

La giurisdizione nei giudizi di responsabilità promossi nei confronti degli amministratori di società pubbliche

di Roberto Andreotti ¹

Sin dai primi anni del secolo scorso l'intervento pubblico nell'economia ha visto protagonista l'ente pubblico economico, figura afferente al diritto pubblico, sebbene esercente attività di impresa e per ciò assoggettata al diritto privato.

Il concetto di "impresa pubblica" ha subito un'evoluzione durante le diverse fasi del processo di privatizzazione avviato agli inizi degli anni '90, processo che, oltre ad aver determinato la trasformazione di un gran numero di enti pubblici in società per azioni, ha visto anche il ricorso sempre più frequente, da parte del legislatore, alla costituzione (o quantomeno ad una puntuale regolamentazione) *ex lege* di società per la gestione di servizi pubblici (quali, a titolo esemplificativo, Rai s.p.a., Enav s.p.a., Anas s.p.a.).

Nonostante il lungo percorso di dottrina e giurisprudenza in materia di società "in mano pubblica" e la loro proliferazione, negli ultimi anni, soprattutto nei servizi pubblici locali, è mancata, fino a pochi mesi fa, una disciplina organica e coerente, che consentisse un coordinamento delle numerose disposizioni in materia con il sistema del diritto societario (risale, infatti, al mese di agosto del 2016 il tentativo, da parte del legislatore, di sistematizzare

¹ Roberto Andreotti lavora, dal 2010, presso la Corte dei conti, Sezione del controllo sugli enti, dove si occupa della redazione delle relazioni annuali al Parlamento sulla gestione finanziaria degli enti sottoposti al controllo. Laureatosi con lode in Lettere nel 2003 presso l'Università La Sapienza, ha successivamente conseguito, presso la facoltà di Economia dell'Università Tor Vergata, due Master di I livello in Economia e gestione dei beni culturali e in Organizzazione, persone, lavoro, esercitando, dal 2004, attività di consulenza in materia di modelli gestionali e organizzativi in ambito culturale. Nel dicembre 2016 consegue con lode la Laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza, con una tesi dal titolo "La giurisdizione nei giudizi di responsabilità promossi nei confronti degli amministratori di società pubbliche" (relatrice la prof.ssa Katrin Martucci), sulla quale è basato il presente contributo.

la materia mediante l'emanazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

La stessa locuzione "società pubblica" è espressione dai confini assai incerti, riferendosi al possesso di partecipazioni da parte dello Stato o di altri enti pubblici, ma anche a società che sono sottoposte ad una particolare influenza da parte della pubblica amministrazione (in senso lato) in ragione o del potere di nominare uno o più amministratori della stessa, o di una relazione di tipo contrattuale.

Nel riparto di giurisdizione in materia di danno prodotto dagli amministratori di società pubbliche assume rilievo la distinzione – in base alla fonte istitutiva – tra società di origine contrattuale (la cui costituzione, cioè, risale alla determinazione di uno o più soci nell'esercizio della loro autonomia contrattuale) e società legali (nelle quali la legge è fonte del rapporto societario) o legificate (società che, sebbene di fonte contrattuale, abbiano visto, successivamente alla loro costituzione, la predisposizione di uno statuto legale *ad hoc*), nonché tra società c.d. "*in house*" (che presentano i requisiti dell'*in house providing* e dunque possono essere destinatarie di affidamenti diretti di servizi pubblici) e altre società a partecipazione pubblica.

Sebbene in molte occasioni sia la giurisprudenza a disporre l'estensione di regole pubblicistiche in capo a tali società, in virtù di un approccio sostanzialistico (risalente alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 466/1993, c.d. "sentenza Cheli") che tende ad applicare alle società partecipate la disciplina prevista per gli enti pubblici, negli anni si sono susseguite numerose discipline speciali, derogatorie rispetto alla disciplina codicistica.

