

PRICEWATERHOUSECOOPERS 

[www.pwcglobal.com/it](http://www.pwcglobal.com/it)

Corporate Governance



# CORPORATE GOVERNANCE FORUM 2008

## CONTROLLI SOCIETARI E NUOVE RESPONSABILITÀ CONTABILI

Lamberto Cardia  
Alfonso Dell'Isola  
Maurizio Eufemi  
Paolo Ielo  
Massimo Mantovani  
Andrea Monorchio  
Giancarlo Montedoro  
Alessandro Pajno  
Roberto Pinza

Mario Sarcinelli  
Pierangelo Schiavi  
Claudio Sartorelli  
Paola Severino di Benedetto  
Antonio Taverna  
Luisa Torchia  
Dario Trevisan  
Andrea Zoppini

**CONTROLLI SOCIETARI  
E NUOVE RESPONSABILITÀ CONTABILI**

Atti

**Corporate Governance Forum**

Roma, 7 febbraio 2008

È vietata la riproduzione non autorizzata, anche parziale, neppure per uso interno o didattico, con qualsiasi mezzo effettuata.

© 2008 Corporate Governance Forum - Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

## SOMMARIO

INTERVENTI

pag. 5

### **Antonio Taverna**

*Coordinatore Corporate Governance Forum,  
Docente di Aggregazioni aziendali e Risk Management,  
Facoltà di Economia, Università LIUC «Carlo Cattaneo» di Castellanza*

### **Luisa Torchia**

*Professore ordinario di Diritto Amministrativo,  
Facoltà di giurisprudenza, Università di Roma Tre*

### **Andrea Zoppini**

*Ordinario di Analisi Economica del Diritto  
e Diritto Privato Comparato, Facoltà di Giurisprudenza,  
Università degli Studi Roma Tre*

### **Paola Severino di Benedetto**

*Professore ordinario di Diritto Penale, Università LUISS Guido Carli*

### **Paolo Ielo**

*Ufficio GIP del Tribunale di Milano*

### **Mario Sarcinelli**

*Presidente di Dexia Crediop*

### **Andrea Monorchio**

*Presidente CONSAP*

### **Lamberto Cardia**

*Presidente CONSOB*

### **Claudio Sartorelli**

*Direttore Segreteria Societaria ENEL*

### **Maurizio Eufemi**

*Senatore della Repubblica - Capogruppo UDC Commissione Finanze e Tesoro*

**Roberto Pinza**

*Tesoriere AREL, Viceministro dell'Economia e delle Finanze,  
Presidente di «Piazza Finanziaria»*

**Massimo Mantovani**

*Direttore Affari Legali ENI*

**Dario Trevisan**

*Avvocato*

**Pierangelo Schiavi**

*Presidente e amministratore delegato di PricewaterhouseCoopers Italia*

**Alfonso Dell'Isola**

*Partner di PricewaterhouseCoopers Italia*

**Alessandro Pajno**

*Presidente di Sezione del Consiglio di Stato,  
Sottosegretario del Ministero dell'Interno*

**Giancarlo Montedoro**

*Consigliere di Stato*

### **Antonio Taverna**

Questo è il terzo incontro organizzato in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'università Roma Tre. Ringrazio il Rettore, Guido Fabiani, e il Preside Giuseppe Terranova, per l'ospitalità, Andrea Zoppini e Luisa Torchia per aver promosso l'incontro. Un ringraziamento particolare a tutti voi che avete aderito all'invito di portare un contributo al dibattito.

Il tema «controlli societari e nuove responsabilità contabili» è di particolare attualità dopo il pronunciamento della Corte dei conti in materia di danno erariale.

Prima di iniziare i lavori, desidero spendere alcune parole su «Il mercato trasparente», il libro che trovate sul tavolo.

Il Corporate Governance Forum è un'opportunità d'incontro e confronto di opinioni fra le imprese, che portano al dibattito i problemi del vissuto quotidiano e rappresentanti delle istituzioni, politici, accademici e professionisti.

Dopo dieci anni di attività e oltre venti dibattiti, si è pensato di portare a conoscenza di un più largo pubblico una selezione dei contributi dei relatori raccolti in atti, la cui circolazione è stata limitata agli addetti ai lavori. La scelta dei contributi pubblicati è ispirata all'attualità dei contenuti e sono presentati suddivisi per argomento, per agevolare la consultazione.

L'intento è stato proprio quello di fornire uno strumento di consultazione per chi deve migliorare la normativa societaria o procedere a riforme quali quelle delle Banche popolari, delle Authority e delle Fondazioni, ma anche migliorare le regole del governo societario o degli aspetti sanzionatori.

Interventi degli autori delle riforme, come quelle del vice ministro Pinza, testimonianze accademiche o professionali, come quelle che alcuni di voi hanno portato ai dibattiti, rendono il volume un riferimento utile anche per chi deve scrivere gli statuti societari, ispirati alle *best practice*.

I dieci anni di attività sono stati una straordinaria stagione di riforme: dal Testo Unico sulla finanza fino al *market abuse* e alla legge sulla tutela del risparmio.

Il libro è la testimonianza dei notevoli progressi fatti dal nostro ordinamento e dalle nostre società.

Il prossimo 22 febbraio si terrà a Milano la presentazione del volume in un convegno che vuol fare il punto sullo stato dell'arte del governo societario nel nostro Paese, anche alla luce del documento di consultazione prodotto da Banca d'Italia.

Lo stato dell'arte mi fa ricordare quello che penso un limite del dibattito pubblico nel nostro Paese: l'eccessiva attenzione ai modelli societari piuttosto che ai controlli.

Il documento di Banca d'Italia e il tema della nostra tavola rotonda danno risalto a questo aspetto fondamentale. Come l'OCSE ebbe a sottolineare nella sua definizione di *corporate governance* del 1999, essa sia struttura societaria sia architettura dell'organizzazione aziendale.

Passo ora la parola a Luisa Torchia e poi a Andrea Zoppini per l'inizio dei lavori.

## **Luisa Torchia**

Insieme ad Andrea Zoppini abbiamo assunto il compito di introdurre, molto brevemente, questo incontro. Per quel che mi riguarda proverò ad individuare, dal punto di vista del diritto amministrativo, quali sono gli elementi essenziali e le criticità della situazione attuale in materia di responsabilità amministrativa.

Il primo essenziale elemento da segnalare è che oggi c'è una coesistenza e una sovrapposizione di diversi generi di responsabilità in capo alle stesse persone e agli stessi soggetti. Persone come persone fisiche, amministratori, soggetti come persone giuridiche, società, enti, associazioni.

Parlando di diversi «generi» di responsabilità e non di diverse «specie» di responsabilità, ho voluto mettere l'accento sul fatto che la responsabilità del codice civile in generale, nelle sue varie forme e fattispecie, è un genere diverso dalla responsabilità amministrativa.

Questi due generi di responsabilità hanno certamente in comune una caratteristica quanto alla finalità. La finalità di qualsiasi istituto ascrivibile alla responsabilità è una finalità di deterrenza: poiché c'è una responsabilità che può essere imputata, il soggetto che con il suo comportamento l'attira su di sé, è incentivato ad evitare un certo tipo di comportamenti dannosi.

A questa finalità comune si affiancano, però, caratteristiche diverse. Mentre la responsabilità civile ha fondamentalmente

una funzione di compensazione di un danno patrimoniale, la responsabilità amministrativa è una responsabilità di tipo afflittivo-sanzionatoria, quindi con un orientamento, una logica dei presupposti completamente diversi.

Inoltre queste due responsabilità sono affidate a due giurisdizioni diverse: una ordinaria, l'altra speciale come quella del giudice contabile. Emergono quindi attraverso processi molto diversi.

Questa sovrapposizione di generi di responsabilità sugli stessi soggetti non è prevista dalle norme, ma è il frutto di una evoluzione giurisprudenziale.

Questo elemento consente di evidenziare una prima criticità, relativa alla violazione del principio di legalità: non si può avere una responsabilità imputata ad un soggetto senza che quella responsabilità sia prevista in riferimento a quel soggetto da una norma di legge che determini i presupposti, i modi di accertamento, i modi di imputazione, di irrogazione delle misure e così via.

Vorrei ricordare, proprio su questo argomento, un episodio. Quando era in formazione la legge 20/94, in materia di controlli della Corte dei conti, fu presentato un emendamento che introduceva la responsabilità per gli amministratori delle società pubbliche, la responsabilità della quale, appunto, discutiamo oggi, che però cadde.

Sulla «caduta» di questo emendamento circolano due versioni diverse e autorevoli. La Corte di Cassazione in una recente sentenza ha detto che in realtà il legislatore aveva sempre voluto la responsabilità degli amministratori pubblici, e l'aveva esplicitato con l'emendamento della legge, di conversione; poi si era reso conto che non ce ne era bisogno, in quanto era già nell'ordinamento, e quindi l'emendamento decadde.

Allora ministro della Funzione Pubblica, Sabino Cassese, che certo ebbe un ruolo nella formazione sia del decreto-legge, sia della legge di conversione, ha scritto, invece, che l'emendamento cadde perché era una tale mostruosità giuridica che nessuno si sentì di sostenerlo.

Due letture, come vedete, radicalmente opposte.

La mia personale convinzione è che non ci sia una base legislativa per questo cumulo di responsabilità. Tanto meno si può ricorrere, per fondare questa sovrapposizione, a un altro argomento, spesso usato, che è chiamato in gergo la cosiddetta «sentenza Cheli», cioè quella sentenza con la quale la Corte costituzionale affermò che negli enti trasformati in società per azioni

doveva comunque applicarsi il controllo della Corte dei conti, in ragione dell'origine erariale del patrimonio.

È evidente che, una cosa è parlare di controllo e una cosa è parlare di responsabilità: sono istituti completamente diversi, che possono essere anche esercitati dall'istituzione Corte dei conti, ma vengono esercitati secondo criteri, modalità completamente differenti. Quindi anche la «sentenza Cheli» non è utile.

C'è, ora, un orientamento giurisprudenziale della Corte dei conti, in parte recentemente riecheggiato dalla Cassazione, che fa diverse operazioni, la principale delle quali è allargare a dimisura il rapporto di servizio. Tutti sono in rapporto di servizio rispetto allo Stato o comunque al potere pubblico: gli enti, le società, le società controllate, gli amministratori dentro le società. Il rapporto di servizio non incontra mai barriere, non si spezza mai, niente riesce ad ostacolarlo.

Il secondo elemento rilevante, in questo orientamento giurisprudenziale, è che la privatizzazione viene considerata e quindi dequotata come un fenomeno totalmente formale, si parla continuamente di forma privata e sostanza pubblica: la forma è privata e il contenitore è privato e dentro questo contenitore (società per azioni) si può mettere qualsiasi cosa, ma quello che viene messo ha una sostanza pubblica, cioè un interesse pubblico che mai invece perde la sua natura sostanziale. La forma privata è neutrale, mentre la sostanza pubblica è valoriale, porta con sé una serie di valori, di istituti, di regole etc.

La svalutazione del diritto privato, del diritto civile è evidente, ma del tutto ingiustificata: forse che la forma privata non porta con sé regole e valori?

Di contro, a fronte di questa forma privata così neutrale, c'è un interesse pubblico e c'è l'affermazione che anche solo l'origine erariale del patrimonio fa sì che si applichi quell'insieme di regole che per brevità possiamo chiamare «responsabilità amministrativa da danno erariale».

Di conseguenza, si argomenta, il capitale delle società pubbliche non è capitale sociale perché la sua natura di bene erariale prevale sulla sua natura di capitale sociale; a me sembra una distorsione molto forte rispetto alla disciplina civilistica.

Ancora a proposito delle criticità, desidero segnalare tre diversi punti.

Si rileva, innanzitutto, un profilo di costituzionalità. A me sembra che ci sia un'evidente violazione del principio di legalità, un'evidente estensione di una giurisdizione speciale, di un pro-

cesso speciale – il processo contabile – che va oltre quello che la legge prevede e anche di quello che la Corte Costituzionale ha detto sulla giurisdizione contabile affidata dalla Costituzione alla Corte dei conti.

Sul piano dei principi, poi, c'è un'inversione del rapporto tra diritto generale e diritto speciale. Tutto ciò che è speciale fuoriesce dal paradigma interpretativo del diritto del codice civile che diventa così residuale, sempre più ristretto a un fenomeno generale che però ha sempre meno territorio, mentre tutti i fenomeni speciali – la SPA in quanto esiste una norma che ne modifica rispetto al modello civilistico, un qualche elemento – hanno un loro diritto che è tutto pubblico. Il codice civile non offre più i criteri interpretativi di questo fenomeno. In questo caso il diritto speciale si dilata con una sua speciale giurisdizione perché invece del processo ordinario abbiamo il processo contabile. Sul piano operativo, infine, emerge un evidente contrasto tra questa responsabilità amministrativa e la responsabilità prevista dagli articoli 2392 e seguenti del codice civile, in quanto sono diverse le logiche di questi due generi di responsabilità e se due logiche contrastanti si imputano sullo stesso soggetto – persona fisica o persona giuridica – questo stesso soggetto si paralizza, non riuscendo ad assolvere né all'uno adempimento, né all'altro.

Il punto di fondo è, che dobbiamo rispondere alla domanda se lo Stato è un azionista come agli altri e si serve di quell'insieme di strumenti dell'azionista, oppure è un azionista diverso dagli altri con vincoli o dei privilegi in più. Se la risposta è affermativa, occorre che gli altri azionisti eventuali sappiano che diventare soci dello Stato significa diventare soci di un soggetto che ha comunque delle regole speciali anche non scritte.

Questa specificità probabilmente ha anche un profilo di incompatibilità comunitaria perché è una specificità nazionale che ostacola la circolazione.

A mio avviso dovremmo, da ultimo, anche porci un altro problema: ma qual è l'effettività di questa responsabilità amministrativa? Serve davvero a garantire l'interesse generale? Oppure è solo una sorta di strumento sussidiario, attivato sulla base dell'implicito argomento sottostante secondo il quale lo Stato non è in grado di usare gli strumenti che tutti gli altri azionisti usano e quindi ha bisogno di qualcosa di speciale: che il Procuratore della Corte dei conti agisca per esso. Su questa strada si può andare molto lontano, forse troppo.

## Andrea Zoppini

Mi fa piacere discutere all'interno del Corporate Governance Forum il tema di oggi perché in questa sede ideale sono stati discussi temi e sono state proposte soluzioni offerte, poi, ai decisori politici o istituzionali.

Diversamente dalla professoressa Torchia, desidero introdurre il tema muovendo dal dato del diritto vivente, e segnatamente dalla Circolare diffusa dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, identificando quelle che mi sembrano tre criticità evidenti e concludendo con talune osservazioni sulle possibili linee di soluzione del problema.

Il primo punto riguarda più specificamente le società con azioni o titoli ammessi ai mercati regolamentati. È oggi argomento di dibattito generale il fatto che la moltiplicazione dei controlli a seguito della riforma del diritto societario e dell'entrata in vigore della legge sul risparmio, generi già, nelle società quotate di diritto comune, pericolose sovrapposizioni con evidenti rischi di inefficienza. Questo punto è messo in grande evidenza nel recentissimo documento della Banca d'Italia<sup>1</sup> che, per un sistema di *governance* efficiente, espressamente richiede l'istituzione di un organo che coordini l'insieme dei controlli imposti dall'ordinamento, da quelli previsti dal d.lgs. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa degli enti, a quelli contabili, moltiplicatisi negli ultimi anni. Questa problematica sovrapposizione è accentuata in maniera esponenziale per le società, in particolare (ma non solo) per le società quotate che sono anche sottoposte alle regole previste per la responsabilità amministrativa.

Si tratta di un punto fondamentale che riguarda sia lo Stato azionista, sia l'attività delle Autorità indipendenti preposte al controllo del mercato. La moltiplicazione e la sovrapposizione di controlli di diritto comune e di diritto speciale – così come interpretato dalla Corte dei conti – rappresenta una patologia che pone a rischio quelle ragioni di trasparenza e di stabilità che invece l'ordinamento dichiara di voler perseguire.

In secondo luogo, è evidente che questo regime speciale è in contrasto con i principi di libera circolazione dei capitali e di libertà di stabilimento. In altri termini, è palese che il regime della responsabilità amministrativa, per come si è andato sviluppando nel diritto vivente, postula un evidente contrasto con le libertà di circolazione e di stabilimento, e quindi con la possibilità di investimento da parte di soggetti che appartengono al mer-

cato unico, nonché con la possibilità per i medesimi di acquistare il controllo e la gestione delle imprese.

Quel che si afferma non è fondato su una interpretazione personale, ma deriva dall'osservazione, fatta sul fronte normativo, della vicenda AEM<sup>2</sup>. Il provvedimento della Corte di giustizia che ha portato a riformulare l'art. 2449 c.c. aveva, nella sua contraddittorietà, riconosciuto l'argomento. In realtà, non appare necessario modificare questo articolo, in quanto già il diritto comune offre strumenti atti a consentire che un socio dello Stato possa attraverso strumenti finanziari esercitare i diritti speciali.

La Corte europea non ha però seguito questo ragionamento e ha imposto in ogni caso l'obbligatoria applicazione di strumenti appartenenti al diritto comune. La riformulazione della disposizione, che ha poi trovato accoglimento in sede comunitaria, già offre una possibile chiave di lettura di questa vicenda in quanto, in materia di poteri speciali di un socio pubblico, si è distinta la posizione delle società quotate – per le quali l'art. 2449 c.c. non sarà più applicabile – da quella delle società che, al contrario, non hanno titoli ammessi alla quotazione e per le quali i diritti speciali riconosciuti dallo statuto al socio pubblico possono continuare a trovare applicazione.

Un terzo ordine di considerazioni, concerne il rapporto tra due sistemi di controlli – quello di carattere societario e quello di responsabilità amministrativa contabile fatta valere dalla Corte dei conti – fondati su presupposti, regole, comportamenti e razionalità predittive completamente diverse. In particolare, la responsabilità del diritto societario si basa sulla cosiddetta *business judgement rule*, che implica una valutazione di razionalità *ex ante*; mentre, all'opposto, la responsabilità contabile deve essere, per definizione, valutata *ex post*. Questa riflessione mi pare ulteriormente sconsigliare l'introduzione di un modello di responsabilità contabile nella disciplina delle società, ambito nel quale potrebbe determinare un fenomeno distorsivo a cui è stato fatto riferimento anche dalla professoressa Torchia.

Quali, allora, le possibili soluzioni? Ritengo opportuno premettere che, in questo caso, si è di fronte a quella che gli strutturalisti dei sistemi giuridici definiscono come «la dialettica tra formanti». In effetti, la regola di cui discutiamo, sviluppatasi al di fuori del «formante» legislativo, ha un carattere sostanzialmente giurisprudenziale ed impone quindi un intervento di riforma di estrema precisione.

Il primo elemento da valorizzare è costituito dall'appello al mercato dei capitali, che – indipendentemente dal tipo di opera-

zione compiuta (quotazione di azioni o di obbligazioni) – ingenera inevitabilmente un affidamento collettivo a regole di gestione sociale sostanzialmente uniformi.

Il secondo elemento riguarda il fatto che l'Unione europea prevede regole speciali di trasparenza per le società pubbliche, imponendo obblighi di contabilità separata (vedi Direttiva 16 novembre 2006, n. 111, «relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese»). È quindi con una logica legata esclusivamente a questa attività separata, così come indicata anche a livello comunitario, che si può ragionare sull'esistenza di una regola speciale di responsabilità, e non certamente per l'attività gestita secondo le regole di diritto pubblico.

