

# RIVISTA DELLA CORTE DEI CONTI

Rivista della Corte dei conti - [www.rivistacorteconti.it](http://www.rivistacorteconti.it)

Anno LXVI - n. 5-6 - Settembre-Dicembre 2013

## IN QUESTO FASCICOLO:

- › *programma generale dei controlli per il 2014*
- › *contrasto dell'evasione fiscale*
- › *contratti "segretati"*
- › *piani di riequilibrio e dissesto finanziario degli enti locali*
- › *spending review*
- › *società pubbliche*

# 5-6

  
MAGGIOLI  
EDITORE

- L. Mercati, *Il controllo sulla gestione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Regioni*, 2009, 909.
- F. Battini, *La Costituzione e la funzione di controllo*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 317.
- G. D’Auria, P. Le Noci (a cura di), *Rassegna dell’attività consultiva e di controllo svolta dalla Corte dei conti nel 2009*, in *Foro it.*, 2010, III, 273.
- L. Giampaolino, *L’assetto dei controlli della Corte dei conti nei confronti delle autonomie territoriali*, in *www.giustamm.it*, 2010.
- P. Santoro, *Contabilità e finanza pubblica*, Santarcangelo di Romagna, 2010, 399.
- L. D’Ambrosio, *Possibili criteri per la valutazione degli effetti delle funzioni di controllo della Corte dei conti*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2011.
- V.M. da Silva Caldeira, *Conseguenze dell’attuale crisi economica e finanziaria sull’obbligo di render conto ai cittadini e sull’audit delle finanze pubbliche nell’Ue. Il ruolo della Corte dei conti europea*, in *www.ea.europa.eu*.
- D. Ruffo, *Corte dei conti europea: il controllo dei conti pubblici tra trasparenza e legalità*, in questa *Rivista*, 2011, fasc. 3-4, 445.
- M. Vari, *Relazione annuale alla Corte dei conti europea sull’esecuzione del bilancio per l’esercizio finanziario 2009 – 14<sup>a</sup> Commissione permanente*, resoconto stenografico n. 145, Roma, 23 febbraio 2011.
- R. Perez, *Recenti tendenze del controllo della Corte dei conti*, in questo fascicolo.
- A.L. Tarasco, *Corte dei conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Padova, 2012.
- G. Colombini, *Corte dei conti e controlli interni*, in questa pubblicazione, Roma, 2012.
- D. Siclari, *La Corte dei conti europea nel sistema multilivello dei controlli*, Napoli, 2012, e i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi richiamati.

\* \* \*

## LA CORTE DEI CONTI DI FRONTE ALLA PRIVATIZZAZIONE ED ALLA ESTERNALIZZAZIONE DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

*di Roberto Cavallo Perin*

Sommario: 1. *L’importanza teorica della giurisdizione della Corte dei conti.* – 2. *L’esternalizzazione tra liberalizzazione, deregolamentazione e privatizzazione.* – 3. *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici.* – 4. *Attività di diritto privato ed interesse pubblico: l’ente pubblico economico.* – 5. *I privati gestori pubblici e la distinzione tra impresa pubblica o gestione pubblica.* – 6. *La partecipazione come forma di esternalizzazione.*

### 1. *L’importanza teorica della giurisdizione della Corte dei conti*

Proprio in occasione del 150° anniversario dell’istituzione della Corte dei conti è forse d’interesse notare che, anche in questa materia, il riparto di giurisdizione assume un significato che è di rilievo per la teoria.

Se la Corte di cassazione – prima con le sue corti del Regno, poi con le sue Sezioni unite romane – ha nel tempo offerto una minuta rilevazione di quanto l’ordinamento ha inteso proteggere come diritti soggettivi rispetto a quanto era possibile unicamente tutelare come interessi legittimi (1), analoghe considerazioni pos-

(1) A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975; Id., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1980, V, 258 ss.; Id., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 ss.; Id., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205/2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.; Id., *La giustizia amministrativa nel pensiero del Prof. Santi Romano*, in Aa.Vv.; *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 2004; Id., *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417, ss.; da ultimo: cfr. F.G. Scoca, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale sulla fisionomia e sulla fisiologia della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 371 ss.; Id., *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss., poi in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. II, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 907 ss.; A. Travi, *Lezioni*

sono essere tratte dall'opera della Corte stessa che ha delineato insieme alla Corte costituzionale i confini di quest'altra giurisdizione amministrativa della Corte dei conti.

Al di là dei differenti criteri utilizzati e delle non sempre perspicue elaborazioni in massima o dottrinali, colpisce in particolare – nella minuta opera di rilevazione volta a dichiarare se all'accertamento di responsabilità di amministratori e dipendenti debba attendere il giudice ordinario o quello contabile – l'emergere di un filo rosso che nel tempo pare delineare il confine tra i fatti giuridici che sono ritenuti “gestione pubblica”, seppure ad opera di soggetti privati, da ciò che invece è “privata gestione”, seppur ad opera di enti pubblici.

Il discrimine indicato pare mantenere un proprio rigore senza che assuma rilievo decisivo l'oggetto della gestione che resta pubblica o privata a prescindere dal riferimento della stessa ad una cosa, come i beni o il danaro, oppure ad un'attività, intesa quest'ultima come impresa, come attività di interesse pubblico o di servizio pubblico, o ancora come vero e proprio esercizio di funzione anche solo come attività vincolata o di semplice accertamento.

La giurisdizione della Corte dei conti assume tutta la sua importanza per la scienza del diritto amministrativo (2), soprattutto in periodi come il nostro in cui la forma ha iniziato a scindersi dalla sostanza, ove gli enti pubblici sono per l'ordinario diventati società e fondazioni e il perseguimento degli interessi pubblici non è ritenuto solo più un atto tipico dell'esercizio della funzione amministrativa (l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, c. 1-*bis*) (3).

## 2. L'esternalizzazione tra liberalizzazione, deregolamentazione e privatizzazione

È noto che le vicende nazionali e più in generale dei paesi degli Stati membri dell'Unione europea – che si sono denominate con il termine comune di privatizzazioni ed esternalizzazioni – traggono origine o sono state largamente influenzate da un pensiero che si è perfezionato e che per primo ha sperimentato il continente americano.

La *privatization* insieme alla *liberalization* e alla *stabilization* è uno dei tre punti focali della c.d. strategia del *Washington Consensus* per le economie in crisi o in fase di transizione, detta anche più in generale cultura “neoliberista” o “fondamentalismo di mercato”.

La locuzione è specificamente riferita all'elaborazione (1989) di dieci regole di politica economica – considerate standard – che hanno ad oggetto le essenziali riforme cui debbono sottoporsi i paesi in via di sviluppo che sono in crisi economica c.d. strutturale. All'elaborazione hanno fortemente contribuito istituzioni come l'*International monetary fund* (*Imf*), la *World bank* e il *US treasury department* (4).

di giustizia amministrativa, Torino, Giappichelli, 2010; A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss.; per la vicenda storica cfr. V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di Orlando stesso, vol. III, Milano, 1907; G. Zanobini, *La giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1942; E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957; M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, il Mulino, 1979.

(2) M. Ristuccia, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (a un decennio dalle riforme)*. Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 2006, 15; F.G. Scoca, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, *ibidem*, 37 ss.; F. Saitta, *Sulla funzione giurisdizionale della Corte dei conti*, in *Jus*, 1998, 279 ss.; F. Merusi, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, 1 ss.; D. Sorace, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile*, cit., 457 ss.

