

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA

Incontro di studi

ROMA, 19 GENNAIO 2012

Aula Giallombardo della Corte di Cassazione

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: QUESTIONI APERTE IN TEMA DI GIURISDIZIONE

MARCELLO CLARICH

Professore Ordinario di diritto amministrativo

Università di Roma “Luiss Guido Carli”

Direzione della tavola rotonda e conclusioni

ALESSANDRO PACE

Professore Emerito di diritto costituzionale

Università di Roma “La Sapienza”

LUISA TORCHIA

Professore Ordinario di diritto amministrativo

Università “Roma Tre”

CARLO IBBA

Professore Ordinario di diritto commerciale

Università di Sassari

ANTONIO PIETRO LAMORGESE

Magistrato addetto all’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

TOMMASO MIELE

Consigliere della Corte dei conti

REPORT

CLARICH

Il tema è delicato e importante, tanto da richiedere la massima attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza.

Può dirsi che i problemi da esso implicati nascono dall’abuso per eccesso dello strumento societario da parte della pubblica amministrazione. Il panorama fattuale mostra una rilevante proliferazione di società partecipate, specie da enti locali.

L'esame può forse prendere le mosse da un profilo di qualificazione generale. Quando parliamo in senso lato e semplificato di "società pubbliche" deve infatti essere subito sottolineato che non si tratta di universo unitario e omogeneo. Da un lato possiamo porre le società di diritto comune, il cui unico punto di contatto con il pubblico è la titolarità in capo alla pubblica amministrazione, diciamo enti locali e ministeri. Altro polo è d'altro canto quello delle società di diritto singolare regolate per legge con deroghe molto marcate alla disciplina ordinaria e d'impronta pubblicistica.

Una volta assunto questo angolo visuale, il tema diviene quello di "quanta deroga vi sia", in termini anche qualitativi, nel regime di queste ultime società rispetto a quello desumibile dal codice civile.

Anche gli studi dell'OCSE pongono al centro il "principio di proporzionalità delle deroghe" delle società a titolarità pubblica o partecipate, deroghe che appunto debbono essere giustificate secondo criteri di proporzionalità rispetto all'obiettivo a valenza pubblicistica che esse sottendono. L'idea di fondo logicamente implicata da questo principio è questa: priorità al diritto comune e deroghe solo ove specificatamente giustificate.

Secondo profilo utile quale sfaccettato abbrivio dell'analisi può essere il vaglio inerente a quale tipo di attività venga svolta dalla società. C'è un forte rapporto che dovrebbe essere mantenuto tra le attività commerciali soggette al diritto comune e il regime della concorrenza. Al contempo non esiste un divieto per l'ente pubblico di costituire società private per fini pubblici. Se ciò è vero, non va trascurato che il concetto di amministrazione pubblica in forma privatistica – che la considerazione del tipo di attività svolta e della sua finalità finisce per innescare – è ambiguo, e quest'ambiguità finisce inevitabilmente per riflettersi sulle soluzioni interpretative ai problemi giuridici così determinati.

L'esternalizzazione di funzione pubblica a mezzo di società privatistiche si pone quindi su difficili crinali giuridici.

Terzo profilo: l'ordinamento sta già reagendo all'abuso del modello societario.

Le società in house sono comunque assoggettate al diritto comune, sono declinate con strumenti di tipo pattizio che legano la società all'ente, oppure utilizzando a questo fine il dispositivo statutario. Questi modelli restano attratti all'orbita pubblica in varie diramazioni del regime giuridico di cui sono protagonisti, come in tema di assunzioni ma anche per le attività di acquisto di beni e servizi o per profili relativi all'edilizia

pubblica. Non a caso le frizioni che questo assetto produce hanno di recente fatto riemergere la proposta, in materia di servizi pubblici locali, di inibire l'uso di uno strumento societario forse troppo soggetto a ibridazione, tornando alle aziende municipalizzate con disciplina interamente pubblicistica.

Il difficile quadro generale così emergente rende ragione delle oscillazioni che la giurisprudenza ha manifestato in tema di giurisdizione, e i recenti provvedimenti denotano che un punto di equilibrio non è stato ancora raggiunto.

PACE

Il mio sarà un inizio eterodosso. Non ho seguito del tutto l'indicazione del tema, specificatamente relativa ai profili della giurisdizione in ordine alle controversie sulla responsabilità degli organi delle società a partecipazione pubblica. Ne parlerò ma seguendo un versante contiguo oltre che più strettamente connesso alle implicazioni costituzionali.

Innanzitutto penso che il problema della sussistenza o meno della responsabilità amministrativa non si sia del tutto scostato dalla natura del soggetto e dell'attività, o molto meno di quanto si dica a fronte della declinazione che esso ha tradizionalmente avuto in passato.

Lo dimostra l'ordinanza n. 27092 del 2009 delle Sezioni unite, di cui tornerò a parlare più tardi, nella quale, allo scopo di affermare la giurisdizione del giudice contabile, la Suprema corte si è appunto basata su pretesi indici pubblicistici della Rai, peraltro del tutto insussistenti.

Di qui la scelta di chi vi parla di affrontare in questa mia breve relazione – diversamente da quanto ritengo faranno gli altri relatori, come è dato presumere dai temi da loro affrontati nei contributi inviati alla segreteria dell'organizzazione – il problema della natura giuridica del soggetto danneggiato e da cui dipendono i funzionari nei cui confronti viene contestata la responsabilità amministrativa. Un problema cruciale nelle questioni di giurisdizione anche a prescindere dai profili della responsabilità amministrativa e contabile.

Preliminare a ogni discorso concernente la disciplina dell'istituzione di enti pubblici è la considerazione, del tutto ovvia, che lo Stato, nella sua capacità patrimoniale, ben può decidere che certi obiettivi di pubblico interesse

possano essere meglio perseguiti utilizzando la forma della società per azioni anziché quella dell'ente pubblico. Ciò ovviamente non significa che tale scelta legislativa sia libera. Com'è noto, la funzione legislativa deve sempre rispettare il canone di razionalità e cioè della ragionevolezza, oltre agli altri specifici limiti. Tra questi non esiste però il limite della libertà d'iniziativa economica "pubblica", essendo garantita costituzionalmente solo l'iniziativa privata ed essendo oltre a ciò contraddittorio, oltre che contrario alla storia, che a organi e soggetti pubblici vengano riconosciuti diritti a livello costituzionale.

Non si può parlare, a livello costituzionale, di libertà d'iniziativa economica pubblica perché l'art. 41 della Costituzione tutela solo quella privata.

Del resto, sarebbe assurdo che la Costituzione venisse utilizzata dal potere pubblico per allargare i suoi margini, posto che la Carta nasce per limitare tale potere e non per aumentarne il raggio di azione.

A dire il vero Galgano sostenne che dell'art. 41 della Costituzione potesse giovare anche l'apparato statale, così legittimando, peraltro, il sistema delle partecipazioni statali.

Ma il principio sotteso all'art. 41 della Costituzione è quello di sussidiarietà, per cui lo Stato può intervenire solo quando manchi l'iniziativa privata o eccezionalmente in settori che ne giustifichino l'intervento ad esempio per la pericolosità del loro in ipotesi essenziale esercizio.

Poiché anche l'attività d'amministrazione svolta nelle forme del diritto privato, esattamente come l'attività di diritto pubblico, ricade immediatamente e direttamente nell'ambito dell'art. 97 della Costituzione, essa dovrebbe, anche per questo motivo, trovare nella legge, come diceva Nigro, le sue radici.

Questa tesi, a lungo negletta, ha trovato infine attuazione con l'art. 27 della legge 24 dicembre 2007 n. 244, vietando alle pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società; e ammettendo, invece, la costituzione di società, da parte delle pubbliche amministrazioni, in date e specifiche ipotesi.

Non può quindi più dirsi, come invece era possibile fino a qualche anno fa, che il potere discrezionale di scelta della p.a. circa il regime giuridico di cui

avvalersi, si baserebbe esclusivamente – per citare Sandulli e le parole di un saggio di Giulio Napolitano del 2003 – sulla capacità di diritto privato spettante alle pubbliche amministrazioni.