Infine, con un terzo elemento, si può replicare ad una obiezione che emerge chiaramente nella pronuncia della Corte di Cassazione del 2003 (Cass., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667), le cui argomentazioni si concentrano sulla scarsa effettività dei controlli e dei rimedi societari. Si può osservare, in tal senso, che dove il legislatore abbia ravvisato un problema di scarsa effettività, lo ha generalmente risolto sulla base di un criterio di prevenzione. Nel codice civile è già previsto, in materia di cooperative, un doppio regime di responsabilità (di diritto comune e amministrativo), ma se gli strumenti di diritto comune sono ordinariamente attivati, necessariamente il controllo amministrativo si deve interrompere. Si tratta, del resto, di una regola che molte società di diritto speciale o soggette a controllo speciale amministrativo, conoscevano già nel passato.

Le considerazioni svolte in merito al rapporto tra controlli di carattere societario e responsabilità amministrativa contabile ed alle problematiche emerse dalla disordinata sovrapposizione di queste due differenti tipologie di controlli sembrano, peraltro, trovare riscontro nel recente intervento normativo in materia di responsabilità degli amministratori di SPA partecipate dallo Stato.

Mi riferisco, in particolare, all'art. 16 *bis* della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito, con modificazioni, il decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria (c.d. decreto Milleproroghe).

Tale disposizione, introdotta al fine di risolvere i dubbi sull'esistenza e sull'ambito della giurisdizione della Corte dei conti in materia di danni prodotti alle SPA partecipate dalla P.A. dai loro

amministratori, ha chiarito che «per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate»:

(i) «la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile»;

(ii) «le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario»;

(iii) tali disposizioni «non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore» della legge di conversione.

L'art. 16 *bis* costituisce espressione della volontà del legislatore di delimitare (*rectius*: frenare) gli orientamenti ermeneutici del giudice ordinario e contabile che estendono la responsabilità per danno erariale e la giurisdizione della Corte dei conti agli amministratori di SPA pubbliche.

La disposizione è volta, infatti, ad escludere – *de futuro* – la giurisdizione contabile per gli amministratori di SPA quotate, partecipate dalla P.A. con una quota inferiore al 50%.

Conseguentemente, si è previsto che la responsabilità degli amministratori di tali società sia governata esclusivamente dalle norme e dalla giurisdizione civili.

Di là dal contenuto letterale della disposizione, inoltre, l'art. 16 *bis* spiega, a mio avviso, effetti sistematici ulteriori.

Un'analisi interpretativa di tale norma condotta secondo canoni teleologici e sistematici consente, infatti, di affermare che il precipitato della disposizione in questione sia più ampio, tale da far ritenere ormai acquisito che la disciplina applicabile a tali società non è modificata in virtù della partecipazione (minoritaria) della P.A.

In particolare, la norma sembrerebbe affermare un principio sistematico in base al quale la partecipazione della P.A. in una SPA quotata, purché inferiore al 50%, non muta la natura della società: essa è governata dal diritto societario comune senza «interferenze pubblicistiche».

In sostanza, il legislatore pare orientato nel senso di attribuire alla P.A. che sia azionista (non di controllo) un ruolo del tutto parificato a quello dell'investitore privato.

D'altronde, l'art. 16 *bis* rappresenta solo l'ultima tappa del recente percorso intrapreso dal legislatore nazionale, sotto l'impulso della giurisprudenza comunitaria, al fine di eliminare le condizioni di disparità esistenti tra SPA partecipate e non basti considerare che nell'anno appena concluso:

(a) a seguito della sentenza AEM SPA della Corte di Giustizia CE<sup>3</sup>, la quale, come già si è detto, ha dichiarato l'illegittimità comunitaria dell'art. 2449 c.c.;

(b) a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con legge 6 aprile 2007, n. 46, che ha abrogato l'art. 2450 c.c. proprio per evitare la prosecuzione della procedura di infrazione n. 2006/2104 avviata dalla Commissione europea contro l'Italia, sono scomparse entrambe le disposizioni di favore che il codice civile riservava alle società partecipate dalla P.A.

Con specifico riguardo poi alle SPA quotate, i citati orientamenti legislativi sono stati ulteriormente confermati dalla legge finanziaria per il 2008 che ha escluso tali società dall'applicazione di obblighi dettati a carico della generalità delle SPA partecipate, e segnatamente:

(i) l'obbligo di riduzione del numero dei componenti degli organi societari imposto dai commi 12 ss. dell'art. 3 (cfr. comma 16);

(ii) l'obbligo di riduzione degli emolumenti imposto dal comma 44 dell'art. 3 (cfr. comma 44, primo periodo).

Le considerazioni svolte consentono pertanto di ritenere che l'art. 16 *bis* sia da interpretare quale norma a valenza sistematica che, coerentemente con le recenti scelte di politica del diritto perseguite dal legislatore, elimina definitivamente ogni tratto di residua specialità per le SPA partecipate dalla P.A. con soglie inferiori al 50%, nel caso queste società siano quotate.

In virtù del principio enucleato in sede di esegesi della nuova disciplina, quindi, qualsiasi vincolo o regime speciale il legislatore imponga alle SPA partecipate non si estende alle società quotate (quando la partecipazione della P.A. sia inferiore al 50%), salvo contraria (ed espressa) disposizione di legge.

Come si è accennato *supra*, tuttavia, le innovazioni portate dall'art. 16 *bis* non trovano applicazione alle controversie già in corso al momento dell'entrata in vigore del «milleproroghe».

Per il modo in cui è stata formulata, la novella legislativa in discussione sembrerebbe implicitamente aver assegnato alla giurisdizione contabile (ora per allora) il titolo per conoscere delle azioni di responsabilità erariale già promosse alla data di sua entrata in vigore, nel momento stesso in cui ha viceversa escluso in termini espliciti la sussistenza di tale titolo per il futuro.

Non infondati paiono i dubbi di legittimità costituzionale che una norma siffatta solleva.

Semberebbe esservi, anzitutto, una violazione del principio del giudice naturale precostituito.

È sufficiente leggere il disposto testuale dell'art. 25, comma 1, Cost. per convenire sul fatto che il «giudice naturale», dal quale ognuno ha il diritto insopprimibile a essere giudicato, deve aver ricevuto il relativo potere di sindacato da una norma entrata in vigore prima dell'instaurazione della controversia.

D'altronde, l'art. 6 della CEDU esige che chiunque sia incolpato di un illecito sia giudicato da un giudice indipendente e imparziale costituito per legge.

Ne discende un ulteriore profilo di incostituzionalità dell'art. 16 *bis* questa volta per mancato rispetto dell'obbligo del legislatore ordinario, sancito dall'art. 117 Cost., di uniformarsi alle previsioni di trattati internazionali vincolanti per il nostro ordinamento.

*«Al cittadino ed al giurista non resta [...] che affidarsi ancora una volta all'intervento della Suprema Corte regolatrice, o comunque al Giudice delle leggi, auspicando che questi sappiano cogliere l'intrinseco limite [costituzionale] di [una] norm[a] di questo tipo nell'esercizio del loro ruolo di interpretazione del sistema»<sup>4</sup>.*

## **Note**

<sup>1</sup> Circolare della Banca d'Italia n. 264010 del 4 marzo 2008, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*.

<sup>2</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, in GUUE C 22/2 del 26 gennaio 2008.

<sup>3</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e C-464/04, *cit.*

<sup>4</sup> In questi termini M.A. SANDULLI, *L'art. 16 bis del decreto «milleproroghe»*, *cit.*, p. 3.

## **Paola Severino di Benedetto**

Il tema della responsabilità penale deriva, in questo caso, dal problema della qualificazione della natura di attività che si radicano in un terreno che non è proprio del diritto penale, ma è del diritto civile, societario, amministrativo. In tale ambito, la scarsa chiarezza delle premesse sostanziali da cui ci si muove è destinata a riflettersi anche nel mondo assai delicato del diritto penale.

Come ricordato dalla professoressa Torchia, il principio di legalità è un principio a cui noi penalisti siamo molto legati per-

ché da quello derivano le garanzie che presidiano ambiti di responsabilità estremamente afflittivi rispetto all'ambito della responsabilità risarcitoria.

Le conseguenze a catena che derivano dai discorsi che sono stati fatti in ambito amministrativo, in ambito societario, in ambito civile, sono evidentissime con riferimento al diritto penale, perché dalla qualificazione di un'attività come pubblica o privata, discende l'applicabilità dello statuto penale della pubblica amministrazione o dello statuto penale di un'impresa.

Se dunque non c'è chiarezza sui confini che delimitano il governo dell'area privatistica e quello dell'area pubblicistica, nasce una confusione e a volte una sovrapposizione di ambiti anche per quanto riguarda il diritto penale.

Gli elementi di preoccupazione allora si moltiplicano: le pronunce che portano a evidenziare come dal punto di vista del radicamento della giurisdizione della Corte dei conti vi sia un'indifferenza agli strumenti usati, perché ciò che conta è una finalità pubblica che può in realtà permeare molte delle attività diffuse nel nostro ordinamento, fanno cadere uno dei primi paletti che consentivano di distinguere, nel campo del diritto penale, l'area del pubblico dall'area del privato. L'abitudine del penalista è di ragionare pensando che se viene utilizzato uno strumento di matrice pubblicistica, ne deriva poi l'applicabilità dello statuto penale della pubblica amministrazione. Dall'uso di matrice privatistica deriva invece la possibilità di utilizzare lo statuto del diritto penale di impresa.

Ancor di più mi preoccupano le pronunce delle Sezioni unite della Cassazione quando affermano testualmente *«...non si può più seguire l'abbandonato discrimine della distinzione fra responsabilità da danno erariale e responsabilità di tipo privatistico, fra ipotesi di danno correlate ad atti espressivi di potestà pubbliche da quelle correlate ad attività d'impresa in quanto la pubblica amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte del diritto privato»*.

Poiché nel diritto penale sono punti di riferimento gli articoli 357 e 358 c.p., secondo i quali si è in presenza di una pubblica funzione quando ci si trova davanti ad un'attività disciplinata da norme di diritto pubblico e si è in presenza di un'attività di tipo privatistico quando ci si trova di fronte ad attività disciplinate da norme di diritto privato, con questa sentenza c'è da chiedersi dove vada a finire il principio di certezza del diritto quando il

giudice è chiamato a valutare la natura delle finalità perseguite dall'agente. Domanda di non poco conto perché come tutti sanno ci sono alcuni reati esclusivi dello statuto penale della pubblica amministrazione che si applicano quindi solo alle attività pubblicistiche.

Questa palese estensione dell'area pubblicistica – perché da questa sentenza deriva addirittura una fagocitazione dell'area del privato da parte dell'area del pubblico – è in evidente contrasto con le direttive comunitarie, con le normative sulla *golden share*, con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di concorrenza. Si tratta di un privilegio che lo Stato si arroga fondandolo esclusivamente sulla sua posizione sovraordinata. Ma può lo Stato considerarsi un azionista diverso dagli altri quando ci troviamo nell'ambito di società a struttura privata partecipata dallo Stato? Qui la giurisprudenza è sintomatica della riemersione di concetti ontologici che si sovrappongono al dato normativo: la gestione di denaro pubblico comporta sottostare allo statuto penale della pubblica amministrazione, nonostante che la società debba operare attraverso strumenti di diritto privato, nonostante debba perseguire il massimo profitto possibile.

L'amministratore di società a partecipazione statale si trova in questa difficile situazione, dovendo da una parte perseguire il massimo profitto e interesse di tipo privatistico e dall'altro sottostare al rispetto di alcuni principi tipici della pubblica amministrazione, tra cui quello di imparzialità, che è esattamente l'opposto di quello che dovrebbe avere un'impresa privata.

Mentre fino ad alcuni anni fa, il sistema dei controlli e il sistema delle norme penali evidenziava delle palesi lacune per cui lo statuto penale della pubblica amministrazione veniva applicato, estendendone l'interpretazione, per rimediare ad alcune lacune normative, oggi non c'è nemmeno più bisogno di questo tipo di interventi, perché il sistema dei controlli in ambito di impresa ha creato una stratificazione che ha avuto dei riflessi immediati anche sulla disciplina penale.

Si pensi, ad esempio, alla introduzione della figura del preposto alla redazione dei documenti contabili, che immediatamente la norma penale ha recepito come soggetto attivo del reato di falso in bilancio; si pensi, ancora, alla fattispecie di corruzione in ambito privatistico, che è andata a colmare la lacuna esistente con riguardo alle forme di infedeltà nella gestione dell'impresa; si pensi infine al sistema di responsabilità, estremamente penetrante, delineato dal d. lgs. 231/2001, cioè il modello organizzati-

vo di impresa che comporta un sistema di sanzioni forse più pregnante di quello esistente nell'impresa pubblica, con una disparità di trattamento che grava sul settore privato. Nel tempo, dunque, nello sforzo di parificare la tutela penale dell'impresa a quella della pubblica amministrazione, siamo arrivati ad una situazione di netto svantaggio dell'impresa, gravata da una serie di obblighi e limitazioni: si pensi, ad esempio, che il d. lgs. 231 si applica soltanto alle imprese di matrice o struttura privatistica e non si applica agli enti pubblici.

Infine, a proposito del tentativo di introdurre l'obbligo di denuncia alla Corte dei conti per l'ipotesi di rilevazione di danno erariale all'interno di queste categorie di società, c'è da osservare che anche questo prelude poi all'introduzione di altri obblighi di matrice più strettamente penale, ossia di un più generale obbligo di denuncia di fatti illeciti che ogni tanto appare in qualche provvedimento normativo. A mio avviso, questo completerebbe l'opera di snaturamento della caratteristica che è e che deve rimanere privata; i due mondi devono rimanere separati perché c'è bisogno di certezza del diritto, c'è bisogno di categorie che rispettino il principio di legalità.

L'obbligo di denuncia del danno erariale da parte dell'amministratore di una società a struttura privatistica ancorché a partecipazione pubblica scardina i meccanismi, attribuendo ad una struttura privatistica obblighi che sono propri dell'ambito pubblicistico. In sostanza si viene ad imporre al mondo dell'impresa privata un obbligo che è portatore di conseguenze estremamente gravi, senza adeguarlo ad una struttura completamente diversa da quelle di matrice pubblicistica. Le conseguenze sono devastanti quando si vogliono adattare i panni di un soggetto ad un altro. Lo Stato deve riprendere a fare lo Stato e porsi in una posizione di ente pubblico di controllo, di stimolo anche all'economia, comunque nelle sue proprie categorie e all'impresa deve essere lasciata la libertà di impresa, che significa libertà di vedersi applicato uno statuto adeguato alle caratteristiche d'impresa.

### **Antonio Taverna**

Dal suo intervento e da quello della professoressa Torchia, mi pare di aver capito che sono interessate le società che hanno in gestione una parte del patrimonio dello Stato anche sotto forma di concessione. È così?

## **Luisa Torchia**

Secondo la giurisprudenza della Corte dei conti, è soggetto a responsabilità chiunque sia in un rapporto di servizio con lo Stato e quindi risponde a titolo di danno erariale. Il problema della nuova giurisprudenza è che però si estende, non al rapporto tra il concessionario della società e l'ente pubblico, ma addirittura agli amministratori della società nei confronti della società, quindi si ingerisce all'interno della società, senza andare più nei rapporti verso il ministero, l'ente pubblico. Insomma è ulteriormente esteso.

## **Paola Severino di Benedetto**

Sul problema di concessione, *nulla questio*. Siamo tutti d'accordo sul fatto che il contenuto della concessione sia pubblicistico e tale sua caratteristica comporti delle conseguenze anche sul piano della tutela penale.

## **Paolo Ielo**

Il penalista, con la povertà ma anche con la chiarezza dei suoi strumenti, opera, in questa materia, di rimbalzo, nel senso che il diritto sostanziale, nel definire lo statuto penale della pubblica amministrazione con riferimento al pubblico servizio, dice «... è incaricato di pubblico servizio colui il quale esercita il pubblico servizio...».

La Corte di cassazione a sezioni unite, dall'inizio degli anni ottanta, ha sempre detto che il penalista deve individuare se nella regolamentazione dell'attività del soggetto di cui si discute esistono indici di rilevanza pubblicistica onde verificare la qualità d'incaricato di pubblico servizio.

È evidente che l'attribuzione di una giurisdizione speciale di controllo, qual è quella della Corte dei conti, spinge la qualificazione delle attività sottoposte a tale controllo sempre più verso lo statuto della pubblica amministrazione che non verso lo statuto dell'impresa privata.

L'obbligo di denuncia è un obbligo di natura pubblicistica e diviene un indice di rilevanza pubblicistica dell'attività in cui tale obbligo si radica.

Condivido quanto affermato dalla professoressa Severino sul problema della responsabilità degli enti soprattutto perché, in

una serie di ipotesi, la violazione di alcune norme è addirittura sanzionata con maggiore gravità in ambito privatistico rispetto ad una situazione in ambito pubblicistico.

Quanto al d. lgs. 231/01, a seguito delle interpolazioni succedutesi nel tempo, si deve rilevare un «processo espansivo» dell'istituto della responsabilità degli enti, nel senso che dal giugno 2001 è stata ampliata la platea dei reati «presupposto», e la linea di tendenza sembra essere questa, dal *market abuse* all'infibulazione, al terrorismo internazionale.

La Commissione Greco, di cui ho fatto parte, ha proposto l'implementazione di tutta una serie di reati «presupposto», tendendo a costruire la responsabilità degli enti come un tipo di responsabilità che colpisca la criminalità del profitto.

Un recente intervento legislativo dell'agosto 2007 ha introdotto, tra i reati «presupposto» che possano azionare la responsabilità degli enti, le lesioni gravi e gli omicidi derivati da violazioni di normativa antinfortunistica.

Ora in un paese in cui la diffusione del fenomeno è elevata, questo va benissimo, ma il problema di fondo riguarda il modo con cui si disciplinano i profili di responsabilità. Se per ogni lesione grave derivante da violazione di normativa antinfortunistica, che duri quaranta giorni, un'impresa deve pagare mille quote, che significa duecentocinquantottomila euro, bastano allora tre incidenti di tal natura nel corso di un anno per abbattere la maggior parte di piccole e medie imprese.

La Commissione Greco ha prodotto un elaborato ispirato, anche sotto questo angolo di visuale, a criteri di efficienza, di razionalità, che è stato consegnato all'ultimo ministro in carica.

## **Mario Sarcinelli**

Il tema che ci vede riuniti oggi intorno a questo tavolo interpretazione data dalla Corte dei conti in tema di denunce di danno erariale – è troppo specifico, e quindi, a mio parere, può essere trattato in modo esaustivo da fini giuristi, come la professoressa Torchia, che l'ha fatto con acume ed eleganza. Pertanto in circostanze del genere, un economista si trova a «mal partito»; perciò, non mi azzarderò minimamente a prendere posizione sul documento della Corte dei conti, che comporta un obbligo di denuncia di danno erariale al giudice contabile da parte di coloro che hanno responsabilità di amministrazione e controllo nelle società a partecipazione pubblica.

Contribuirò, invece con alcune riflessioni, cominciando da molto lontano, per sottolineare che un istituto giuridico può migrare dal diritto pubblico a quello privato nel corso del tempo, ma che la confluenza di entrambi in uno stesso soggetto e in un dato momento storico, può essere fonte di confusione, forse anche di conflitti.

Richiamo alla mia memoria<sup>1</sup> che la società per azioni non nasce come espressione della privata volontà spinta dalla sete di guadagno e, al tempo stesso, dall'interesse a limitare l'assunzione personale di rischio, ma come iniziativa pubblica nel tentativo di raccogliere ingenti capitali tra una moltitudine di soggetti per finanziare imprese di incerto esito.

