. *La golden share.*

Nell'ambito della fenomenologia degli enti pubblici in forma societaria, può risultare utile un accenno alla cd. *golden share*, intendendosi con tale espressione quelle realtà societarie caratterizzate da penetranti poteri speciali dell'azionista pubblico.

---

<sup>13</sup> Per una complessiva ricostruzione della tematica, cfr., D. IELO, *L'Ente pubblico*, in R. CHIEPPA (a cura di), *Temi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

In proposito, l'art. 2 della legge n. 474/1994 prevedeva l'introduzione negli statuti delle società operanti nei servizi di pubblica utilità e oggetto di privatizzazione sostanziale di clausole attribuenti al Ministero del Tesoro poteri speciali: *a)* di nomina di parte del management; *b)* di gradimento nell'assunzione di partecipazioni; *c)* di veto nell'assunzione delle deliberazioni di maggior rilievo; *d)* di gradimento nell'assunzione di determinati patti o accordi.

La normativa appena richiamata è stata oggetto di una procedura di infrazione avviata in sede comunitaria: la Corte di Giustizia CE, con sentenza 23 maggio 2000, ha infatti censurato le modalità con cui lo Stato italiano ha attuato la *golden share*, ritenendole sproporzionate rispetto agli obiettivi da perseguire e, dunque, sostituibili con misure meno penalizzanti per la libertà di circolazione di capitali (di cui all'art. 3, comma 1, lett. *c)*, e all'art. 56 del Trattato CE).

In particolare, la Corte ha ritenuto che il concetto di interesse nazionale, inteso come limite agli investimenti stranieri, rappresentasse una sorta di parametro eccessivamente discrezionale, non trasparente e, in definitiva, suscettibile di applicazioni discriminatorie, dovendosi conseguentemente ritenere come contrarie alle libertà assicurate dal Trattato, ad esempio, le clausole di gradimento sui nuovi soci o sulla conclusione di patti di voto o, ancora, sulle attività esorbitanti l'ordinaria gestione economica (costituzione, modificazione o estinzione dell'ente).

Ancora in argomento, si segnala da ultimo che sempre la Corte di Giustizia CE, con la recente sentenza 26 marzo 2009 (nella causa C-326/07, in *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana*) ha statuito che lo Stato italiano, avendo adottato le disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.p.c.m. 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio di cui all'art. 2 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332 (conv. con modifiche dalla citata l. n. 474/1994), è venuto meno agli obblighi su di esso incombenti: *a)* in forza dell'art. 43 CE e dell'art. 56 CE, nella misura in cui dette disposizioni si applicano ai poteri speciali previsti dall'art. 2, comma 1, lett. *a)* e *b)*, del predetto decreto legge, come modificato successivamente dalla l. n. 350/2003 (*legge finanziaria 2004*); *b)* in forza dell'art. 43 CE, nella misura in cui le citate disposizioni si applicano al potere speciale previsto dal predetto art. 2, comma 1, lett. *c)*.

#### 4. Il ruolo del giudice contabile e le tendenze normative più recenti.

Viene comunemente individuato nella sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899<sup>14</sup>, il momento in cui, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, le Sezioni

---

<sup>14</sup> Relativa al caso di una società per azioni a partecipazione pubblica assolutamente maggioritaria. Il caso di specie vedeva convenuti, per danno arrecato all'ente pubblico (un Comune), un assessore comunale e l'amministratore unico della predetta società. In tale sentenza, l'affermazione della giurisdizione della Corte dei Conti è stata fondata non sulle motivazioni esposte nella citata ordinanza delle SS.UU. Cass. n. 19667/2003, ritenute non necessarie, ma sulla base di un rapporto di servizio tra la società e l'ente territoriale, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (anche non organica

Unite avrebbero per la prima volta riconosciuto la giurisdizione del giudice contabile ma ancor più rilevante è, probabilmente, la giurisprudenza successiva della stessa Corte dei Conti<sup>15</sup> che, innovando sulla materia, avrebbe riconosciuto la propria giurisdizione in quanto finalizzata al ristoro del danno subito dalla società a partecipazione pubblica da parte dei propri amministratori o dipendenti<sup>16</sup>.

Invero, il punto di approdo finale della evoluzione giurisprudenziale, allo stato attuale, sembra invero tradursi in una visione cd. "sostanzialista" della pubblica Amministrazione, intesa cioè quale possibile soggetto attivo, dunque danneggiato, e come tale avente diritto al risarcimento.

In altri termini, secondo tale prospettiva, si prescinderebbe dalla qualità formale del soggetto, ammettendosi che l'azione di responsabilità possa essere esperita in favore di qualunque soggetto che persegua finalità pubbliche attraverso l'impiego di pubblico denaro<sup>17</sup>.