In tema di responsabilità degli amministratori, al fine di individuare i criteri di riparto della competenza tra giudice ordinario e Corte dei conti, occorre riferirsi, in termini generali, da un lato, a quanto previsto dal Codice civile e, dall'altro, ai presupposti per l'azione del procuratore contabile, disciplinati, oltre che dal regio decreto n. 2440 del 28 novembre 1923 ("Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità

generale dello Stato”), dai regi decreti n. 1214 del 12 luglio 1934 (“Testo unico delle leggi sulla Corte dei conti”) e n. 1038 del 13 agosto 1933 (“Regolamento di procedura per i giudizi innanzi alla Corte dei conti”), dalle leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994, attuative del completo decentramento giurisdizionale della Corte dei conti, nonché dal nuovo Codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174).

La disciplina codicistica distingue un’azione sociale di responsabilità, disciplinata con gli artt. 2393 (e 2393 bis) e un’azione individuale ex art. 2395.

Presupposto della prima è un danno diretto al patrimonio sociale (e solo indiretto alla partecipazione sociale), di tal che il risarcimento non può che a questo essere destinato (e, solo indirettamente, alla partecipazione sociale); presupposto dell’azione ex art. 2395 è, invece, un danno diretto subito dal socio che non sia conseguenza del depauperamento del patrimonio della società. In altri termini, se il danno al socio costituisce solo il riflesso di quello causato al patrimonio sociale si è al di fuori dell’ambito di applicazione dell’articolo 2395.

Presupposto fondamentale per l’azione del procuratore contabile è la sussistenza di una condotta (attiva od omissiva) caratterizzata da dolo o colpa grave, collegata ad un rapporto di servizio (pertanto non necessariamente rapporto di impiego) con la pubblica amministrazione, costitutiva di un danno pubblico valutabile economicamente, pertanto risarcibile. È ritenuta tale anche una fattispecie quale il danno all’immagine della pubblica amministrazione, che si concretizza, ad esempio, a seguito di fenomeni di corruzione o concussione, anche in assenza di un danno patrimoniale in senso stretto.

Alla base, dunque, della responsabilità amministrativa patrimoniale si pone il concetto di “rapporto di servizio” che, inizialmente limitato a quei soggetti legati all’amministrazione di appartenenza da un rapporto di impiego, si è progressivamente esteso alla generalità degli amministratori, funzionari e dipendenti pubblici e a tutti quei soggetti (persone fisiche e giuridiche) inseriti, a qualsiasi titolo, nell’apparato di un ente, legati ad esso da una relazione

funzionale e inseriti nell'iter procedimentale di atti di competenza dell'amministrazione, pur essendo ad essa formalmente estranei.

Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato, in tal modo, dalla qualità del soggetto alla natura del danno e degli scopi perseguiti.

In materia di riparto di giurisdizione l'art. 16 bis, del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, ha ridimensionato la generalizzata apertura giurisprudenziale alla giurisdizione contabile, limitandosi, tuttavia, a stabilire come la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di società quotate a partecipazione pubblica minoritaria (e loro controllate) sia regolata dalle norme del Codice civile, con la conseguente attribuzione delle relative controversie in via esclusiva al giudice ordinario, senza tuttavia disporre in merito alle altre società a partecipazione pubblica (società a partecipazione maggioritaria o totalitaria pubblica, quotate e non quotate in borsa).

A regolare la questione sono quindi intervenute le Sezioni unite della Cassazione con due importanti sentenze, una del 2009 e l'altra del 2013, che hanno contribuito a definire i limiti nel riparto di giurisdizione in relazione sia alla tipologia di danno, sia alla natura della società.

Con la prima delle due sentenze, la n. 26806 del 19 dicembre 2009, la Corte, partendo dall'analisi della vicenda processuale del caso di specie – relativa alla percezione di tangenti da parte di amministratori e dipendenti di alcune società del gruppo Enel, che aveva determinato un aggravio di costi nello svolgimento di alcuni appalti, e dunque un danno diretto alle società e solo indiretto in capo agli enti pubblici partecipanti in Enel s.p.a. – ha affermato la sussistenza della giurisdizione delle Corti dei conti limitatamente alle fattispecie rientranti nell'art. 2395 c.c., e cioè quando il danno sia stato prodotto dagli amministratori direttamente in capo al socio pubblico (ad esempio, nel caso di danno all'immagine) e quella del giudice ordinario per l'azione di responsabilità esercitata ai sensi dell'art. 2393 c.c., indipendentemente dalla misura e dall'entità della partecipazione pubblica.