Agli inizi del secolo XVII, le innovazioni finanziarie nei pagamenti internazionali, quale la negoziabilità della cambiale sull'estero, e nell'investimento di lungo periodo, come il fiorentino mercato di vitalizi e annualità trasferibili e trasmissibili agli eredi, furono utilizzate per dare vita alle azioni della Compagnia olandese delle Indie orientali. Gli investimenti nei viaggi iniziali furono consolidati in un fondo di dotazione permanente; mentre i partecipanti sino a quel momento avevano goduto di un diritto al rimborso del capitale impegnato nella spedizione e a una quota del profitto; con la trasformazione perdettero il primo e si videro riconoscere un diritto al dividendo, se dichiarato, e al trasferimento del titolo a terzi. Il controllo della Compagnia non apparteneva, però, ai portatori di azioni, ma alle sei città che erano scritte negli statuti della fondazione. I suoi amministratori seguirono una politica di dividendi alti e stabili, il che permise lo sviluppo di un attivo mercato dei titoli ad Amsterdam e soprattutto attirò capitali stranieri che andarono ad aumentare i mezzi liquidi a disposizione della Compagnia. Questo modello fece scuola e trapiantandosi a Londra attraverso un'omologa Compagnia si perfezionò ulteriormente.

Intanto, il peso del debito pubblico era cresciuto per effetto della guerra di successione spagnola ed era costituito da costose annualità irredimibili; la Gran Bretagna e, in modo più indiretto, la Francia cercarono di alleggerirlo convertendo le loro obbligazioni per annualità in azioni di grandi compagnie commerciali cui vennero concessi privilegi monopolistici nel commercio con l'impero spagnolo che la guerra aveva fiaccato. Questo tentativo di trasformare debiti pubblici di grandissimo ammontare su mercati finanziari inadeguati e in titoli di compagnie che non avevano ancora una solida redditività determinarono due grosse

bolle speculative: quella dei mari del Sud e quella del Mississippi. In Gran Bretagna fu approvata una legge restrittiva sulla società per azioni, per oltre un secolo in Francia non si ebbero sviluppi nella struttura finanziaria.

Questa breve incursione nella storia delle istituzioni economiche permette di sottolineare che la società per azioni ai suoi albori: *a)* era un'iniziativa pubblica; *b)* si fondava su una concessione; *c)* comportava privilegi monopolistici; *d)* emetteva titoli che si potevano vendere e comprare sul mercato finanziario; *e)* poteva diventare uno strumento di instabilità e anche di distruzione del mercato se l'euforia generava una bolla destinata necessariamente a sgonfiarsi. Tralasciando gli aspetti che legano la società per azioni al mercato finanziario, si sono dovute risolvere, sia sul piano economico-organizzativo sia su quello giuridico, le questioni fondamentali della responsabilità limitata e della personalità giuridica autonoma.

Allorché le iniziative economiche hanno richiesto l'investimento prolungato di grandi masse di capitali in imprese rischiose, la necessità di raccogliere fondi e suddividere il rischio fece sì che si sviluppasse il principio della responsabilità limitata, di norma, al capitale sottoscritto. Questo principio, considerato da *The Economist* nel 1926 non meno importante, nella storia delle scoperte, della macchina a vapore, evitava i grandi costi di transazione legati al principio della responsabilità personale con tutto il patrimonio e a quello della responsabilità solidale con tutti i consoci per le obbligazioni della società; inoltre, esso rendeva omogenei i titoli azionari, almeno all'interno della stessa classe, e quindi pienamente fungibili nelle transazioni sul mercato finanziario.

La necessità di conferire una personalità giuridica autonoma alla società per azioni derivò anch'essa dalla disciplina della responsabilità. Limitare quest'ultima, era sufficiente a proteggere i titolari di azioni, ma non gli amministratori poiché il principio vigente per le società mercantili era che chi agiva rispondeva della gestione col patrimonio personale; quanti sarebbero stati disposti a correre l'alea di fallire anche personalmente in caso d'insuccesso della società amministrata? La dottrina delle persone morali come soggetti giuridici e l'origine pubblicistica della società per azioni furono certamente d'aiuto nell'attribuire a quest'ultima la personalità giuridica.

Allorché il liberismo divenne la filosofia politica dominante nell'Ottocento, la Gran Bretagna dapprima abolì il Bubble Act nel 1824, e quindi nel 1856 permise alle società di scegliere libe-

ramente il regime della responsabilità limitata. Questa novità non si diffuse rapidamente, anche perché i difensori del tradizionale principio della responsabilità illimitata vedevano nell'opposto caposaldo un ingiustificato peggioramento nella situazione dei creditori, con danno per il finanziamento e per lo sviluppo dell'impresa; né va dimenticato che lo stesso Adam Smith non vedeva di buon occhio la società per azioni i cui amministratori erano ritenuti inclini a mal gestire, poiché i fondi appartenevano in tutto o in gran parte a terzi.

Nessuna meraviglia, quindi, che il primo codice di commercio dell'Italia unita, quello del 1865, abbia mantenuto il principio della concessione, subordinando l'esistenza della società anonima, com'era allora denominata, a un regio decreto contenente l'autorizzazione governativa e l'approvazione dell'atto costitutivo. Il timore di frodi e speculazioni fu la giustificazione per l'intervento pubblico preventivo.

D'altro canto, l'abbandono del principio della concessione e l'adozione di quello contrattuale nella costituzione della società per azioni non implicava necessariamente la rinuncia da parte dello stato ad ogni forma d'ingerenza, temendosi che un soggetto giuridico rimesso alla completa autonomia delle parti potesse, se non contrapporsi allo Stato, almeno porsi in modo incoerente rispetto all'ordinamento.

Il legislatore commerciale del 1882 affidò al tribunale civile, nel contesto dei procedimenti di volontaria giurisdizione, il compito di verificare l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la legale costituzione della società, prima di ordinare la trascrizione e l'affissione dell'atto costitutivo e dello statuto. Al di là del tuziorismo giuridico che porta ad accrescere i controlli formali, una giustificazione rivelatasi storicamente corretta fu quella di contrastare *ex ante* ogni pretesa della pubblica amministrazione di continuare a intervenire in materia societaria, affidando al tribunale civile il controllo preventivo degli atti costitutivi della società.

Ogni potere tende a vivere una vita propria, ad espandersi o a contrarsi secondo la prevalente filosofia politica. Già intorno al 1900 apparve nella giurisprudenza e nei decenni successivi si consolidò nella dottrina più autorevole un'interpretazione non solo formale ma anche sostanziale di quel potere. D'altra parte, il partito fascista e il regime corporativo non facevano mistero della superiorità dell'ordinamento rispetto alla volontà privata. Il legislatore del 1942 lasciò inalterato il controllo giudiziario, formale e sostanziale, sulle società, pur

avendo adattato le disposizioni sulla società per azioni alle esigenze dell'economia corporativa; fu introdotta, infatti, la norma con la quale lo stato poteva nominare consiglieri di amministrazione nelle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici oppure nelle società in cui la legge o lo statuto prevedeva alcune nomine da parte del potere politico (artt. 2458-60 c.c. del 1942). Il terzo comma dell'art. 2458 stabiliva che i consiglieri e i sindaci di nomina pubblica avevano «i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea»: né uno di più, né uno di meno... Infine, con la trasformazione dell'IRI in ente permanente si svilupparono le partecipazioni statali; al controllo della Corte dei conti fu sottoposto l'IRI, ente pubblico, ma non le società che ad esso facevano capo e che erano rette dal diritto commerciale; questa disciplina è rimasta in vita anche nel dopoguerra sino a quando quel sistema non è stato dissolto. La trasformazione dell'IRI in società per azioni, tuttavia, non comportò la decadenza del controllo della Corte dei Conti che si trasferì su Fintecna quando l'IRI fu definitivamente chiuso.

La recente riforma Vietti del diritto societario ha abolito il controllo giudiziario e ha lasciato al notaio la responsabilità di certificare la costituzione della società e quella di provvedere alla sua iscrizione nel registro delle imprese. Sembra potersi concludere che anche nel periodo in cui lo stato corporativo era incline a esercitare la direzione dell'economia e nel dopoguerra quando è fiorita l'economia mista, il controllo della Corte dei conti seguiva la natura dell'ente.

La direttiva della procura generale della Corte dei conti, giustamente, non si preoccupa dell'intervento dello stato sulla nascita e sulla vita della società per azioni, ma di quelle in cui vi è una partecipazione pubblica, ai cui organi di amministrazione e di controllo impone l'obbligo di denuncia del danno erariale al giudice contabile, anche se ciò sembrava escluso dal codice del 1942. Lo Stato però ha molto spesso crediti di natura fiscale e di grande ammontare nei confronti di società e imprese; la gestione di queste ultime può comportare pregiudizio alla loro puntuale riscossione. Qual è la logica di un sistema che si preoccupa di una partecipazione pubblica anche minima al capitale e quindi con un danno erariale proporzionale alla medesima, ma non della tutela di notevoli somme dovute allo Stato? So bene che l'estensione della giurisdizione della Corte dei conti alle fattispecie che ho evocato creerebbe un *vulnus* insopportabile all'autonomia privata, ma è proprio dall'assurdi-

tà di questa soluzione che traggo il convincimento che sarebbe opportuno lasciare la società per azioni, partecipata o non partecipata dalla mano pubblica, alle sue regole, al suo normale funzionamento che già si sta complicando notevolmente, soprattutto per quelle quotate (d.lgs. 231, dirigente preposto alla contabilità, funzioni preposte al controllo interno e al controllo di conformità, ecc.). Del resto, questo è l'insegnamento che traggo dall'esperienza dell'anteguerra e del dopoguerra in tema di controllo della Corte dei conti sugli enti di gestione, ma non sulle società da essi partecipate.

Come ho già detto, la mia posizione, quindi, non è a favore o contro l'interpretazione che la procura generale della Corte dei conti ha dato a proposito dell'obbligo di denuncia al giudice contabile del danno erariale da parte di amministratori e controllori di società partecipate dalla mano pubblica, ma esprime l'auspicio di un non-giurista di non fare un salto indietro nella storia politico-giuridica del Paese, di non vedere una dilatazione dei poteri delle giurisdizioni amministrative a danno di quella civile. Soprattutto, la mia aspirazione è quella di vedere che gli istituti giuridici abbiano il loro preciso campo di azione per evitare confusioni, ma anche conflitti. Se lo stato o un ente pubblico vuole partecipare o si trova a partecipare per un qualsiasi accidente della storia ad una società per azioni può benissimo farlo, ma *iure privatorum*. Se poi il settore pubblico persegue una propria, specifica finalità, ad esempio, per la produzione di *merit goods*, può sempre far ricorso alla costituzione di un ente pubblico, da assoggettare ovviamente a tutti i controlli e a tutti gli obblighi che da questa natura discendono. Usare la società per azioni per quest'ultima finalità, può essere più comodo, ma rende l'ordinamento meno nitido, più intricato.

### **Nota**

<sup>1</sup> Da «Prefazione» a V. Panzironi, *L'omologazione degli atti sociali – La nuova competenza notarile*, LUISS, Ceradi, Giuffrè Editore, 2002.

### **Andrea Monorchio**

Desidero subito dichiarare la mia completa adesione a quanto affermato dalla professoressa Torchia e dalla professoressa

Severino. Non è giuridicamente possibile sottoporre gli amministratori di una società pubblica alla duplice disciplina della giurisdizione societaria e di quella contabile.

Da amministratore di una società pubblica non quotata e da osservatore per lungo tempo della cosa pubblica desidero mettere in evidenza che per le società pubbliche si introducono continuamente vincoli ed impedimenti che finiscono per svilire le finalità per le quali sono state costituite. Vorrei fare un esempio: esiste una norma recente che non ha trovato attuazione, la quale dispone che le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici e le Società non quotate, prima di effettuare un pagamento di entità superiore a euro diecimila, devono accertare che il beneficiario del pagamento non abbia pendenze di natura fiscale. Questa norma, proposta dal Governo non ha trovato obiezioni in Parlamento che senza discutere ha approvato. Per la difficoltà insita nel meccanismo di accertamento questa norma non ha trovato attuazione. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha cercato affannosamente di proporre una circolare apposita dopo che un Procuratore della Corte dei conti aveva sollevato la questione sulla inadempienza della norma da parte delle amministrazioni dello Stato.

Il nostro ordinamento ha realizzato un terzo *genus* di controllo nelle società per azioni pubbliche attraverso la presenza di un magistrato contabile nelle riunioni dei Consigli di amministrazione. Non mi risulta che in nessun paese ove è presente la Corte dei conti, vi sia un magistrato che partecipi ai Consigli di amministrazione di società quotate e non quotate. È ritenuto sufficiente il controllo del Collegio sindacale.

Ricordo che tra le società non quotate abbiamo le Ferrovie dello Stato, le Poste, la Cassa Depositi e Prestiti. Le decisioni di una società per azioni sono assunte dai rispettivi Consigli di amministrazione e dalle assemblee.

Nel nostro paese invece numerose deliberazioni sono disposte con la legge e gli amministratori, liberati da ogni responsabilità, divengono i meri esecutori del comando giuridico.

Quando sono stato amministratore di Infrastrutture SPA (ISPA), oggi assorbita dalla Cassa Depositi e Prestiti SPA, con la legge finanziaria si dispose che la Società doveva acquistare per tre miliardi di euro le strade dell'ANAS che, come noto, sono un bene demaniale. Veniva in tal modo ad essere violato un principio fondamentale del nostro codice civile: la «non alienabilità di un bene demaniale». Prima di procedere a questo acquisto chiesi una opinione ad un illustre giurista che nel proprio parere espo-

se la problematicità di siffatta operazione. In breve, ISPA non acquistò le strade statali.

Il ricordo del parere che in quella occasione ho richiesto mi induce a sottolineare il problema delle consulenze.

Sulle consulenze c'è un accanimento. Chi amministra una società grande come le Ferrovie dello Stato, come le Poste, ha necessità di avere delle consulenze. Chiaramente, vi possono essere anche consulenze superflue; nelle società per azioni statali, che sono quelle che conosco, non mi è successo di imbartermi in attività consulenziali che non fossero legittime. Probabilmente così non è nel grande universo delle società municipali o regionali.

Sta di fatto che io sono stato oggetto di un'indagine della procura regionale della Corte dei conti come presidente di una società non quotata per via delle consulenze. Dopo tre mesi ho ricevuto una lettera firmata dal Procuratore regionale nella quale mi si comunicava che gli accertamenti avevano escluso ogni elemento di arbitrarietà e pertanto l'indagine era stata archiviata.

Mi sembra dunque che esista una grande confusione: se si crea una società con le norme del codice civile questa deve essere gestita secondo il criterio privatistico. Le istruzioni impartite dal Ministero dell'Economia e delle Finanze vanno in questo senso ed a mio avviso è quello giusto.

Non avrebbe altrimenti senso disporre per l'applicazione del d.lgs. 231/2001 in ordine all'adozione del modello di gestione e controllo, ovvero l'inserimento negli statuti della figura del dirigente responsabile del bilancio e dei documenti contabili. Questa applicazione esclude ogni altra intromissione nella gestione societaria. Diversamente si ritorni all'Ente pubblico.

## **Lamberto Cardia**

Ho molto apprezzato e condivido l'opinione di fondo secondo la quale, alla base dell'attività di mercato vi sono regole privatistiche che provengono sia dalla regolamentazione nazionale sia dalla normativa europea. L'appartenenza all'Unione Europea e, in termini ancora più ampi la globalizzazione dell'economia e del mercato, richiedono oggi in misura crescente la convergenza degli ordinamenti verso standard condivisi, affinché gli operatori possano agire sulla base di regole del gioco comuni e non siano indotti a fenomeni di arbitraggio regolamentare.

Ad esempio nei giorni scorsi ad Amsterdam, durante la riunione dell'Iosco (International Organization of Securities Commissions), organizzazione che riunisce le Autorità di vigilanza dei mercati mobiliari di quasi 130 Paesi, la CONSOB ha partecipato alla discussione relativa agli interventi da adottare per fronteggiare la c.d. crisi *sub-prime*. In particolare è stata esaminata l'opportunità di introdurre nuove norme, anche frutto dell'autoregolamentazione, per disciplinare l'attività delle agenzie di *rating*, soggetti che risultano svolgere un ruolo determinante nell'allocazione di prodotti che non sono negoziati su mercati regolamentati e che quindi non hanno prezzi di riferimento affidabili.

Ritengo quindi che lo svolgimento delle attività sui mercati debba essere radicato con chiarezza nell'ordinamento privatistico e che quest'ultimo trovi ormai principi di riferimento nel contesto internazionale. La responsabilità degli amministratori di tutte le società, e quindi anche di quella a partecipazione pubblica, non può che essere quindi quella civile e penale.

Per quanto riguarda la ben diversa responsabilità amministrativa, devo ricordare la mia esperienza personale.

Sono stato per dieci anni magistrato della Corte dei conti incaricato di assistere alle riunioni del Consiglio di amministrazione, della Giunta esecutiva e del Collegio sindacale dell'ENI, in virtù delle disposizioni della legge 259/58, strettamente attuativa dell'art. 100, 2° comma, della Costituzione, con l'evidente finalità di tutelare l'Erario.

Dal 1990 al 1997, con due intervalli, mi sono trovato a vivere la stessa esperienza all'IRI. Il primo intervallo fu dovuto al decreto-legge n. 333/92 con il quale il Consiglio dei ministri trasformò nel giro di due giorni l'IRI in società per azioni. Da quel momento si ritenne venuta meno la disposizione che prevedeva la presenza del magistrato della Corte dei conti alle riunioni degli organi societari. La Corte dei conti volle tutelare l'Erario, ai sensi dell'art. 100, 2° comma della Costituzione e della legge 259/58, che dice all'art. 12 che «... *Il controllo previsto dall'art. 100 della Costituzione sulla gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisca con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria, è esercitato, anzichè nei modi previsti dagli articoli 5 e 6, da un magistrato della Corte dei conti, nominato dal presidente della Corte stessa, che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione*».

La Corte dei conti promosse quindi il ricorso davanti alla Corte Costituzionale, la quale riaffermò con la sentenza n. 466 del 1993, il controllo della Corte dei conti; riaffermò cioè un'attività di tutela delle finalità pubbliche e quindi dell'Erario. Ancora oggi non considero invasiva quella modalità di intervento, che ritengo invece utile per perseguire – naturalmente nella sede propria della Corte dei conti – finalità di tutela dell'Erario.

Ricordo un episodio del luglio 1985 quando l'ENI acquistò dollari ad un cambio assai sfavorevole, con un danno all'Erario di 32 miliardi di lire, mai restituiti proprio perché la Corte dei conti non aveva la giurisdizione. Dopo pochi mesi il direttore finanziario dell'ENI dovette comunque dimettersi.

Oggi la riaffermata giurisdizione della Corte dei conti nelle società a partecipazione pubblica può comportare una commistione di responsabilità. Il ritorno agli istituti propri del funzionamento di un ente pubblico economico mi sembra ormai al di fuori della realtà.

Credo che il discrimine che dà fondamento alla responsabilità amministrativa degli amministratori di società per azioni e quindi all'intervento della Corte dei conti vada trovato nel mantenimento da parte dello Stato della maggioranza di diritto o di fatto, esercitata attraverso la nomina degli amministratori (società per azioni di primo livello).

Il Parlamento potrebbe trovare una via di equilibrio concentrando l'attenzione sugli enti pubblici diventati società per azioni di primo livello per verificare le modalità di difesa degli interessi dell'Erario.