Non avendo tale potere alcuna copertura costituzionale, ne consegue la legittimità costituzionale sia delle limitazioni legislativamente imposte alle società in mano pubblica al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, come si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza n. 326 del 2008; sia del divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, per seguire le espressioni contenute nella sentenza della Consulta n. 148 del 2009.

E' ovvio che a questo punto si faccia cenno all'art. 4 della legge n. 70 del 1975, secondo cui (salvo quanto previsto negli articoli 2 e 3) nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge.

È un disposto cui in genere si presta scarsa attenzione, anche da parte della Suprema corte.

L'interpretazione di esso è generalmente nel senso che, in accordo con l'art. 97 della Carta, il citato art. 4 prevederebbe una mera riserva "relativa" di legge, ancorché nel lessico costituzionale la riserva relativa venga espressa con la diversa locuzione «sulla base della legge», e non «per legge».

Vera tale premessa, riserva relativa e non assoluta, l'istituzione dell'ente in parola, la determinazione delle sue attribuzioni e l'individuazione dei suoi organi fondamentali deve specificamente rinvenirsi in una disposizione legislativa, mentre, volendo citare un magistrato-scrittore, Caringella, in via di attuazione di tali direttive potranno poi intervenire il potere esecutivo e il potere statutario di autorganizzazione dell'ente medesimo.

Tuttavia, nonostante queste affermazioni, sia in dottrina che in giurisprudenza, si passa subito dopo a toni molto meno rigorosi, e si afferma – con un olismo troppo ricorrente tra i giuristi per cui 1+1+1 non fa 3 ma 4 – che la natura pubblicistica di un ente può altresì essere accertata dal magistrato comune, civile, amministrativo o contabile, anche sulla base di una serie di indici di pubblicità, nessuno dei quali è di per sé ritenuto sufficiente, ma che sono ritenuti idonei ove considerati nel loro complesso. Ed ecco l'olismo di cui dicevo.

Diversamente da quanto generalmente si ritiene, a mio parere gli indici di pubblicità non possono però costituire un succedaneo quanto meno alla doverosa istituzione per legge dell'ente pubblico.

Infatti solo nell'ipotesi che l'ente pubblico sia stato istituito per legge può ritenersi rispettato l'art. 25 comma 2 della Costituzione.

L'interprete che si pone il problema della natura giuridica dell'ente, alla luce di indici di pubblicità, deve, a mio sommesso avviso, preoccuparsi anche delle conseguenze di natura penalistica derivanti, a carico dei suoi dipendenti, dalla surrettizia trasformazione da privato in pubblico dell'ente per cui essi lavorano. E' infatti noto che, una volta che l'ente fosse trasformato in pubblico, ai dipendenti di esso si applicherebbero sanzioni edittali ben più gravi.

Di qui il mio caveat: giudici, non preoccupatevi solo delle conseguenze civilistiche ma anche di quelle sistematiche.

E poi, vien fatto di chiedermi insieme a Felice Santonastaso, il magistrato che surrettiziamente trasforma un ente da privato in pubblico, si rende conto delle conseguenze negative sulla massa dei creditori e sul loro diritto alla sicurezza giuridica nel caso di accertata insolvibilità dell'ente?

Sempre a questo riguardo, deve poi essere sottolineato che non è la quantità degli indici a risolvere il problema. Come dimostra inequivocabilmente la già citata ordinanza n. 27092 del 2009 delle Sezioni unite civili, e come dimostrano le ordinanze n. 5379 e n.10143 del 2010 del Consiglio di Stato adottate nella scia di quella ordinanza, nessuno dei numerosi indici adottati a favore della natura pubblicistica della Rai, sia dalla prima ordinanza che dalle altre, si è poi dimostrato, a ben vedere, risolutivo, come del resto comprovato dall'accoglimento dei due ricorsi preventivi per regolamento di giurisdizione proposti dalla Rai con riferimento alle ordinanze del Consiglio di Stato.

Ma c'è di più. Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza 5379 e implicitamente in quella 10143, ribadendo un indirizzo della Sezione relativo a fattispecie diverse, aveva addirittura affermato, imprudentemente, che la veste societaria della Rai sarebbe "neutra".

Il che è stato flagrantemente smentito dalla stessa Suprema corte a sezioni unite, con le recentissime ordinanze del 22 dicembre 2011 nn. 28329 e 28330, con cui, nel riaffermare in via di principio la natura privatistica della Rai e la conseguente giurisdizione del giudice ordinario, ha specificamente sottolineato che l'espressa configurazione della Rai come

società per azioni non potrebbe di certo assumere una valenza assolutamente neutrale.

Due considerazioni. Primo: il giudice, di fronte ad una s.p.a. di cui dubiti la piena rispondenza a schemi privatistici non può, in forza dei suoi limitati poteri, qualificare la s.p.a. come ente pubblico, ma deve rimettere la questione di legittimità alla Corte costituzionale. Secondo: il giudice non può, in forza dei suoi poteri, sostituirsi al legislatore nella qualificazione di una s.p.a. come ente pubblico.

Pur essendo indiscutibile l'ampiezza del potere interpretativo del giudice comune, questo non può effettuare forzature semantiche dell'enunciato.

Vera questa premessa, dovrebbe seguirne che, di fronte ad enti pubblici contrabbandati per società per azioni, il giudice comune, rilevate le irrazionalità conseguenti all'abuso della forma privatistica, dovrebbe sollevare la relativa questione di costituzionalità sulla disposizione in parola.

Allo stesso modo, di fronte ad una s.p.a. come la Rai, le Sezioni unite del 2009 e il Consiglio di Stato del 2010, davanti all'art. 49 del d.lgs. n. 177 del 2005 – secondo cui “per quanto non diversamente previsto dal presente testo unico la RAI-Radiotelevisione italiana s.p.a. è assoggettata alla disciplina generale delle società per azioni per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione” – non avrebbero dovuto qualificarla come ente pubblico, ma avrebbero dovuto, qualora avessero ritenuto irrazionale la qualifica legislativa, rimettere gli atti alla Corte costituzionale.

Invece Corte di cassazione e Consiglio di Stato hanno ritenuto di poter sindacare nel “merito” la scelta legislativa posta alla base della legge n. 103 del 1975, e di poter conseguentemente sostituire la qualificazione di ente pubblico a quella di società per azioni nonostante quest'ultima avesse costituito l'esito di una lunghissima discussione nell'opinione pubblica e in sede politica e parlamentare, oltretutto notevolmente condizionata negli ultimi tempi dai “comandamenti” della Corte costituzionale contenuti nella sentenza n. 225 del 1974.

Con il che, e pur senza volerlo, le Sezioni unite e il Consiglio di Stato, disapplicando l'art. 49, comma 2, del testo unico del 2005, si sono trovati a esercitare un sindacato sul merito dell'uso del potere tipicamente discrezionale spettante al legislatore, come tale interdetto dall'art. 28 legge n. 87 del 1953 alla stessa Corte costituzionale.

Le forzature d'altra parte sono state evidenti: basta pensare che uno degli indici per la ritenuta natura pubblica è stato considerato l'essere, la Rai, concessionario del servizio pubblico svolto nell'interesse dello Stato-comunità. Ma proprio i concessionari sono tipicamente privati e non pubblici.

Tutti i profili ri-considerati dalla Cassazione e poi dal Consiglio di Stato erano del resto nel dibattito che nei primi anni 70 accompagnò la scelta legislativa di fare della Rai una s.p.a. Questi pretesi indici di pubblicità erano ben conosciuti e nonostante questo il legislatore optò per la società per azioni. Perché? In buona sostanza per evitare un'eccessiva vicinanza al governo. E che poi l'effetto sia stato diverso è altra cosa di certo non in grado d'incidere sul ragionamento svolto.

L'art. 4 della legge n. 70 del 1975 prevede una riserva relativa di legge, e una siffatta riserva di legge non impedisce, com'è noto, all'esecutivo, sulla base dei principi e delle indicazioni contenute nella legge, di dettare la disciplina di dettaglio degli enti pubblici.