In merito a quest'ultima, la Corte di legittimità ha affermato che le società private partecipate da un ente pubblico non perdono la loro natura di soggetti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. Pertanto, il danno prodotto da un amministratore al patrimonio della società non ricade nella giurisdizione della Corte dei conti in quanto:

- manca il requisito soggettivo del rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore della società partecipata;
- manca la configurazione del danno erariale, essendo il patrimonio unicamente della società e non dei singoli soci.

Pertanto, dei danni prodotti al patrimonio sociale solo alla società compete il risarcimento mentre il socio vedrebbe ristorato il danno subito solo in maniera indiretta, così come indirettamente si era prodotto il pregiudizio.

È da osservare, inoltre, come, se così non fosse, ossia in caso di esercizio dell'azione da parte del procuratore contabile, la reintegrazione del danno arrecato al patrimonio sociale avverrebbe unicamente in favore dell'amministrazione pubblica, la quale, viceversa, è solo indirettamente danneggiata, così come lo sono sia gli altri soci (se vi sono), sia i creditori sociali. Ciò equivarrebbe ad attribuire al socio pubblico risorse che dovrebbero essere destinate al pagamento dei creditori sociali, traslando così il rischio d'impresa dal primo ai secondi.

Nella medesima pronuncia, la Corte ha inoltre osservato come l'esclusione della giurisdizione della Corte dei conti per l'azione di risarcimento dei danni cagionati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico neppure provochi il rischio di una lacuna nella tutela dell'interesse pubblico, potendosi, comunque, configurare l'azione del procuratore contabile nei confronti di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i diritti di socio e, precisamente, di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore responsabile del danno subito dal patrimonio sociale, così pregiudicando il valore della partecipazione sociale dell'ente pubblico.

Un ulteriore principio in materia di riparto di giurisdizione è stato affermato dalla Cassazione nella seconda delle due sentenze citate, la n. 26283 del 25 novembre 2013.

La Corte ha affermato la giurisdizione del giudice contabile, oltre che nei confronti degli amministratori che abbiano prodotto un danno diretto al socio pubblico (art. 2395 c.c.) e nei confronti dei rappresentanti degli amministratori che abbiano colpevolmente trascurato di esercitare le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, anche sull'azione diretta a far valere, ai sensi dell'art. 2393 c.c., la responsabilità per danni cagionati dagli amministratori al patrimonio di una società *in house* (per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui loro uffici).

Per le società *in house* la Corte di legittimità ha ritenuto che competente a conoscere dell'azione sociale di responsabilità esercitata nei confronti degli amministratori sia sempre la Corte dei conti.

Ed invero, è stato rilevato, le prerogative conferite al socio pubblico (che, secondo quanto osservato, esercita il controllo analogo) fanno sì che tale tipo di società non si ponga in rapporto di alterità con la pubblica amministrazione partecipante, ma ne rappresenti una sorta di *longa manus*, al pari di uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. Gli amministratori di tali società, assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, non possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società, bensì, essendo preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che essi siano a questa legati da un vero e

proprio rapporto di servizio, non diversamente da quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.

In tal senso, anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità.

Il danno inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, essendo arrecato ad un patrimonio riconducibile all'ente pubblico, si configura quindi come danno erariale, giustificando, anche sotto tale profilo, l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità.

In proposito appare doveroso citare le più recenti posizioni della Cassazione, da ultimo espresse con sentenza n. 3196 del 7 febbraio 2017 (I sez. civ.).

Osserva la Corte come il carattere pubblicistico delle società *in house*, ispirato dal controllo analogo con l'obiettivo di derogare (consentendo l'affidamento diretto della gestione di attività e servizi pubblici) alle norme a tutela della concorrenza, non determini la nascita di un soggetto "sovraqualificato" rispetto al tipo societario assunto.