(3) V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2012; A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, Bononia University Press, 2008; V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; Id., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 5, 747 ss.; G. Napolitano, *L'attività amministrativa ed il diritto privato*, in *Giornale dir. amm.*, 2005, 485 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.; per diversa opinione si consenta il rinvio a: R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; G.M. Racca, R. Cavallo Perin, G.L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public contract law journal*, vol. 41, n. 1, Fall. 2011, 89 ss.; R. Cavallo Perin, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *Atto autoritativo. Convergence e divergenze tra ordinamenti*. Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011, in *Annuari dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, Editore Scientifica, 2012, 265 ss.

(4) J. Williamson, *What Washington Means by Policy Reform*, in Williamson, John (ed.): *Latin American Readjustment: How Much has Happened*, Washington, Institute for International Economics, 1989.

Le ultime cinque regole del decalogo di politica economica (5) – oltre a sottolineare l'importanza di certezza giuridica nella protezione dei diritti di proprietà privata (n. 10) – coinvolgono appunto la liberalizzazione degli investimenti diretti esteri e del commercio, con eliminazione delle restrizioni alle importazioni (n. 6 e n. 7), prevedendo poi la c.d. *deregulation* delle norme che impediscono l'ingresso sul mercato o limitano la concorrenza, salva la vigilanza sulle istituzioni finanziarie, e le norme a tutela della sicurezza, dell'ambiente e dei consumatori (n. 9). Infine si prevede nel pacchetto la privatizzazione delle imprese statali (n. 8).

In generale e in tal senso con la parola liberalizzazione (*liberalization* or *liberalisation*) si può intendere la riduzione – qualitativa e quantitativa – delle restrizioni alla definizione o all'esercizio dei diritti e delle libertà, che si attua con processi di apertura anche parziale in ambito politico, sociale ed economico, secondo modalità che possono precedere una successiva democratizzazione (6).

Il termine è così utilizzato soprattutto con riferimento ai diritti di rilevanza economica, intesa in particolare come liberalizzazione del commercio di merci e servizi e liberalizzazione del mercato dei capitali, in un'accezione che è in opposizione alla *reservation* e al protezionismo, secondo un indirizzo che da tempo ha trovato in Europa una disciplina di principio e di dettaglio, della Comunità prima e dell'Unione poi, volta alla creazione e allo sviluppo di un mercato unico europeo.

Più in generale dal punto di vista transnazionale la liberalizzazione è dunque riferita alla rimozione o alla riduzione delle pratiche commerciali che ostacolano il libero flusso di beni e servizi da una nazione all'altra, con eliminazione di barriere a tale flusso, anzitutto delle tariffe (dazi, sovrapprezzi, sussidi all'esportazione) e di ogni altra di natura diversa (quote, standard arbitrari, licenze), anche tramite una disciplina multilaterale fondata su accordi tra Stati (Wto, Gats) (7).

Nei limiti di una sintesi e con un buon grado di approssimazione si può affermare che per la cultura anglosassone la *liberalization* è intesa come libertà di avviare ovunque e in qualsivoglia momento, una qualsivoglia attività economica, poiché non vi sono restrizioni alcune, siano limiti di natura pubblica o privata; ed è vero che la liberalizzazione talora è utilizzata come vocabolo che raccoglie fenomeni diversi, talora complementari o contestuali come la deregolamentazione (*deregulation*) e la privatizzazione (*privatization*).

La prima (*deregulation*) indica non tanto qualsiasi riduzione normativa, ma quella relativa a disposizioni che garantiscono diritti speciali o di esclusiva a operatori monopolistici o oligopolistici grazie alle limitazioni d'accesso oppure in un mercato liberalizzato. La *deregulation* indica le norme volte a prevenire la creazione di oligopoli e proteggere i diritti dei consumatori, sicché nella dottrina economica i due termini – *liberalization* e *deregulation* – sono quasi sempre utilizzati indifferentemente (8).

La *privatization* ha indicato invece semplicemente la cessione a soggetti privati di imprese che sono sotto il controllo pubblico, sicché può dirsi propria della nostra cultura nazionale la recente distinzione tra privatizzazione formale e sostanziale, che non era assurda a notorietà neppure nella cultura che tra le due guerre ha portato alla creazione dell'Iri e all'elaborazione dell'art. 2093 c.c.

La definizione di ente pubblico economico (9) non è solo una sintetica descrizione dell'attività prevalente

(5) Le dieci regole sono: 1. *Fiscal policy discipline, with avoidance of large fiscal deficits relative to Gdp*; 2. *Redirection of public spending from subsidies (especially indiscriminate subsidies) toward broad-based provision of key pro-growth, pro-poor services like primary education, primary health care and infrastructure investment*; 3. *Tax reform, broadening the tax base and adopting moderate marginal tax rates*; 4. *Interest rates that are market determined and positive (but moderate) in real terms*; 5. *Competitive exchange rates*; 6. *Trade liberalization: liberalization of imports, with particular emphasis on elimination of quantitative restrictions (licensing, etc.); any trade protection to be provided by low and relatively uniform tariffs*; 7. *Liberalization of inward foreign direct investment*; 8. *Privatization of state enterprises*; 9. *Deregulation: abolition of regulations that impede market entry or restrict competition, except for those justified on safety, environmental and consumer protection grounds, and prudential oversight of financial institutions*; 10. *Legal security for property rights*.

(6) Per un esempio: L. Shull Adams, *Political liberalization in Jordan: An Analysis of the State's Relationships within the Muslim Brotherhood*, 38 J. Church & St. 507, 1996.

(7) Su cui di recente: C.F. Thornberg, F.L. Edwards, *Failure of Trade Liberalization: A Study of the Gats Negotiation*, 10 J. Int'l Bus. & L. 325, 2011; D. Juma, *Tempering Services Liberalization with Regulation: The World Trade Organization and the International Financial Architecture*, 14 Int'l Trade & Bus. L. Rev. 247, 2011.

(8) Cfr. la scuola economica dei *Chicago Boys*: Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek, Milton Friedman, Alfred E. Khan; da ultimo cfr. J. Huerta de Soto, *Money, Bank Credit and Economic Cycles*, Auburn, Alabama, The Mises Institute, 2012; nonché L.H. Rockwell Jr., *Speaking of Liberty*, Auburn, Alabama, The Mises Institute, 2003; M. Van Creveld, *The rise and the decline of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

(9) Su cui si veda per tutti: S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2007, 12-36; Id., *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991, 179 ss.; V. Ottaviano, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1965,

di un ente, ma fonda il principio, caposaldo della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, che è il tipo di attività che s'intende svolgere a definire l'ambito di rilevanza di una determinata disciplina, in forza del quale diventa del tutto naturale non solo che un ente pubblico possa svolgere un'impresa, ma che alla stessa attività si applichi la disciplina che per l'impresa è stata appunto ideata, con un'essenziale affermazione – già allora – dell'irrelevanza del soggettivo carattere pubblico dell'ente.