Come però opportunamente evidenziato, i due requisiti devono entrambi coesistere, poiché il semplice perseguimento di finalità pubbliche non sarebbe di per sé sufficiente ad attribuire al soggetto anche la tutela giurisdizionale pubblica davanti alla Corte dei Conti, dovendosi evitare una estensione della giurisdizione contabile altrimenti eccessivamente dilatata<sup>18</sup>.

Al quadro fin qui delineato può aggiungersi che le Sezioni Unite SS.UU. della Corte di Cassazione, con sentenza n. 22513 del 20.10.2006, richiamando la precedente pronuncia n. 3899/04, hanno riconosciuto il rapporto di servizio, necessario per l'assoggettamento alla cognizione della Corte dei Conti, allorché si instauri una relazione funzionale, sì da collocare il soggetto nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico, quale concorrente fattivo dell'attività amministrativa, attuando in vece

---

ma) funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo: rapporto di servizio che, per costante giurisprudenza, implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto di gestione.

<sup>15</sup> Cfr., Corte dei Conti, Sez. I, App., 3 novembre 2005, n. 356, nonché la giurisprudenza successivamente formatasi al riguardo: cfr., *ex multis*, Corte dei Conti, sez. Campania, 5 maggio 2006, n. 722, Corte dei Conti, Sez. Trento, 18 luglio 2006, n. 58, Corte dei Conti, Sez. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135 e Corte dei Conti, Sez. I, App., 3 dicembre 2008, n. 352.

<sup>16</sup> Qualificando, pertanto, l'azione della Procura contabile come *actio pro societate*, ex articolo 2393 *bis*, cioè dettata a tutela dell'interesse sociale della società ed esperibile *anche* dai soci di minoranza (cioè quei soci che rappresentino, secondo la formulazione letterale della norma, «*almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo ...*»).

<sup>17</sup> Cfr., al riguardo, Corte dei Conti, sez. Friuli-Venezia Giulia, 4 agosto 2006, n. 417. In buona sostanza, il giudice contabile osserva che è ormai chiara l'inversione di tendenza, dal momento che non occorre interrogarsi sulla natura giuridica degli atti (funzionalizzati o in regime privatistico) né rileva la qualificazione di ente pubblico, economico o meno: la giurisdizione della Corte dei Conti sussiste ogni qual volta vengano utilizzati beni e denaro pubblico per la cura di pubblici interessi.

<sup>18</sup> Cfr., S. M. PISANA, *op. cit.*, p. 97.

della P.A., un compito suo proprio, non rilevando né la natura privatistica dell'ente stesso, né quella dello strumento contrattuale con cui si è istituito il rapporto.

Se questo sembra essere l'attuale stato dell'arte, può essere utile, tuttavia, accennare ad una recente disposizione normativa che ha finito per suscitare non pochi dubbi in dottrina.

La disposizione in questione è quella dell'art. 16-*bis* della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito in legge, con modifiche, il d. l. 31 dicembre 2007, n. 248 (cd. decreto *milleproroghe*), ha stabilito che, "*per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario*".

Sono fatti salvi i "*giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*", ai quali non si applicano, dunque, le disposizioni in questione.

Non sono mancate critiche alla citata disposizione già all'indomani dell'entrata in vigore della legge, giungendo qualche autorevole commentatore ad affermare che il legislatore sia apertamente intervenuto "a gamba tesa" nel dibattito in corso<sup>19</sup>, spinto dalla preoccupazione di sottrarre al giudizio della Corte dei Conti le società aventi le predette due caratteristiche.

Si osserva, inoltre, che la norma sembrerebbe fondare tale 'deroga' su un criterio assolutamente empirico ed irragionevole, prestando tra l'altro il fianco ad eccezioni di legittimità costituzionale e comunitaria agevolmente prevedibili.

In particolare, come evidenziato fin dai primi commenti, non apparirebbero chiare le motivazioni per cui escludere le società a partecipazione minoritaria soltanto perché quotate in borsa, non essendo chiaro come la presenza sul mercato azionario possa determinare modalità diverse di tutela delle risorse pubbliche investite nelle suddette società e come tale diversità rilevi, per di più, solo in caso di partecipazione minoritaria.