Il sistema attuale può creare sovrapposizioni tra responsabilità civile, responsabilità penale e responsabilità amministrativo-contabile e determinare situazioni in cui i diversi interessi, tutti meritevoli di tutela, entrano in conflitto e si inibiscono reciprocamente.

Ritengo tuttavia che ciò non possa significare un'aderenza totale all'approccio privatistico e che vada tenuto in considerazione il tema della tutela degli interessi dell'Erario.

## **Claudio Sartorelli**

Sono oggi qui presente in rappresentanza dell'ENEL. Ricordo che nell'ENEL, società quotata, lo Stato possiede direttamente o indirettamente una quota limitata al 31%, al pari di quanto avviene in ENI.

Come è stato già menzionato, la trasformazione di queste aziende da enti pubblici in società per azioni avvenne nel famoso week-end del luglio 1992; ma si trattò soltanto di un mutamento della natura giuridica, in quanto la vera trasformazione è avvenuta in modo radicale negli anni successivi.

Un primo importante elemento di cambiamento si è avuto nel modo di operare, in quanto queste società non svolgono più attività di pubblico servizio in regime di monopolio, ma agiscono ormai in un contesto di mercati liberalizzati e quindi, salvo casi particolari in cui siano titolari di concessioni, operano in piena concorrenza con altri imprenditori privati.

Altra modifica essenziale è stata la quotazione di tali società in Borsa, mediante sollecitazione rivolta dallo Stato nei confronti degli investitori privati ad acquisire le relative azioni. A seguito di ciò, queste società operano quindi attualmente sui mercati finanziari, con rischi ben maggiori di quelli di una pubblica amministrazione, ed è anche questo un aspetto di cui occorre tenere conto.

Va inoltre aggiunto che, per effetto della quotazione, sono ora presenti nei Consigli di amministrazione delle società in questione, anche rappresentanti espressi dagli azionisti privati i quali, per il mantenimento da parte dello Stato di una partecipazione di minoranza, finiscono per essere anch'essi soggetti al rischio di una responsabilità per danno erariale, malgrado che nei prospetti informativi, pubblicati in occasione del collocamento, non si fosse evidenziato questo aspetto.

Per di più, va considerato che queste società hanno ormai allargato le loro attività anche da un punto di vista geografico, operando sempre più all'estero. Ad esempio l'ENEL, dopo l'OPA su Endesa, si è allargata sul mercato spagnolo, ma è presente anche nei Paesi dell'Est Europa (Slovacchia, Romania, Bulgaria, ecc.) in Russia, in Cile, nel Nord e nel Sud America. Ora è da chiedersi se il rapporto di servizio che costituisce il presupposto della responsabilità amministrativa contabile possa considerarsi esteso anche ai dipendenti stranieri che operano in tali Paesi. Ad esempio il responsabile di un impianto elettrico in Cile potrebbe essere tenuto anche lui a rispondere per danno erariale avanti la Corte dei conti?

Ho seguito con molto interesse quanto prospettato dal presidente Cardia in merito alla partecipazione del magistrato della Corte dei conti alle sedute dei Consigli di amministrazione delle società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici. Anche nel caso dell'ENEL i magistrati che si sono avvicinati in tale posizione hanno sempre fornito un supporto collaborativo.

Senonché, in questo caso, la diffusione della nota interpretativa della Corte dei conti è destinata a comportare notevoli problemi ed appesantimento di gestione per le nostre società. I punti più controversi, a mio avviso, sono i seguenti:

- l'obbligo di denunciare l'evento dannoso, senza valutare se esso sia addebitabile a specifiche responsabilità per dolo o colpa grave, essendo tale valutazione rimessa alla Corte dei conti;
- l'obbligo di denunciare qualsiasi tipo di danno, a prescindere dalla sua entità (addirittura quelli derivanti da incidenti stradali) e quindi senza tener conto dell'impatto che può avere su aziende industriali di dimensioni considerevoli;
- l'obbligo di diffondere la nota interpretativa a tutti i dirigenti, i quali si troveranno in tal modo obbligati a denunciare qualsiasi danno erariale (incorrendo a loro volta, in caso contrario, a responsabilità erariale per ritardata o omessa denuncia).

Si tratta in definitiva di prescrizioni che finiscono per determinare situazioni di grande disagio in grandi aziende industriali, che svolgono attività del tutto diverse da quelle di una pubblica amministrazione.

## **Maurizio Eufemi**

Il forum si svolge proprio al momento dello scioglimento della legislatura, nel momento in cui si stanno producendo gli effetti della circolare della Corte dei conti. Un disegno di legge spero possa dare una soluzione, certamente non nel disegno di legge «milleproroghe» il cui destino è già segnato. Non possiamo però ignorare che la circolare della Corte dei conti avrà certamente un effetto sul sistema economico: c'è il problema delle società quotate, il problema delle società non quotate; c'è poi il problema delle municipalizzate. Si tratta di un aspetto che tocca in particolare il ruolo del capitale che può essere di minoranza, di maggioranza che comunque è associato ad una presenza pubblica all'interno del sistema economico. Faremmo un grande errore se non tenessimo conto di questo aspetto.

Siamo chiamati oggi ad affrontare una questione di grande attualità, richiamata non solo sulla stampa specializzata, per i riflessi che riguardano direttamente società quotate del Gruppo ENI e del Gruppo ENEL, ma, soprattutto, tanti procedimenti in fase di istruttoria relativi a comuni e a municipalizzate da essi dipendenti con quote di comando e controllo soprattutto per

danni ambientali. Recenti iniziative parlamentari hanno preso spunto da questa situazione per intervenire nel decreto «mille-proroghe» per correggere una nuova e pericolosa situazione. Aleggja sui nostri lavori l'assenza di un invitato.

È in atto una controversia tra giuristi su cui è stato ipotizzato un intervento legislativo riguardo a una possibile interferenza dell'azione di responsabilità amministrativa esercitata dalla procura della Corte dei conti rispetto all'azione di responsabilità sociale che i soci possono intraprendere nei confronti degli amministratori o dei dipendenti delle società partecipate dai soggetti pubblici. Questa interferenza è stata ribadita sia dalla nota interpretativa della stessa Corte dei conti «in materia di denunce di danno erariale» sia dalla circolare, partita dalla Procura generale della Corte, inviata a tutti i procuratori regionali.

Nell'ultimo decennio alcune ben note situazioni di crisi hanno comportato significativi effetti sui mercati con un impatto a livello globale ed è diventata sempre più pressante la necessità di individuare delle regole di *governance* al fine di minimizzare e contenere le disfunzioni che si propagano sul sistema dei mercati finanziari.

Al crescere delle dimensioni si è determinata la necessità di incrementare i propri controlli gestionali.

Vi era stata una spinta a ridurre i costi di agenzia con l'esigenza di un sistema di *governance* strutturale.

Potrei partire dal *Cadbury report*, che fin dal 1992 ha sottolineato l'esigenza di sistema di *governance* strutturato, sia nella *governance* che nei controlli interni.

Per arrivare al *Sarbenes-Oxley Act*, che è stata la risposta statunitense agli avvenimenti interni al loro mercato.

La risposta del legislatore per garantire al mercato dei capitali un sistema di *governance* adeguato è stata data dal d.lgs. 58/1998, il c.d. TUF, nel quale per le società quotate si prevedevano indicazioni più stringenti tanto in relazione agli organi interni, quanto in relazione alla necessità di revisione contabile.

Ulteriori adeguamenti sono intervenuti con le modifiche al codice civile e più recentemente con la legge 262/2005 con successive modificazioni che ha cambiato e integrato il TUF.

Il TUF ha inserito una normativa maggiormente stringente per gli organi interni tanto sulla composizione (rispetto dei requisiti), tanto sui flussi informativi tra gli organi che dovevano garantire l'efficienza del controllo. Lo stesso testo ha incrementato e rafforzato i poteri dell'organo di controllo interno (sia di convocazione, sia di azione).

La riforma del codice civile ha introdotto per tutte le società per azioni la possibilità di scegliere tra tre diversi modelli di amministrazione: quello tradizionalmente in uso in Italia, nonché quello monistico e quello dualistico. Anche il codice civile ha maggiormente dettagliato i poteri degli organi.

La legge 262/2005, e successive modificazioni, che ha avuto un impatto sul TUF, oltre a modificare e dettagliare la disciplina relativa agli organi e ai flussi informativi, ha inserito la figura del dirigente preposto al sistema di controllo interno.

La CONSOB ha sempre fatto seguire i regolamenti che integrano e dettagliano la normativa primaria.

A queste norme di natura prettamente collegata all'organizzazione societaria e alle funzioni di tutela del risparmio se ne sono sovrapposte altre, che hanno avuto altrettanto impatto sull'organizzazione societaria, pur avendo differenti finalità: si pensi alla normativa sulla privacy, sull'antiriciclaggio, sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e sulla sicurezza aziendale.

Il complesso normativo preso in esame richiede: l'istituzione di specifici soggetti aziendali, spesso distinti tra loro con responsabilità civili e penali proprie, l'esecuzione e l'aggiornamento di specifiche analisi dei rischi dell'organizzazione aziendale (*risk assessment*); l'istituzione e l'aggiornamento di processi di controllo, di procedure e di attività di verifica che spesso si sovrappongono.

Solo per dare un'idea dell'appesantimento strutturale si possono citare i principali attori obbligatori che interagiscono sul medesimo sistema di controllo interno:

- collegio sindacale/consiglio di sorveglianza/comitato per il controllo sulla gestione;
- consiglio di amministrazione;
- amministratore delegato al controllo interno;
- dirigente preposto ex art. 154-bis del TUF, responsabile della correttezza della contabilità e delle dichiarazioni al mercato relative alla informativa finanziaria;
- organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/01: organismo autonomo che verifica la funzionalità del meccanismo organizzativo per la prevenzione dei reati societari;
- responsabile sicurezza protezione e prevenzione, ai sensi del d.lgs 626/94;
- responsabile del trattamento dei dati personali, ai sensi del d.lgs. 196/04.

Ne derivano indicazioni positive:

- il maggior focus sul sistema di controllo interno che ormai è ampiamente riconosciuto essere il primo elemento di gestione e difesa a fronte di numerosi rischi di business;
- una più diffusa conoscenza del concetto di controllo interno che originariamente veniva spesso identificato con specifiche funzioni aziendali o organi di governance e non con il più ampio ed esaustivo complesso organizzativo procedurale dell'azienda (ivi incluse ovviamente anche le funzioni indicate) a partire dalla strutturazione della tipologia di governance; al codice di autodisciplina si deve il merito di aver divulgato una condivisibile definizione di sistema di controllo interno (insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati);
- una più chiara (anche se non completamente nuova) allocazione di responsabilità per la definizione e la gestione di un adeguato sistema di controllo interno, in capo agli amministratori.

Tuttavia, restano alcuni aspetti negativi:

- problemi di coordinamento tra i diversi organi di governance (si pensi ad esempio all'annoso tema del rapporto tra collegio sindacale ed audit committee o a quello tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione);
- rischio di sovrapposizione di normativa con conseguente possibile confusione di ruoli e responsabilità e di attribuzione di eccessiva rilevanza degli aspetti formali a scapito di quelli sostanziali con la conseguente perdita di efficienza ed il rischio di riduzione dell'efficacia della disposizione normativa.

Ne deriva la necessità di un migliore coordinamento delle norme che riguardano il sistema di controllo interno che tenga conto del fatto che quest'ultimo, in tutte le realtà aziendali rappresenta un «unico» sulla base del quale vengono individuati, monitorati e valutati i rischi di business aziendali ed è quindi con riferimento a questa realtà che le specifiche norme devono essere strutturate; questa analisi potrebbe essere svolta nell'ambito delle attuali norme che, in conformità alla normativa comunitaria, prevedono la semplificazione, il riassetto e la qualità della regolamentazione.

«Nota interpretativa in materia di denunce di danno erariale ai procuratori regionali presso le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti».

Una premessa generale: è riscontrabile una tendenza ad attribuire compiti e responsabilità alla società di revisione senza una preventiva analisi della effettiva competenza della stessa sulla materia specifica, creando problemi di possibilità operativa e di aspettative non pienamente corrispondenti a quanto la funzione può realmente realizzare (si pensi ad esempio all'art. 2465, comma 1, c.c. In tema di conferimento di beni in una SRL, all'art. 2501-*sexies*, ultimo comma, c.c.). In tema di fusioni di società di persone con società di capitali; problematiche similari, se non addirittura di maggiore portata sono infine riscontrabili in merito all'asseverazione richiesta al revisore designato come esperto ai sensi dell'art. 2501-*sexies* c.c. Nel caso di fusione anticipata disciplinata dall'art. 2503 c.c.; infine va ricordato che analoghe situazioni si presentano nell'ambito della normative secondaria.

Vi sono i seguenti aspetti che necessitano chiarimenti:

– una chiara definizione di «danno erariale» al fine di accertarne la effettiva possibilità di rilevazione nell'ambito del lavoro di revisione; in particolar modo sembra che non si tratti solo di illecito ma anche di evento che crea pregiudizio al patrimonio (danno emergente e lucro cessante); è evidente che la possibilità di rilevazione di tali fatti può riguardare il revisore solo se gli stessi ricadono nelle fattispecie delle frodi e della non conformità a norme e regolamenti, così come contemplato nei principi di revisione (pr. 240 e 250) che riguardano le fattispecie indicate;

– l'introduzione di un concetto di significatività; non si rileva alcuna indicazione nella nota che evidenzi come la tematica sia riferibile solo ai casi di rilevante significatività; per quanto riguarda l'attività di revisione il concetto di significatività è riferito esclusivamente al bilancio oggetto di esame;

– la definizione del perimetro di applicazione; non risulta chiaro se la norma è riferibile anche alle controllate e alle collegate di società a partecipazione pubblica e se sia da riferirsi solo alle partecipate italiane o anche alle estere;

– infine, va nuovamente ricordato che la funzione della società di revisione è di controllo sulla corretta e completa rilevazione in bilancio dei fatti di gestione ma non è quella di valutazione e controllo dei fatti di gestione, funzione propria dell'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo di gestione).

Le società a partecipazione pubblica: la disciplina normativa e la responsabilità per danno erariale.

L'esame della disciplina societaria contenuta nel codice civile non prevede che le società costituite o partecipate da enti pubblici abbiano regole di gestione e funzionamento peculiari (se non per alcuni limitati profili relativi alla nomina degli organi di amministrazione e di controllo: artt. 2449-2450 c.c.<sup>1</sup>).

Conseguentemente, le SPA a partecipazione pubblica risultano disciplinate dalle regole ordinarie applicabili a tutte le società di capitali (libro V, titolo V, capo V del codice civile; in questo senso, vedi il parere formulato dalla sezione regionale di controllo per la Lombardia della Corte dei conti, con deliberazione 18 ottobre 2007, n. 46).

Prescindendo – in questa sede – dalla natura giuridica delle società a partecipazione pubblica<sup>2</sup>, resta ferma la considerazione in base a cui le SPA partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici non mutano la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché un operatore pubblico ne possiede, in tutto o in parte, le azioni: pertanto, gli strumenti utilizzati per regolare il rapporto tra le SPA e l'ente pubblico partecipante sono unicamente quelli del diritto privato societario, da esercitarsi attraverso i componenti di nomina pubblica presenti negli organi sociali (cfr. Cass. Civ., S.U., 15 aprile 2005, n. 7.799; TAR Sicilia-Catania, sez. III, 13 agosto 2002, n. 1.446; TAR Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1.234).

Dal quadro sopra esposto, è possibile delineare una duplice responsabilità degli amministratori di SPA partecipate da enti pubblici: alla normale responsabilità civile verso la società (art. 2392 c.c.), verso i creditori sociali (art. 2394 c.c.), nonché verso i singoli soci o i terzi (art. 2395 c.c.), si affianca una responsabilità contabile, per danno erariale, azionabile dinanzi alla Corte dei conti.

Va ricordato<sup>3</sup> che presupposto prioritario della responsabilità amministrativo-contabile è la causazione, a seguito di un'azione, od omissione, di chi è tenuto ad assumere comportamenti concludenti, di un danno erariale<sup>4</sup>, da intendersi, nella sua configurazione civilistica, sia come danno emergente (perdita subita per cosa distrutta o perduta, somma erogata, entrata non acquisita) che come lucro cessante (mancato guadagno). Entrambe le tipologie di danno possono essere conseguenza anche della lesione di un bene materiale, quando essa determini la necessità di sostenere le spese per il ripristino del bene leso<sup>5</sup>.

Il «danno erariale» consiste in qualsiasi lesione del patrimonio dello stato e degli altri enti pubblici, prodotta da soggetti che, inseriti nello stesso apparato statale o pubblico, agiscano per conto della pubblica amministrazione. Ai fini della sua

configurabilità debbono, contestualmente, sussistere i seguenti requisiti:

- certezza: il danno si è verificato in tutti i suoi elementi;
- attualità: esso sussiste sia al momento della proposizione della domanda che della decisione;
- concretezza: la perdita non è ipotetica, ma realmente realizzata;
- determinatezza: la perdita deve essere quantificata o quantificabile secondo i principi del codice civile.

Il danno erariale, tra l'altro, si distingue in:

- diretto, ove causato, sin dall'origine, alla pubblica amministrazione;
- indiretto, in cui il danno, causato originariamente nei confronti dei terzi, si riverbera a carico dell'amministrazione per sentenza risarcitoria emessa nei confronti di quest'ultima o per transazione dalla stessa stipulata.

Una questione dibattuta negli ultimi anni è quella della completa estensione della giurisdizione della corte dei conti sull'attività di gestione delle società partecipate, attuata dalle S.U. della Cassazione con una pronuncia del 2004<sup>6</sup>: ci si interroga, infatti, sui profili di compatibilità di tale orientamento giurisprudenziale con la normativa costituzionale, con la natura privata delle società in esame e con le scelte del legislatore<sup>7</sup>.

La dottrina ha, infatti, evidenziato i seguenti punti critici della controversa questione in esame:

A) l'art. 103, secondo comma, della costituzione<sup>8</sup>, non sembra poter supportare tale estensione di competenza, in assenza di un'espressa previsione normativa;

B) la necessità di rispettare il principio di legalità, in quanto il d.l. n. 47 del 1995<sup>9</sup>, che attribuiva espressamente alla giurisdizione della corte dei conti le controversie per i danni causati da componenti di organi di amministrazione e controllo, nonché da funzionari e dipendenti degli enti pubblici economici e delle società sulle quali lo Stato esercita il controllo in ragione della partecipazione sociale, non ha superato il vaglio parlamentare, nonché in virtù della scelta del legislatore del codice civile di assoggettare le società pubbliche alla medesima disciplina di quelle private, fatta eccezione per le deroghe di cui agli artt. 2449-2450 c.c.<sup>10</sup>;

C) l'eccessiva dilatazione della nozione di «rapporto di servizio».

La giurisprudenza contabile, sostenuta da una parte della dottrina<sup>11</sup>, evidenzia, tuttavia, che l'impostazione restrittiva risulta ormai superata dal rilievo centrale assunto dall'«aspetto finalistico dell'attività» della società pubblica, tesa al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, nonché dall'esigenza fondamentale di apprestare efficaci rimedi a tutela del patrimonio pubblico<sup>12</sup>. Dall'esame della citata giurisprudenza – che comunque stenta a costituire un orientamento univoco e consolidato – sembrerebbe emergere la tendenza del giudice contabile a sganciare la responsabilità dei soggetti in esame dal criterio del rapporto di servizio, individuando nella natura pubblica delle risorse finanziarie il presupposto della giurisdizione contabile<sup>13</sup>.