Non solo si applica la disciplina del libro V del codice civile dedicato al lavoro nel caso in cui l'ente pubblico svolga in via prevalente quel particolare tipo di attività che è detta giuridicamente d'impresa (ente pubblico economico, *rectius* "ente pubblico inquadrato nelle associazioni professionali": art. 2093, c. 1, c.c.), ma anche ove gli enti pubblici diversi – tra cui quelli territoriali – intendano svolgere quel tipo particolare d'attività, seppure l'applicazione della disciplina del libro V del codice civile sia limitata all'attività d'impresa che è marginale per tali amministrazioni pubbliche (art. 2093, c. 2, c.c.; cfr. d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, c. 2).

In tali casi, come vedremo, l'ente pubblico controllante – sia esso un ente di governo o territoriale – una volta effettuato l'investimento in capitale trova come limite al proprio operato la disciplina prevista per l'attività d'impresa, sia essa sotto controllo pubblico o privato, secondo una ricostruzione che riemerge all'evidenza nella disciplina istitutiva della Comunità e poi dell'Unione europea, ove il divieto di aiuti alle imprese s'interpreta (10) senz'altro anche per quelle la cui titolarità è pubblica, in modo senz'altro eguale a quanto la norma preclude per le imprese private (art. 107, T.fue, ex art. 87 Tce) (11), secondo un costrutto che appare generale e non speciale nella disciplina del Trattato.

Il riferimento nel Trattato dell'Unione europea alle imprese pubbliche – e a quelle cui gli Stati membri riconoscono diritti speciali o esclusivi – vale unicamente come enunciato esplicito della generale applicazione della disciplina sulla concorrenza a tutte le imprese, siano esse di titolarità pubblica o privata.

XIV, 963 ss.; Id., *Impresa pubblica, ibidem*, XX, 669 ss.; Id., *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959; V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1957; Id., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Jovene, 1962; F.A. Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Dir. amm.*, vol. II, IV ed., Bologna, Monduzzi, 2005, 71 ss.

(10) Corte giust. Ce, 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Repubblica italiana c. Commissione Ce*, in *Racc.*, 1991, I-1433; Corte giust. Ce, 27 aprile 2004, causa C-393/1992, *Comune di Almelo et al. c. Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.*, 1994, I-1477; Corte giust. Ce, 14 settembre 1994, cause riunite C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Regno di Spagna c. Commissione Ce*, in *Racc.*, 1994, I-4103; Corte giust. Ce, 13 marzo 2001, causa C-379/98, *Preussen Elektra*, in *Racc.*, 2001, I-2099; Corte giust. Ce, 9 ottobre 2001, causa C-400/99, *Repubblica italiana c. Commissione Ce*, in *Racc.*, 2001, I-7303; Corte giust. Ce, 22 novembre 2001, causa C-53/00, *Ferring SA*, in *Racc.*, 2001, I-9067; Corte giust. Ce, 6 dicembre 2001, causa 146/00, *Commissione c. E. c. Repubblica Francese*, in *Racc.*, 2001, I-9767; Corte giust. Ce, 3 luglio 2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese c. Union française de l'express (Ufex)*, in *Racc.*, 2003, I-6993; Corte giust. Ce, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH c. Regierungspräsidium Magdeburg*, in *Racc.*, 2003, I-7747; Corte giust. Ce, 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi ausiliari dottori commercialisti*, in *Racc.*, I, 2941; Corte giust. Ce, 7 settembre 2006, causa C-526/04, *Laboratoires Boiron SA c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocation familiales (Urssaf)*, in *Racc.*, 2006, I-7529; Corte giust. Ce, 1 luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost e La Poste/UfexDec.*, in *Racc.*, 2008, I-4777; Corte giust. Ce, 17 luglio 2008, C-206/06 *Essent Netwerk Noord BV*, in *Racc.*, 2008, I-5497; Trib. I grado Ce, 11 giugno 2009, causa T-222/04, *Repubblica italiana c. Commissione Ce*, in *Racc.*, 2009, II-1877; Trib. I grado Ce, 11 marzo 2009, causa T-354/05, *Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione Ce*, in *Racc.*, 2009, II-471; Trib. I grado Ce, 11 giugno 2009, causa T-297/02, *Acea s.p.a. c. Commissione Ce*, in *Racc.*, 2009, II-1683; Comm. Ce, decisione 21 giugno 2001, n. 2001/851/Ce, *Tirrenia*, in G.U.C.E. 4 dicembre 2001, n. L318.

(11) A. Sanchez Graells, *Public procurement and State aid: reopening the debate?*, in *Public procurement law review* (in corso di pubblicazione), nonché reperibile on-line al sito *ssrn.com*; F. Costamagna, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo: l'applicazione delle norme dell'Unione Europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; A. Sanchez Graells, *Public Procurement and the Eu Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2011; G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2010, 773; D.M.B. Gerard, *EC Competition Law Enforcement at Grips with the Financial Crisis: Flexibility on the Means, Consistency in the Principles*, *Concurrences*, 2009, n. 1, 46 ss., nonché reperibile on-line al sito *ssrn.com*; E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the Eu*, Oxford, Hart Publishing, 2007; R. Plender, *Definition of Aid, in The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 3-39; D. Casalini, *Aiuti di stato alle imprese, servizi di interesse economico generale a rete e criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Foro Amm.-CdS*, 2003, 2733 ss.; L. Daniele, S. Amadeo, P. Schepisi (a cura di), *Esercizio delle competenze normative regionali e disciplina comunitaria degli aiuti pubblici* (Atti del convegno di Trieste, 28 febbraio 2003), Milano, Giuffrè, 2003; O. Porchia, *L'esecuzione degli obblighi comunitari da parte delle autorità nazionali: il caso della legge Prodi*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2002, 745 ss.; O. Porchia, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2001; G. Greco, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 375 ss.; C. Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, Cedam, 2000; G. Belotti, *Il nuovo regolamento comunitario di procedura degli aiuti di Stato*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1999, 535 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1259; C. Barriatti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1998. Cfr., inoltre, *Communication from the Commission on the application of the Eu State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest*, [2012] C8/4.

Il quadro cambia radicalmente solo ove all'impresa – anche qui non importa se di titolarità pubblica o privata – sia affidata una specifica missione dedotta come giuridicamente rilevante, e solo in tal caso per le attività d'interesse economico generale, o aventi carattere di monopolio fiscale, può essere derogata la normale disciplina d'impresa sulla concorrenza, proprio al fine e nei limiti in cui si vuole consentire l'adempimento della specifica missione affidata (art. 106, c. 2, Tfu, ex art. 86 Tce) (12).

Colpisce ritrovare in ciò la tradizionale distinzione tra impresa pubblica senz'altro e l'attività che da tali limiti l'ordinamento vuole possa esorbitare per ragioni di pubblico interesse, come nel caso appunto delle attività di interesse economico generale, tra le quali rientra come *species* – pur non confondendosi – quella che nella nostra cultura giuridica nazionale denominiamo da tempo come il pubblico servizio, inteso quest'ultimo come attività, di un soggetto pubblico oppure privato, la cui gestione è giuridicamente conformata ad un determinato interesse pubblico (13).

La gestione dell'impresa pubblica in senso proprio è vicenda giuridica patrimoniale, che riguarda per l'appunto l'investimento dell'ente pubblico controllante – che certo può coinvolgere la responsabilità dei relativi amministratori che hanno operato secondo la disciplina che li riguarda – ma anche la sua privatizzazione che ne è l'opposto (*privatization*) che dell'investimento è la dismissione, secondo vicende che riguardano la proprietà o titolarità pubblica o privata della controllata e non involgono la disciplina dell'attività d'impresa svolta dalla stessa che permane, perché lo era già prima, soggetta al libro V del codice civile.