Ugualmente difficile è comprendere il motivo per cui da un tale regime differenziato debba derivare l'applicazione agli amministratori e ai dipendenti delle società in questione di un sistema di responsabilità risarcitoria certamente più gravoso rispetto a quello previsto, normalmente, in capo agli amministratori e dipendenti di tutte le altre società a partecipazione pubblica prefigurandosi, in quest'ultimo caso, un evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

E' stato, d'altra parte, rilevato che l'art. 16-*bis*, pur con tutti i motivi di censura che sembrano accompagnarlo, confermerebbe comunque una pressoché generale

---

<sup>19</sup> Cfr., in proposito, A.M. SANDULLI, *L'articolo 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche*, in *www.federalismi.it*, n. 5/2008, p. 1.

giurisdizione contabile sulla materia avendo il legislatore esplicitamente affermato che la giurisdizione del giudice ordinario si applica *esclusivamente* alle società a partecipazione pubblica minoritaria, se quotate in borsa, e specificando che le relative controversie dovranno essere risolte *secondo le norme del diritto civile*<sup>20</sup>.

In altri termini, secondo l'opinione appena riferita, la formulazione della norma sarebbe espressione di un legislatore che, consapevole del travaglio dottrinario e giurisprudenziale in corso, ed in particolare di alcune decisioni del giudice contabile che, sebbene ormai minoritarie, ancora professano l'esistenza di un *doppio binario*, sia intervenuto, sia pure a suo modo, per superarle definitivamente.

Tuttavia, da ultimo, è opportuno segnalare che l'art. 3 del decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, recante "*disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi*" (conv., con modifiche, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166), ha previsto, in considerazione di un interesse pubblico ritenuto preminente<sup>21</sup>, l'esonero dalla responsabilità amministrativo-contabile di amministratori, dirigenti, revisori e dipendenti<sup>22</sup>.

La citata disposizione ha ovviamente contribuito a ravvivare il dibattito in corso, in realtà mai sopito.

E' di tutta evidenza come il possibile concorso delle azioni dinanzi al giudice contabile ad a quello ordinario ponga evidentemente non pochi problemi<sup>23</sup>.

In via problematica ed in attesa comunque di approfondimenti ulteriori da parte della giurisprudenza, è stato evidenziato che qualora il giudice contabile o la Cassazione a Sezioni Unite ravvisassero il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti, potrebbe essere invocata la c.d. *translatio iudicii*: in tal caso potrebbero soccorrere le disposizioni di cui agli artt. 69 c.p.c. e 2409 c.c. che prevedono, previa comunicazione dei predetti organi giudiziari, l'intervento del P.M. civile con denuncia al Tribunale "se vi è fondato sospetto che gli amministratori in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità che possano arrecare danno alla Società"<sup>24</sup>.

## 5. *The General Contractor.*

---

<sup>20</sup> Cfr., E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle S.P.A. a partecipazione pubblica e l'articolo 16 bis del cd. Milleproroghe (d.l. 31/12/2007, n. 248, convertito in legge 28/02/2008, n. 31)*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2008, p. 21, ss.

<sup>21</sup> Individuato nella necessità di assicurare il servizio pubblico di trasporto aereo passeggeri e merci in Italia, in particolare nei collegamenti con le aree periferiche.

<sup>22</sup> Nel caso di specie, di Alitalia-Linee aeree italiane S.p.A., nonchè di Alitalia Servizi S.p.A. e delle società da queste controllate.

<sup>23</sup> Cfr., Corte dei Conti, Sez. Lombardia, n. 135/2008, *cit.*, con la quale, in una fattispecie in cui un manager ed un quadro, dipendenti da una società in mano pubblica, avevano inferito danni alla propria società, è stata prevista una condanna al risarcimento non dell'intero danno, ma commisurata alla quota di partecipazione pubblica (nella specie, il 30%).

<sup>24</sup> Cfr., *Relazione scritta del Procuratore Generale della Corte dei Conti* alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2009 (Adunanza delle SS.RR. dell'11 febbraio 2009), p. 62.

Per completezza espositiva, è opportuna qualche considerazione relativa alla figura particolare del cd. *General Contractor*, introdotta dalla legislazione nazionale, e di cui ci si occupa in questa sede limitatamente alla distinzione dalla figura, prima delineata, dell'organismo di diritto pubblico.

Com'è noto, il d. lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (recante "*Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*"), ha introdotto significative novità in tema di disciplina delle procedure concernenti la progettazione, l'approvazione dei progetti e la realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (cfr., art. 1, comma 1), prevedendo, accanto alla tradizionale figura del concessionario di costruzione e gestione, quella del contraente generale come soggetto realizzatore di siffatte infrastrutture (cfr., art. 1, comma 3, art. 6 e ss.).

Merita di essere ricordato, inoltre, che con d. lgs. 10 gennaio 2005, n. 9, sono state introdotte "*integrazioni al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, per l'istituzione del sistema di qualificazione dei contraenti generali delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, a norma della legge 21 dicembre 2001, n. 443*".