L'adozione di sempre nuove modalità di intervento dell'amministrazione pubblica nell'economia – di cui è ormai divenuto strumento consueto, se non prevalente, la partecipazione diretta al capitale in soggetti societari di diritto comune – presenta all'interprete dei problemi giuridici e al legislatore diversi profili critici inerenti alla definizione degli ambiti più propri di disciplina, ora attribuiti alla regolazione del diritto pubblico, ora al diritto comune, ma anche l'emersione di peculiari aspetti connessi alla più propria disciplina contabile e alla connessa responsabilità da applicare in questi casi.

Tale sforzo di interpretazione in dottrina è stato sinora decisamente influenzato dalla tesi della corte costituzionale che, con la c.d. Sentenza «Cheli» (n. 466/1993), operò il primo tentativo di ricondurre il processo di privatizzazione delle partecipazioni statali, allora avviato con il d.l. n. 333/1992, nell'ambito di un regime giuridico «speciale», la cui specialità coincideva con l'applicazione di regole di diritto pubblico a soggetti formalmente di diritto comune<sup>14</sup>.

Per i profili di interesse, nella prospettiva di allora della corte costituzionale, la natura di società per azioni, rivestendo una veste solo «formale», non si presentava affatto di per sé incompatibile con il controllo della Corte dei conti.

Difatti, non di meno, veniva riconosciuto che tale controllo è, comunque, strettamente legato alla posizione dello Stato quale azionista unico o di maggioranza. Se e quando le partecipazioni saranno dismesse, anche il controllo, di conseguenza, cesserà.

Appare chiaro che secondo il richiamato quadro concettuale, l'attrazione alla «contabilità pubblica» è correlata all'interesse

erariale prevalente nell'esercizio dell'attività d'impresa, laddove, quest'ultimo, è intimamente legato all'interesse pubblico perseguito dalla amministrazione attraverso la partecipazione.

In tale prospettiva, sotto il profilo tecnico-contabile, la sola possibilità di riferire, anche indirettamente, il patrimonio della società al bilancio statale dovrebbe comportare che quel patrimonio sia soggetto ai meccanismi di controllo disegnati per il patrimonio dello Stato. Ne segue che, pur non affermandolo espressamente, il richiamato pronunciamento della Corte costituzionale ritiene, quindi, che i meccanismi di controllo ordinariamente previsti a garanzia del capitale sociale dalla disciplina civilistica non siano sufficienti, quando di questo capitale sia proprietario lo Stato, il quale è, quindi, evidentemente, un azionista diverso dagli altri.

Il criterio della natura dell'attività svolta è sinora servito per discriminare la responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici, a seconda che ci si riferisse ad eventi dannosi, connessi allo svolgimento di funzioni pubbliche, o allo svolgimento di attività private. Tale criterio sembra, però, essere stato abbandonato dalla giurisprudenza più recente, secondo la quale l'elemento cruciale per identificare l'ambito della responsabilità amministrativa è, invece, la natura del patrimonio danneggiato: se c'è danno all'erario, da chiunque e comunque provocato, c'è giurisdizione contabile<sup>15</sup>.

L'approccio «sostanzialista», volto a far valere la vera natura (pubblica) dell'attività o del soggetto, relegando a mero dato formale la qualificazione (privatistica) del modello adottato e del suo regime giuridico ha, naturalmente, un suo fondamento nelle incertezze e nelle contraddizioni che il legislatore non ha saputo evitare nelle diverse e variegate norme di disciplina delle società a partecipazione pubblica.

Pur tuttavia, occorre riflettere sul fatto che l'invocazione della «sostanza» delle cose non può, però, valicare precisi limiti, a meno di trasformarsi da un indirizzo interpretativo, in vero e proprio indirizzo di «politica» giurisprudenziale.

In proposito, l'approccio «sostanzialista» deve fare gioco forza i conti, innanzitutto, con il rispetto del principio di legalità. Ad oggi, non c'è alcuna norma, nel nostro ordinamento, che preveda la sottoposizione degli amministratori delle società in partecipazione pubblica alla responsabilità amministrativa e alla giurisdizione della Corte dei conti.

Inoltre, l'approccio «sostanzialista» presenta, in secondo luogo, forti caratteri interpretativi, laddove la natura erariale dell'in-

teresse coinvolto è direttamente legata alla definizione dell'interesse pubblico perseguito dall'azienda partecipata.

Pertanto, in tal senso e al di là di letture convenzionali della questione, non si può attribuire sempre un valore «sostanziale» agli elementi pubblicistici delle partecipazioni sulla base dell'assunto «purché siano»: collegate *tout court* alla natura del soggetto proprietario, o all'origine delle risorse confluite nel capitale sociale, o, ancora, a qualsiasi legame, sia pure assai indiretto, con il patrimonio, o anche solo con il bilancio statale.

Del pari, alcuna «sostanza» può essere immediatamente riconosciuta ai detti elementi, come parimenti non si può trarre un'immediata conclusione circa il regime privatistico della responsabilità, qualora la natura dell'attività in sé, e la rilevanza del modello adottato, siano proprie delle normali imprese<sup>16</sup>.

A mio avviso, tali elementi devono essere sempre ponderati, caso per caso, con la valutazione dell'interesse pubblico predeterminedo alla partecipazione erariale, e alla tutela erariale effettivamente coinvolta negli atti gestionali compiuti in relazione ai profili di responsabilità.

L'incompatibilità fra i due tipi di responsabilità, quella pubblica e quella privata, e le conseguenze negative del cumulo sono evidenti, anche perché questo cumulo non risponde alla necessità di riempire una lacuna dell'ordinamento, ma è piuttosto ispirato da una – non infondata – sfiducia nel socio pubblico e nella sua capacità di far valere sino in fondo i propri diritti e interessi all'interno dello schema societario.

Nondimeno, dal punto di vista logico, tuttavia, tale argomento prova davvero troppo, in quanto da esso deriverebbe, se portato sino in fondo alle sue estreme conseguenze, l'impossibilità radicale, per lo Stato e i poteri pubblici in generale, di entrare in rapporti privatistici, all'interno dei quali ciascun soggetto tutela i propri interessi, se non a costo di portarsi con sé i profili di responsabilità amministrativa.

In definitiva, a mio avviso, può ben dirsi che la responsabilità amministrativa propria del diritto pubblico può estendersi anche ai soggetti comunque chiamati alla tutela di interessi erariali, sia pure in via di fatto – avendo veste giuridica di diritto comune – ma tale estensione non può essere in alcun modo disgiunta da un'attenta ponderazione dell'interesse pubblico perseguito dal soggetto aziendale e, soprattutto, dal riflesso interesse erariale concretamente coinvolto nell'atto gestionale, sia pure in via indiretta o mediata.

Per contro, si deve ritenere che la forma giuridica di diritto comune attrae a sé anche le forme di tutela previste verso gli azionisti dal Codice civile, ivi compreso il caso che veda l'azionista in un soggetto pubblico, ogni qualvolta l'interesse pubblico e il connesso riflesso erariale non siano adeguatamente apprezzabili nell'impresa partecipata.

Ma un più forte intervento legislativo potrà essere affrontato con il recepimento della VIII Direttiva (Dir. 43/2006) per un definitivo chiarimento e allineamento della normativa.

Risulterà più chiara la possibilità per i collegi sindacali di focalizzare la propria attività di controllo esclusivamente sull'amministrazione della società, mentre il controllo contabile verrebbe demandato ai soli revisori esterni, percepiti dal mercato come soggetti più specializzati.

È opportuno inoltre ribadire l'importanza di un intervento normativo volto a introdurre nella legislazione italiana limiti alla responsabilità civile dei revisori, intervento necessario in relazione alla crescita delle azioni proposte, accompagnate da incrementi degli importi di richieste risarcitorie. Il fenomeno appare enfatizzato dal principio di responsabilità illimitata e solidale vigente.

Sussiste, inoltre, rischio concreto che il diritto di regresso esercitabile dai revisori nei confronti degli altri coobbligati (amministratori e organi di controllo) possa rimanere infruttuoso, ricadendo per intero sui primi, riducendo il numero della major e avvia di contenziosi che ne mettono a repentaglio la presenza sul mercato. Nonché il dover fronteggiare la progressiva riduzione della disponibilità delle compagnie assicurative a stipulare polizze per danni, venendo così a mancare la effettiva tutela del mercato alla risarcibilità del danno seppure entro soglie determinate.

L'incertezza si rifletterebbe negativamente sulla assicurabilità. Occorre prevedere un tetto calcolato come multiplo del compenso pagato a favore del revisore dalla società revisionata. In questo senso va ricordato l'intervento recente del commissario Mc Creevy che ha annunciato una raccomandazione affinché gli Stati membri emanino regolamentazioni volte alla limitazione della responsabilità dei revisori.

L'attuazione dell'VIII Direttiva, che sarà compito della XVI legislatura, – ma certo il dottor Taverna quando aveva immaginato questo seminario non poteva certo prevedere che si sarebbe tenuto immediatamente dopo lo scioglimento del parlamento –

guarderà anche a garantire assoluta autonomia e separatezza tra revisore e chi ne propone la nomina (art. 159 – comma 1 – TUIF), la possibilità di rinuncia all'incarico per giusta causa per le diverse procedure tra società quotate e società chiuse.

L'ordinamento non attribuisce al revisore la facoltà di recesso dall'incarico, che rimane un soggetto passivo e l'impossibilità di svolgere un ruolo propositivo nel processo di interruzione dall'incarico può avere ricadute negative sulla sua immagine e reputazione.

## Note

<sup>1</sup> Ai sensi dell'art. 2449 c.c., se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero componenti del Consiglio di sorveglianza. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del Consiglio di sorveglianza così nominati possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea, fatte salve le disposizioni delle leggi speciali.

Si rammenta che l'art. 3 del d.l. n. 10 del 2007 (*Disposizioni volte a dare attuazione a obblighi comunitari e internazionali*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 46 del 2007, ha abrogato l'art. 2450 c.c., in base al quale le disposizioni del sopra illustrato art. 2449 c.c. si applicavano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisse allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del Consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponesse diversamente.).

<sup>2</sup> La Corte costituzionale, in relazione alla disciplina legislativa speciale di una società le cui azioni erano interamente possedute dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha affermato che la totale partecipazione pubblica, unita «alla predeterminazione eteronoma dei compiti e delle funzioni pubbliche che la stessa società è chiamata a perseguire» implica che la società stessa presenti «tutti i caratteri dell'ente strumentale» (sent. n. 363 del 2003, § 4. *Considerato in diritto*).

<sup>3</sup> Cfr. Corte dei conti, sez. giur. Molise, 13 maggio 2003, n. 92

<sup>4</sup> Sul danno inteso come pregiudizio economico nella responsabilità amministrativa, cfr. Dentamaro, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico. Contributo allo studio dell'illecito nella decisione amministrativa*, Milano, 1996. Sulla perdita di *chance* e la tutela degli interessi pubblici, cfr. Corte dei conti, sez. Lombardia, 16 maggio 2002, n. 1.071.

<sup>5</sup> Corte dei conti, SS.RR., 28 maggio 1999, n. 16/QM.

<sup>6</sup> Ci si riferisce a Cass. S.U. 26 febbraio 2004, n. 3.899, in «Foro Italiano», 2005, I, 2674 ss. In quest'ultima decisione, il giudice dei conflitti di giurisdizione fonda la responsabilità erariale sul «rapporto di servizio» che si configurerebbe tra la società pubblica e l'ente proprietario, «ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come partecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo». Conferma questo orien-

tamento la Cass. s.U. 25 maggio 2005, n. 10.973, per la quale è «irrelevante il quadro di riferimento – pubblico o privato – nel quale si colloca la condotta produttiva del danno erariale».

<sup>7</sup> Cfr. G. D'Auria, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale «révirement» della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in «Foro Italiano», 2005, I, p. 2683.

<sup>8</sup> In base al quale «La Corte dei conti ha giurisdizione sulle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge».

<sup>9</sup> *Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti*, decaduto per la mancata conversione in legge entro i termini costituzionalmente previsti.

<sup>10</sup> Cfr. *nota precedente*.

<sup>11</sup> Le ragioni della Corte dei conti sono espresse da S. Pilato, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli enti a prevalente partecipazione pubblica nella l. 27 marzo 2001, n. 97*, in «Il Consiglio di Stato», II, p. 673, il quale evidenzia «il rischio della immunità di fatto» degli amministratori delle società partecipate da soggetti pubblici, che si corre accogliendo l'interpretazione restrittiva della giurisdizione contabile, in particolare nelle ipotesi di comportamenti che contraddistinguono la devianza finanziaria, quali «l'abuso d'impresa per atti esterni strumentali al conseguimento dell'illecito profitto in pregiudizio della finanza pubblica» e «l'atto d'organizzazione d'impresa strumentale alla attribuzione di indebiti vantaggi ed utili economici all'interno dell'apparato aziendale». L'Autore evidenzia l'opportunità di accogliere i criteri di individuazione della giurisdizione contabile fondati sul «vincolo finalistico di destinazione sulla provvista finanziaria erogata dalla P.A. a soggetto privato per la gestione di un'attività di interesse pubblico» e sull'assenza del rischio d'impresa nella gestione di diritto privato.

<sup>12</sup> Da ultimo, cfr. Corte dei conti, sez. I d'appello, 3 novembre 2005, n. 356, in «foro amm. C.d.s.», 2005, p. 3428. In questa decisione la corte, richiamando la giurisprudenza civilistica in materia di responsabilità dell'amministratore nei confronti della società, chiarisce che l'attività gestionale, anche di natura discrezionale, degli amministratori di società pubbliche è sindacabile dal giudice contabile «quando contravvenendo a criteri di efficacia ed economicità si concreti in “abusi, arbitri od omissioni” produttive di danno patrimoniale alla società, ma anche quando contrastino o siano comunque estranee ai fini pubblici che la società, per la sua caratura pubblicistica, deve perseguire».

Per un approfondimento dei vari profili di responsabilità degli amministratori delle società partecipate da enti pubblici, cfr. C. Pinotti, *la responsabilità degli amministratori di società, tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in «Rivista della corte dei conti», n. 5/2004, p. 312.

Di recente, la Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 30 dicembre 2005, n. 3008, ha riconosciuto in capo alla società pubblica che gestisce il servizio parcheggi la qualifica di agente contabile, cui segue l'obbligo della resa del conto giudiziale.

<sup>13</sup> Cfr. Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, 9 febbraio 2005, n. 32, in «foro amm. TAR», 2005, p. 561, per la quale si assiste al «passaggio dalla responsabilità amministrativa dei soli amministratori e dipendenti pubblici per il danno patrimoniale da essi determinato alle finanze dell'amministrazione d'appartenenza in relazione alla violazione degli obblighi di servizio, alla responsabilità finanziaria, intesa come una generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbia-

no maneggio o che utilizzino pubbliche risorse, e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche». (cfr. Anche Corte conti Molise, 7 ottobre 2002, n. 234).

<sup>14</sup> La decisione della Corte interviene in un conflitto di attribuzione sollevato dalla Corte dei conti nei confronti del governo, per la mancata attivazione del controllo della Corte dei conti sulle società per azioni succedute all'IRI, all'ENI, all'INA e all'ENEL per effetto del decreto legge sopra ricordato 5. Si tratta, beninteso, non di responsabilità, ma del controllo previsto dall'art. 12 della legge n. 259/1958, relativo alla gestione finanziaria degli enti ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria. Per affermare la sussistenza di tale controllo nei confronti delle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici, la Corte costituzionale ricorre a due argomenti, da allora frequentemente richiamati: a) la «sostanziale» imputabilità del capitale azionario delle società al patrimonio pubblico e la sua permanenza nella disponibilità dello Stato; b) la sussistenza di «norme speciali di diritto pubblico» relative al passaggio del patrimonio «dalla sfera pubblica alla sfera privata». Dal primo argomento la Corte deduce che la gestione delle società per azioni possa «incidere, sia pure indirettamente, sul bilancio statale» e, di conseguenza, assimila le società per azioni agli «enti pubblici» sottoposti al controllo previsto dall'art. 12 della legge n. 259/1958. Il secondo argomento serve, invece, a sostenere la natura «differenziata e speciale» delle società derivate dalla trasformazione degli enti pubblici economici: e tale differenziazione e specialità vengono fatte coincidere *tout court* con regole di diritto pubblico.

<sup>15</sup> Nei riflessi inerenti la responsabilità erariale, il campo della giurisprudenza ha registrato di recente un sensibile cambiamento di indirizzo da parte della Corte di Cassazione, la quale ha mutato orientamento sui due elementi tradizionalmente utilizzati per escludere la responsabilità amministrativa degli amministratori di società in partecipazione pubblica: la natura delle attività svolte e la sussistenza di obblighi di servizio. La giurisdizione contabile «scaturisce», dunque, dall'«evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica», mentre non rileva più «il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso» (Cass., S.U., 22.12.2003, n. 19667).

<sup>16</sup> A ben vedere, infatti, l'imprenditore, pubblico o privato che sia, dovrà sempre svolgere l'attività secondo le regole dettate nel codice civile per le imprese e secondo i canoni propri di quel tipo di attività, che comportano, ad esempio, un dinamismo della gestione e l'assunzione di rischi, che in nessun modo possono essere governati con le regole della contabilità e della finanza pubblica.

## **Roberto Pinza**

Debbo dire che l'iniziativa della Procura della Corte dei conti, per quanto comprensibile, desta qualche perplessità anche se supportata da orientamenti della Suprema Corte.

In ogni caso gli effetti sono così ampi da rendere necessario un intervento legislativo non potendosi ragionevolmente ritenere che una materia così delicata e che influenza comportamenti di

enorme rilievo economico possa restare nello stato attuale di incertezza.

In effetti essa non può che generare comportamenti di attesa ed evitare responsabilità mentre, al contrario, la vita delle imprese (anche pubbliche) impone un forte dinamismo e scelte che sono strutturalmente ed inevitabilmente rischiose.

Sotto questo aspetto vi è da rimarcare che lascia non poca perplessità quella sorta di doppia lealtà che si vorrebbe richiedere agli amministratori (anche se di nomina privata) di società a partecipazione pubblica: essi, infatti, dovrebbero essere leali nei confronti della società che amministrano e quindi finalizzare la loro azione al perseguimento dei suoi interessi e nel contempo essere leali nei confronti dello Stato-azionista orientandosi in particolare verso la tutela del suo patrimonio.

Due lealtà, codeste, non sempre fra loro coincidenti soprattutto quando si tratti di impresa in cui non sempre rigide regole di preservazione del patrimonio coincidono con altre di valorizzazione aziendale che spesso comportano rischi imprevedibili connessi alla volubilità dei mercati.

Debbo dire, poi, che non ho molta simpatia per i controlli postumi ai fini di individuare le responsabilità.

L'esperienza di questi anni ci ha infatti insegnato che i controlli societari che hanno qualche utilità sono quelli preventivi e ravvicinati; quelli successivi sono necessari ma hanno una utilità limitata.

Da ultimo non posso sottacere qualche preoccupazione su una estensione di fatto dell'area pubblica che non mi pare in linea con scelte europee ormai consolidate.

Sussistono quindi ampi motivi di riflessione e di preoccupazione che, a mio avviso, debbono condurre ad un intervento legislativo chiarificatore.

## **Massimo Mantovani**

La responsabilità amministrativa per danno erariale va a sovrapporsi alle azioni che la stessa società assume a fronte di condotte illecite dei propri dipendenti/dirigenti ed alle azioni di responsabilità verso gli amministratori che possono essere deliberate dall'assemblea degli azionisti, ove ve ne siano i presupposti e con le maggioranze stabilite dal codice civile.