Eguale – seppure diversa nella sostanza – è la privatizzazione dei gestori di un pubblico servizio in senso proprio, poiché in tali casi il mutamento pubblico-privato del titolare dell'attività non libera quest'ultima dai limiti anche di diritto pubblico che subisce per la sua conformazione come gestione pubblica, cioè secondo ciò che si ritiene sia indispensabile a garantire il conseguimento della missione di utilità sociale affidata.

### 3. Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici

Altra e diversa questione è la scelta del legislatore nazionale di sottoporre anche gli enti pubblici economici al controllo – e non alla giurisdizione – della Corte dei conti, verso i quali si è affermata l'irrelevanza della trasformazione in società di tali enti, che sono rimasti pubblici in ragione del controllo che sugli stessi esercita il governo per tramite delle amministrazioni dello Stato (14).

(12) Trib. I grado Ce, causa T-289/03, *British United Provident Association Ltd (Bupa) c. Commissione Ce*, in *Racc.*, 2008 II-81; Corte giust. Ce, 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries France c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova ed altri*, in *Racc.*, 1998, I-3949; Corte giust. Ce, 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Procedimento penale a carico di Paul Corbeau*, in *Racc.*, 1993, I-2533; Corte giust. Ce, 14 aprile 1994, causa C-392/92, *Schmidt c. Spar und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, in *Racc.*, 1994, I, 1311; Cfr. da ultimo: F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi d'interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, 2012; Id., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010; E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010; F. Giglioni, *L'accesso al mercato nei servizi d'interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2010; V. Visco Comandini, *I servizi d'interesse economico generale e il loro finanziamento*, 2009, in *www.astrid-online.it*; A. Lucchetti, *Il quadro istituzionale dei servizi d'interesse economico generale: la gestione del servizio idrico integrato nelle recenti pronunce giurisprudenziali nazionali e comunitarie*, in *Astrid Rassegna*, 2005, reperibile on-line su *www.astrid-online.it*; per interessanti riferimenti si vedano il *Libro verde sui servizi di interesse generale*, Bruxelles, 21 maggio 2003, COM (2003), 270 e la relazione della Commissione delle Comunità europee al Consiglio europeo di Laeken, COM (2001) 598 def. 17 ottobre 2001; nonché la Relazione ai sensi dell'art. 8 della decisione 2005/842/Ce della Commissione europea del 28 novembre 2005 a cura della Presidenza del consiglio dei ministri (Dipartimento per le politiche comunitarie), in *www.politicheeuropee.it/file\_download/840*.

(13) L'omaggio è a chi – proprio quest'anno – ci ha lasciato molti anni di ineguagliata attività di ricerca, a cominciare proprio dai lavori sui servizi pubblici, anche quelli che contornano la monografia: U. Pototschnig, *Il pubblico servizio*, Padova, Cedam, 1964, come *Insegnamento, istruzione e scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 361 ss., poi in *Scritti scelti*, Padova, Cedam, 1999, 665 ss.; Id., *Ordinamento scolastico e libera scelta della scuola*, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1348 ss., poi in *Scritti scelti*, cit., 777 ss.; Id., *Concessioni ed appalti nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 393 ss., poi in *Scritti scelti*, 591 ss.; Id., *Legittima l'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Il Contatore*, 1971, n. 3, 51 ss.; Id., *Vicende e problemi delle concessioni in atto nella nuova organizzazione del trasporto pubblico*, in *Trasporti*, 1978, 14, 76 ss., poi in *Scritti scelti*, cit., 629 ss.; Id., *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, Giuffrè, 1990, 97 ss.; Id., *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, 269 ss., poi in *Scritti scelti*, cit., 657 ss.

(14) Cfr. in generale: A.L. Tarasco, *Funzione di controllo e consultiva: rapporti, analogie e soluzioni di possibili conflitti*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 1041; M. Clarich, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.; F. Fracchia, *La Corte dei conti e la tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 669 ss.; S. Siragusa, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici sovvenzionati dallo Stato*, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 648 ss.; G. Corso, *Il sistema italiano di garanzia della finanza pubblica tra funzioni di controllo e giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (a un decennio dalle riforme)*. Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, 79 ss.; A. Corpaci, *Il controllo della Corte dei conti sulla gestione delle pubbliche amministrazioni nella ricostruzione della Corte costituzionale: un tributo al valore simboli-*

Si mantiene – nonostante la trasformazione in società per azioni – un controllo *in itinere* dello Stato (15), con un magistrato della Corte dei conti che assiste alle sedute d'amministrazione, per una corretta gestione patrimoniale di un conferimento statale al patrimonio in capitale o servizi, o semplicemente per avere concesso una garanzia finanziaria (l. 21 marzo 1958, n. 259, art. 12) (16), il tutto in conformità ad una *lex specialis* di cui non si è discussa un'attuazione conforme al dettato costituzionale (enti senz'altro: art. 100 Cost.) con riferimento ad enti pubblici economici, ma unicamente si è data soluzione ad un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato offrendo della locuzione enti pubblici, utilizzata dal legislatore ordinario, il significato più tipicamente proprietario.

È noto che per le società di capitali l'appartenenza dell'organizzazione è segnata anzitutto dalla proprietà delle quote o dei titoli rappresentativi della maggioranza – o di controllo – del capitale, cui l'ordinamento riconnette i relativi poteri sull'ente societario, che nel caso non vi era dubbio fossero immutati, permanendo in capo al ministero nonostante l'intervenuta trasformazione in società.

La soggezione al monitoraggio del magistrato della Corte dei conti sull'iter di gestione che segue l'investimento patrimoniale effettuato dallo Stato non altera la disciplina che è tradizionale per l'ente pubblico economico, ove la parola economico non segna una disciplina speciale sulle modalità di gestione dell'impresa, ma unicamente una particolare attenzione – controllo *in itinere* – sull'investimento o garanzia offerta dal patrimonio pubblico.

L'ente pubblico economico resta tale anche nella forma societaria, ogni qualvolta – invece di procedere ad una dismissione delle partecipazioni – si è, con la partecipazione pubblica al capitale delle società, dimostrata la volontà di avvalersi dei limiti posti dal diritto privato per conseguire finalità pubbliche (17), le stesse che erano già state proprie degli enti pubblici economici (18).

#### 4. Attività di diritto privato ed interesse pubblico: l'ente pubblico economico

È noto che dall'iniziale limitazione della giurisdizione della Corte dei conti per la responsabilità di amministratori e dipendenti dello Stato si è avuta un'evoluzione in cui l'elemento soggettivo è divenuto recessivo (l. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1), mentre si è affermata come essenziale la relazione oggettiva definita dal rapporto di servizio, secondo un'interpretazione che ha esteso la tutela giurisdizionale della Corte dei conti alla "responsabilità amministrativa" di soggetti privati, ma che perciò sono ritenuti parte dell'organizzazione pubblica (19).

---

co di una riforma, in *Giur. cost.*, 1995, I, 325; R. Perez, *Quali sono le pubbliche amministrazioni sottoposte al controllo della Corte dei conti?*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 724; M. Ramajoli, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 203 ss.; per un'analisi di diritto commerciale: G. Cottino (a cura di), *Ricerca sulle partecipazioni statali, Studi sulla vicenda italiana*, vol. I-III, Torino, Einaudi, 1978; inoltre si veda M.S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss., poi in *Scritti 1970-1976*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 2005, 721 ss.; Aa.Vv., *Il controllo sugli enti pubblici economici e sulle aziende municipalizzate*. Atti dell'XI convegno di studi amministrativi, Varenna-Villa Monastero, 20-23 settembre 1965, Milano, Giuffrè, 1967.

(15) Per un'ipotesi eccentrica relativa al controllo sulla gestione, si consenta il rinvio a R. Cavallo Perin, *Le nuove prospettive del ruolo della Corte dei conti italiana nel sistema delle istituzioni*, in *La cooperazione fra Corte dei conti europea e Corte dei conti italiana. Esempio comparato delle metodologie e dei procedimenti di controllo* (Roma, 27 giugno 2008).

(16) Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, I, 325; in generale cfr. F. Tiganò, *Corte dei conti ed attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2008; V. Caputi Jambrenghi, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (a un decennio dalle riforme)* cit., 328 ss.; S. Cassese, *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991, 179 ss.; Id., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2007, 12-36; V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959; Id., *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1965, XIV, 963 ss.; Id., *Impresa pubblica*, *ibidem*, XX, 669 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1957; Id., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Jovene, 1962; A; F.A. Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in L. Mazarroli, G. Pericu, Alb. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Dir. amm.*, vol. II, IV ed., Bologna, Monduzzi, 2005, 71 ss.

(17) L. Torchia, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *www.astrid-online.it*, 2006; G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 801 ss.

(18) Corte cost., 19 aprile 1962, n. 35, reperibile su *www.cortecostituzionale.it*.

(19) L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, ma già Cass., S.U., 5 marzo 1993, n. 2668, in questa *Rivista*, 1993, fasc. 2, 203; per caso di concessionaria di gioco telematico: Cass., S.U., 4 dicembre 2009, n. 25504, in *Foro it.*, 2010, I, 1502; per caso di concessionaria di lavori di realizzazione di cittadella postale: Cass., S.U., 11 aprile 2011, n. 8129, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 4, 569; F. Garri, *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XXVI; L. Mercati, *Responsabilità contabile*, in (dir.) S. Cassese, *Dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 2006.

Il “legame qualificato” tra danneggiante e pubblica amministrazione si caratterizza per l’inserimento del soggetto investito di un’attività d’interesse generale nell’organizzazione di un’amministrazione pubblica da cui derivano vincoli e obblighi particolari, attinenti allo svolgimento dell’attività affidata secondo le regole dettate dall’ente pubblico affidante (20).

Si ritiene che l’inserimento di un soggetto altrimenti esterno nell’apparato organizzativo dell’ente pubblico, investa tale soggetto di una pubblica funzione, obbligandolo così a tenere il medesimo comportamento imposto ai soggetti che, rivestiti di un pubblico ufficio, siano legati all’amministrazione da un rapporto di dipendenza e cioè ad operare in conformità delle prescrizioni di legge o di regolamento e delle istruzioni interne di servizio (21).

Al di là di disposizioni legislative generali e speciali (22) ciò che si afferma nel tempo è il percorso logico che da una relazione particolare (rapporto di servizio), che configura l’appartenenza di un soggetto all’organizzazione pubblica, è derivata la soggezione alla disciplina differenziata sulla responsabilità amministrativa e sulla giurisdizione della Corte dei conti (art. 103, c. 2, Cost.), ove è evidente tuttavia che per organizzazione pubblica non s’intende qualsiasi ente la cui proprietà o controllo possa essere ricondotto allo Stato o agli enti territoriali, perché sono eccettuati quelli che, chiamati a svolgere un’attività d’impresa, li si vuole sottoposti alla disciplina comune prevista per quest’ultima (enti pubblici economici).

Così è per i più noti enti nazionali prima e dopo le c.d. privatizzazioni formali, come l’Iri, l’Eni, l’Enel (23), ma la soggezione alla disciplina comune è definita anche per quelli la cui qualificazione come enti pubblici economici non è universalmente riconosciuta, come i consorzi di bonifica o gli enti minerari (24).

Di segno esattamente opposto è la soluzione che da un certo tempo (25) l’ordinamento ha riservato invece agli enti di gestione del servizio pubblico locale seppure a carattere imprenditoriale (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 113) come le società, già aziende speciali, consortili o municipalizzate, verso le quali – nonostante la trasformazione societaria – è restata del pari immutata la giurisdizione della Corte dei conti per la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti (26).

(20) Cass., S.U., 30 marzo 1990, n. 2611, in questa *Rivista*, 1990, fasc. 2, 162.

(21) Cass., S.U., 4 gennaio 1980, n. 2, in *Foro it.*, 1980, I, 45.

(22) Oltre alla l. 14 gennaio 1994, n. 20, si veda, in particolare, l’art. 16-bis, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito dalla l. 28 febbraio 2008, n. 31, che sottopone al giudice ordinario gli amministratori di società a capitale pubblico non prevalente e quotate in borsa su cui G.F. Cartei, P. Crea, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 9, 935 ss.; Cfr. inoltre: L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 324 ss.; V. Raeli, *La natura della responsabilità amministrativa tra modello risarcitorio e sanzionatorio*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2010; E.F. Schlitzer, *L’oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle s.p.a. partecipate pubbliche*, in <http://opac.corteconti.it>; M.A. Sandulli, *L’art. 16-bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. pubbliche*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2008; L. Torchia, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 7, 791 ss.; Id. (a cura di), *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2008. Al di là di un’esatta interpretazione della norma in esame, in ogni caso si tratterebbe di una norma che risulta confermativa del principio qui esposto ove riguardi le società impresa (ex enti pubblici economici), invece di una disposizione speciale in deroga per le società di gestione pubblica di beni o servizi conformati all’interesse pubblico.

(23) Cass., S.U., 2 ottobre 1998, n. 9780, in *Foro it.*, 1999, I, 575 (Eni); Cass., S.U., 12 luglio 2010, n. 16286, in *Foro it.*, 2011, I, 509 (Eni s.p.a.); Cass., S.U., 15 novembre 1989, n. 4860, in *Foro it.*, 1989, I, 3402 (Iri); Cass., S.U., 21 ottobre 1983, n. 6179, in *Foro amm.*, 1984, 1102 (Enel); Cass., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro it.*, 2010, I, 1473 (Enel Power s.p.a.); Cass., S.U., 14 dicembre 1985, n. 6328, in *Giur. it.*, 1985, I, 1667 (Egam).

(24) Cass., S.U., 27 giugno 1956, n. 2336, in *Foro it.*, 1956, I, 253 (Consorzio di scolo e bonifica Cavamento Palata); Cass., S.U., 17 luglio 2001, n. 9649, *ivi*, 2001, I, 2790 (Ente minerario siciliano).

(25) Sulla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e impiegati di enti pubblici locali, si vedano le leggi comunali e provinciali a partire dal 1889, e nello specifico: il r.d. 10 febbraio 1889, n. 5921, artt. 179 e 256; il r.d. 4 maggio 1898, n. 164, artt. 204 e 280; il r.d. 21 maggio 1908, n. 289, artt. 221 e 299; il r.d. 4 febbraio 1915, n. 148, artt. 224 e 318. Tale giurisdizione è stata in seguito limitata alle ipotesi di “responsabilità formale” degli amministratori e impiegati degli enti pubblici locali (cfr. artt. 251-260 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383), prevedendo per le differenti ipotesi di responsabilità amministrativa la giurisdizione ordinaria (artt. 261, 263, 264 e 265 del r.d. 383/1934, cit.). L’equiparazione del regime di responsabilità di amministratori e impiegati degli enti locali agli impiegati dello Stato è sancita solamente dalla legge sull’ordinamento delle autonomie locali del 1990 (l. 8 giugno 1990, n. 142, art. 58; poi, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 167, art. 93). Cfr. a tal riguardo, A. Romano, *Corte dei conti e responsabilità dei dipendenti degli enti locali*, in *Foro it.*, 1991, I, 95 ss., nonché G.M. Racca, *Commento sub art. 93*, in R. Cavallo Perin, A. Romano (dir.), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Breviaria Iuris, Padova, Cedam, 2006, 511 ss.; Per la responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori, del direttore e degli impiegati delle aziende speciali: r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, art. 7; nonché, limitatamente al direttore tecnico e alla commissione dell’azienda speciale: l. 29 marzo 1903, n. 103, art. 7.

(26) Cass., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Giur. it.*, 2004, 1830 (Consorzio comprensoriale del Chietino tra comuni, per la ge-

La soluzione in entrambi i casi – che nega o afferma la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa – permane a prescindere dalle innovazioni del legislatore e dalla trasformazione in forma societaria degli enti di gestione, con restituzione all’analisi delle ragioni profonde che oggi più di ieri danno conto di un siffatto persistente *continuum* di favore rispettivamente per la giurisdizione del giudice ordinario o della Corte dei conti nell’uno o nell’altro tipo di ente.

La ragione non può certo essere ricondotta al carattere nazionale o locale degli enti di gestione, poiché non mancano esempi di organizzazioni nazionali – che per eguali ragioni – sono attratte alla giurisdizione della Corte dei conti, di cui l’esempio più noto è la Rai, società di diritto speciale presa evidentemente in considerazione nella sua qualità di gestore del servizio pubblico televisivo (27).

Neppure il richiamo – più volte ritrovato – alla finalità d’interesse pubblico appare decisivo, poiché occorre riconoscere che l’interesse pubblico che ha giustificato la creazione degli enti pubblici economici (la concessione ad essi di beni pubblici strumentali all’attività d’impresa, il conferimento del capitale finanziario essenziale al fine e la stessa sottoposizione di tali enti al controllo *in itinere* della gestione con la partecipazione di un magistrato della Corte dei conti alle sedute degli organi di amministrazione degli enti (28)), non è stato considerato una ragione sufficiente per dare fondamento alla giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità degli amministratori degli enti stessi (29).

Il fine d’interesse pubblico preso in considerazione per descrivere Iri, Eni, Enel, Egam, in genere ogni ente pubblico economico (*rectius*: enti inquadrati nelle associazioni professionali *ex art. 2093, c.c.*), è al contrario ritenuto dall’ordinamento del tutto compatibile con la sottoposizione di tali enti alla disciplina comune dell’imprenditore, ivi compresa la soggezione alla giurisdizione del giudice ordinario per ciò che attiene alla responsabilità di amministratori, dipendenti e di ogni altro che appartenga della relativa organizzazione, tra cui spiccano in campo societario le capogruppo o *holding* e gli altri enti che da questa dipendono (gruppi).

In tale quadro – sostanzialmente immutato nel tempo – debbono essere letti i *revirement* della giurisprudenza sui giudizi di responsabilità degli amministratori di società pubbliche (30).

L’interesse pubblico appare determinante di una giurisdizione della Corte dei conti e ancor prima della disciplina sostanziale sulla responsabilità di amministratori e dipendenti, solo ove assurga e sia giuridicamente dedotto come ragione giuridica dell’attività di un ente, non importa ora se come ragione giuridica essenziale dell’istituzione dell’ente pubblico da cui deriva la particolare disciplina pubblica dell’attività dell’ente stesso o più direttamente come causa giuridica dell’affidamento dell’attività all’ente che si vuole conformare all’interesse pubblico con una disciplina differenziata.

Questa è stata sinora la disciplina prescelta per la gran parte dei gestori di servizio pubblico locale, anche di quelli a rilevanza imprenditoriale come il servizio idrico integrato, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, ove i gestori assumono l’obbligo verso gli utenti di erogare la prestazione dedotta dall’ente territoriale nel programma di servizio pubblico; programma la cui definizione è avvenuta in ragione del grado di soddisfazione degli interessi pubblici di sviluppo della comunità locale ogni qualvolta presi in considerazione (d.lgs. n. 267/2000, art. 112 cit.).

Interesse pubblico giuridicamente rilevante sino al punto di consentire verso l’atto-programma di servizio

stione di opere acquedottistiche); Cass, S.U., 26 febbraio 2004, n. 3899, *Foro it.*, 2005, I, 2675 (So.ge.mi. s.p.a., gestore dei mercati annuari all’ingrosso di Milano e partecipata al 99, 97 per cento dallo stesso comune); Cass., S.U., 27 settembre 2006, n. 20886, *ivi*, 2007, I, 2483 (Azienda municipalizzata per i servizi ambientali-Amsa di Milano); Cass., S.U., 18 luglio 2008, n. 19815, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 1130 (Azienda tranvie autofilovie di Napoli); non univoca pare Cass., S.U., ord. 7 luglio 2011, n. 14957, in *Foro it.*, 2012, I, 831, perché la giurisdizione del giudice ordinario è affermata per la società (Re.de) che non è una *ex municipalizzata*, ma una sua controllata, di cui non è chiaro se deputata a svolgere un’attività di servizio pubblico e non invece complementare ad essa; non può essere invocata a favore invece Cass., S.U., 5 febbraio 1969, n. 363, in *Foro amm.* 1969, 128.

(27) Cass., S.U., ord. 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.*, 2010, I, 1472 (Rai); ma per un gestore pubblico di beni v. Cass., S.U., 14 aprile 2011, n. 8492, *ivi*, 2012, I, 1151 (Anas), che dichiara la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti dell’Anas, nonostante la qualificazione *ex lege* come ente pubblico-economico, probabilmente in ragione del programma di gestione di beni demaniali (strade e autostrade).

(28) L. 21 marzo 1958, n. 259, art. 12.

(29) Per tutti, in termini, Cass., S.U., 14 dicembre 1985, n. 6328, in *Giur. it.*, 1985, I, 1667 (Egam).

(30) Cass., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667, cit. (Consorzio acquedottistico del chietino di gestione servizio idrico *ex art. 25 l. 8 giugno 1990, n. 142*); Cass, S.U., 26 febbraio 2004, n. 3899, cit. (So.ge.mi. s.p.a. gestore pubblico dei mercati annuari all’ingrosso di Milano e partecipata al 99, 97 per cento dallo stesso comune); Cass., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit., Enel Power s.p.a. e l’amministratore delegato di Enel distribuzione s.p.a.

pubblico un sindacato degli appartenenti alla comunità locale almeno per vizio di eccesso di potere, poiché l'atto-programma è la definizione del mezzo rispetto al fine d'interesse pubblico che si è voluto soddisfare, interesse pubblico che perciò è la ragione giuridica (causa) dell'affidamento al gestore dell'obbligazione di erogare le prestazioni definite dal programma di servizio pubblico locale (31).

Al contrario gli enti pubblici economici la cui essenza risiede proprio nell'escludere la giuridica rilevanza dell'interesse pubblico nella disciplina dell'attività d'impresa, verso la quale l'interesse pubblico costituisce motivo ulteriore non diversamente dai motivi ultimi che ben possono avere determinato, più di ogni altro fattore, un imprenditore privato ad avviare o persistere in una determinata attività d'impresa (onorare la memoria del padre fondatore).

L'ente pubblico economico è la sintesi della generale irrilevanza di una conformazione all'interesse pubblico e alla disciplina pubblica volta ad assicurarne il perseguimento, è la disciplina che per prima e a largo spettro ha dimostrato che l'interesse pubblico può certo essere perseguito e molto bene con strumenti di diritto privato. Ancor prima dell'art. 1, c. 1-bis, l. n. 241/1990 è sufficiente ricordare l'opera di due *manager* pubblici tra molti: Alberto Beneduce ed Enrico Mattei.

L'interesse pubblico è in tali casi soddisfatto *naturaliter* secondo limiti dettati all'autonomia privata che è a tutti riconosciuta, più esattamente secondo una disciplina che non assicura affatto che i terzi possano fare valere verso il gestore il perseguimento del pubblico interesse, perché si vuole che tale soluzione non caratterizzi e dunque sia giuridicamente irrilevante nella disciplina giuridica di un ente pubblico.

### 5. I privati gestori pubblici e la distinzione tra impresa pubblica e gestione pubblica

La rilevazione della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e dipendenti (32) assume dunque un rilievo teorico che è d'interesse, poiché obbliga a riconsiderare la disciplina degli enti e dell'attività agli stessi affidati che possono – nonostante la *vulgata* comune – non essere affatto gestori pubblici (33), nel senso proprio di una qualità giuridica che sottopone l'ente ad una disciplina che assicura il perseguimento della finalità di pubblico interesse che è giuridicamente rilevante per i terzi.

Beninteso, non si tratta per gli enti pubblici presi in considerazione di un carattere istituzionale inevitabile, ben potendo riguardare l'ente per un periodo limitato oppure in ragione di un mutato modo di configurare o intendere i relativi obblighi istituzionali.

Sia in ambito nazionale che locale si è assistito a tentativi non sempre riusciti di trasformazione sostanziale di gestori di beni o servizi pubblici in imprese di diritto comune ove le condizioni socio-economiche lo consentissero, cioè fosse possibile ritenere il soddisfacimento di un interesse pubblico come portato economico di una determinata attività e non più come un vincolo assicurato dalla soggezione dell'impresa alla disciplina speciale del bene o servizio pubblico.

La rilevazione della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e dipendenti rivela dunque la scelta di diritto positivo che l'ordinamento ha definito per una determinata organizzazione, affermando la disciplina che caratterizza l'ente come impresa o come gestore pubblico.

La prospettazione trova conferma nella sottoposizione alla medesima giurisdizione della Corte dei conti dei concessionari di servizio o beni pubblici (34), dei titolari delle concessioni intese come titolo di legittimazione

(31) Si consenta il rinvio a R. Cavallo Perin, *Commento sub art. 112*, in R. Cavallo Perin, A. Romano (dir.), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, *Breviaria Iuris*, Padova, Cedam, 2006, 604 ss.

(32) Cfr., per un approccio critico a tale estensione, in special modo a fronte della forma societaria: G. della Cananea, *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in *Riv. dir. societario*, 2007, 4, 55; c. Ibba, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civile*, 2010, I, 364; Id., *Forma societaria e diritto pubblico*, *ibidem*, 2006, II, 145.

(33) Cass., S.U., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 5, 512 (Poste s.p.a.); non così per le poste in *Amministrazione autonoma dello Stato*: Cass., S.U., 22 dicembre 2000, 1329, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 2496, relativa a condotta *ante* trasformazione in ente pubblico economico e poi in società per azioni (d.l. n. 487/1993); irrilevante, perché relativo ad un caso di maneggio di valori, Cass., S.U., 10 aprile 1999, n. 232 in questa *Rivista*, 1999, fasc. 2, 110.

(34) Cass., S.U., 4 dicembre 2009, n. 25504, in *Foro it.*, 2010, I, 1502 (Snai, s.p.a., concessionaria di gestione telematica del gioco lecito con vincite in danaro aveva violato gli obblighi di servizio previsti dalla legge e dalla convenzione e cagionato l'inefficace funzionamento del servizio pubblico); Cass., S.U., 1 marzo 2006, n. 4511, in *Foro it.*, 2006, I, 1734, e Cass., S.U., 11 aprile 2011, n. 8129, cit. (su di una concessionaria di lavori).

di attività altrimenti vietata (35), purché – al di là del *nomen iuris* utilizzato (36) – l'interesse pubblico non sia semplicemente un fatto giuridico (37) ma assurga a *ratio* di conformazione del rapporto con il terzo gestore (rilevanza causale dell'interesse pubblico), ancor prima della disciplina normativa o della scelta discrezionale dell'amministrazione che costituisce titolo dell'erogazione del servizio o dell'uso del bene a titolo particolare (eccezionale o speciale).

Le ipotesi appaiono di interesse soprattutto ove il terzo – gestore pubblico – sia un soggetto privato in senso sostanziale (38), ma anche ove si tratti di enti pubblici economici, che per propria natura giuridica istitutiva sfuggono alla giurisdizione della Corte dei conti, ma che ad essa possono ciò nonostante essere attratti in forza della diversa qualità giuridica altrimenti acquisita di gestore pubblico.

L'ipotesi limite è data dai privati – come le associazioni di categoria – che assumono compiti d'amministrazione in un procedimento amministrativo di finanziamento o indennizzo ai produttori appartenenti alla categoria (39).

Dunque enti pubblici (economici) che, nonostante la qualificazione pubblica della titolarità o controllo (anche *in house*) (40) da parte di amministrazioni statali o territoriali, seguono le regole comuni delle imprese, anche per ciò che attiene alla giurisdizione in materia di responsabilità per danni all'ente di amministratori e dipendenti; al contrario taluni privati che – in conformità alla tradizione che li configura come organi indiretti, uffici pubblici (41) o sostituti dell'amministrazione pubblica (42) – sono attratti alla giurisdizione della Corte dei conti senza perciò assurgere al tipico controllo strutturale interno delle società in mano pubblica che da alcuni anni sono denominate – ad altri fini – come organizzazioni *in house providing*.

#### 6. La partecipazione come forma di esternalizzazione

L'appartenenza delle persone fisiche all'organizzazione pubblica è forse di più agevole considerazione, poiché è conforme alla tradizionale classificazione del rapporto di servizio che le stesse assumono con le

(35) Cass., S.U., 9 aprile 2010, n. 8438, in *Foro it.*, 2011, I, 509 (Casinò di Campione d'Italia s.p.a.).

(36) Di interesse particolare è Cass., S.U., ord. 12 ottobre 2004, n. 20132, in questa *Rivista*, 2004, fasc. 5, 255, relativa a un'associazione di produttori di latte bovino (Unalat), la quale, ricevuto il pagamento, da parte dell'Aima, di una somma di danaro a titolo di indennità destinata ai produttori suoi associati, a causa della sospensione temporanea della produzione del latte, abbia impiegato tale somma per il pagamento del prelievo supplementare (ossia di sanzioni comunitarie) sulle quote latte, per la superproduzione lattiera degli anni Novanta, dovuta alla condotta dei produttori suoi associati, sui quali avrebbe dovuto gravare quindi il pagamento delle quote stabilite.

(37) Cass., S.U., 5 maggio 2011, n. 9846, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 76, per caso di indebito oggettivo di indennizzo a chi si riteneva di essere colpito dall'esondazione del Po.

(38) Cass., S.U., 11 aprile 2011, n. 8129, cit.; Cass., S.U., 4 dicembre 2009, n. 25504, cit.; Cass., S.U., 24 luglio 2009, n. 17347, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Cass., S.U., 18 luglio 2008, n. 19815, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 10, 1130.

(39) Cass., S.U., ord. 12 ottobre 2004, n. 20132 (Unalat, Associazione dei produttori di latte bovino), che afferma la giurisdizione della Corte dei conti; il caso in esame della partecipazione alla funzione si distingue nettamente da quello indicato alla nota precedente relativo ad un caso di indebito oggettivo (Cass., S.U., 5 maggio 2011, n. 9846, cit.).

(40) P. Novelli, *Le società in house providing*, in P. Novelli, L. Venturini, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008, 413 ss.; Id., *La public governance nelle società pubbliche (con particolare riguardo alle società in house create per la gestione dei servizi pubblici, ibidem*, 481 ss.; G. Montedoro, *Società in house e responsabilità*, in *www.asstrid-online.it*, 2007, 12; sull'istituto dell'*in house providing* cfr. D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003; da ultimo, R. Cavallo Perin, *Le regole dell'organizzazione e della gestione, in L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di H. Bonura, M. Cassano, Torino, Giappichelli, 2011, 137 ss.; B. Noguera de la Muela, *Los encargos in house en la ley de contratos del sector público (Lcsp)*, *Revista de administración pública*, n. 182, 2010, 159 ss.; R. Cavallo Perin, D. Casalini, *Control over in house providing organisations*, in *Public procurement law review*, Issue 5, 2009, 227 ss.; R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing, un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; in generale, C. Iaione, *Le società in house, Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2012.

(41) È la tesi di M.S. Giannini, la cui ultima formulazione è in *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, 147; ma si veda Id., *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, I, 167, "il concessionario diviene titolare di un ufficio, non già burocratico, bensì convenzionale". Cfr. F. Trimarchi, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 1967, 67 ss.

(42) G. Miele, *Ente pubblico e concessione di servizio pubblico*, in *Foro amm.*, 1942, I, 2, 235, poi in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, 359, ove si afferma che trattasi di una legittimazione del concessionario ad agire "per lo svolgimento di una altrui sfera di competenza" (della pubblica amministrazione); per diversa prospettazione si veda anche: G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (dir.), *Tratt. dir. amm.*, II, 3, Milano, Società Editrice Libreria, 1935, 235. Da ultimo, Cass., S.U., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, I, 3405.

pubbliche amministrazioni, sia esso a titolo coattivo (es. precettazione) o volontario, e tra quest'ultimo a titolo onorario o professionale, e ancora in un rapporto di lavoro autonomo o dipendente (43), non sempre importa se lo stesso sia stato istituito in fatto (ad esempio art. 2126 c.c.; art. 97 Cost.) oppure a seguito di una valida legittimazione giuridica.

È noto che il rapporto di servizio rilevante per l'affermazione della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa si avverte anche tra un dipendente di un'amministrazione pubblica che partecipa (atto di accertamento, parere, ecc.) al procedimento di un'altra amministrazione (44), o l'incaricato della progettazione o direzione di lavori pubblici (45), che con tale partecipazione o consulenza ha inferto un danno all'amministrazione pubblica.

In molti casi si richiede – non sempre come *ratio decidendi* ma talvolta come semplice *obiter dictum* – un rapporto non occasionale ma continuativo, “perché capace di determinare gli orientamenti dell'amministrazione in modo diretto, continuo e rilevante, incuneandosi dunque nella struttura organizzativa dell'ente pubblico e finendo con lo svolgere le funzioni degli uffici, sicché quest'ultimo finisce per ricoprire, la stessa posizione propria di un dipendente o di un amministratore pubblico” (46).

La questione assume qui rilievo come forma di *esternalizzazione* che non attiene in senso proprio alla privatizzazione, né formale né sostanziale, ma che ciò nonostante può involgere le forme di attuazione del principio di sussidiarietà oppure una corposa partecipazione al procedimento amministrativo ben oltre i limiti delineati dalla relativa legge generale (l. n. 241/1990, artt. 7 ss., cit.).

La prospettiva così delineata – a ben vedere – non involge solo i casi di giurisdizione della Corte dei conti per danni arrecati da individui che hanno instaurato con l'organizzazione pubblica un rapporto di servizio rilevante (es. direttore lavori o il progettista), ma anche l'ente che sia chiamato (47) o abbia comunque titolo a partecipare al procedimento, contribuendo alla fase istruttoria o esecutiva, poiché quanto meno nel primo caso appare esplicito un riferimento nella legge generale sul procedimento la quale contempla come possibili partecipi le organizzazioni sia pubbliche sia private (“qualsiasi soggetto portatore di interessi pubblici e privati”: art. 9, ma cfr. anche l'art. 7, c. 1, l. n. 241/1990, cit.).

\* \* \*

## CORTE DEI CONTI E CONTROLLI INTERNI (\*)

di Giovanna Colombini

Sommario: 1. *Introduzione al tema.* – 2. *Il sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni.* – 3. *Il controllo della Corte dei conti sul funzionamento dei controlli interni e la finalità collaborativa.* – 4. *Alcune considerazioni di prospettiva.*

### 1. *Introduzione al tema*

Il sistema dei controlli amministrativi ha subito dagli anni '90 ad oggi significative riforme su cui merita fare una riflessione non soltanto per verificare se queste abbiano risposto alle finalità che il legislatore gli

(43) Cass., S.U., 2 novembre 2011, n. 22688, Cass., S.U., 4 dicembre 2009, n. 25504, cit.; Cass., S.U., 24 novembre 2009, n. 24672, in *Foro it.*, 2010, I, 1521; Cass., S.U., 20 ottobre 2006, n. 22513, in questa *Rivista*, 2006, fasc. 5, 182.

(44) Cass., S.U., 9 giugno 2011, n. 12539, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 7-8, 2298 (Ute), ove si afferma che il danneggiante, intervenendo attivamente nella procedura d'acquisto, svolgeva un compito d'interesse per l'amministrazione danneggiata e s'inseriva, pertanto, nella sua “organizzazione funzionale”.

(45) Da ultimo, Cass., S.U., 5 maggio 2011, n. 9845, in *Foro it.*, 2012, I, 1083.

(46) Da ultimo, Cass., S.U., 9 maggio 2011, n. 10062, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 760.

(47) Si v. Cass., S.U., ord. n. 20132/2004, cit. alla nota (36).

(\*) Il presente contributo, compatibilmente con la ristrettezza dei tempi, tiene conto, per la parte di competenza, delle “nuove misure in materia di finanza pubblica e funzionamento degli enti territoriali” introdotte dal d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, nonché del disegno di legge di revisione costituzionale presentato dal Presidente del consiglio dei ministri di concerto con il Ministro per la funzione pubblica e la