Ma tale disposizione dovrebbe costituire un analogo limite anche ai poteri ermeneutici del magistrato, nel senso che le operazioni di surrettizia trasformazione di un ente da privato in pubblico non dovrebbero poter riguardare le modalità di istituzione dell'ente, la determinazione delle sue attribuzioni e l'individuazione dei suoi organi fondamentali.

Affermare, in via di principio, l'importanza della riserva di legge, ancorché relativa, e lasciare poi libero l'interprete di fondare la natura pubblica di un ente sulla base di riconoscimenti legislativi non espliciti desta, a mio avviso, non poche perplessità ed anzi forti dubbi di costituzionalità.

Un ultimo punto. Dai sostenitori, sia in giurisprudenza che in dottrina, della tesi secondo la quale il confine tra soggetti pubblici e soggetti privati sarebbe sempre più labile si cita, come momento determinante di tale svolta, la sentenza n. 466 del 1993 della Corte costituzionale. Il che non è esatto.

Con ricorso in sede di conflitto tra poteri la Corte dei conti assumeva infatti di essere stata menomata, dal Governo, nelle sue attribuzioni costituzionali. Il Governo, col suo comportamento, le aveva infatti impedito l'esercizio del suo doveroso controllo su taluni enti formalmente privatizzati ma ancora totalmente in mano pubblica.

In quella sentenza la Corte ebbe a ricordare, di passaggio, come la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più

stemperando. Ma questo non implicava l'interscambiabilità, in sede giurisdizionale, delle due forme giuridiche, soprattutto se la scelta privatistico-societaria fosse stata effettuata con un atto legislativo. E comunque, questo passaggio argomentativo costituiva, come detto, un obiter dictum.

Determinante era invece l'argomento che il pacchetto azionario delle società per azioni IRI, ENI, INA ed ENEL fosse ancora interamente in mano pubblica. Per la Corte le ragioni che stanno alla base del controllo spettante al giudice contabile sugli enti pubblici economici sottoposti a trasformazione, non potevano considerarsi superate in conseguenza del solo mutamento della veste giuridica degli stessi enti, tutte le volte che a quel mutamento formale non facesse seguito anche una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio trasformato in capitale azionario, tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato. Poiché già allora erano sottoposti al controllo della Corte dei conti sia enti pubblici sia società per azioni non era rilevante, ai fini della dismissione del controllo della Corte, la natura giuridica dell'ente. Rilevante era invece il fatto che, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 259 del 1958, lo Stato continuava a contribuire all'IRI, all'ENI, all'INA e all'ENEL "con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria".

CLARICH

Dalla relazione del Prof. Pace emerge come oggi sia più difficile di quanto fosse nel passato – basta pensare ai "tempi degli enti pubblici economici" – individuare un discrimen chiaro, in termini di regime giuridico, per le condotte imputabili più o meno direttamente all'amministrazione.

LAMORGESE

La relazione del Prof. Pace è stata chiara, acuta e condivisibile oltre che coraggiosa. La mia vuol essere solo una rassegna ragionata della giurisprudenza della Corte di cassazione, che nelle sue tappe principali viene ben illuminata dalle autorevoli osservazioni appena svolte dal Professore.

E' noto che tradizionalmente gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di interesse generale e quindi pubbliche, agiscono nelle forme del diritto privato, con eccezione per le cosiddette attività di autorganizzazione involgenti invece un potere autoritativo. Pertanto, per l'attività imprenditoriale svolta da detti enti, si è sempre esclusa, in passato, la configurabilità di una responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti davanti alla giurisdizione contabile.

L'ordinanza delle Sezioni unite n. 19667 del 2003 ha per la prima volta abbandonato questo principio, estendo l'ambito della responsabilità amministrativa per danno erariale nei confronti di costoro, sul presupposto che comunque si tratta di soggetti pubblici per definizione, istituiti per il raggiungimento di fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura.

Quel che conta, si dice, non è più il quadro di riferimento, diritto pubblico o privato, nel quale si colloca la condotta produttiva del danno, ma il fatto che l'evento si verifichi in danno di una p.a.

Si è subito posto il problema se ciò consentisse di affermare tale responsabilità anche per gli amministratori e dipendenti di società il cui capitale sia detenuto, in tutto o in parte, da una p.a.

La decisione n. 3899 del 2004 delle Sezioni unite ritenne sussistente la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità degli amministratori di una società partecipata in misura maggioritaria da un comune, che svolgeva un servizio pubblico, sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico. Ai fini della costituzione di tale rapporto, con il quale soggetti privati vengono funzionalmente inseriti nell'organizzazione amministrativa e partecipano delle relative attribuzioni, si prescinde sia dalla natura dell'atto di investitura sia dalla natura giuridica del terzo che riceve l'investitura. Importante è il rilievo secondo cui, ai fini della giurisdizione, non sarebbe necessario accertare se il danno sia subito in via diretta dalla società o dall'ente pubblico-socio, ciò appartenendo al merito della domanda, sfuggendo così alla sindacabilità da parte della Cassazione in punto di giurisdizione.

E veniamo alla decisione n. 26806 del 2009 delle Sezioni unite.

Questa sentenza ha escluso la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli amministratori della società partecipata per i danni ad essa arrecati, sulla base di quattro ragioni concorrenti:

a) le società in questione non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti

provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, tanto più che i componenti degli organi amministrativi e di controllo di nomina pubblica hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea (2449 comma 2 c.c.): a questo principio fanno eccezione le società caratterizzate da uno statuto giuridico speciale, come, ad esempio, la Rai, le quali hanno, avrebbero, natura sostanzialmente pubblica;

b) non è utile invocare l'esistenza di un rapporto di servizio, il quale può sussistere, in ipotesi, tra società ed ente pubblico, ma non tra quest'ultimo e gli amministratori della società;

c) in ogni caso se il danno è dedotto a carico della società, esso non è erariale perché non è imputabile direttamente all'ente pubblico-socio, stante la distinta personalità giuridica e autonomia patrimoniale della società rispetto ai soci. Sebbene tale danno possa indirettamente ripercuotersi anche sui soci e sul valore della loro partecipazione, si tratta di un danno subito in via diretta dal patrimonio sociale della società alla quale soltanto spetta il risarcimento: a tal fine soccorre l'azione sociale di responsabilità esercitata dalla società (art. 2393 c.c.) o dai soci e quindi anche dal socio pubblico (artt. 2393-bis e, per le s.r.l., 2476 comma 3 c.c.), a tutela dell'interesse sociale, che è ben diverso dall'interesse pubblico;

d) almeno in tutti i casi nei quali vi siano anche soci privati la cui partecipazione è suscettibile di subire danno per effetto del comportamento illegittimo degli organi sociali, sarebbe impossibile escludere l'esperibilità degli ordinari strumenti di tutela approntati dal codice civile a beneficio della società e dei soci privati, nonché eventualmente dei creditori. E però, se si ipotizzasse il possibile concorso tra l'azione del procuratore contabile e l'azione sociale di responsabilità contemplata dal codice civile, occorrerebbe poter individuare il modo di disciplinare tale concorso, data la diversità delle rispettive caratteristiche delle differenti azioni. L'assenza del benché minimo abbozzo di coordinamento normativo in proposito suona palese conferma della non configurabilità, in simili situazioni, di un'azione diversa da quelle previste dal codice civile, che sia destinata a ricadere nella giurisdizione del giudice contabile.

La giurisdizione contabile sussiste quindi, in questa prospettiva, in due residuali ipotesi, nelle quali la responsabilità per danno erariale concorre con quella civile:

a) nei confronti di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il

valore della partecipazione: la responsabilità amministrativa di questo, con conseguente giurisdizione contabile, sorge nel rapporto organico con l'ente;

b) nei confronti degli amministratori e dei sindaci che, compromettendo la ragione stessa della partecipazione dell'ente pubblico, causano un danno direttamente al socio pubblico: l'azione per danno erariale davanti alla Corte dei conti concorre con l'azione individuale del socio ex artt. 2395 e 2476 sesto comma, c.c., e non si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di azioni, poiché l'una e l'altra mirerebbero al medesimo risultato.