L'ENI si è dotata di procedure interne con l'obiettivo di disciplinare il processo di accertamento di presunti comportamenti illeciti posti in essere dai propri dipendenti e di individuazione delle

azioni disciplinari nei confronti dei dipendenti e/o giudiziarie a tutela di ENI prevedendo anche flussi informativi, destinati agli organi di controllo interno e/o di vigilanza, relativamente alle azioni poste in essere.

Le azioni avviate negli ultimi due-tre anni dalla Corte dei conti (ossia da quando a seguito di interpretazioni giurisprudenziali si è posto il tema della responsabilità amministrativa anche per le società come ENI SPA) sono state legate in particolare ai due procedimenti penali che hanno riguardato anche dipendenti dell'ENI SPA o di sue controllate (ai danni delle società del gruppo).

In entrambi i casi l'ENI, a prescindere dalle azioni avviate dalla Corte dei conti, si è mossa autonomamente a tutela dell'interesse aziendale e della generalità degli azionisti con provvedimenti disciplinari: licenziamento dei dipendenti coinvolti nelle condotte illecite, anche senza attendere l'esito dei giudizi penali, e successive azioni giudiziarie civili per il risarcimento dei danni.

L'aspetto che più preoccupa sul tema dell'asserita sottoposizione dei dipendenti alla c.d. «responsabilità amministrativa» riguarda le azioni della Corte dei conti in tema di colpa grave dei dipendenti, ossia non di condotte dolose illecite. Infatti, in tal caso occorre certamente l'applicazione di criteri rigorosi a tutela dell'azienda ma anche equilibrati, valutazione che riteniamo possa essere adeguatamente posta in essere dalle strutture aziendali preposte al controllo – internal audit, personale e legale – o dalla generalità degli azionisti (nel contesto dell'assemblea) e non da autorità esterne, ciò è essenziale per non determinare un clima di incertezza e di condizionamento dei processi decisionali, con un effetto paralizzante sulle scelte manageriali.

Osservando dall'interno dell'azienda, forse il 60% delle scelte che il management, pone in essere, pur essendo scelte perfettamente legittime, possono comunque essere discusse ex post, probabilmente anche ex ante, in termini di rischi assunti e di possibili profili di colpa grave: sono il frutto di decisioni manageriali con connotati di dinamismo e propensione al rischio tipici di un'attività imprenditoriale che si confronta sul mercato. Non si tratta di «chiudere un occhio» su tali decisioni ma di lasciare la valutazione di eventuali responsabilità alla stessa società e semmai imporre alla società un rigoroso sistema interno di tutela degli interessi aziendali. Ciò è essenziale per non rendere dominante una cultura di de-responsabilizzazione e quindi di immobilismo.

Possono essere fatti innumerevoli esempi di transazioni che ad una rigida analisi, volendosi escludere ogni rischio di possibile

censura di responsabilità, specie se affidata ad un'autorità amministrativa, porterebbero a non perseguire opportunità di business, che sono invece normalmente assunte dalle società nostri concorrenti sui mercati internazionali, in quanto rappresentano un tipico rischio aziendale e rientrano più nell'ambito della *business judgement rule* che della responsabilità amministrativa.

Un altro tema importante è quello che riguarda la tutela degli azionisti privati e la non discriminazione verso l'azionista pubblico.

Gli azionisti privati senza dubbio presumono che la logica applicata dal management, nelle scelte aziendali, tenga conto del fatto di guidare una società quotata che agisce sul libero mercato e non una società subordinata ad un controllo amministrativo da parte di un'autorità pubblica. Ciò per di più considerando che l'asserito potere di intervento della Corte deriverebbe da una semplice interpretazione giurisprudenziale estensiva intervenuta ben dopo la quotazione della società.

Il punto principale è che, nell'ambito della «responsabilità amministrativa», la Corte dei conti può avviare azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori a prescindere che l'assemblea intenda o no procedere in tal senso. Presumo che gli azionisti privati avrebbero certamente il timore che tale rischio di azione personale, assunta al fuori degli organi tipici (assemblea), incida sul clima aziendale e condizioni le scelte manageriali.

Un accenno va fatto alla nota dello scorso agosto in tema di denunce in materie di danno erariale ai procuratori generali. Mi pare evidente come tale indicazione non possa che accentuare il disagio interno in un'azienda che si confronta sul mercato e condizionare le scelte, determinando un profondo immobilismo.

## **Dario Trevisan**

Condividendo buona parte degli argomenti oggi espressi, riterrei opportuno affrontare brevemente il tema in una prospettiva più ristretta: l'ipotesi in cui lo Stato o un ente pubblico detenga solo in parte il capitale di una società di diritto privato, sia essa quotata o non quotata. È infatti il caso di ricordare che le società partecipate dallo Stato, da Regioni, da enti locali o altri enti pubblici sono in Italia numerosissime. In particolare si fa riferimento a grandi società quotate in borsa quali ENI, ENEL, FINMECCANICA, TERNA, nonché anche ad aziende autonome locali, quali A2A, laddove la partecipazione pubblica può essere mag-

gioritaria ma anche minoritaria. Sotto tale profilo, si prenda ad esempio l'ENI, oggi controllata per circa il 27,83% del capitale da Ministero dell'Economia e delle Finanze e al 10% circa dalla Cassa Depositi e Prestiti SPA il che vuol dire, che oltre il 62.17% del capitale, è in mano al mercato di cui, da informazioni attendibili, circa il 30% riferibile ad istituzionali esteri, quindi una quota piuttosto simile a quella detenuta dallo Stato.

Pur essendo pregevole l'intento di migliorare i sistemi di controllo, questa ulteriore misura mi sembra volta a creare una situazione di sovrapposizione tra diverse giurisdizioni e di disparità di trattamento tra un'azionista, quello pubblico e il resto dell'azionariato. A titolo esemplificativo si consideri un fatto censurabile in una partecipata (in minoranza) pubblica che abbia causato un danno. Si faccia l'ipotesi di una operazione posta in essere da un amministratore in conflitto di interessi con pregiudizio per la società. Ciò potrebbe avere delle conseguenze sia sotto un profilo civilistico che – alla luce della recente sentenza interpretativa della Corte dei conti – amministrativo. Da una parte si dovrebbe e potrebbe attivare l'azione di responsabilità sociale nei confronti dell'amministratore negligente (i) con delibera dell'assemblea, e quindi dalla maggioranza azionaria (art. 2393 c.c., comma primo); (ii) con delibera del collegio sindacale a maggioranza dei 2/3 (art. 2393, comma terzo); (iii) da singoli soci in possesso di partecipazioni di minoranza qualificate, 20% nelle società non quotate, 2,5% in quelle quotate (art. 2393 bis, c.c., commi primo e secondo). La decisione di intraprendere o meno un'azione giudiziale contro l'amministratore sarebbe dunque rimessa alla discrezionalità dei soggetti legittimati, ovvero in ultima analisi dei soci che attraverso il voto assembleare o con maggioranze qualificate siano a ciò titolati. La cognizione in materia spetterebbe al giudice ordinario, secondo la procedura di cui al d.lgs. n. 5/2005. Alla parte attrice incomberebbe l'onere della prova in contraddittorio con l'amministratore convenuto e nella piena consapevolezza (e approvazione o meno degli altri soci). Analogo regime di responsabilità si potrebbe estendere a carico degli altri amministratori e anche dei sindaci e della società di revisione per la eventuale violazione dei rispettivi obblighi di vigilanza e controllo contabile (artt. 2407 e 2409 *sexies* c.c.).

Parallelamente il medesimo fatto integrerebbe anche il presupposto della responsabilità pubblicistica – costituito dal c.d. danno erariale – che in questo caso si potrebbe identificare in via principale nel pregiudizio subito dal socio pubblico conseguente

la probabile diminuzione di valore della propria partecipazione pubblica (al pari degli altri soci). La giurisdizione sarebbe di esclusiva competenza della Corte dei conti. Sarebbe inoltre escluso il ricorso alla Suprema Corte di Cassazione, salvo che per regolamento di giurisdizione. L'azione non sarebbe peraltro esercitata dal socio pubblico bensì dal c.d. pubblico ministero presso la Corte dei conti, secondo le formalità del processo contabile, totalmente diverso da quello civile.

Si creerebbe dunque a tutti gli effetti un processo parallelo, che conseguentemente si porrebbe quale procedura alternativa di risarcimento, rispetto a quella di natura civilistica esperibile da tutti gli altri soci (che magari complessivamente detengono una partecipazione più elevata del socio pubblico «di minoranza»).

Non solo tale situazione nella sua evoluzione finale potrebbe determinare potenziali conflitti tra giudicati e/o concorrenti procedure esecutive sugli eventuali beni del soggetto ritenuto responsabile, ma tale regime giuridico avrebbe anche delle inaccettabili conseguenze in una fase preliminare a quella propriamente processuale. Stante infatti l'obbligatorietà di tale azione amministrativa, ad essa si accompagna altresì un obbligo di denuncia dei fatti censurabili che graverebbe dunque sui responsabili delle funzioni sociali di gestione e controllo (come peraltro sembra confermato dalla Corte dei conti). Questi sarebbero chiamati a denunciare prontamente alle autorità competenti (vale a dire alla procura speciale presso la Corte dei conti) qualsiasi evento dannoso per il socio pubblico di cui vengano a conoscenza nell'ambito di una partecipata di diritto privato. In caso di omissione in tal senso, tali soggetti sarebbero tenuti a rispondere in proprio per i danni che ne deriverebbero da tale comportamento, aggiungendosi nuovi profili di responsabilità assoggettabili al vaglio della Corte dei conti. Si consideri pertanto che dovrebbero essere denunciati tutti gli atti che possano avere un affetto dannoso, ad esempio anche solo lesivo dell'immagine della società e/o di modesto importo.

Dinanzi a tale obbligo è evidente che ogni fatto censurabile o potenzialmente tale potrebbe (o meglio dovrebbe) essere portato alla conoscenza di un organismo riferibile al socio (pubblico) minoritario, con la conseguenza che questi godrebbe di un flusso informativo differenziato ed asimmetrico rispetto agli altri soci. Sarebbe, come ad esempio, se i c.d. Fondi Sovrani, che investono quote rilevanti di capitale in società quotate, avessero, per il fatto stesso di avere posto in essere un cospicuo investimento, un diritto «naturale» ad avere una giurisdizione

propria ed esclusiva per eventuali danni che dovessero subire quale conseguenza dell'operato degli amministratori, sindaci, società di revisione nelle società in cui investono. In altre parole sarebbe come concedere al GIC Special Investment (GICSI), Fondo di Investimento Sovrano di Singapore il diritto di far giudicare da un proprio Tribunale in Singapore l'operato degli amministratori di una società quotata pubblica italiana, solo per il fatto che in questa il fondo abbia un rilevante investimento (es. Benetton).

Ammettendo che possa mai configurarsi tale concorrente giurisdizione, va altresì precisato come, una volta denunciato all'autorità pubblica competente il possibile fatto censurabile, tale informazione dovrebbe comunque essere diffusa al mercato ai sensi dell'art. 114 e art. 181 TUF (d.lgs. 58/98) in quanto «price sensitive». Riperquotendosi infatti tale fatto sul valore della partecipazione (per aversi danno erariale), non vi è dubbio che sarebbe altrettanto corretto rendere partecipi gli altri azionisti della relativa «denuncia». Questa peraltro potrebbe riportare fatti da approfondire da parte del pubblico ministero presso la Corte dei conti e la conseguenza che ne deriverebbe credo effetti devastanti sul corso dei titoli. Ciò infatti pregiudicherebbe l'immagine della struttura di *governance* della società nella comunità finanziaria che si vedrebbe notiziata della circostanza che possa potenzialmente sussistere un danno in capo ad uno degli azionisti (pubblici), senza che il relativo atto censurabile sia stato vagliato ed analizzato dal consiglio di amministrazione e dagli altri organi di controllo della società e da questi sia stata data informativa in ordine ai suoi effetti. Una condizione di assoluta instabilità conseguente alle comunicazioni che la società dovesse fare in ordine alla denuncie amministrative inoltrate dai propri singoli amministratori, sindaci, revisori, dirigenti e dipendenti all'organismo di vigilanza del socio (di minoranza) pubblico.

Sotto altro profilo pongo un'altra rilevante questione. Immaginiamo che un fatto censurabile sotto un profilo civilistico e amministrativo abbia causato realmente un danno (indiretto) ai soci (es. deprezzamento del titolo etc). Ci sarebbe quindi una responsabilità dal punto di vista civile e una responsabilità dal punto di vista amministrativo con azioni conseguenti, ma si tratterebbe di due azioni parallele contro i medesimi soggetti. Anche questo crea una situazione di grave incertezza in quanto il socio pubblico godrebbe dei benefici di un'azione collettiva (azione di responsabilità sociale) e di quella individuale (azione amministrativa presso la Corte dei conti). Ma vi è di peggio. Se infatti

egli ottenesse una condanna in sede amministrativa potrebbe eventualmente rivalersi sulla società partecipata pubblica ex art. 2049 c.c. laddove tale fatto illecito sia stato compiuto da un dirigente (magari all'estero) nel c.d. «esercizio delle incombenze». Tale infatti è l'unico presupposto oggettivo (oltre alla condanna del dipendente) per configurare la responsabilità c.d. indiretta od oggettiva dell'ente giuridico nell'ambito del quale abbia agito il dirigente infedele. In altre parole la conseguenza sarebbe che il socio pubblico si vedrebbe integralmente risarcito dei danni a spese della società e degli altri soci che paradossalmente avevano subito pro quota gli stessi danni e ne subirebbero di ulteriori quale conseguenza di tale univoco risarcimento.

Insomma occorre a mio avviso fare una grande distinzione fra ciò che riguarda un'attività interamente controllata dall'ente «pubblico», ovvero un'attività interamente gestita per finalità esclusivamente pubbliche e partecipazioni – anche strategiche – detenute da un organismo pubblico in società quotate e più in generale *iure privatorum*. In relazione a queste ultime due categorie, specie nel caso in cui sia una partecipazione di minoranza – ma non solo – non dovrebbe potersi configurare alcuna responsabilità amministrativa come viceversa esplicitata nella propria pronuncia interpretativa dalla Corte dei conti. In tal senso proprio riferendomi alla recente sentenza della Corte di Giustizia europea menzionata dal professor Zoppini, sottolineo che solo «speciali ragioni di Stato» possono consentire l'esercizio di poteri diversi e ulteriori rispetto a quelli che *iure privatorum* sono esercitabili. Costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo 56 del Trattato Europeo tutte le misure che impediscono o discriminano gli investitori (Sentenza AEM SPA). In particolare, sono state ritenute restrittive della circolazione intracomunitaria dei capitali misure nazionali che attribuiscono allo stato poteri speciali in deroga al diritto societario comune. Nella sentenza AEM la Corte ha ritenuto che l'articolo 2449 c.c. (relativo alle società a partecipazione pubblica) costituisce una restrizione ai sensi dell'articolo 56 del Trattato in quanto «consente agli azionisti pubblici di beneficiare della possibilità di partecipare all'attività del consiglio di amministrazione di una società per azioni con maggior rilievo rispetto a quanto sarebbe loro normalmente concesso dalla loro qualità di azionisti [...]». In tal modo è stato «messo a disposizione di detti azionisti pubblici uno strumento che fornisce la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dei loro investimenti. Corrispettivamente, l'influenza degli altri azionisti può risultare ridotta rispetto ai loro investimenti» posto

che «una normativa nazionale quale quella di cui trattasi [...] è idonea a dissuadere gli investitori diretti di altri stati membri dall'investire nel capitale della società».

Sarà dunque necessario intervenire subito per impedire che ci siano perplessità su ingerenze eventuali dello Stato nelle nostre società quotate a partecipazione pubblica, tali da ingenerare decisioni di disinvestimento da parte dei grandi fondi internazionali. Dette decisioni sarebbero giustificate dal regime di incertezza sulla *governance* delle stesse a seguito dell'applicazione di un regime di responsabilità amministrativa discriminatorio rispetto allo *ius* comune.

### **Pierangelo Schiavi**

Alcune riflessioni. Il primo aspetto che mi lascia perplesso è che con questa normativa mi sembra si stiano creando degli azionisti di serie A e di serie B con diritti e tutele diverse, anche con informazioni diverse. Tutto questo è compatibile con il mercato quando abbiamo investitori non solo pubblici ma abbiamo il mercato che investe nelle società quotate?

### **Antonio Taverna**

Con l'art. 2449 questo problema è superato, vero?

### **Pierangelo Schiavi**

Quando si entra nel merito di ciò che compie l'organo amministrativo, cioè le scelte di business, c'è una area di demarcazione sicuramente grigia, specialmente quando si parla di danno procurato. Ma non bisogna dimenticare che le aziende devono operare in modo discrezionale, fare delle scelte di business che non devono essere poi contestate se sono state fatte nella legalità. Le decisioni prese da un amministratore delegato o da un Consiglio di amministrazione per fare operazioni straordinarie che possono poi anche non procurare vantaggi economici alla società, rientrano nel campo delle scelte di business che devono essere lasciate alla libertà d'impresa.

Mi sembra invece di vedere nella norma, un'interferenza che male si concilia con un mercato libero, sempre nel rispetto di regole.

Infine, con l'entrata in vigore della SOX, emanata in pochissimo tempo, gli americani hanno voluto fare una cosa esemplare; ma oggi c'è molto pragmatismo e la stessa SEC si è resa conto che sotto l'aspetto costi-benefici l'introduzione della SOX aveva comportato comunque degli oneri molto rilevanti per le imprese e poi dal punto di vista sempre molto pragmatico rischiava di causare la fuga dallo *Stock Exchange* di New York. Allora c'è stato un ridimensionamento delle regole (indicate dal PCAOB) che però sono sempre di più alto livello rispetto a quelle precedenti e che nella pratica applicazione hanno certamente portato dei benefici. Insomma le aziende che hanno applicato la SOX (sono una decina le aziende italiane quotate a New York) hanno avuto certamente dei benefici; quando si parla di *corporate governance* non ci si deve limitare agli statuti, ai Consigli di amministrazione, ai Collegi sindacali, ma si deve entrare nel merito di come le singole procedure all'interno dell'azienda vengono recepite ed applicate.

### **Alfonso Dell'Isola**

Occupandomi di sistemi di controllo interno e di gestione dei rischi, vedo nella nota del Procuratore della Corte dei conti (in breve «Nota») un impatto sui sistemi di prevenzione, cioè sul sistema di controllo interno, con tutti i limiti che un tale sistema presenta. Tale Nota, in materia di denunce di danno erariale, porta all'attenzione, infatti, la necessità di un sistema di prevenzione dedicato (che deve integrarsi con quelli già eventualmente presenti quale, ad esempio, quello previsto dal d.leg. 231/2001). Da parte delle aziende occorre, quindi, capire come interpretare la Nota e quali presidi mettere in atto per far fronte nel miglior modo al rischio che si verifichi una fattispecie che possa ingenerare un rischio di danno erariale.

Con la professoressa Severino e con il professor Zoppini abbiamo lavorato per delineare delle linee guida che possano indirizzare l'attività del dirigente preposto, richiamato poc'anzi, e ora bisogna lavorare, a mio avviso, per implementare, nell'ambito del sistema dei controlli interni, dei presidi che evitino una situazione di questo genere.

I grandi gruppi hanno certamente dei sistemi di controllo interno e sistemi di gestione dei rischi sofisticati e complessi. Diversamente, le aziende di più piccole dimensioni, come la maggior parte delle municipalizzate, hanno dei sistemi di controllo interno molto semplici e snelli e pertanto possono essere

più vulnerabili a rischi di questo tipo. Essendo proprio quest'ultima tipologia di azienda, insieme alle Regioni, Province e Comuni, l'oggetto della Nota, risulta necessario un intervento in tema di controllo interno specifico per queste realtà.

Ho qualche difficoltà nell'immaginare come i riflessi organizzativi che ne scaturiscono possano essere integrati nei modelli di organizzazione, gestione e controllo attualmente prescritti e disegnati per andare incontro alle esigenze operative e alle disposizioni normative delle aziende.

Per evitare, quindi, che questa Nota non crei eccessive sovrastrutture e un appesantimento dei compiti e delle responsabilità dei vari organi aziendali, è fondamentale che tutti i soggetti interessati dalla stessa (aziende/enti locali) operino un'analisi di quelle che sono le possibili aree/ambiti di attività soggette al rischio di danno erariale connesso all'attività svolta ed alle modalità operative.

L'individuazione delle aree deve essere svolta con il supporto dei vari dirigenti/funzionari responsabili dei vari servizi/direzioni che, sulla base delle conoscenze dell'operatività delle stesse, sono in grado di individuare quelle in cui risiede tale tipo di rischio.

È necessario che le attività appena descritte siano orientate all'individuazione dei punti di controllo/presidi (in senso ampio) presenti nelle aziende/enti locali e tesi a fronteggiare anche i suddetti rischi.

La rilevazione dei presidi/controlli consente di verificare che questi siano stati disegnati anche al fine di prevenire quei comportamenti/azioni che possono generare situazioni suscettibili di generare un possibile «danno erariale».

Data la particolarità di questa tipologia di rischio, è necessario verificare l'esistenza di un flusso informativo da e verso i soggetti apicali e verso gli organismi di controllo. Tale flusso informativo deve essere tale da garantire che siano trasmesse tempestivamente tutte le potenziali situazioni a rischio agli organismi interni che avranno il compito di indagare le situazioni specifiche che si sono venute a creare, e valutare l'efficacia del sistema di controllo interno con riferimento alla mitigazione del rischio identificato per poi effettuare quelle segnalazioni previste nella Nota.

L'importanza di un efficace implementazione del sistema di controllo interno è anche confortato da quanto prescritto dall'art. 3, comma 59 della legge finanziaria 2008. Tale articolo esclude la possibilità per gli amministratori e dipendenti di sot-

toscrivere contratti di assicurazione aventi ad oggetto la copertura dei rischi derivanti dallo svolgimento dei propri compiti istituzionali. Così facendo, infatti, si violerebbe il principio del buon andamento della P.A. e sorgerebbero gli estremi del danno erariale.

Tra le aree a maggior rischio merita una particolare attenzione la necessità di prevedere un sistema che controlli la stipula di contratti finanziari derivati e ne monitori nel corso della sua vita anche gli andamenti. I vincoli imposti alle Regioni e agli enti locali sono elementi essenziali ai fini della validità dei contratti stipulati. L'eventuale inosservanza di tali norme, oltre a generare l'obbligo di segnalazione alla Corte dei conti, a mio avviso, può generare anche i presupposti per l'applicazione della responsabilità per danno erariale.

### **Alessandro Pajno**

Il tema che siamo chiamati ad affrontare evidenzia, in qualche modo, una difficoltà di comunicazione fra quanti operano nel mondo delle società pubbliche e quanti si occupano, in qualità di giudici e studiosi, di definire le tecniche di tutela e i rapporti fra le giurisdizioni. Difatti, se da un lato gli operatori sono giustamente attenti al problema dell'efficienza, della qualità e del risultato che le aziende devono raggiungere, dall'altro i giudici e gli studiosi sono occupati dal problema della definizione, nel sistema generale fissato dalla Costituzione, del modo con cui si ripartiscono le tutele giurisdizionali.

C'è forse, anche una diversa precomprensione dei fenomeni legati alle società pubbliche da parte dei giudici: nella sensibilità di questi ultimi assumono un ruolo talvolta preponderante i profili legati alla mala gestione, sicché l'ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti rappresenta anche una anticipazione di alcune delle misure che possono essere prese nel tentativo di contenere fenomeni distorsivi legati alla mancanza di efficienza nella gestione delle società; come nel caso, al quale si è già accennato, delle società degli enti locali, società a prevalente partecipazione pubblica, nelle quali attraverso l'organizzazione societaria si sono talvolta realizzate forme di infiltrazione criminale.

Il quadro attuale del sistema delle tutele presenta, comunque, alcune criticità che vanno sottolineate e che potrebbero essere considerate come punto di partenza per un intervento normativo

di riforma, e che, almeno in parte, potrebbero fin da adesso essere superate in via interpretativa.

La professoressa Torchia ha accennato al fatto che la responsabilità amministrativa è costruita come una responsabilità di tipo sanzionatorio anziché come una responsabilità di tipo risarcitorio. Non si tratta affatto di un esito scontato, sebbene questa posizione dia atto del modo in cui essa è stata costruita dalla giurisprudenza della Corte dei conti. Dalla natura della responsabilità amministrativa – risarcitoria, o sanzionatoria – discende, in realtà, la legittimità *tout court* di questo tipo di responsabilità. Infatti se la responsabilità è di natura risarcitoria, allora si è di fronte ad un modello che trova fondamento nella clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. e quindi all'interno del sistema generale della responsabilità, rimanendo, semmai da stabilire quali sono i tratti di specialità di questa disciplina.

Ma se la responsabilità è ricostruita come a carattere sanzionatorio, bisogna prender atto della mancanza del precetto la cui violazione giustifica la sanzione. Si tratterebbe, in altri termini, di una responsabilità che, non predeterminando in via legislativa gli illeciti sanzionati, si porrebbe sostanzialmente in contrasto con lo stesso principio di legalità.

Appare pertanto necessario assumere una chiara presa di posizione sulla natura non sanzionatoria della responsabilità, secondo il tradizionale orientamento della Corte di Cassazione, che, per molto tempo e fino al 1985, non ha mai dubitato del fatto che la responsabilità amministrativa fosse di tipo risarcitorio e non di tipo sanzionatorio.

Il secondo punto di «criticità» riguarda il modo attraverso il quale viene definita la responsabilità amministrativa: essa si caratterizza non tanto per l'introduzione di uno specifico regime sostanziale, ma per l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione e di una azione pubblica.

A differenza della responsabilità civile, la cui disciplina sostanziale (presupposti, fattispecie, presunzioni, prove etc.) è fissata nel codice civile, il normotipo della responsabilità contabile viene invece tracciato rimandando ai poteri che possono essere esercitati dal giudice. Tanto avviene, ad esempio, con la legge 20/94, la quale, nel delineare l'azione di responsabilità, se la descrive come una responsabilità personale, evidenziando in tal modo un tratto di tipo sostanziale, subito dopo fa riferimento al c.d. «potere riduttivo» della Corte dei conti, che è appunto un potere processuale attinente alla quantificazione del danno erariale.

Il problema non è dunque solo quello di individuare i poteri del giudice, ma è quello di definire i tratti sostanziali della responsabilità amministrativa: fino a quando i tratti della responsabilità amministrativa non saranno compiutamente fissati, questa responsabilità sarà sostanzialmente caratterizzata dalla qualità e quantità di poteri che il giudice chiamato ad occuparsene può esercitare.

Un altro problema riguarda l'assetto delle giurisdizioni. Si tratta di un problema che la stessa Corte di Cassazione forse non ha valutato adeguatamente: la giurisdizione della Corte dei conti è una giurisdizione di tipo obiettivo, come quella del giudice penale, ed è caratterizzata dal fatto che non è una giurisdizione legata alla iniziativa di un soggetto che ha un interesse, ma dipende da un'azione pubblica promossa da un soggetto pubblico. La giurisdizione civile, che rappresenta l'alternativa rispetto alla giurisdizione contabile, è una giurisdizione di tipo soggettivo, nella quale l'azione non è proposta da un soggetto pubblico, ma da un soggetto privato.

Vorrei sottolineare che è una giurisdizione soggettiva anche la giurisdizione amministrativa. Ne consegue che le due giurisdizioni generali del nostro ordinamento, quella civile e quella amministrativa, – generali perché individuate per clausole generali, una volta alla tutela dei diritti soggettivi, l'altra alla tutela degli interessi legittimi –, sono entrambe costruite come giurisdizioni soggettive, alle quali si applica l'art. 100 del codice di procedura civile: occorre avere un interesse per agire in giudizio, non vi è un soggetto pubblico che si attiva per far valere l'azione pubblica.

È necessario allora domandarsi se una giurisdizione oggettiva possa essere alternativa a una giurisdizione soggettiva. Se si volge lo sguardo all'art. 103 della Costituzione, vediamo che questo distingue due giurisdizioni soggettive fra loro alternative: la giurisdizione del giudice ordinario e la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, o la giurisdizione del giudice amministrativo per materia, anche quest'ultima legata, come la Corte Costituzionale ha precisato nel 2004, all'esercizio di un potere pubblico pur in presenza di una situazione di diritto soggettivo.

Il problema teorico è capire allora se una giurisdizione oggettiva affidata ad un soggetto pubblico, possa ritenersi alternativa a una giurisdizione affidata all'azione di un soggetto privato.

Che la giurisdizione contabile non debba essere considerata soltanto come «alternativa» alla giurisdizione civile in tema di

responsabilità risulta, d'altra parte, da alcune pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione, che hanno sostanzialmente esaminato alcuni possibili punti di «interferenza» tra la responsabilità amministrativa, alla quale è legata la giurisdizione della Corte dei conti, e la responsabilità sociale di amministratori di società a partecipazione pubblica totalitaria, da farsi valere dinanzi al giudice civile.

In particolare, con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 13702 del 22 luglio 2004, è stata ritenuta sussistente la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione esercitata dal procuratore regionale della Corte dei conti nei confronti di alcuni sindaci di un comune, responsabili, di aver ammesso di esercitare l'azione sociale di responsabilità, ex art. 2393 c.c. nei confronti degli amministratori di una società interamente posseduta dal comune. Il fondamento della responsabilità sta, da una parte, nel rapporto organico che continua a legare i sindaci coinvolti, anche nel loro ruolo di soggetti costituenti l'assemblea sociale in rappresentanza dell'unico azionista, e dall'altra nell'omesso esercizio di qualsiasi forma di tutela del patrimonio comunale (fra cui l'azione ex art. 2393 c.c.), e quindi nella «violazione di precisi obblighi di tutela del patrimonio comunale, conseguenti al prescelto modulo di organizzazione dell'attività (SPA a capitale pubblico)».

Azione civile ed azione di responsabilità non si sovrappongono e rimangono, per dir così, distinte; ma è la scelta per il modulo organizzativo di tipo societario a generare un obbligo di tutele che incorpora anche l'esercizio, da parte del sindaco, dell'azione ex art. 2393 c.c. dinanzi al giudice ordinario.

L'indirizzo giurisprudenziale sopra ricordato può fornire utili spunti di riflessione per delineare il corretto rapporto fra le due giurisdizioni. La giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità pubblica e la giurisdizione civile, con riferimento alla responsabilità sociale di amministratori di società pubbliche, non devono essere considerate come reciprocamente escludentesi, ma come due giurisdizioni che, a certe condizioni, possono concorrere in quanto rispondenti a due diverse domande (o a due diversi livelli) di responsabilità. La giurisdizione civile è, infatti, quella dinanzi alla quale dovrebbe normalmente farsi valere la responsabilità degli amministratori di società con partecipazione pubblica totalitaria o prevalente; in sede di giurisdizione contabile dovrebbe poi essere valutata la legittimità e l'opportunità della decisione di chi, come il sindaco quale azionista, chiamato dall'ordinamento generale a far

valere dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria la responsabilità degli amministratori, abbia invece scelto di non promuovere le relative azioni.

Un ulteriore profilo di «criticità» riguarda il rapporto fra controllo e giurisdizione. Bisogna affermare con chiarezza che il controllo della Corte dei conti non è una forma anticipata di tutela giurisdizionale; fino a quando la funzione di controllo sarà concepita come una funzione che non ha senso se non sfocia in un'azione di tipo giurisdizionale, il problema continuerà a sussistere. È evidente infatti che la presenza del soggetto controllore sarà vista come uno strumento per segnalare e far valere, successivamente, in sede giurisdizionale la responsabilità. Questa tendenza fa sì che il controllo si risolva in una forma di «responsabilità giurisdizionale» anticipata.

Non è, pertanto, in discussione solo la giurisdizione, ma è in discussione anche e forse soprattutto, il corretto modo di intendere la natura della funzione di controllo.

I profili di incertezza non riguardano, peraltro, solamente il riparto di giurisdizione o la considerazione della funzione di controllo, ma anche la disciplina positiva.

In proposito, vale la pena di ricordare che il R.D. n. 1038 del 1933, che fissa le regole di procedura del giudizio davanti alla Corte dei conti, dispone che *«nei procedimenti contenziosi di competenza della Corte dei conti si osservano le norme e i termini della procedura civile in quanto siano applicabili e non siano modificate dalle disposizioni del presente regolamento»*. Della disciplina del codice di procedura civile del 1865 venivano dunque richiamate, in quanto applicabili, le regole del procedimento giurisdizionale e la normativa sui termini, nella misura in cui risultavano non modificate da quella speciale, propria del regolamento di cui al cennato R.D. n. 1038 del 1933.

La disposizione sopra richiamata è stata singolarmente reinterpretata (con una interpretazione che, pur definita «autentica» dal legislatore, ha carattere chiaramente novativo), dalla legge 23 dicembre 2005 n. 266. Quest'ultima dispone, all'art. 1 co. 174, che *«al fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali, l'art. 26 del regolamento di procedura si interpreta nel senso che il Procuratore regionale della Corte dei conti dispone di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di quel Libro VI, Titolo III, Capo V del codice civile»*, e cioè anche delle azioni surrogatorie.

Il tenore letterale di quest'ultima disposizione ci consente di sottolineare una incongruenza: il codice di procedura civile non contiene la disciplina delle azioni, perché le azioni, essendo tradizionalmente nel nostro ordinamento configurate come un diritto – il diritto di azione – sono individuate nel codice civile e non nel codice di procedura civile.

Si conferma, ancora una volta, quel modo di procedere che sembra contrassegnare la costruzione della responsabilità pubblica, e cioè la progressiva modificazione della sua disciplina e dei suoi connotati sostanziali attraverso norme apparentemente processuali.

Questo ulteriore esempio conferma la tendenza del nostro ordinamento alla costruzione dell'azione giurisdizionale davanti alla Corte dei conti come una giurisdizione sulle risorse pubbliche, ossia come una giurisdizione legata ad una azione generale di responsabilità nei confronti dell'uso del denaro pubblico.

Fino a quando non ci sarà un intervento legislativo che corregga e chiarisca questo nodo problematico, una adeguata risposta potrà essere assicurata soltanto dalla configurazione della tutela civilistica come una tutela tipica e quindi prevalente, e dalla configurazione della tutela data dal processo davanti alla Corte dei conti come di tipo residuale o sostitutivo, per l'ipotesi in cui la tutela tipica non venga esercitata.

In questa prospettiva, ho in passato sostenuto. [A. Pajno, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in «Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)», *Atti del convegno di studi di scienze dell'amministrazione*, Milano, 2006, p. 175 ss.] che quello che appare come il connotato strutturale della giurisdizione della Corte dei conti – e cioè l'esercizio dell'azione pubblica di responsabilità da parte del pubblico ministero – pare costituire anche un limite naturale della sua attitudine espansiva e della sua capacità di porsi come esclusiva. La giurisdizione della Corte dei conti, in quanto fondata sulla materia della contabilità pubblica, si estende tendenzialmente a tutto l'ambito oggettivo della materia, ma in quanto strutturalmente legata al necessario esercizio di una azione pubblica, è da questa oggettivamente segnata e limitata.

La giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità pubblica è limitata alla azione pubblica del P.M. e può, quindi, assicurare una concentrazione della giurisdizione nei limiti della tutela esperibile con tale azione. Essa, invece, nulla

sembra poter dire (con l'esclusione, quindi, di qualunque ipotesi di concentrazione) nei confronti di altre azioni (e quindi di altre tutele), esperibili dinanzi a giudici diversi: la configurazione strutturale di tale giurisdizione, legata esclusivamente ad una azione pubblica, sembra infatti escludere la possibilità di concentrare presso la stessa giurisdizione contabile tutele diverse, le quali non potrebbero che essere esperite dai soggetti che, secondo l'ordinamento di esse, sono titolari. L'art. 81 del codice di procedura civile vieta, d'altra parte, fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, ogni ipotesi di sostituzione processuale.

Le considerazioni sopra esposte sembrano, pertanto condurre ad una configurazione della giurisdizione della Corte dei conti non in termini di esclusività (e cioè non come una giurisdizione che esclude quella del giudice ordinario), ma di (parziale) concorrenza.

Un approccio fondato sulla considerazione degli specifici aspetti processuali della questione sembra allora, configurare quella della Corte dei conti sulla materia in questione, ed in particolare sugli amministratori di società pubbliche e di enti pubblici economici, come una (ampliata) giurisdizione sull'azione pubblica di responsabilità, e non su tutte le opportunità di tutela offerte dall'ordinamento. Questo significa che fra le diverse tutele e le diverse forme di responsabilità esiste, comunque una relazione e che l'avvenuto esercizio dell'azione di responsabilità costituisce un fatto che il giudice successivamente adito deve necessariamente tener presente.

La costruzione e la precisazione di questo delicato rapporto fra tutele diverse ed anche fra forme diverse di responsabilità costituisce l'oggetto di un impegno futuro, il cui obiettivo finale, peraltro non può non essere quello di configurare – come è stato detto (C. Pinotti, *La responsabilità degli amministratori di società, tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in «Rass. giur. en. el.», 2005, p. 594) – un sistema «sostenibile» di responsabilità degli amministratori.

Un superamento del limite della sostenibilità e l'introduzione di un sistema di responsabilità del tutto sganciato da quello civilistico, ed addirittura con esso confliggente, potrebbe, infatti, paradossalmente risolversi in una sostanziale esclusione della responsabilità.

## Giancarlo Montedoro

La nota interpretativa sembra un po' disallineata rispetto alla sentenza della Corte Costituzionale n.371 del 1998 che prevede che la responsabilità amministrativo-contabile debba essere una ragione di stimolo e non di disincentivo rispetto al buon andamento amministrativo, alle scelte dell'amministrazione. La stessa logica deve essere predicata per quanto riguarda le società pubbliche. Tuttavia il problema deriva dalla complessità delle fattispecie su cui si opera: le fattispecie sono indubbiamente ibride e vanno un po' distinte. Condivido quanto diceva Alessandro Pajno sulla residualità a diritto vigente, cioè che l'azione è residuale e bisognerebbe aspettare addirittura l'esaurimento delle azioni civili per poter promuovere un'azione contabile, perché è solo allora, che secondo la logica del controllo *ex post*, un danno si consolida. Poi bisognerebbe anche verificare la tipologia delle società: *in house*, miste, società che operano in base a esclusive, società sotto l'orbita statale, con azionista il Ministero del Tesoro nei mercati liberalizzati, società nell'orbita degli enti locali. Ciascuno di questi mondi pone problemi giuridici particolari. La questione dovrebbe essere affrontata con uno slogan: parafrasando il celebre «tornare allo statuto», occorrerebbe qui «tornare al rapporto di servizio». Se si prendesse sul serio il requisito del rapporto di servizio, noi ci troveremmo a qualificare sicuramente come soggette a giurisdizione contabile le società *in house*, potremmo arrivare alle società di servizi pubblici locali in forza della missione perché c'è un diritto speciale esclusivo che permea di sé tutto l'organismo societario, salvo dover escludere, per ragioni di opportunità, le società miste a capitale pubblico minoritario anche nell'ambito dei servizi pubblici, in quanto lì si è in sostanza nella forma esternalizzata di gestione del servizio.

Per quanto riguarda invece le società che operano nei mercati liberalizzati, come ENEL, ENI, poichè è avvenuta una privatizzazione sostanziale, pensare a una diffusività della logica contabilistica, che è poi figlia del regolamento della contabilità dello Stato, rischia di far perdere talvolta l'efficienza imprenditoriale che in ultima istanza, può avere le sue ragioni. Si tratta quindi di una questione di proporzionalità, di individuazione di un punto di equilibrio anche a diritto vigente.

Se poi si scorrono le sentenze della Corte di Cassazione si vede che si tratta di quasi tutti *obiter dicta* calati nella circolare interpretativa. In effetti, le sentenze della Corte di Cassazione

riguardano enti pubblici addirittura istituzionali oppure, casi del mutuo di scopo, dove esiste una finalizzazione molto forte, dove il soggetto privato, in forza di una convenzione comunque denominata, è obbligato a perseguire uno scopo che si integra con l'attività amministrativa. Ma non ho ancora avuto la possibilità di leggere una sentenza della Corte di Cassazione, quale giudice che regola la giurisdizione, che riguardi una società mista a capitale pubblico minoritario e non connotata dal servizio pubblico attribuito in base a un'esclusiva. Credo proprio che la giurisprudenza della Corte di Cassazione avrà occasione, per casi concreti, di delimitare meglio questi ambiti di estensione dei rapporti di servizio.

### **Paola Severino di Benedetto**

Spesso il carattere tralatizio delle massime porta a deviare l'attenzione dalla centralità di alcuni temi. Il problema è che poi l'uso della massima viene trascinato e portato dall'*obiter dictum* a un contenuto decisorio estremamente più pregnante: è accaduto e temo che possa accadere ancora.

Quindi questi richiami ad *obiter dicta* sono comprensibili in una cerchia ristretta di soggetti. Ma il timore è che vi sia un'esplosione di applicazioni giurisprudenziali a seguito di queste eccessive dilatazioni del concetto di controllo pubblico.

Un altro tema su cui si sono oggi registrate delle convergenze significative è quello della necessità di un sistema di controlli effettivo ed efficace. È stato unanimemente riconosciuto che il sistema dei controlli introdotto recentemente in materia societaria dal legislatore abbia tentato di implementare questi connotati di effettività e di efficacia.

Ho apprezzato anche molto il riferimento al superamento del Sarbanes perché a volte anche lì c'è una tradizione tralatizia: tutti ci rivolgiamo all'America, alla puntualità con cui certi provvedimenti vengono adottati, ma poi bisogna vedere cosa accade dopo. Ricordo che noi abbiamo introdotto in Italia la disciplina penale dell'*insider* quando la stessa stava tramontando in America.

Il Sarbanes è stato preso a modello di controllo, ma ci siamo poi resi conto che era uno di quei modelli tipicamente americani in cui le prescrizioni sono tante, ma sono di carattere ideologico, e non in termini di effettività. I controlli che funzionano sono quelli che danno effettività ed efficacia.

La domanda allora è se di fronte a un controllo societario che tende ormai a diventare effettivo ed efficace con tutto un sistema di sanzioni che intervengono e consentono di radicare in una fonte più vicina all'esercizio delle attività, la possibilità di dirigere l'attività di un'impresa, il controllo pubblico rappresenti ancora uno strumento privilegiato di tutela dello Stato quando lo Stato sia azionista, anche di maggioranza. Mi chiedo se si debba ricorrere anche in questi casi agli ordinari sistemi di controllo societario e se questi possano funzionare. Mi pare che proprio lì si può trovare la chiave di svolta del sistema: non si tratta di abbandonare la tutela dell'erario – posto che la tutela degli aspetti erariali può essere assicurata anche in una chiave di impresa – nel momento in cui lo Stato decida di assoggettarsi alle regole di impresa e di diventare azionista. Questo coniuga tutti i temi che ci siamo posti. La prospettiva comunitaria dice che quando si esercita un'impresa non si possono avere le mani legate, bisogna assoggettarsi alle leggi comuni della concorrenza. Il rischio di possibili lesioni del patrimonio statale investito nell'impresa risulta attenuato dall'esistenza, anche nell'ambito societario, di controlli efficienti: controllo da parte del socio e controllo sul socio nel caso in cui non svolga le proprie funzioni di controllo. È lì che deve scattare un meccanismo di livello diverso e superiore. Per il resto possono bastare le regole oggi vigenti nel sistema societario. Se tutto ciò vale a monte nel sistema societario e nel sistema pubblico, il medesimo principio non potrà che riflettersi anche nel sistema penale, che finalmente riuscirà ad operare una netta ed agevole distinzione tra l'area del pubblico dall'area del privato.

### **Antonio Taverna**

Uno dei motivi alla base della nascita del Corporate Governance Forum è stato quello di proporre in Italia quello che era la *best practice* dei controlli, uno studio del 1994 conosciuto come CO.SO Report, citato oggi dal PCAOB come punto di riferimento, a suo tempo citato dall'IME (Istituto Monetario Europeo), dall'OCSE e da altre organizzazioni internazionali. Un altro era che anche con il codice del 1942 si poteva articolare una *governance* ispirata alle *best practice* internazionali. Questione di statuti.

Il documento sul controllo interno trova una consacrazione, adesso, con il *Sarbanes-Oxley*, dopo otto anni. Già allora, s'indicava l'importanza dell'informazione al pubblico circa l'applica-

zione dei sistemi di controllo nelle società. Infatti, il secondo volume del Report era dedicato all'argomento e prevedeva sia relazioni del *management* sia l'opinione della società di revisione; ovvero, gli attuali *assessment* del CEO, del CFO e delle società di revisione. Allora le lobby delle società quotate e delle società di revisione si opposero. Il motivo era il rischio delle *class action* in un'area in cui le *best practice* erano fluide. Era viva l'esperienza di quello che era conosciuto come *gap* informativo, causa di tanti litigi. Questa è forse anche la ragione, che oggi, impegna il PCAOB a declinare le procedure e i *key control*. Anche gli Stati Uniti hanno dovuto registrare la necessità dell'*enforcemet*.

In Italia vedo grossi rischi di liti dopo che il codice di autodisciplina della Borsa che dice che il controllo interno deve far riferimento alla *best practice* internazionale e a quella nazionale.

La nazionale qual è? I regolamenti della 231? Non coprono tutti gli aspetti del controllo interno. E, quella internazionale? Il *Sarbanes-Oxley*? Ma lo stiamo criticando. Fra qualche anno il dottor Ielo ci potrà dire qualcosa, come ebbe a dirci qualche tempo fa il dottor Greco, proprio qui, parlando di falso in bilancio e della 231.

Fortunatamente, in questo panorama d'incertezze, per le banche ci sono le norme di Basilea 2 e Banca d'Italia che forniscono indicazioni in linea con la *best practice* internazionale (per inciso è interessante il documento di consultazione sul governo societario). Ciò anche se le recenti norme sulla *compliance*, devono essere valutate sul campo. Il rischio di creare confusioni di ruoli e responsabilità è alto.

## **Paolo Ielo**

Devo dire due cose che paiono sganciate da quello che stiamo dicendo ma che invece sono pertinenti.

Quando discutiamo di questi problemi che stanno al confine con il diritto penale, dobbiamo avere a mente il processo penale.

Una seria repressione individua i colpevoli, li condanna e assolve gli innocenti.

Noi abbiamo invece un processo penale che non funziona, è una corsa a ostacoli: di fronte a 745 articoli del codice di procedura penale, il legislatore e la Corte Costituzionale dal 1989 a oggi sono intervenuti più di 400 volte.

Si paragona spesso l'intervento del magistrato penale nelle materie sottoposte alla sua giurisdizione, ad un intervento chi-

rurgico. Ora immaginiamo cosa succederebbe a quel chirurgo il cui paziente gli venisse spostato quattrocentottanta volte mentre sta facendo l'intervento.

Secondo punto. I livelli di *corporate governance* emersi delle società coinvolte nei più grandi scandali finanziari sono bassissimi.

Quando discutiamo del decreto 231 non ci misuriamo con modelli ben fatti dei quali bisogna discutere, almeno per quello che è l'esperienza giudiziaria fino a ieri.

Faccio un esempio. Nel corso dell'intervento della Guardia di Finanza presso una grande società protagonista di uno dei più noti scandali, fu trovato un computer al cui interno c'era un folder che riguardava i bilanci: un file «bilancio» e un altro file che aveva come nome «ret.put».

Insomma esisteva un file con un bilancio vero e un file che conteneva le differenze fra il bilancio vero e quello falso. Queste sono le profilassi che esistono all'interno delle società.

A proposito del decreto 231 abbiamo dei modelli organizzativi che prevedono che l'organismo di vigilanza può essere nominato se non è stato condannato definitivamente per tutti i reati presupposti dallo stesso decreto.

Il che significa che secondo quel modello organizzativo può essere nominato nell'organismo di vigilanza chi ha commesso reati di omicidio, di stupro, di frode fiscale.

Fanno fatica a parlare fra loro i penalisti con i civilisti, i civilisti con gli amministrativisti e tutte e tre le categorie fra loro, e figuriamoci cosa accade quando si comincia a discutere con gli aziendalisti, gli economisti, gli esperti di mercato.

Credo che occasioni come questa di oggi siano fondamentali per la comunicazione dei saperi, perché attraverso il travaso dei saperi e della concretezza dell'esperienza si possono individuare le soluzioni.

## **Antonio Taverna**

In campo economico e finanziario mi sembra sia più efficace promuovere norme che prevedano l'intervento dell'Autorità di vigilanza con forti sanzioni interdittive. Va superata la lungaggine di un processo civile che, sebbene il rito della riforma del diritto societario dovrebbe aver abbreviato, sarà sempre troppo lungo rispetto alla velocità di cambiamento dell'economia.

## Paolo Ielo

A mio avviso l'economia non può reggersi sulle sanzioni o sui processi che sono luoghi dove si accertano responsabilità personali dei soggetti fisici o degli enti.

Mi pare che attraverso questa forma di ragionamento si assegni al processo penale e al diritto penale una funzione di supplenza che non devono avere.

I controlli devono funzionare ai diversi livelli; in realtà in una serie di situazioni si è arrivati allo strumento penale perché i controlli che dovevano intervenire prima hanno funzionato male o addirittura non hanno funzionato.

## Luisa Torchia

Dagli interventi ascoltati oggi è emersa una generale convergenza sul fatto che ci siano troppi controlli che poi si trasformano in eccessive responsabilità che a loro volta hanno logiche diverse, con effetto paralizzante. Mi sembra però che sia stato fatto oggi un tentativo di distinguere, per cui ci sono sicuramente delle ipotesi per le quali non è neanche ipotizzabile l'applicazione della responsabilità amministrativa, perché la logica è completamente diversa e poi perché i sistemi già esistono e non c'è bisogno, ad esempio nel caso del denaro pubblico, che vi sia una particolare tutela perché già è meglio tutelato dagli strumenti del diritto societario. Ci sono dei casi, invece, in cui il denaro pubblico è esposto a qualche pericolo in più perché ad esempio, la società *in house* è un pezzo dell'ente pubblico. Bisogna quindi capire se deve esserci un filtro applicando il diritto societario in ogni caso, o se l'applicazione di questo diritto societario che subisce delle correzioni, ad esempio per l'applicazione del diritto della concorrenza, perché si tratta di società non esposte alla concorrenza, debba avere una conseguenza anche sul piano della responsabilità. Dobbiamo, a mio avviso, approfondire l'aspetto che riguarda il funzionamento dei controlli sia quelli societari, sia quelli per danno erariale. Infatti, e andiamo a vedere le sentenze della Corte dei conti in materia di danno erariale, l'erario non è poi tanto tutelato, vuoi per il potere riduttivo, vuoi per i casi in cui non si riesce a arrivare a provare il dolo o la colpa grave. Se ci stiamo ponendo il problema non di quale giudice giudica, ma di quale strumento funziona, abbiamo bisogno di raccogliere un po' di dati sul piano dell'effettività e forse la discussione sarebbe più facile e più utile, andando oltre il solo piano dei principi.

## Antonio Taverna

Poche parole di conclusione.

Innanzitutto, vorrei ringraziarvi per l'attenzione riservata al Forum e per aver dedicato questo pomeriggio a un dibattito ricco di spunti per coloro che sono direttamente impegnati nella stesura delle regole di primo e secondo rango, o nella loro applicazione.

Il tema della protezione del particolare interesse dell'azionista Stato solleva non poche perplessità.

È da oltre dieci anni, come testimonia «Il mercato trasparente», che mi trovo coinvolto in dibattiti sulla *corporate governance* e talvolta mi sembra di essere al punto di partenza.

Dieci anni fa si discuteva di privatizzazioni e si criticava la *golden share*, oggi parliamo del ruolo speciale dello Stato e della pubblica amministrazione in generale nelle imprese partecipate e di danno erariale.

Dieci anni fa si sottolineava la centralità dell'organizzazione e dei sistemi di controllo interno quali elementi costituenti le *best practice* di *corporate governance*, oggi, dopo aver speso molto tempo a parlare dei modelli societari e dei rappresentanti delle minoranze, ci accorgiamo di aver promosso una struttura dei controlli abnorme, carica di burocrazia e con alti rischi di inefficacia.

Un obiettivo allora mi era chiaro: erano necessarie riforme per rendere il mercato finanziario ed in generale il contesto giuridico/economico italiano appetibile per l'investitore estero. Si volevano riforme che non differenziassero, almeno nell'ambito delle società per azioni, la disciplina delle società quotate dalle altre, riducendo le asimmetrie normative. La differenziazione era nell'informazione al mercato: più qualificata e standardizzata per le società quotate, semplificata per le PMI.

Fatte queste premesse, sono pienamente d'accordo con chi sostiene che lo Stato o l'Ente pubblico partecipante una società per azioni è un azionista come gli altri, con le stesse tutele. Come ha appena detto la professoressa Torchia bisogna muoversi sul piano dell'efficacia e non solo su quello dei principi.

Inoltre sono pienamente d'accordo anche con il dottor Ielo quando dice che non deve essere l'intervento del giudice penale a far girare l'economia, ma devono essere efficaci controlli a prevenire quelle che con un eufemismo chiamiamo patologie.

In proposito, concludo spendendo due parole a favore del *Sarbanes-Oxley Act* del 2002.

Spesso sento criticare questa legge. Io penso, invece, che porterà risultati positivi perché, nello spirito, non chiede altro che i controlli rispondano alle esigenze di una sana e prudente gestione, quello che dovrebbe fare ogni buon manager per assicurare una performance stabile. La *sustainability* come oggi si usa dire.

La critica è relativa all'eccessiva burocrazia? In questo caso non bisogna confondere la forma «necessaria» con la burocrazia. La forma talvolta è sostanza. La tracciabilità formale del controllo è il solo modo per evidenziare che sia stato fatto.

Mi è capitato di parlare con manager di società estere che hanno applicato la Sarbanes volontariamente e mi hanno testimoniato di aver avuto riscontri economici positivi, al di là dei costi sostenuti. Nella stessa direzione vanno testimonianze che cominciano ad arrivare dagli Stati Uniti, dove i manager di alcune società (principalmente assicurazioni e banche), sulla base del loro *assessment* o di quello della società di revisione, si trovano costretti ad ammettere l'inadeguatezza dei controlli in alcune aree e, purtroppo, a dover portare alla luce perdite inattese.

Il problema è che in Italia abbiamo cercato di traslare le regole americane nel nostro impianto normativo, senza cercare di integrarla con le altre norme: aggiungendo senza togliere.

Non ultimo, si è evitato di valutare il significato dell'*assessment* indipendente della società di revisione che il nostro ordinamento non ha recepito. Società di revisione che è in grado, come unica entità, di attestare che i controlli operino in tutte le società di un gruppo sparse per il pianeta, al di fuori di ogni autoreferenzialità.



## CORPORATE GOVERNANCE FORUM 1997-2007

Hanno partecipato:

*Luigi Abete, Nino Andreatta, Giovanni Arnone, Ferruccio Auletta, Mario Baldassarri, Emilio Balocco, Roberto Barbieri, Reginald Bartholomew, Enzo Berlanda, Massimo Bertolini, Alberto Bonaiti, Franco Bonelli, Marco Bongiovanni, Fabio Bottari, Giorgio Brunetti, Guido Cammarano, Bettina Campedelli, Lorenzo Caprio, Enzo Cardi, Mario Cattaneo, Giorgio Cirila, Innocenzo Cipolletta, Maurizia Angela Comneno, Vito D'Ambrosio, Stefano D'Angelo, Ranieri De Marchis, Giuseppe De Rita, Alfonso Desiata, Andreas Deumeland, David Devlin, Bruno Di Cosimo, Carmine Di Noia, Carolyn Dittmeier, James R. Doty, Mario Draghi, Sergio Duca, Emmanuele Emanuele, Guido Fabiani, Alberto Falck, Maurizio Faroni, Francesco Favotto, Franco Ferrarini, Antonio Fiorella, Carlo Fratta Pasini, Franco Gallo, Giampaolo Galli, Luca Giacomelli, Enrico Granata, Franzo Grande Stevens, Franco A. Grassini, Francesco Greco, Luigi Guidobono Cavalchini Garofoli, Gianfranco Imperatori, Fabio Innocenzi, Alessandro Lai, Giorgio La Malfa, Carmine Lamanda, Paolo Lamberti, Valter Lazzari, Gian Pietro Leoni, Enrico Letta, Carlo Lucarelli, Antonio Maccanico, Stefano Rainer Masera, Victor Massiah, Matteo Mattei Gentili, Giuseppe Menzi, Marcello Messori, Francesco Merloni, Aldo Milanese, Stefano Micossi, Antonino Mirone, Daniele Molgora, Paolo Montalenti, Paolo Mottura, Gilberto Muraro, Roberto Napoletano, Giulio Napolitano, Nicolò Nefri, Roberto Negri, Roberto Nicastro, Massimiliano Nicodemo, Raffaele Nobili, Marco Onado, Marco Pacetti, Tommaso Padoa Schioppa, Alessandro Pansa, Paolo Panteghini, Stefano Parisi, Riccardo Pedrizzi, Alberto Pera, Enzo Pesciarelli, Gennaro Pieralisi, Roberto Pinza, Giuseppe Pirola, Antonio Pilati, Michele Polo, Stefano Preda, Alessandro Profumo, Salvatore Providenti, Jacques Putzeys, Luis Ramallo, Pippo Ranci, Matteo Rescigno, Renato Rordorf, Cristina Rossello, Ruggero Ruggeri, Massimo Russo, Riccardo Sabbatini, Sandro Salvati, Carlo Salvatori, Mario Sarcinelli, Nicola Sartor, Carlo Scarpa, Pierangelo Schiavi, Paola Severino Di Benedetto, Maria Grazia Speranza, Filippo Spina, Bruno Tabacci, Giuliano Tagliavini, Angelo Tantazzi, Antonio Taverna, Luisa Torchia, Bruno Tosoni, Dario Trevisan, Giustino Trincia, Michele Vietti, Gabriele Villa, Fabrizio Viola, Giuseppe Zadra, Emilio Zanetti, Roberto Zei, Andrea Zoppini*

Finito di stampare nel mese di maggio 2008  
Grafica Cristal S.r.l., via Raffaele Paolucci, 12/14 - 00152 Roma