

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

IL CONTRATTO ALL'INIZIO DEL XXI SECOLO

Intervento del Presidente della Corte dei conti

Luigi Giampaolino

Roma

9 maggio 2013

1. La partecipazione a questo Convegno del Presidente della Corte dei conti si giustifica, in un certo senso, *ratione officii*, e ciò per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, essa vuole testimoniare la comune appartenenza di tutte le magistrature, ivi compresa quella contabile, che pure guarda quotidianamente all'uso delle pubbliche risorse e al corretto agire di pubblici apparati e, quindi, che ci pongono le scienze economiche e finanziarie e la scienza dell'amministrazione, a quell'unica famiglia che ha le sue profonde radici nel medesimo *jus civile* elaborato, proprio in questa Città, nei millenni scorsi.

Jus civile che, come poeticamente intuì Marguerite Yourcenar nel suo *Memorie di Adriano* e come, invece, ha teorizzato limpidamente Aldo Schiavone nel suo *Jus, l'invenzione del diritto in Occidente*, rappresenta la nostra più profonda cifra identitaria ed, insieme, il più importante lascito che la civiltà romana ha fatto al mondo.

Ma vi è un secondo motivo, anch'esso ufficiale, che non solo giustifica la mia presenza all'odierno convegno nella qualità di Presidente della Corte ma, anzi, mi

rende compiaciuto ed orgoglioso, in ragione delle numerose unità di magistrati contabili che hanno, così numerosamente e brillantemente, contribuito alla stesura dell'opera che oggi stiamo presentando.

Ad essi si sono uniti brillantissimi notai, avvocati dello Stato e del libero foro, magistrati di altre magistrature.

Anche ad essi va un caloroso plauso; non me ne vogliano questi ultimi, però, se per la già ricordata "*ratione officii*", spenderò poche parole di commento all'opera degli autori provenienti dai ranghi della magistratura che mi onoro di presiedere.

2. L'elevato numero di essi mi costringerà ad uno sforzo di sintesi. Mi limiterò, quindi, meramente ad accennare alle tematiche sulle quali i colleghi si sono diffusamente soffermati e la cui lettura ho trovato estremamente interessante.

- Non posso non partire dall'esame del lavoro del collega **Fava**, curatore del volume ed autore di un lungo *excursus* storico-giuridico sull'istituto del contratto, dagli albori del diritto romano fino all'*European private law*, nonché di una non breve trattazione di diritto comparato e degli attuali lavori nell'ordinamento europeo.

Si tratta di un tema a me molto caro perché riprende conferma quanto prima avevo accennato, la posizione centrale dello *jus civile* romano come causa prima dell'attuale sistema giuridico e della posizione e funzione del controllo nell'ordinamento europeo.

Allo stesso tempo, attraverso lo studio del contratto e della sua evoluzione nei secoli, il collega Fava ci fa assistere, in controluce, all'evoluzione della stessa società, dagli splendori dell'Impero romano fino all'attuale processo di unificazione europea.

In qualche modo, dunque, il contratto, come già intuì Rosseau, è paradigma

dello stesso consorzio umano che, come il primo, nasce e si consolida grazie al riaffermato consenso tra le parti.

- Di particolarissimo interesse è il tema trattato dal collega **Di Benedetto**, unitamente all'avv. **Pulitano**, quello cioè dei contratti d'impresa e dei contratti asimmetrici.

Si tratta di un tema di particolare rilievo perché affronta la tematica contrattuale nel suo momento dinamico anziché statico, esaminando i problemi dell'istituto nella realtà dell'attività di impresa calando, com'è solito fare il giudice contabile, la norma giuridica nella realtà economica.

- Vicino a questo tema è quello inerente le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi tramite moduli o formulari affrontato dalla collega **Franchi**.

Si tratta di argomenti in cui si dibatte di uno dei temi fondamentali della teoria del contratto, se in esso cioè prevalga la volontà delle parti ovvero la sua mera estrinsecazione e di tutte le modalità per assicurare la migliore tutela degli interessi delle parti.

Tutti questi temi, unitamente a quello, più generale dei contratti con il consumatore (anch'esso espressamente ed approfonditamente trattato da altro autore) mi sono anch'essi cari, perché rimandano ad un'opera di legislazione, cui ho dato il mio personale contributo di impegno ed ingegno, quel codice del consumo che rappresentò un importante punto di arrivo legislativo nella normativa di settore.

- In qualche modo connessa al discorso fin qui svolto è la problematica affrontata dalla collega **Morgante**, che si è occupata degli obblighi legali di contrarre e le clausole imposte, sviscerando la tematica del confine tra autonomia negoziale privata ed impostazione solidaristica del nostro ordinamento ravvisabile non solo nei

primi articoli della Costituzione ma anche in quello (art. 41) dedicato all'iniziativa economica.

Sviscerando tali temi, anche la collega perviene all'esame di quelle complesse problematiche che, analizzando il contratto sotto l'ottica dell'attività di impresa, vengono ad esplorare i territori posti a confine tra il diritto e l'economia.

- Tema altrettanto complesso e delicato è quello affrontato dal collega **Balestrieri** che analizzando il contratto normativo va ad analizzare i limiti dell'autonomia normativa per verificare la possibilità dell'autonomia di farsi eteronomia, norma pattizia cioè che vincola non solo le parti ma altri soggetti.

- Tema centrale della teoria del contratto è quello affrontato dal collega **Iadecola**, e cioè gli effetti e l'opponibilità del contratto.

Tale tematica riporta il tema del contratto dall'empireo delle limpide costruzioni giuridiche alla realtà del concreto atteggiarsi dei rapporti umani, in quanto lo scopo ultimo dell'accordo contrattuale è quello di produrre effetti ed effetti opponibili alle parti e, date talune condizioni, ai terzi.

- speculari sono gli argomenti trattati dai colleghi **Teti** e **Vetro**, l'interpretazione e l'integrazione del contratto, problematiche entrambe finalizzate a meglio comprendere ed attuare il senso pieno delle volontà espressa dalle parti, calando un accordo astratto nella concretezza dell'agire quotidiano.

- Di particolare rilievo sono i temi trattati dai colleghi **Palmieri** e **Di Pietro**, in quanto lo studio della risoluzione del contratto e delle invalidità negoziali e, dunque, di quegli aspetti patologici che determinano la rottura del sinallagma, costituisce terreno per misurare *a contrario* gli aspetti costitutivi e fondamentali

dell'accordo stesso.

- Appartengono anch'esse alle patologie dell'accordo le questioni in tema di indebito e di arricchimento *sine causa* esaminate dalla collega **Micci**.

Infine, vorrei ricordare due tematiche magistralmente trattate da due distinti colleghi, entrambe intrinsecamente connesse alle questioni affrontate quotidianamente dalla Corte dei conti.

- Mi riferisco al tema dell'autonomia contrattuale della P.A., oggetto di riflessione da parte del collega **Glinianski**, e quello delle procedure di evidenza pubblica, trattato dalla collega **Cossu**.

Si tratta di temi che impingono direttamente nelle tematiche giuscontabilistiche, in quanto riguardano proprio quegli aspetti di contatto tra l'autonomia privata e l'azione amministrativa.

3. È noto come la Pubblica Amministrazione, per il perseguimento degli interessi pubblici di cui è portatrice, possa avvalersi, oltre che degli strumenti propri del diritto pubblico, anche di quelli appartenenti al diritto privato.

L'interesse pubblico può, dunque, essere perseguito non solo mediante provvedimenti amministrativi unilateralmente ed autoritativamente adottati dalla PA, ma altresì in forza di negozi giuridici, sia tipici che atipici.

Inoltre, anche sotto il profilo organizzativo, all'apparato burocratico tradizionale il soggetto pubblico può affiancare il ricorso ai moduli privatistici quali quello aziendale o quello societario.

Tale duplice *modus operandi* della PA, pubblicistico ovvero privatistico, si è via via affermato nel corso del tempo, ricevendo riscontro, oltre che dalla

giurisprudenza e dalla dottrina, da parte dello stesso Legislatore.