Per le società in parola si determinerebbe, pertanto, a giudizio della Corte, solo una responsabilità aggiuntiva (contabile) rispetto a quella comune – secondo i dettami di Cass. s.u. 26283/2013, poi ripresi dall'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016 – ma senza il prospettato effetto di perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore.

Le norme speciali volte a regolare la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi, non possono dunque incidere sul modo in cui essa opera nel mercato, né possono comportare il venir meno delle ragioni di tutela dell'affidamento di terzi contraenti contemplate dalla disciplina civilistica.

La stessa iscrizione delle società nel registro delle imprese determina nei terzi un legittimo affidamento sull'applicabilità alle società di un regime di disciplina conforme al *nomen juris* dichiarato.

Pertanto, sostiene la Corte, in difetto di un'espressa deroga normativa alle disposizioni del codice civile, il fenomeno resta quello di una società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato, bensì il soggetto che vi partecipa, e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono.

Peculiare rilievo assume il diverso trattamento riservato alle società legali o legificate partecipate da enti pubblici, rispetto alle società di diritto comune.

In riferimento al caso Rai s.p.a., le Sezioni unite della Corte di Cassazione, in apparente deroga alle conclusioni cui erano pervenute con sentenza 26806/2009, con la coeva decisione 22 dicembre 2009, n. 27092, affermavano la sussistenza della giurisdizione contabile.

La Suprema Corte ha riconosciuto alla Rai natura sostanziale di ente assimilabile a un'amministrazione pubblica, nonostante la forma di società per azioni, in quanto concessionaria di servizio pubblico radiotelevisivo; soggetta ai poteri di vigilanza dell'apposita commissione parlamentare; destinataria di un canone di abbonamento avente natura di imposta; ricompresa tra gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, soggetti al controllo della Corte dei conti; tenuta, come organismo di diritto pubblico, all'osservanza della procedura di evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti.

In ragione di tali peculiari indici della natura pubblicistica della società, la Corte ha ritenuto che il danno cagionato alla Rai debba qualificarsi come danno erariale.

Ad analoghe conclusioni, in materia di riparto di giurisdizione, la Cassazione è pervenuta in successive sentenze, con riferimento ad altre due società legali (Enav s.p.a. e Anas s.p.a.).

Si segnala come, tuttavia, il recente intervento del legislatore, abbia, con legge n. 220 del 28 dicembre 2015 (riforma della Rai e del servizio pubblico radiotelevisivo) assoggettato la responsabilità degli amministratori

alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali.

Sul piano normativo, nel tentativo di fornire una soluzione interpretativa in tema di riparto di giurisdizione, l'articolo 12, comma 2 del recente Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), stabilisce una competenza generale del giudice ordinario, con esplicito riferimento alla disciplina ordinaria delle società di capitali, mentre attribuisce alla competenza del giudice contabile il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*.

Sempre la Corte dei conti è deputata a conoscere, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, del danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di soci, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione.

Tuttavia, l'articolo 1, comma 5, dello stesso Testo unico esclude dall'ambito soggettivo di applicazione del decreto, salva espressa previsione contraria, le società quotate, da intendersi quali società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati, o che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati, o ancora società partecipate dalle une o dalle altre, salvo che le stesse siano anche controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche.

Per questa categoria di società, permarrebbe, dunque, la previgente disciplina e la relativa incertezza interpretativa, rimandando ad ulteriori interventi "singolari" del legislatore l'eventuale volontà di disciplinare un diverso criterio di riparto di giurisdizione rispetto a casi singoli.