E' importante considerare che, in questo secondo caso, la giurisdizione contabile è stata giustificata con riferimento non alla norma generale sulla responsabilità amministrativa di cui all'art. 1 della legge n. 20 del 1994, che riguarda pur sempre i dipendenti pubblici, ma con riferimento all'art. 16-bis della legge n. 31 del 2008 (di conversione del d.l. n. 248 del 2007), a norma del quale "per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario".

Al sistema così delineato, come dicevo, fanno eccezione le società che, avendo uno statuto giuridico speciale, hanno natura sostanzialmente pubblica, come la Rai, ma di questo ha già parlato diffusamente il Prof. Pace. Va solo sottolineato che nel dicembre 2011 ci sono stati due provvedimenti della Suprema corte, le ordinanze n. 28329 e n. 28330 del 2011, che hanno escluso la giurisdizione del giudice amministrativo prevista riguardo alle procedure concorsuali di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 63 comma 4 del d.lgs. n. 165 del 2001, affermando che tranne che per gli eccezionali aspetti in cui vi sia esplicita normazione in senso pubblicistico, la Rai resta qual è qualificata dallo stesso legislatore, e cioè una società privata per azioni.

Vediamo meglio cos'altro emerge dalla giurisprudenza del 2011.

L'orientamento inaugurato dalla decisione n. 26806 del 2009 della Cassazione è stato seguito dalla prevalente giurisprudenza delle Sezioni unite, ma non dall'ordinanza n. 10063 del 2011, la quale, pur richiamando adesivamente il precedente autorevole del 2009, segue un'impostazione sostanzialmente divergente.

La fattispecie esaminata concerneva la responsabilità degli amministratori e dei sindaci di una s.p.a. il cui oggetto era la promozione della candidatura della città di Trieste quale sede per l'Expo 2007-2008. Secondo questa decisione, ai fini della sussistenza del danno erariale e della giurisdizione contabile, conta soltanto che il danno sia arrecato ad un soggetto che, svolgendo un servizio pubblico, è considerato avere natura sostanziale di ente pubblico.

Ora, a partire dall'ordinanza n. 19667 del 2003, le Sezioni unite hanno privilegiato un approccio sostanzialista per evitare il rischio di un grave indebolimento della giurisdizione della Corte contabile in punto di responsabilità. Ci si potrebbe chiedere se in tal modo non venga rovesciato il rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale: infatti l'individuazione del giudice competente non è più, come dovrebbe essere, la conseguenza processuale di una data situazione di diritto sostanziale, ma costituisce la premessa giustificativa di un assetto sostanziale della materia preventivamente definito dal giudice del riparto.

L'approccio sostanzialista seguito dalla Corte è stato talora criticato da parte della dottrina che lo ha ritenuto eccessivo o estremo: si è osservato che la p.a. è come *Re Mida*, tutto ciò che tocca diventa pubblico, anche quando utilizza le forme, le regole e i modelli del diritto privato.

In effetti, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, la materia della responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici coinvolge valutazioni che non toccano soltanto gli aspetti procedurali del giudizio, ma investono scelte in ordine a diversi regimi sostanziali della responsabilità e del giudizio tali da comportare effetti diversi nei riguardi tanto dei responsabili che dei soggetti danneggiati, sicché soltanto al legislatore può spettare di valutare se e quali siano le soluzioni più idonee alla salvaguardia dei pubblici interessi insiti nella materia.

Secondo la sentenza n. 355 del 2010 della Corte costituzionale è ragionevole la scelta del legislatore di attenuare il regime dei controlli della Corte dei conti e, dall'altro lato, di limitare ulteriormente l'area della gravità della colpa del dipendente incorso in responsabilità, proprio all'evidente scopo di consentire un esercizio dell'attività di amministrazione della cosa pubblica, oltre che più efficace ed efficiente, il più possibile scevro da appesantimenti, valutati dal legislatore eccessivamente onerosi, per chi è chiamato, appunto, a porla in essere.

Sempre secondo la giurisprudenza costituzionale costante, la giurisdizione della Corte dei conti richiede la cd. *interpositio legislatoris* e anche recentemente la stessa decisione della Consulta ha ribadito come non sia la

Corte dei conti il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici. L'interpositio richiede norme espresse che prevedano la giurisdizione contabile in fattispecie determinate, e c'è da chiedersi se tale sia l'art. 16-bis prima citato.

L'art. 16-bis deve fare i conti con la necessità che la responsabilità amministrativa sia prevista, in modo espresso e inequivocabile, dalla legge che ne deve disciplinare la fattispecie con riferimento anche alle condotte causative del danno. L'esistenza di un danno pubblico o alla p.a. costituisce un presupposto necessario ma non sufficiente per poter configurare la suddetta responsabilità. Per altro verso, in una diversa prospettiva, nemmeno sarebbe utile una valorizzazione oltre misura del rapporto di servizio, il quale non consentirebbe comunque di traslare sulla p.a. il danno subito direttamente dalla società.

E' opportuno considerare ancora alcuni punti.

Primo. Secondo la prevalente dottrina, la natura pubblica dei servizi non implica che essi siano erogati da p.a. in esercizio dell'attività amministrativa poiché, secondo il diritto comunitario, la gestione dei servizi pubblici non costituisce più una dimensione dell'azione amministrativa ma è diventata una parte del mercato.

Un'attività, per quanto d'interesse pubblico, non cessa per ciò solo di essere un'ordinaria attività economica soggetta alle regole della concorrenza, e le prestazioni dirette alla collettività indifferenziata degli utenti finali danno vita a rapporti giuridici retti dal diritto privato.

Secondo punto. Premesso che un organismo di diritto pubblico non è comunque ravvisabile quando le esigenze di interesse generale avute di mira abbiano carattere industriale o commerciale, la presenza di un tale organismo rileva solo ai fini dell'applicazione dell'evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti e del radicamento della relativa giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non al fine di estendere l'ambito soggettivo delle p.a.

Terzo punto. Si fa spesso leva sul non essere venuto meno, con la trasformazione in s.p.a. degli enti pubblici economici, il controllo sulla gestione finanziaria affidato alla Corte dei conti dall'art. 100, secondo comma, della Costituzione. Ma questo non riguarda né il tema della responsabilità per danno erariale né quello della giurisdizione. Inoltre, la sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993 citata anche dal Prof. Pace, si mostrò sì favorevole all'adozione di una nozione sostanziale di impresa o di società pubblica, ma solo fino al completamento del processo

di privatizzazione. Recentemente, infatti, la Suprema corte ha stabilito che gli ordini e i collegi professionali non sono sottoposti al controllo di gestione della Corte dei conti.

Il fatto che il danno sia arrecato direttamente all'ente pubblico-socio (c.d. danno pubblico o alle risorse/finanze pubbliche) è sufficiente a fondare la responsabilità amministrativa degli organi della società e quindi la giurisdizione della Corte dei conti, tenuto conto che l'art. 1, comma 4, della legge n. 20 del 1994 riguarda pur sempre la responsabilità dei dipendenti pubblici? Probabilmente no, se è vero che la sentenza n. 26806 del 2009 ha valorizzato a tal fine l'art. 16-bis, con la conseguenza che la responsabilità degli organi sociali per danno erariale non è più fondata sul rapporto di servizio ma direttamente su una previsione di legge.

CLARICH

La relazione del consigliere Lamorgese ha mostrato con chiarezza che il percorso giurisprudenziale non è ancora concluso, e per questo è molto utile affiancare il punto di vista del giudice contabile.

MIELE

Penso sia importante fare il punto della giurisprudenza successiva alla stagione espansiva 2003-2005, esaminando la portata degli orientamenti del 2009, 2010 e 2011, che sicuramente segnano un *révirement* restrittivo.

Dico subito che ero presente al convegno di Varenna del 2005 quando, dopo le sentenze del 2003-2004, il Prof. Ibba pose i rilevanti problemi di coordinamento implicati da quelle scelte e derivanti dalla veste formale societaria e quindi connessi all'ottica propria del giudice civile.

L'ultimo orientamento delle Sezioni unite sembra aver raccolto proprio i suggerimenti del Prof. Ibba.