Invero, la citata legge n. 443/2001 (cd. '*legge obiettivo*' o altrimenti nota come '*legge Lunardi*') aveva disposto l'introduzione nell'ordinamento giuridico, da parte del legislatore delegato, di una serie di regole, in tal modo recependo nel nostro ordinamento (insieme con il d.l. n. 190/2002) il sistema definito "esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera" che si affianca alle altre tradizionali modalità di esecuzione di lavori.

Non si tratta, tuttavia, di una novità nel panorama sopranazionale, essendo la figura in commento già prevista dalla direttiva n. 89/440/CE<sup>25</sup>.

La dottrina ha opportunamente evidenziato<sup>26</sup> che il general contractor esegue l'opera, o meglio, compie ogni attività necessaria affinché l'opera veda la luce, ivi comprese talune attività di tradizionale rilievo autoritativo-funzionale, come l'espropriazione, la progettazione e la direzione lavori, e al contraente generale viene pagata, a titolo di corrispettivo, una somma di denaro "in tutto o in parte dopo l'esecuzione dei lavori".

E' escluso che questi provveda anche alla gestione, sicché la differenza rispetto alla costruzione e gestione sta in entrambe le prestazioni corrispettive, laddove il contraente generale raccoglie i finanziamenti, coordina le attività, esegue l'opera e

---

<sup>25</sup> Volendo con ciò significare che, ai fini dell'operatività della figura del *General Contractor*, sarebbe anche bastato utilizzare, già a partire dagli anni novanta, lo strumento base contenuto in tale direttiva. In realtà, l'unica esperienza concretamente maturata nel nostro Paese, in relazione all'istituto di che trattasi, è stata quella della Tav S.p.A. (programma dell'alta velocità/alta capacità del 1992), dunque, prima dei complessivi interventi da parte del legislatore del biennio 2001-2002. Cfr., al riguardo, M. CORRADINO, *La soggettività pubblica nel diritto comunitario*, in *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2007, p. 263.

<sup>26</sup> Cfr., F. CINTIOLI, *Profili ricostruttivi del general contractor*, in *giustamm.it*.

la consegna “chiavi in mano”, mentre l’aggiudicatore effettua un pagamento diretto e posticipato, senza affidare in via diretta all’esecutore i frutti della gestione dell’opera.

In particolare, il contraente generale si qualificerebbe per il fatto di possedere specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativi, nonché per il fatto di assumere l’onere dell’anticipazione temporale del necessario finanziamento, trattandosi, in definitiva, di un soggetto che, a fronte della libertà di forma prevista per la realizzazione dell’opera, assume un obbligo di risultato nei confronti dell’aggiudicatore (assumendo il relativo rischio)<sup>27</sup>.

Le opere strategiche e di preminente interesse nazionale sono sottoposte ad un particolare regime anche sotto il profilo processuale, essendo la relativa disciplina attualmente contenuta nell’art. 246 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (recante recante “*Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture ed insediamenti produttivi*”), ed inserendosi la norma appena citata (unitamente a quella dell’art. 14 del d. lgs. n. 190/2002) nell’ambito del regime speciale di cui all’art. 23 *bis* della l. n. 1034/1971.

Tornando alla disciplina sostanziale, va infine dato conto delle recenti modifiche apportate dal cd. terzo correttivo<sup>28</sup> alla disciplina del contraente generale, riguardanti da un lato le disposizioni per l’affidamento dei lavori e, dall’altro, quelle sul sistema di qualificazione dei contraenti generali.

Quanto al primo dei due aspetti, l’art. 176, comma 6, individuando le norme applicabili alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori operanti come contraenti generali, fa un espresso richiamo alle disposizioni di cui alla Parte I del Codice (recante “Principi e disposizioni comuni”).

Di maggiore rilievo risultano essere, però, le modifiche apportate all’art. 188, comma 1, e all’art. 191, comma 1, lettera *a*), in tema di qualificazione dei contraenti generali, essendo il legislatore, in tal modo, intervenuto per risolvere una sorta di incongruenza venutasi in concreto a determinare in merito ai presupposti di ordine morale per la partecipazione alle gare pubbliche e per l’accesso al sistema dei contraenti generali, che dunque, a seguito di tale ultima modifica, sono gli stessi, ovvero, quelli previsti dall’art. 38 per la generalità degli affidamenti.

---

<sup>27</sup> Cfr., M. CORRADINO, *op. cit.*, p. 264.

<sup>28</sup>Cfr., d. lgs. 11 settembre 2008, n. 152, (“*Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell’articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*”), avente finalità di completamento degli adeguamenti già avviati, rispettivamente, con il d. lgs. n. 6/2007 e il d. lgs. n. 113/2007 e sul quale si richiama, per completezza, quanto già anticipato nella nota 11 del presente lavoro.