Al riguardo è noto come la legge 11 febbraio 2005, n. 15 abbia modificato l'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, riconoscendo espressamente pari dignità all'agire autoritativo e a quello negoziale.

Non di rado, poi, la concreta operatività di determinati provvedimenti amministrativi implica l'affiancamento necessario di speciali tipologie di contratti, ed. "a oggetto pubblico" o "di diritto pubblico", aventi lo specifico fine e oggetto di definire i rapporti tra il privato e l'Amministrazione ovvero tra il primo e la comunità servita, che sono stati originati dal provvedimento amministrativo presupposto: è, ad esempio, l'ipotesi del rapporto tra il provvedimento amministrativo di concessione e il relativo disciplinare convenzionale.

La disciplina della contrattualistica pubblica è posta anzitutto dalla legge di contabilità generale dello Stato adottata con r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e dal relativo regolamento di attuazione adottato con r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

In tale ambito l'art. 3 della legge citata distingue i contratti attivi da quelli passivi, a seconda che sul pertinente capitolo del bilancio dell'ente essi siano generatori di un'entrata ovvero di una spesa, a fronte di prestazioni acquisite da soggetti terzi ovvero da questi rese.

Tale distinzione rileva anche ai fini del controllo preventivo di legittimità di cui all'articolo 3, comma 1, lett. g) della legge 14 gennaio 1994, n. 20, che concerne tutti i contratti attivi indipendentemente dal loro valore, mentre per i contratti passivi tale tipologia di controllo è prevista soltanto per gli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria e per gli altri contratti di importo superiore ad un decimo della soglia comunitaria.

Con specifico riguardo ai contratti passivi, poi, in relazione all'intensificarsi del ricorso allo strumento contrattuale per la cura dei pubblici interessi o per l'assolvimento dei bisogni strumentali delle pubbliche amministrazioni, oltre che in

attuazione degli obblighi di tutela della concorrenza derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Unione Europea, a livello nazionale, accanto alla risalente disciplina giuscontabilistica - peraltro in parte superata - il "Codice" adottato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ha posto un articolato regime inerente ai "contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", di matrice comunitaria, attuativo delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

In tale unitaria *sedes materiae* è confluita tutta una disciplina che in precedenza era suddivisa nell'ambito di distinti decreti legislativi di recepimento delle altrettanto distinte direttive comunitarie, inerenti ai contratti di appalto di rilevanza comunitaria di lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109), forniture (d.lg. 24 luglio 1992, n. 358), servizi (d.lg. 17 marzo 1995, n. 157), nonché relativi ai settori esclusi (d.lg. 17 marzo 1995, n. 158).

Oggetto fondamentale di detto speciale regime, di matrice comunitaria, così come della più risalente legislazione giuscontabilistica nazionale, è certamente la scelta del contraente della PA, quale aspetto di più intenso impatto, dal lato dell'interesse del mercato, sul corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali e, dal lato dell'interesse della PA, sulla possibilità per quest'ultima di beneficiare delle migliori condizioni ivi conseguibili in termini di qualità e prezzo.

In tale prospettiva, la legge di contabilità prevedeva le procedure selettive del pubblico incanto e della licitazione privata, la cui scelta era sostanzialmente rimessa ad una scelta discrezionale dell'Amministrazione (art. 3 r.d. 2440/1923), l'appalto-concorso utilizzabile per speciali lavori o forniture (art. 4), nonché la trattativa privata quale procedura esperibile quale *extrema ratio* e in via *extra ordinem* - proprio in quanto non linea con le esigenze di confronto competitivo e paritario tra gli operatori - soltanto in costanza di "speciali ed eccezionali circostanze", da menzionarsi espressamente nel decreto di approvazione del contratto, tali da non consentire l'esperimento delle procedure di evidenza pubblica (art. 6).

Riconfermando tale impostazione di fondo, come detto comune alla più risalente normativa giuscontabile nazionale e alle direttive comunitarie, il Codice dei contratti pubblici, nel recepire queste ultime, ha ampliato il novero delle procedure selettive, anche mutuandole dalle esperienze estere e dalle rinnovate esigenze delle Amministrazioni e degli operatori economici, adeguandone la nomenclatura a quella comunitaria e così distinguendo tra procedure "aperte", "ristrette" e "negoziate" (art. 3).

4. A questa proliferazione di moduli operativi privatistici all'interno dell'azione amministrativa corrisponde un pari proliferare di moduli organizzativi privatistici, quali società per azioni, in luogo di enti ed amministrazioni pubbliche.

L'agire privatistico della PA a mezzo del modulo societario presenta rilevanti implicazioni, oltre che sotto il profilo già esposto della disciplina della scelta del contraente, anche sotto quello della applicazione, in costanza di determinati presupposti, del regime pubblicistico della responsabilità amministrativo-contabile per danno erariale, rientrante nell'ambito cognitivo della Corte dei conti. Anche per tale verso la Suprema Corte di legittimità, Giudice in ultima istanza della giurisdizione, si era via via orientata verso un approccio sostanziale, mirante ad appurare la effettiva e prevalente essenza, pubblica o privata, dell'operatore in questione.

In tal senso, con l'ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667 le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribaltato decenni di giurisprudenza che aveva escluso la giurisdizione contabile sugli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e di società pubbliche per la ragione, prettamente formale, della non configurabilità di un rapporto di pubblico impiego *stricto sensu* e della natura imprenditoriale della loro prevalente attività, come tale non soggetta alle norme pubblicistiche e della

contabilità pubblica.

Per contro, la citata ordinanza n. 19667/2003 - valorizzando l'espresso riconoscimento della responsabilità amministrativa per il danno cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quello di appartenenza (art. 1, co. 4, legge 14 gennaio 1994, n. 20) e dunque anche al di fuori del "rapporto di impiego", purché nel più ampio perimetro delineato dal "rapporto di servizio" delineato secondo un approccio non più soltanto "organico" quanto piuttosto "funzionale" - ha prefigurato un ambito cognitivo della Corte dei conti esteso all'intera attività amministrativa come intesa dall'art. 1 della legge n. 241/1990, ovverosia atta a ricomprendere non più solo l'esercizio di "pubbliche funzioni e poteri autoritativi", ma anche il perseguimento delle proprie finalità istituzionali "mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato".

In tale prospettiva, è stato riconosciuto che "Il discrimen tra le due giurisdizioni (contabile e ordinaria) risiede ... unicamente ... nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui (il soggetto pubblico) si avvale ... non avendo il legislatore ritenuto di attribuire altresì rilevanza alle modalità della condotta del soggetto agente - e, in concreto, se essa violi norme di diritto pubblico o di diritto privato. ... 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" (v. anche S.U., n. 10973/2005, n. 14101/2006, n. 3367/2007).

Nell'estendere le suddette argomentazioni, rese con riferimento a un ente pubblico economico, anche alle società in mano pubblica, le Sezioni Unite hanno posto in luce che "l'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra ... una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla

giurisdizione della Corte dei conti ... a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto" (S.U., n. 3351/2004, n. 20132/2004, n. 20886/2006, n. 8409/2008, n. 519/2010).

Le suesposte argomentazioni sono state portate a ulteriori conseguenze addirittura con riferimento a fattispecie in cui l'erogazione di fondi pubblici costituiva semplicemente un supporto finanziario per lo svolgimento di un'attività del tutto privata, ravvisandosi la sussistenza di un vero e proprio rapporto di servizio, con conseguente giurisdizione contabile, anche nei riguardi del soggetto, pur interamente privato, ma percettore di contributi pubblici finalizzati.

In tal senso, con l'ordinanza 1° marzo 2006, n. 4511, si è posto in luce 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 od in un contratto privato". Invero, "ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti. Cosicché, ove il privato cui siano erogati fondi pubblici, per sue scelte incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla P.A., alla cui realizzazione esso è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, esso 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 con il concorso dello stesso imprenditore; e di tale danno deve rispondere davanti al giudice contabile".

Tale percorso giurisprudenziale aveva condotto addirittura a ipotizzare una responsabilità amministrativa di carattere meramente "finanziario", basata sulla sola provenienza pubblicistica delle risorse e dunque incentrata sul mero "danno alla finanza pubblica", anche a prescindere dalla sua contestualizzazione nell'ambito di un rapporto di servizio.

Tale ricostruzione è stata fugata dalle Sezioni Unite della Cassazione con un orientamento che si è consolidato a partire dalla sentenza 27 ottobre 2009, n. 26806, che ha escluso la giurisdizione contabile sul danno al patrimonio e alla capacità reddituale delle società a partecipazione pubblica, anche totalitaria, ove interamente soggette allo statuto ordinario civilistico, riconoscendo invece la giurisdizione contabile sulle sole società caratterizzate da connotati pubblicistici ulteriori rispetto alla mera provenienza pubblica delle risorse conferite, estrinsecantisi in un regime giuridico speciale in cui il perseguimento dell'interesse pubblico non resta confinato a mero motivo soggettivo della partecipazione societaria dell'amministrazione, calandosi per contro nella causa del contratto sociale e in una speciale connotazione dello statuto giuridico della società, estrinsecantesi nella previsione di peculiari prerogative ed obblighi pubblicistici atti a differenziarla giuridicamente dalle società ordinarie (ord. 22 dicembre 2009, n. 27092; 16 febbraio 2010 n. 5032).

Si è in tal senso ribadito che le "società di diritto privato partecipate da un ente pubblico ... non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico".

In tale prospettiva, una volta affermata l'omogeneità di regime giuridico degli organismi societari, a prescindere dalla provenienza pubblica o privata del capitale, assume rilievo decisivo, ai fini della spettanza dell'azione risarcitoria verso gli amministratori o dipendenti della società, la questione se il danno subito dall'ente partecipante sia "diretto, o meramente riflesso, rispetto a quello arrecato al

patrimonio sociale".

Ciò in conformità all'esegesi consolidatasi con riferimento al regime societario ordinario civilistico, nel cui ambito si distingue tra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società per il danno arrecato al patrimonio sociale, perseguibile con l'azione sociale di responsabilità (art. 2393, nonché art. 2393-bis e 2394, e 2476, commi 1, 3, 4, 5, ce.) e la responsabilità degli stessi verso i singoli soci o terzi per pregiudizi arrecati direttamente al loro patrimonio, perseguibili con l'azione individuale di responsabilità (art. 2395 e 2476, comma 6, cc).

In tale ambito, la S.C. ha circoscritto la giurisdizione contabile al solo danno diretto cagionato all'ente pubblico partecipante (ad esempio, il danno all'immagine), escludendola, invece, per il danno arrecato al patrimonio della società.

In tal senso si è argomentato che "non solo ... non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, ... ma neppure sussiste ... un danno ... erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dell'ente ... socio", dal momento che "La ... distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato".

In altri termini, ove l'allocazione della pubblica provvista sia attuata in forma di mera partecipazione al capitale sociale, "gli scopi perseguiti dalla pubblica amministrazione degradano a motivi della partecipazione", che restano "estranei all'agire successivo della società", dal momento che "la pubblica provvista confluisce ... nel capitale sociale, presidiato da regole che non si collocano sul piano di un rapporto intersoggettivo tra pubblica amministrazione ... e società, ma su quello dell'ordinamento interno dell'ente di diritto privato e dunque della responsabilità

degli organi che la governano verso la società stessa", responsabilità che è "regolata dal diritto civile" (S.U.ord.n. 5019/2010).

Opposte sono, invece, le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite con riferimento alle "singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis".

Invero, in tal caso, gli interessi generali alla base della partecipazione pubblica non restano confinati a mero "motivo della partecipazione", ma giungono a penetrare direttamente lo scopo sociale, conformando il regime giuridico della società stessa, la quale diviene, pertanto, "assimilabile a una amministrazione pubblica ... nonostante l'abito formale ... di società", con conseguente "qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile" (ord. n. 27092/2009, n. 5032/2010).

Una ulteriore ipotesi nella quale non pare potersi dubitare che la società debba considerarsi un "organo indiretto" dell'Amministrazione, con conseguente ravvisabilità del "rapporto di servizio", è quella dell'*in house providing*.

In tal caso, il modulo sostanzialmente pubblicistico nel quale si inquadra il rapporto tra Amministrazione e società *in house* giustifica, dal lato del diritto comunitario/amministrativo, l'affidamento diretto in deroga al regime ordinario del confronto competitivo nel settore delle commesse pubbliche e, dal lato della contabilità pubblica, la configurabilità del rapporto di servizio - su specie della sostanziale "autoproduzione" di beni e servizi da parte dell'Amministrazione, sia pur erogati da un ente formalmente privatistico ed estraneo alla compagine amministrativa - con conseguente giurisdizione della Corte dei conti.

Non possono, peraltro, sottacersi, in chiave critica, alcuni limiti dell'esposto orientamento giurisprudenziale che ha sancito l'esclusione della giurisdizione contabile con riferimento alle società a partecipazione pubblica per le quali i suddetti

"indici speciali di pubblicità" non siano ravvisabili.

In primis, risulta sminuita la considerazione delle peculiarità proprie ed esclusive dell'azione pubblica di responsabilità del PM contabile, non assimilabile e non riducibile alla mera *actio ex socio* civilistica ex artt. 2935 e 2476 cc, essendo promossa non dalla parte danneggiata (ente pubblico o società in mano pubblica), ma da un organo terzo e imparziale quale il PM contabile, soggetto soltanto alla legge e operante nell'interesse obiettivo dell'ordinamento e soggettivo dell'intera collettività, ed essendo incentrata sui peculiari canoni della personalità e parzialità della responsabilità, salvo che per il caso del dolo, e sull'elemento soggettivo quanto meno della colpa grave.

Tra l'altro, "il potenziale concorso di azioni da parte della PA danneggiata e del PM contabile è immanente al sistema della responsabilità amministrativo-contabile e pur tuttavia mai si è dubitato che ciò determini una sostanziale incompatibilità di giudizi, né una restrizione della sfera giurisdizionale contabile, ma, semmai, un eventuale problema di *ne bis in idem* in caso di esecuzione della condanna" (C. conti, sez. giur. reg. Campania, sent. 28 dicembre 2012, n. 2056).

In tal senso la Cassazione ha riconosciuto più volte che "giurisdizione penale e giurisdizione civile per il risarcimento dei danni derivanti da reato, da un lato, e giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale, e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra tali giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei Conti, senza dar luogo a questione di giurisdizione" (ex multis, Cassazione SS. UU. 21 ottobre 2005 n. 20343, 26 novembre 2004 n. 22277, 23 novembre 1999 n. 822, 21 maggio 1991 n. 369, 3 febbraio 1989 n. 664).

Va poi tenuto in conto che la qualificazione dell'interesse pubblico sottostante alla partecipazione societaria quale mero "motivo" della stessa non appare esprimere

appieno il "vincolo teleologico" che deve contrassegnare ontologicamente l'utilizzo delle risorse investite dal socio pubblico (C. Conti, Sez. giur. reg. Lombardia, sent. 4 marzo 2008 n. 135).

Ciò anche ove si consideri che l'attività economica di un ente pubblico non è, per definizione, tesa al lucro, e, dunque, il danno non può essere mai limitato al solo pregiudizio economico, ma si estende sempre alla "diminuita capacità soddisfattoria" di quell'interesse generale che è necessariamente sottostante alla partecipazione societaria.

Non può poi sottacersi il sostanziale depotenziamento dell'azione di responsabilità in materia societaria, che in base a quella interpretazione risulta in ultima analisi circoscritta al solo danno diretto al socio, sostanzialmente ravvisabile nel solo danno all'immagine, la cui perseguibilità ad opera del PM contabile è stata circoscritta dall'art 17 comma 30 ter, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 (quale risulta dopo le modifiche apportate dal d.l. in pari data n. 103, convertito con ulteriori modificazioni nella legge 3 ottobre 2009, n. 141) alle sole ipotesi previste dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, ossia in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nel precedente art. 3 della stessa legge, compresi quelli di "enti a prevalente partecipazione pubblica".

Ancora, non può non rilevarsi che il forte depotenziamento dell'azione di responsabilità, e dunque del sistema di tutela del pubblico erario, in un settore, quale quello delle società pubbliche, in cui così ingenti sono le risorse pubbliche impiegate e così rilevanti gli interessi pubblici perseguiti sembra andare in direzione opposta a quella che l'Unione europea si è sforzata di segnare sin dal Trattato di Maastricht, e che ha ulteriormente rafforzato da ultimo con il "Fiscal Compact" (Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'Unione Economica e Monetaria firmato il 2 marzo 2012) (Sez. giur. reg. Campania, sent. 16 marzo 2011, n. 359).

Direzione che è stata seguita dal nostro Legislatore, in particolare con l'introduzione nel nostro ordinamento del principio costituzionale del pareggio di bilancio (1. cost. 20 aprile 2012, n. 1 e relativa legge attuativa rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243), oltre che con la normativa in materia di spending review (d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con mod. dalla 1. 7 agosto 2012, n. 135).

Infine, i penetranti e crescenti vincoli legislativi all'autonomia negoziale delle PPAA nella fase di costituzione e gestione delle società non possono che accrescere i dubbi sulla perdurante fondatezza dell'affermazione inerente alla natura ordinaria civilistica del regime delle società pubbliche, dovendosi forse ammettere che si sia oramai in presenza di un vero e proprio statuto societario pubblico.

Si pensi in proposito ai pervasivi vincoli posti dalle leggi finanziarie e dalla *spending review*, che circoscrivono sensibilmente l'autonomia contrattuale e societaria, sia statutaria che decisionale: ad esempio, i limiti ai compensi degli amministratori, alla composizione degli organi amministrativi, al reclutamento del personale, alla spesa per studi, consulenze, relazioni pubbliche, l'assoggettamento al patto di stabilità interno.

Si pensi altresì ai pervasivi limiti e vincoli di natura sostanziale, quali quelli posti a tutela della concorrenza all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni societarie o agli aumenti di capitale o a tutela della trasparenza ex legge n. 241/1990.

Si pensi, ancora, all'assoggettamento al sistema di controlli, interni ed esterni, specificamente previsto dal d.l. 10 ottobre 2012, n. 174 conv. con mod. dalla 1. 7 dicembre 2012, n. 213).

Il surrichiamato (senza pretesa di esaustività) *corpus* normativo è "improntato, nel suo insieme, all'esigenza di sottrarre il settore delle società "in mano pubblica" o "pubbliche" alla libera esplicazione della mera volontà negoziale da parte degli enti pubblici ... e di ricondurlo *ex se* alla materia della contabilità pubblica ai sensi dell'art. 103 Cost. nell'accezione lata ... (non mera applicazione dei criteri contabilistici, ma finanza pubblica, intesa quale gestione della spesa e dell'entrata pubblica)".

Nella esposta prospettiva, i tempi appaiono oramai maturi per l'avvio di una ulteriore riflessione che conduca ad attribuire alla giurisdizione della Corte dei conti quell'ampiezza necessaria per poter costituire un presidio efficace e completo del pubblico erario, che non sembra poter prescindere dalla ricomprensione di tutte le modalità nelle quali si manifesta la gestione del pubblico denaro in relazione al perseguimento delle finalità di interesse generale assegnate alla PA, modalità che non possono non essere comprensive anche di quelle privatistiche, negoziali, contrattuali, associative, societarie.

5. Ma, a parte questa specifica problematica, come si pone oggi lo strumento contrattualistico nell'ambito delle attività e delle funzioni della Corte dei conti, così variamente inteso e configurato.

E qui non può non venire in rilievo l'attuale posizione della Corte dei conti nel nostro ordinamento. Essa, come è noto, oggi si pone nel continuum Unione europea – Stato nazionale – Autonomie territoriali a salvaguardia delle risorse pubbliche e, come si è detto, del corretto agire della Pubblica Amministrazione ai fini dell'interesse pubblico.

Il limite della tutela delle pubbliche risorse è stato di recente ancor più rafforzato con la previsione costituzionale dell'equilibrio di bilancio, sicchè ogni pattuizione non può non incontrare questo limite che si configura quale principio fondamentale dell'ordinamento e norma imperativa di diritto pubblico.

Ogni contratto della Pubblica Amministrazione non potrà non trovare questo limite di una norma imperativa (art. 81 Cost.) di particolare coerenza.

C'è pertanto da domandarsi se i contratti che violano queste previsioni non potranno essere qualificati come illeciti.

La norma, peraltro, riguarda tutte le Pubbliche Amministrazioni e, quindi, i

particolare gli Enti pubblici e gli Enti territoriali che, spesso, molto meno, hanno avvertito i limiti di quella autonomia privata che a loro è stata ampiamente riconosciuta.

Come è noto e da tempo, è stato ritenuto che non possono esserci soggetti giuridici di limitata capacità per i quali cioè la capacità del loro agire sia limitata, come nel caso degli Enti pubblici, ai soli fini per i quali essi sono stati previsti.

Ciò vale in particolare per gli Enti locali, per i quali, ormai, è da decenni che una capacità generale è stata ad essi riconosciuta, donde la loro facoltà di potersi determinare anche attraverso la strumentazione dell'autonomia privata, vale a dire il contratto che è, appunto, una regolamentazione pattizia di interessi patrimoniali. Ma c'è da domandarsi se il vincolo costituzionale e le particolari ragioni di bilancio non possano limitare questa autonomia privata, donde l'eventualità che lo strumento contrattuale trovi nel suo uso notevoli limiti.

E' ciò, specie ove si consideri, quel continuum Unione europea (e regole da questa imposte) – Stato centrale – Enti locali territoriali e, comunque, pubblici.

6. Peraltro, le funzioni della Corte dei conti con riguardo agli strumenti contrattuali, sempre nell'ottica di difesa della Pubblica Amministrazione e degli interessi pubblici che essa impersona, si pongono, altresì, come difesa nei confronti anche della autonomia dei privati.

Da tempo è venuta meno la situazione di privilegio della Pubblica Amministrazione nei confronti di questi.

Non può, tuttavia, non tenersi conto dell'entità degli interessi in gioco e delle connesse forze.

Può accadere che nella libera contrattazione, in un mercato lasciato a se stesso, la pubblica Amministrazione resti catturata da quest'ultimo, donde la necessità di

nuove difese a mezzo di Istituti speciali sulla cui utilizzazione la Corte deve vigilare affinché, appunto, interessi pubblici di valori e di patrimoni non siano travolti.

Da qui, pertanto, l'importanza di una sensibilità del magistrato della Corte come giurista, il quale conosce l'intima natura e la fruibilità dello strumento contrattuale ma che, nel contempo, abbia sempre presente i limiti oltre i quali esso non può andare.

7. Da quanto finora esposto derivano alcune considerazioni finali.

Per operare nell'odierno ordinamento giuridico, caratterizzato dalla caduta dei tradizionali steccati tra le sue varie partizioni, il magistrato in genere e, quello contabile, in particolare, deve possedere quel "multiforme ingegno" che Omero attribuiva ad Ulisse.

La pervasività dei moduli organizzativi e d'azione privatistici, fa sì che sia nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale che in quella di controllo, il magistrato della Corte dei conti debba conoscere il diritto civile altrettanto bene di quello amministrativo.

A queste conoscenze, egli deve aggiungere quelle di contabilità pubblica se non addirittura economiche *tout court* ed, infine, per gli aspetti patologici pure sottoposti alla sua valutazione, quelle del diritto penale.

8. In questa enorme vastità di conoscenze, come si è detto, un posto particolare è riservato alla conoscenza approfondita (e in questo il volume oggi presentato sarà di particolare giovamento) del diritto contrattuale.

Ma nell'approcciarsi a tali materie, il magistrato contabile lo fa sempre con lo sguardo teso alla salvaguardia della legittimità dell'azione amministrativa e della tutela

del pubblico denaro.

Scopo dell'azione del magistrato della Corte dei conti è, infatti, l'attenzione verso la correttezza dell'azione amministrativa coniugata non solo nel senso di assicurarne la legittimità ma, altresì, la fruttuosità intesa come corrispondenza tra fine assegnato, risorse destinate, mezzi utilizzati.