Alla luce delle decisioni del 2009 il problema del raccordo con la disciplina delle azioni latamente sociali, previste dalla disciplina civilistica, mi pare sia diventato secondario, perché l'attuale impostazione riserva spazio alla giurisdizione della Corte dei conti solo con riferimento al danno diretto all'ente-socio quale tipicamente il danno all'immagine.

Va ricordato che un'ulteriore tappa del processo di ripensamento da parte della Suprema Corte di cassazione si è avuto con la decisione n. 519 del 15 gennaio 2010.

Secondo questa decisione il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti, perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato, appunto la società, riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci, pubblici o privati, i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale.

La Suprema corte ha lì escluso un rapporto di servizio tra ente pubblico partecipante e amministratore o componente dell'organo di controllo della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio, così come ha escluso la configurabilità di un danno erariale inteso come pregiudizio arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che sia socio della società. Questa qualificazione, spiega la Corte, è impedita dallo schermo della personalità giuridica e dell'autonomia patrimoniale.

Sempre in questa decisione si sottolineano le differenze tra le due azioni, osservando che l'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali regolate dal codice civile: l'una è obbligatoria, le altre discrezionali; l'una, si dice, ha finalità essenzialmente sanzionatoria e le altre hanno scopo ripristinatorio; l'una richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile anche contro gli eredi del soggetto. E si aggiunge che se si ipotizzasse il possibile concorso tra l'azione del procuratore contabile e l'azione sociale di responsabilità contemplata dal codice civile, occorrerebbe poter individuare il modo, in assenza di base normativa, di disciplinare tale concorso, data la diversità delle rispettive caratteristiche delle differenti azioni.

Ora, ci tenevo a precisare che la responsabilità amministrativa ha natura prettamente risarcitoria e non sanzionatoria, al di là delle diversità di disciplina, e io stesso sono stato relatore di alcune decisioni delle Sezioni riunite della Corte dei conti in cui questo aspetto è stato marcatamente sottolineato.

Che poi questa responsabilità, come del resto tutte le altre, abbia anche altre funzioni, come tipicamente quella deterrente, è un discorso diverso ma

che non può arrivare a negare la funzione recuperatoria, rispetto al pregiudizio pubblico, propria anche e soprattutto dell'iniziativa innescata dal procuratore contabile.

La responsabilità contabile è sanzionatoria solo nelle ipotesi previste dalla legge, con relative esigenze di determinatezza e tassatività ex art. 25 della Costituzione.

Ad esempio, l'art. 30 comma 15 della legge finanziaria del 2003, del 27 dicembre 2002 n. 289, stabilisce che qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli, e le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque e fino ad un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione.

Questa è un'ipotesi di responsabilità sanzionatoria, e non va dimenticato che una simile responsabilità è concorrente con quella risarcitoria, e non assorbente quest'ultima.

Tornando più strettamente al tema, personalmente ho molto apprezzato la decisione 26806, che muove da un punto di partenza assolutamente condivisibile, quello del coordinamento delle discipline, civilistica e amministrativa. Io stesso avvertivo problemi di coordinamento in quella tendenza espansiva avviata nel 2003, e la giurisprudenza contabile era consapevole delle frizioni cui si andava incontro e della necessità di risolverle.

Va detto che la decisione del 2009 della Suprema corte ha contribuito a fare chiarezza anche sotto altri profili. È ora sicura la giurisdizione contabile sia quando vi sia danno diretto all'ente-socio, sia quando vi sia colposa omissione delle iniziative di tutela giudiziale civile da parte del rappresentante dello stesso ente-socio.

Come infatti rileva anche l'ordinanza 519 che prima citavo, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti non dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, ma nei confronti di chi, quale rappresentante dell'ente

partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che qui vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti.

Sono poi d'accordo con il Prof. Pace quando dice che anche con riferimento a società a regime speciale, perché soggetto a molte deroghe pubblicistiche come accade per la Rai, si deve ribadire la necessità di una doverosa previsione normativa, ma il problema è l'eccessivo ricorso allo strumento societario per esternalizzare funzioni pubbliche.

Questo è l'espedito per sottrarsi al regime pubblicistico dei controlli, e a me non pare che tutto ciò possa essere né ridotto a una questione di giurisdizione né avallato.

Del resto, la Corte conti ha la procura contabile che esercita l'azione, e bisogna dire con franchezza che se invece si rimette questa iniziativa al rappresentante dell'ente-socio che è stato nominato dallo stesso ente, allora forse qualche problema può nascere e avere ricadute gravi in termini di danno erariale.

Il collega Lamorgese ha molto marcato l'accento sulla necessità di una interpositio legislatoris, con riferimento all'art. 103 della Costituzione, che peraltro discorre di contabilità pubblica e delle altre materie specificate dalla legge.

Ma quando le società partecipate traducono una esternalizzazione di funzioni pubbliche questa interpositio non viene aggirata se si afferma che non è possibile eludere i controlli pubblici attraverso vesti formali, anzi, mi sembra l'esatto contrario.

La 26806 ha fatto insomma chiarezza sui rapporti tra azioni civili e azione contabile. Ciò che invece desta perplessità, in questo quadro sono, semplicemente, quelli che paiono gli eccessi di alcune pronunce successive, specie del 2011.

Parlo delle ordinanze n. 20940 e n. 20941 del 2011. Nella prima, che fa diciamo da linea guida per questo orientamento, si è andati oltre la 26806, a mio avviso, negando la giurisdizione della Corte conti anche nelle ipotesi di totale partecipazione pubblica.

Così ci si sottrae controlli e alla disciplina pubblicistica che arriva fino allo stesso assoggettamento al patto di stabilità, e quindi a rilevanze sovranazionali.

Nella 20940 si dice che non compete al giudice contabile di pronunciarsi su un danno inferto al patrimonio di una società per azioni, che resta un soggetto di diritto privato pur quando sia partecipata da un ente pubblico.

Fa eccezione, si aggiunge, l'ipotesi in cui si tratti di una società di diritto speciale, soggetta a un regime normativo che, al di là della veste esteriore di società azionaria, valga ad assimilarla a un vero e proprio ente pubblico, come nel caso della Rai. Ma un tale regime speciale non si ravviserebbe quando si sia in presenza di una società interamente regolata dalla legge comune, senza che rilevino in senso diverso i finanziamenti erogati in favore della società da enti pubblici o i controlli da questi esercitati, perché questo si collocherebbe su di un piano meramente convenzionale, non idoneo a incidere sulla natura giuridica privata dell'ente.

Né rileverebbe, quindi, la circostanza che l'azionariato sia costituito da un unico socio pubblico.

La conseguenza è che, in base a questo ragionamento, dev'essere certamente esclusa la giurisdizione contabile sull'azione proposta per il ristoro del danno subito dal patrimonio della società in conseguenza del voto espresso in assemblea dal rappresentante del socio pubblico.

Naturalmente si ribadisce che resta certamente prospettabile l'esercizio dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice contabile nei confronti del rappresentante dell'ente, titolare di una partecipazione in una società di capitali, il quale, come già dicevo, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione. Qui l'argomentazione assume una valenza decisiva, perché proprio di questo si tratta: del rappresentante del socio pubblico accusato di aver esercitato i diritti e le facoltà inerenti alla partecipazione sociale in modo non conforme al dovere di diligente cura del valore di tale partecipazione, così pretesamente pregiudicata.

Entro questi limiti, sussiste quindi la giurisdizione contabile.

Ma nonostante questo sembra che la decisione, anzi le decisioni vista quella immediatamente seguente, vadano oltre, trascurando il significato dell'integrale partecipazione pubblica.

Come pure per la Rai, c'è l'esigenza di considerare, in linea del resto con la giurisprudenza costituzionale, il tipo di attività, e poi le singole attività della società presa in esame. Perché la sottrazione alla giurisdizione contabile si giustifica solo per attività propriamente d'impresa, non sul resto. E così non si giustifica quando la totale partecipazione pubblica

denota che in realtà l'attività, sebbene esternalizzata, resta, appunto, pubblica.