Alla luce dell'attuale quadro normativo e dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, ad oggi può affermarsi sussistere la giurisdizione della Corte dei conti, oltre che nelle ipotesi di danno prodotto al patrimonio di società *in house*, anche nelle ipotesi di danno conseguente alla condotta di

amministratori di società quotate a partecipazione pubblica maggioritaria o non quotate, ma limitatamente a due sole ipotesi:

- in caso di danno all'immagine direttamente prodotto all'ente pubblico socio che derivi da atti illegittimi (e gravemente colposi) posti in essere dagli organi della società partecipata;
- in caso di danno da perdita di valore della partecipazione societaria pubblica per il mancato esercizio da parte del rappresentante del socio pubblico dell'azione sociale di responsabilità per *mala gestio* degli amministratori, considerato, inoltre, che nella s.p.a. anche una minoranza qualificata dei partecipanti alla società per azioni (art. 2393 bis c.c.) e, nella s.r.l., addirittura ciascun singolo socio (art. 2476 c.c., comma 3) sono legittimati ad esercitare tale azione eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza.

Il socio pubblico, in conclusione, è tenuto, ricorrendone i presupposti, a esercitare l'azione sociale di responsabilità e se omette di farlo è perseguibile dinanzi alla magistratura contabile.

In tal modo, a giudizio della Corte di Cassazione, sarebbe disincentivata l'inerzia del socio pubblico in ordine alla promozione delle azioni di responsabilità civilistiche e lo stesso sarebbe sanzionabile in caso di omissione.

Tuttavia, la posizione della Cassazione, espressa già con sentenza 26806/2009, in ordine alla perseguibilità da parte del giudice contabile del socio pubblico che abbia omissso di esercitare l'azione civilistica di responsabilità, non costituisce un valido rimedio ai fini di una reale garanzia di tutela del patrimonio pubblico, in quanto non ha trovato negli ultimi anni un effettivo riscontro nella prassi giurisprudenziale.

Ciò anche in ragione del fatto che – come osserva la Corte dei conti (Sez. giur. Abruzzo, sentenza del 2 febbraio 2005, n. 801) – la necessità, in sede di giurisdizione contabile, del requisito minimo della colpa grave rende più complesso l'accertamento della responsabilità amministrativa a carico del socio pubblico che avrebbe dovuto attivarsi in sede civile.

È da osservare, inoltre, come nella soluzione prospettata dalla Cassazione, l'azione intestata al procuratore contabile in caso di inerzia del rappresentante del socio pubblico non colpisca il diretto responsabile del danno al patrimonio sociale (il quale, peraltro, pur essendo l'autore dell'illecito principale, rimarrebbe esente da responsabilità), ma un soggetto responsabile indirettamente per omissione.

L'esercizio dell'azione di responsabilità sociale da parte dei rappresentanti del socio pubblico nei confronti degli amministratori della società partecipata troverebbe, a giudizio della stessa Corte dei conti (Sez. I, sentenza del 20 febbraio 2015, n. 178), notevolissimi (se non insormontabili) ostacoli nella mancanza, in capo ad essi, dei poteri istruttori propri della Procura contabile, rendendo assai difficoltosa (se non del tutto vana) l'azione di recupero, rimessa all'iniziativa di soggetti in oggettiva posizione di contiguità con i danneggiati; iniziativa peraltro discrezionale e non certo doverosa, giacché l'azione civile non ha i caratteri dell'obbligatorietà e necessità di quella contabile.

Per altro verso, nel caso delle *in house*, la necessità di tutelare il patrimonio pubblico, laddove il danno vada ad incidere su un patrimonio che, sebbene separato, sia da considerarsi pur sempre riconducibile all'amministrazione controllante, deve necessariamente convivere con l'esigenza di salvaguardare gli interessi dei terzi, imposta dalla legge (art. 2394 c.c.), che solo con la reintegrazione del patrimonio sociale può essere garantita.

Dall'analisi del lungo iter normativo e giurisprudenziale sopra sinteticamente richiamato, emerge come, nonostante i complessi e articolati interventi di legislatore e interpreti, rimangano a tutt'oggi aperte molte delle questioni inerenti, da un lato, all'esatta qualificazione delle società pubbliche, del danno da *mala gestio* degli amministratori e alla conseguente definizione del giudice competente, dall'altro, all'effettività della tutela, tanto dei creditori sociali e dei terzi, quanto dell'interesse generale e del patrimonio pubblico.