Pensiamo alle società in house: capisco l'esigenza di snellezza, ma questa non può spingersi fino a ignorare il giudice del danno pubblico da parte di chi ha solo veste formale di soggetto privato. Si finirebbe per avallare significative elusioni di rilevanti controlli pubblici.

CLARICH

La relazione del consigliere Miele è stata interessante perché densa di osservazioni giuridiche ma tutto sommato anche metagiuridiche delle quali ci ha sollecitato a tenere conto.

TORCHIA

La vicenda che stiamo analizzando può essere considerata da tre punti di vista:

- 1) tecnico: come si applica, funziona, evolve, la responsabilità, che è un meccanismo di imputazione di certe conseguenze;
- 2) sistematico: come la giurisprudenza applica le regole giuridiche relative ai rapporti con il legislatore, e in questo senso ci si è chiesti, infatti, se vi sia violazione del merito proprio della discrezionalità legislativa;
- 3) culturale: sono sottesi grandi temi, la responsabilità nelle società pubbliche e, più in generale, il rapporto tra pubblico-privato.

Tutto ciò è naturalmente suscettibile di diverse interrelazioni.

Possiamo individuare tre fasi, quella del naturalismo, quella del decostruttivismo, e infine quella del sostanzialismo.

Nella fase del naturalismo il soggetto pubblico ha regole pubbliche e il soggetto privato ha regole private, due mondi distinti chiaramente, possiamo poi discutere quanto generale sia il "modello pubblico", ma la differenza è chiara.

C'è poi il passaggio al decostruttivismo. Non ci si accontenta più di distinzioni tipologiche, si cercano corrispondenze, e così si abbandona il naturalismo, poiché soggetti pubblici possono assoggettarsi a regole private e soggetti privati a regole pubbliche.

Di qui mutamenti e complessità che, disaccoppiando i poli, si moltiplicano.

Nella giurisprudenza ante 2003 nella dimensione pubblica può esserci un'attività d'impresa, come tale regolata, e un'organizzazione pubblica con regole pubbliche, ma i due binari potevano non incontrarsi mai.

La decostruzione richiede invece che di volta in volta dobbiamo vedere le regole da applicare, si tratta di un lavoro minuto e difficile. E alla difficoltà si risponde ricercando un altro criterio individuato nel rapporto tra forma e sostanza.

Nella stagione immediatamente successiva si è trattato, però, di un sostanzialismo a senso unico durato dal 2003 al 2009, che va sempre a cercare la sostanza pubblica, negando ogni volta, invece, che vi possa essere e vi sia sostanza privata.

Allo Stato imprenditore del passato si era sostituito lo Stato azionista a seguito delle politiche di privatizzazione, ma con una varietà di regole pubblicistiche che non potevano valere per gli azionisti privati, e questo ultimo aspetto, quasi dimenticando la premessa generale, ha indotto a quel sostanzialismo unilaterale.

La società per azioni è la forma, il contratto è la forma, ma la sostanza sarebbe altra. Il sostanzialismo permette di saltare e il salto che si fa è duplice: da una parte si dice non è più necessario rapporto di servizio diretto, facendo cadere uno dei capisaldi del diritto amministrativo, aiutati sicuramente dalla norma che ha stabilito la sussistenza della giurisdizione della corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici per danno erariale cagionato ad amministrazioni o enti anche diversi da quelli di appartenenza (art. 1, comma 4, l. 14 gennaio 1994 n. 20).

Con questa norma, del resto, si tende a riconoscere l'unità dell'esecutivo e dell'interesse erariale. Il giudizio di conto e la competenza in materia di finanza pubblica tendono a trasfigurarsi in una sorta di azione generale contro l'uso improprio del danaro pubblico.

Poi c'è il secondo salto determinato dal sostanzialismo: non è più necessario dimostrare che il danno sia diretto, perché ci sono i danni riflessi

altrettanto rilevanti, e dunque il socio pubblico soffrirà delle perdite conseguenti a quelle sociali.

Infine il terzo salto: si ignora la natura dell'attività, non contando più che sia amministrativa o d'impresa, e rilevando invece che vi sia un danno per le risorse pubbliche.

Per essere metagiuridici o forse sub-giuridici, non saprei dire esattamente quale sia il lessico preferibile, è vero che c'è stata un'eccessiva proliferazione di società partecipate, è vero che spesso se ne rinviene un abuso, specie da parte di enti locali, ma non distinguere tra società che fanno attività d'impresa e articolazioni amministrative comporta inevitabilmente forzature alla lunga difficile da sostenere. La società ha un suo regime e una sua sostanza.

Così procedendo invertiamo il rapporto tra regola eccezione: la regola posta dall'insieme del regime civilistico, e le eccezioni del diritto pubblico.

Di qui la reazione del legislatore con il più volte discusso e menzionato art. 16-bis.

Al riguardo non è inutile ricordare, parallelamente, la vicenda, per così dire, dell'art. 3 comma 1 del decreto legge n. 134 del 2008 relativo alla crisi fallimentare della compagnia aerea Alitalia.

Lì si stabiliva che in relazione ai comportamenti, atti e provvedimenti posti in essere da una certa data fino a quella di entrata in vigore del decreto stesso, per garantire la continuità aziendale della compagnia di bandiera e in considerazione del preminente interesse pubblico alla necessità di assicurare il servizio pubblico di trasporto aereo passeggeri e merci in Italia, la responsabilità per i relativi fatti commessi dagli amministratori, dai componenti del collegio sindacale, dal dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, fosse posta a carico esclusivamente delle predette società. E negli stessi limiti veniva esclusa la responsabilità amministrativa-contabile dei citati soggetti, dei pubblici dipendenti e dei soggetti comunque titolari di incarichi pubblici.

In entrambi i casi si tratta di fattispecie in cui c'è stato il tentativo di trarre, di evincere, a contrario, da norma speciale un regime generale.

Abbiamo infine visto la correzione di tiro data dalle Sezioni unite nel 2009, con una decisione forse più precisa di quella fatta propria dalle ordinanze del 2011 che pure prima sono state citate e discusse.

Ma davvero lo Stato è un'azionista come gli altri? Ma davvero possiamo pensare che ci siano azionisti diversi e che questi alterino il regime generale dell'ente senza base espressa di questa affermazione? Quando la società è mista che fine fanno i diritti degli altri soci se non anche dei terzi? Si tratta di domande decisive per comprendere le ragioni di quella correzione di tiro, e dei limiti posti alla tendenziale equiparazione delle società partecipate ad apparati amministrativi.

Alle società partecipate si è arrivati perché lo Stato così poteva fallire nelle sue singole articolazioni senza ripianare continuamente con fondi pubblici. Quindi la scelta fatta fu di finanza pubblica seppure in chiave privatistica, e seguendo la tendenza espansiva del 2003, che potremmo definire dell'affermazione del servizio pubblico in senso oggettivo, si finirebbe per negare le ragioni stesse di fondo di quella scelta.

L'ulteriore fase la potremmo chiamare del sostanzialismo temperato: la nuova regola che viene ora enunciata, diciamo dal 2009, con cui si cerca di ripristinare il senso delle basi normative ed evitare confuse sovrapposizioni tra diversi tipi di responsabilità, è solo tendenzialmente generale, perché ci sono eccezioni come nel caso della Rai, prima ampiamente esaminato da più punti di vista.

Dopo il 2009 possiamo dire che non si procede più per saltum perché, si dice, ci deve essere danno diretto all'ente-socio per aversi responsabilità amministrativa, e dunque non si può saltare lo schermo della personalità giuridica, e non si può distorcere o prescindere radicalmente, in questo senso e in nome del rapporto con l'erario, dal rapporto di servizio e da qualsiasi struttura organizzativa e corrispondente relazione giuridica.

Si afferma ora la giurisdizione contabile per la condotta del rappresentante del socio pubblico che abbia trascurato i diritti del rappresentato, pregiudicando il valore della sua partecipazione. Questo pare chiudere in un certo senso il cerchio in modo forse equilibrato.

Ci sono insomma società che svolgono solo attività amministrativa, ma ci sono società – pubbliche – che fanno impresa e vanno assoggettate alle relative regole. Da questo mi pare non si possa prescindere, e l'evoluzione giurisprudenziale sembra darne conferma.

Al riguardo può essere utile ricordare due sentenze della Corte costituzionale, la n.326 del 2008 e la n. 148 del 2009.

Chiamata a pronunciarsi in merito alle legittimità di norme speciali in materia di società pubbliche – prima l'art. 13 del c.d. decreto Bersani e poi le disposizioni della l. n. 244 del 2007 – la Corte ha ritenuto legittimi i

vincoli e i limiti posti dandone una lettura costituzionalmente orientata alla luce della distinzione fra “attività amministrativa in forma privatistica” e “attività d’impresa di enti pubblici”. Come si legge nelle decisioni, ambedue le attività possono essere svolte attraverso società di capitale, “ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”. In tanto i vincoli e i limiti posti con le norme speciali sono legittimi, in quanto essi “mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d’impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Si tratta, quindi, di norme volte non a dettare un regime speciale per le società pubbliche, ma ad assicurare che l’attività di queste società non interferisca con la tutela della concorrenza e, quindi “ad evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale”.

La distinzione fra attività amministrativa svolta in forma privatistica e attività d’impresa di enti pubblici consente così di guardare alla sostanza della società, non però attraverso la lente deformante dell’interesse pubblico, ma riferendosi alla natura dell’attività – imprenditoriale o amministrativa – e alla sua collocazione rispetto all’amministrazione.

La vicenda che oggi abbiamo discusso dimostra che confondendo, etimologicamente, e cioè mettendo insieme cose diverse, abbandonandone i confini, si va verso vicoli ciechi. E che non si può usare la responsabilità erariale per incidere sulla funzione di impresa: il nuovo orientamento delle Sezioni unite mi pare in questo senso utile per uscire dallo stallo.

CLARICH

I rilievi della Prof.ssa Torchia mettono importanti paletti sui rapporti in termini di regola ed eccezione che reggono le ricostruzioni del sistema.

IBBA

Devo subito premettere che condivido pienamente le preoccupazioni dell'abuso dello strumento societario, ma dubito che lo strumento reattivo debba essere l'estensione della giurisdizione contabile.

Il mio, in questa cornice, sarà un intervento in chiave di formalismo temperato, volendo riprendere le suggestive proposizioni ricostruttive della Prof.ssa Torchia.

La dottrina ha sottolineato un punto fondamentale: verificare se in definitiva la responsabilità amministrativa sia coordinabile con la disciplina civilistica societaria, specie alla luce degli interessi a protezione dei quali quella disciplina è posta.

Nel 2005 proposi la distinzione tra danno al socio e danno al patrimonio sociale, segnalando che in questo ultimo caso del ristoro ne beneficia indirettamente anche il socio pubblico.

La responsabilità amministrativa, anche se si voglia riconoscerne una natura risarcitoria, ha comunque disciplina diversa e limiti specifici, c'è un potere riduttivo, c'è la natura non trasmissibile, ci sono limiti all'elemento soggettivo costitutivo.

Condivido quindi sicuramente la svolta del 2009 che a mio avviso può essere vista come un approdo.

Nel 2010-2011 l'orientamento di base mi sembra stia rafforzandosi: il discrimine tra danno alla società e danno al socio pare cioè in via di consolidamento. Prevalgono le decisioni in questo senso.

L'ordinanza n. 5019 del 2010 e quella n. 10062 del 2011 sono spesso citate come contrarie ma parlano di altre fattispecie, e anzi una di esse conferma l'orientamento del 2009.

Secondo la decisione del 2010 spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sulla controversia in ordine alla responsabilità dei componenti di una commissione ministeriale che abbiano omesso di accertare i presupposti di legge per la concessione di un contributo in conto capitale a una società privata, la quale abbia, poi, ottenuto il contributo in assenza dei menzionati presupposti.

Nell'ordinanza n. 10062 del 2011 la procura contabile contestava l'indebita percezione di un sussidio regionale cagionata da alcuni consiglieri della società consortile per azioni avente per oggetto la promozione della candidatura della città di Trieste quale sede per l'Expo 2007-2008.

L'istante in regolamento preventivo di giurisdizione contestava la carenza di giurisdizione della Corte dei conti per la mancanza di un rapporto di servizio tra la p.a. e il privato quale presupposto dell'azione di danno erariale.

La Suprema corte risponde che concorrendo il soggetto destinatario del contributo alla realizzazione del programma dell'amministrazione, tra la stessa e il beneficiario si instaura un rapporto di servizio per cui il beneficiario assume, ai fini della giurisdizione della Corte dei conti, la stessa posizione propria di un dipendente o amministratore della p.a.

Si aggiunge che nel caso dei contributi dati a soggetti estranei, questi rispondono per la diversa ragione che, pur essendo estranei, gestiscono risorse pubbliche vincolate all'impiego preventivato, sicché l'applicazione della disciplina della responsabilità amministrativa è diretta.

“Che poi”, prosegue la corte, “i soggetti che debbono impiegare quelle risorse non siano funzionari della stessa o di altra pubblica amministrazione, ma privati, società o non, non rileva: l'assimilazione è assicurata dalla figura del rapporto di servizio. Posto, infatti, che il dato fondante della responsabilità è la distrazione dei fondi pubblici, è consequenziale che ne rispondano sia il soggetto cui il finanziamento sia stato erogato (nella specie, la società beneficiaria) sia i soggetti che li hanno distratti per averne avuto la disponibilità”. E qui la decisione cita l'ordinanza n. 5019 del 2010.

Sono però fattispecie completamente diverse da quella che ha innescato gli enunciati delle Sezioni unite del 2009, e relative ai rapporti tra azioni sociali civilistiche e azione amministrativa.

Nella decisione del 2010 si legge, in motivazione, che “la situazione che si determina non è quella (cui ha avuto riguardo la sentenza di queste sezioni unite n. 26806 del 2009...) propria dell'allocazione della pubblica provvista in forma di partecipazione al capitale sociale, nella quale gli scopi perseguiti dalla pubblica amministrazione degradano a motivi dell'atto di partecipazione alla costituzione della società o di acquisto delle sue azioni, ambedue estranei all'agire successivo della società. La pubblica provvista confluisce in tal caso nel capitale sociale, presidiato da regole che non si collocano sul piano di un rapporto intersoggettivo tra pubblica amministrazione che conferisce il denaro e la società, ma su quello dell'ordinamento interno dell'ente di diritto privato e dunque della responsabilità degli organi che la governano verso la società stessa”.

Si specifica quindi che “la responsabilità degli amministratori è allora regolata dal diritto civile perché gli atti di costituzione e di investimento stanno prima e sono esterni all’ordinamento sociale. Nel caso dei contributi dati a soggetti estranei, questi rispondono per la diversa ragione che”, come dicevo, “gestiscono risorse pubbliche..”.

Il tenore della motivazione è quindi chiaro e non si può parlare di contrasto con la 26806.

Poi ci sono due ordinanze effettivamente difformi dall’arresto del 2009.

Nell’ordinanza n. 10063 del 2011 si leggono cose diverse, perché si afferma in un certo senso nuovamente che “in sostanza il problema va risolto esaminando caso per caso se la società per azioni sia un soggetto non solo formalmente ma anche "sostanzialmente" privato ovvero se essa sia un mero modello organizzatorio del quale si avvalga la p.a. al fine di perseguire le proprie finalità.

Così, ad esempio, la RAI, impresa pubblica in forma societaria, è stata ritenuta come organismo di diritto pubblico in quanto operante nel settore dei servizi pubblici di telecomunicazioni radio e televisive in concessione, assoggettata a poteri di vigilanza e di nomina da parte dello Stato (avente una rilevante partecipazione) e costituita per soddisfare finalità di interesse generale”.

Nella specie invece si rileva che la società consortile coinvolta era stata costituita da enti pubblici, con capitale interamente pubblico, per perseguire finalità proprie di tali enti pubblici (promozione alla candidatura della città di Trieste quale sede per l'Expo 2007-2008).

Ecco che si sarebbe trattato, quindi, di una società consortile non avente fine di lucro, da considerare come un organismo pubblico.

Di qui la giurisdizione contabile per i danni subiti dall'ente a causa della "mala gestio" dei suoi organi sociali.

Mi pare che così facendo, svalutando il dato formale della struttura societaria, si trascuri il discrimen tra danno alla società e danno al socio pubblico.

C'è poi una decisione del 2010, la n. 8429, che la dottrina la cita come conforme all’orientamento 2009 dichiarato maggioritario.

Il principio di questa massima è che la giurisdizione in materia di azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e direttori generali di società in mano pubblica compete al giudice ordinario o al giudice contabile

secondo che il danno oggetto della domanda sia stato direttamente subito dalla società o, rispettivamente, dagli enti pubblici soci.

Ma è sembrato che si qualifichi come danno dei soci un danno della società. Infatti si dice che il vincolo di destinazione pubblicistica dei risultati netti dell'attività svolta dalla società di gestione di una casa da gioco (si trattava del Casinò di Campione d'Italia) interamente partecipata da soggetti pubblici, la natura di entrate tributarie delle somme dovute allo Stato e agli enti pubblici soci, una volta determinate nell'ammontare e versate, sarebbero indici del fatto che il danno prodotto dalla condotta degli amministratori o del direttore generale ha carattere erariale, rimanendo così inconferente la natura d'impresa dell'attività esercitata.

Si cita il precedente delle Sezioni unite del 1994, n. 5492, ma mi pare quell'arresto dica l'opposto, perché si afferma che la gestione di una casa da gioco, sia quando il comune la eserciti direttamente, sia quando la affidi a terzi in forza di convenzione, rappresenta normalmente attività d'impresa e richiede un'apposita organizzazione di mezzi e di personale distinta dalla struttura pubblica dell'ente locale. Si aggiungeva che i proventi di tale attività rappresentano entrate tributarie dell'ente locale solo quando, con la periodicità stabilita, vengono versati a questo quale risultato netto della gestione.

In conclusione sembra che l'orientamento avviato nel 2009 prevalga tranne qualche resistenza e magari fraintendimento, anche se la questione resta aperta.

A mio avviso deve ribadirsi chiaramente che la definizione formale in termini di società per azioni implica un rinvio in blocco alle norme societarie, peraltro a maggior ragione riguardo alla Rai rispetto alla quale il rinvio è esplicito. Ci si può solo chiedere se la disciplina sia integrabile da norme pubblicistiche, ma questo è possibile solo previo filtro di compatibilità e senza ragionare in chiave di prevalenza del diritto pubblico. Anzi, credo si debba partire proprio dal contrario assunto, in virtù del richiamo da considerare speciale delle norme civilistiche per queste società a forte connotazione pubblica.

L'eventuale riqualificazione pubblicistica dell'ente può essere corretta o meno, ma non può pretermettere la protezione degli interessi privati assicurati dal regime codicistico civile, perché non dipendono dalla natura del soggetto ma dal fatto che si entra in contatto con terzi.

Del resto si tratta di società iscritte nel registro imprese come tali, dichiarando quindi ai terzi la loro natura e suscitando un affidamento.

La prospettiva erariale non è in grado di proteggere tutti gli interessi coinvolti al pari dell'assetto civilistico, e se questo è vero allora la contraria opzione è suscettibile di dubbi quanto alla sua tenuta costituzionale.

L'interesse pubblico, in questa prospettiva, è meglio tutelato con l'azione in sede civilistica spettante anche ai soci pubblici e ora anche al socio singolo di srl.

Certo, esclusa l'azione del pubblico ministero contabile, la "vicinanza" fra l'amministrazione danneggiata e gli amministratori responsabili potrebbe far sì che la loro responsabilità sul piano civilistico resti sulla carta.

Ma va ribadito che al promovimento dell'azione sociale di responsabilità – tradizionalmente rimesso all'assemblea e dunque alla stessa maggioranza che ha nominato gli amministratori – sono stati ora legittimati una minoranza qualificata dei soci nella s.p.a. (art. 2393-bis e, nelle società quotate, art. 129 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), i singoli soci nella s.r.l. (art. 2476, terzo comma, c.c.). Ferma poi la precisazione che qualora la p.a., sussistendone i presupposti, ometta di far valere la responsabilità degli amministratori, la procura contabile potrà assumere le conseguenti iniziative.

CLARICH

Abbiamo ora certamente coordinate più complete, e possiamo fare un altro giro di valutazioni.

MIELE

Quanto a quello che ha osservato il Prof. Ibba, vorrei dire che la preoccupazione creditori sociali io personalmente non la vedo, perché la responsabilità amministrativa è personale e non va a depauperare il patrimonio su cui i creditori possono agire.

Pensando poi alla sentenza n. 326 del 2008 della Corte costituzionale, ritengo non si possa avallare un eccesso di formalismo, e in questo senso mi preoccupa l'orientamento successivo al 2009, che forse è un eccesso opposto a quello del periodo 2003-2009.

Avallare la distorsione dello strumento formale privatistico, elusivamente finalizzata ad aggirare controlli e responsabilità pubblicistiche, non mi pare possa reggere anche in termini costituzionali.

LAMORGESE

L'art. 1 comma 1-bis della l. n. 241 1990 come poi modificato dalla l. n. 15 del 2005, enuncia che “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”.

Sembra chiaro che la mera provenienza da parte della p.a. dell'attività in considerazione non può essere per ciò solo sufficiente a definirne la natura e il regime pubblico.

Ancora due punti: quanto al fatto che in difetto dell'azione della procura contabile vi sarebbero carenze di protezione di interessi pubblici, va sottolineata la condivisione di quanto accennava il Prof. Ibba, e cioè che la riforma societaria del 2003 ha ridotto di molto questo rischio con l'ampliamento delle possibilità di azione dei soci sganciate dalla maggioranza.

Infine deve sottolinearsi con forza che il rapporto di servizio non può implicare automaticamente la traslazione del danno dalla società al socio pubblico.

IBBA

A volte penso sia trascurata la posizione dei creditori sociali e le implicazioni che questa non può non avere.

Facciamo l'esempio di amministratori di una società a totale partecipazione pubblica che, venendo meno ai loro doveri, cagionino un danno alla società per 300.000 euro. Poniamo vengano condannati a risarcire il socio pubblico in chiave erariale.

Qualora la diminuzione del patrimonio sociale determini l'incapienza, i creditori potrebbero agire contro gli amministratori i quali, però, potrebbero a questo punto eccepire di aver già risarcito. Ecco, questi profili e le

frizioni che pongono non mi pare possano essere obliterati in nome di una visione pan-pubblicistica. E mi sembra che questi profili siano stati tenuti presenti dalla Cassazione quando ad esempio nell'ordinanza n. 14957 del 2011, in un caso in cui per l'assunta perdita di valore della partecipazione del socio pubblico la procura contabile aveva agito contro gli amministratori, ha ribadito che spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei suoi amministratori o dipendenti, non essendo configurabile né un rapporto di servizio fra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno diretto di quest'ultimo, in ragione dell'autonoma personalità giuridica della società e dunque del regime che ne consegue.

CLARICH

Spigolando a mo' di conclusioni possiamo mettere a fuoco vari punti:

- 1) forse va riconsiderata l'ipotesi di una simmetria tra il diritto pubblico e il diritto privato, perché in effetti il blocco unitario dei principi di diritto comune singolare è ben definito, ma il blocco del diritto pubblico è marcatamente disomogeneo;
- 2) al netto degli atti autoritativi, il resto dell'attività della p.a. potrebbe ben essere svolto in una cornice propriamente privatistica;
- 3) anche dopo l'arresto del 2009 resta l'importante responsabilità contabile per omissione delle iniziative a tutela del socio pubblico.

Certo, nelle società a cascata, più si allontana l'ente pubblico partecipante (è il caso della società controllata da una società a sua volta controllata, e così via, da un ente pubblico), più è difficile configurare e anche provare l'omessa vigilanza su chi a sua volta ha omesso di vigilare bene, e questo dovrebbe far riflettere sul fatto che forse la responsabilità civile non è l'unico modello cui fare ricorso.

Roma, 19 gennaio 2012.

Report a cura di **Paolo Porreca**, magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione.