



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica

Rel. n. 12

Roma, 20 gennaio 2012

Oggetto: CORTE DEI CONTI - GIUDIZI DI RESPONSABILITA' - CORTE DEI CONTI - ATTRIBUZIONI - GIURISDIZIONALI - Società a partecipazione pubblica - Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori o dei dipendenti - Giurisdizione della Corte dei conti - Configurabilità - Limiti e condizioni.

La responsabilità degli organi delle società a capitale pubblico o misto: le principali tappe della giurisprudenza di legittimità in tema di giurisdizione.

SOMMARIO:

- 1) Da Cass. S.U. n. 19667/2003 (ord.) a Cass. S.U. n. 3899/2004 (sent.).
- 2) Cass. S.U. n. 26806/2009 (sent.).
- 3) Cass. S.U. n. 10063/2011 (ord.), l'approccio sostanzialista nella individuazione del danno erariale e i suoi limiti.
- 4) A proposito delle società aventi uno statuto giuridico speciale: il caso della RAI.
- 5) La giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli organi sociali che arrechino un danno diretto al socio pubblico: profili problematici.

- 1) Da Cass. S.U. n. 19667/2003 (ord.) a Cass. S.U. n. 3899/2004 (sent.).

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 cd. 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 della Corte dei conti.

L'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19667/2003 ha 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.

Una sentenza (Cass. S.U. n. 3899/2004) 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 (esercizio dei mercati annonari all'ingrosso), 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, svolto dalla predetta sentenza, 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 al sindacato della Cassazione in punto di giurisdizione.

2) Cass. S.U. n. 26806/2009 (sent.).

La sentenza n. 26806/2009 ha escluso la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti 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"¹, 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 co. 2 c.c.): a questo principio fanno eccezioni le società

¹ Nella giurisprudenza di legittimità è costante il principio che "la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possiede, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al Comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società" (Cass. S.U. sent. n. 7799/2005; S.U. ord. n. 17287/2006; S.U. sent. n. 10155/2004).

caratterizzate da uno statuto giuridico speciale (come, ad esempio, la RAI), le quali hanno natura sostanzialmente pubblica (v. infra § 4);

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 i quali non si identificano con essa;

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 co. 3 c.c.), a tutela dell'interesse sociale (che è ben diverso dall'interesse pubblico).

d) “D'altronde, 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, stante la descritta diversità delle rispettive caratteristiche delle differenti azioni. L'assenza del benché minino 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 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”: si tratta di un danno arrecato all'ente pubblico non dall'amministratore della società ma dal rappresentante dell'ente nella società, la cui responsabilità amministrativa sorge nel rapporto contrattuale organico con l'ente pubblico e non dà luogo a particolari problemi in punto di giurisdizione (spettante alla Corte dei conti)².

b) Nei confronti degli amministratori e dei sindaci che, compromettendo la ragione stessa della partecipazione dell'ente pubblico, causano un danno direttamente

² Un precedente si ritrova in Cass. S.U. sent. n. 13702/2004, non mass., sull'azione di responsabilità degli *ex* sindaci di un comune che avevano omesso di adottare, essendo chiamati a farlo, un comportamento volto all'esercizio, da parte dell'ente pubblico-socio, dell'azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore della società (nella specie interamente) partecipata, con conseguente danno dell'ente partecipante. V. Cass. S.U. ord. n. 5083/2008, sull'azione di danno arrecato ad una regione, quale azionista di maggioranza (in misura quasi totalitaria) di una società per azioni (la locale Centrale del latte), dai propri funzionari (assessore all'agricoltura e risorse naturale e presidente della regione) per aver imposto alla medesima società indirizzi operativi in violazione di legge e così cagionato un danno alle finanze della regione per la diminuzione del valore del proprio investimento.

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 co. 6 c.c., “né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati artt. 2395 e 2476, sesto comma, 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. 31/2008 (di conversione, con mod., del d.l. n. 248/2007), 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. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto” (su questo profilo v. *infra* §§ 3 e 5).

Al sistema così delineato fanno eccezione le società che, avendo uno statuto giuridico speciale, hanno natura sostanzialmente pubblica, giustificandosi l'azione di responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori e dipendenti. Secondo Cass. S.U. n. 27092/2009 (ord.), “la RAI, infatti, nonostante la veste di società per azioni (partecipata totalitariamente da enti pubblici), ha natura sostanziale di ente pubblico, con uno statuto assoggettato a regole legali, per cui essa è: designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo; sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare; destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta; compresa tra gli enti sottoposti al controllo della Corte dei Conti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti”.

3) Cass. S.U. n. 10063/2011 (ord.), l'approccio sostanzialista nella individuazione del danno erariale e i suoi limiti.

L'orientamento inaugurato da Cass. n. 26806/2009 è stato seguito dalla prevalente giurisprudenza delle Sezioni Unite³, ma non dall'ordinanza n. 10063/2011, la quale, pur richiamando adesivamente il precedente autorevole del 2009, segue un'impostazione sostanzialmente divergente. La fattispecie esaminata aveva ad oggetto 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 tale decisione (n. 10063/2011), ai fini della sussistenza del danno erariale e della giurisdizione contabile, conta soltanto che il danno sia arrecato ad un

³ V., tra le altre, Cass. S.U. n. 14655/2011, n. 14957/2011, n. 20940/2011, n. 20941/2011.

soggetto che, svolgendo un servizio pubblico, è considerato avere natura sostanziale di ente pubblico (organismo di diritto pubblico): si spiega perché l'ordinanza prescinda dalla (ovvero ritenga implicitamente non rilevante la) verifica se il danno sia stato arrecato all'ente pubblico di riferimento o alla società, avendo considerato quest'ultima al pari di un ente pubblico.

A partire dall'ordinanza n. 19667/2003, le Sezioni Unite hanno privilegiato un approccio sostanzialista “per evitare il rischio di un sostanziale svuotamento - o almeno di un grave indebolimento - della giurisdizione della corte contabile in punto di responsabilità” (così Cass. n. 26806/2009). 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 (Torchia): 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); ciò che è formalmente pubblico e sostanzialmente privato rimane pubblico, mentre ciò che è formalmente privato e sostanzialmente pubblico diventa pubblico, ecc.

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. 355/2010 della Corte cost., “l'ampliamento dei casi di responsabilità di tali soggetti, se non ragionevolmente limitata in senso oggettivo, è suscettibile di determinare un rallentamento nell'efficacia e tempestività dell'azione amministrativa dei pubblici poteri, per effetto dello stato diffuso di preoccupazione che potrebbe ingenerare in coloro ai quali, in definitiva, è demandato l'esercizio dell'attività amministrativa. D'altronde, a tale precipuo scopo risulta preordinato lo stesso potere discrezionale del giudice contabile (c.d. potere riduttivo) di graduare la condanna sulla base della gravità della colpa, così determinando il debito risarcitorio del convenuto (sentenze n. 184 e n. 183 del 2007). Ed allo stesso scopo è preordinata anche la limitazione della responsabilità amministrativa ai casi di dolo o colpa grave (sentenze n. 453 e n. 371 del 1998)”. Nella medesima sentenza la Corte cost. ha ritenuto 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, ritenuti 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 Corte cost. n. 355/2010 ha osservato “come non sia la Corte dei conti <<il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici>> (sentenza n. 641 del 1987)”. La *interpositio* richiede norme espresse che prevedano la giurisdizione contabile in fattispecie determinate: c’è da chiedersi se tale sia l’art. 16 bis (che, riservando al giudice ordinario le azioni di responsabilità degli amministratori e dipendenti di società quotate nei mercati regolamentati con partecipazione pubblica in misura superiore al 50%, avrebbe implicitamente stabilito la giurisdizione contabile sulle restanti società).

Ai fini del riconoscimento della natura pubblicistica sostanziale di enti formalmente privati, talora si valorizzano gli aspetti riguardanti:

- a) lo svolgimento di un servizio pubblico;
- b) la configurabilità di un organismo di diritto pubblico;
- c) il 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, co. 2, Cost.

E’ opportuno considerare quanto segue.

Il primo profilo (a) concernente lo svolgimento di un servizio pubblico non dev’essere sopravvalutato e, forse, non è nemmeno rilevante ai nostri fini. Secondo la prevalente dottrina (Napolitano, Scoca, Sorace), l’essere pubblici non implica che i servizi siano erogati da pubbliche amministrazioni poiché, secondo il diritto comunitario, la gestione dei servizi pubblici non costituisce più “una dimensione dell’azione amministrativa” ma è diventata una parte del mercato⁴.

Questa impostazione non contrasta e non svaluta “il valore dei beni comuni”, per citare il titolo di un recente articolo di S. Rodotà⁵, il quale evidenzia che “la prospettiva dei beni comuni sia quella che consente di contrastare una logica di mercato che vuole ‘appropriarsi di beni destinati al soddisfacimento di bisogni primari diffusi, ad una fruizione collettiva’”. Infatti, come osservato da Rodotà, “proprio la dimensione collettiva scardina la dicotomia pubblico-privato, intorno alla quale si è venuta organizzando nella modernità la dimensione proprietaria. Compare una dimensione diversa, che ci porta al di là dell’individualismo proprietario e della tradizionale gestione pubblica dei beni. Non è un’altra forma di proprietà, dunque, ma ‘l’opposto della proprietà’.... Il punto chiave, di conseguenza, non è più quello dell’appartenenza del bene, ma quello della sua gestione, che deve garantire l’accesso al bene e vedere la partecipazione di soggetti interessati. I beni comuni sono “a titolarità diffusa”, appartengono a tutti e a nessuno, nel senso che tutti devono poter accedere ad essi e nessuno può vantare pretese esclusive.... i beni comuni si

⁴ V. l’art. 23-bis d.l. n. 112/2008, conv. in legge n. 133/2008, abrogato dal referendum del 2011; vd. ora l’art. 4 d.l. n. 138/2011, conv. in legge n. 148/2008, sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui è prevista la gestione nell’osservanza dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, universalità e accessibilità.

⁵ In *La Repubblica*, 5 gennaio 2012.

presentano così come strumento essenziale perché i diritti di cittadinanza, quelli che appartengono a tutti in quanto persone, possano essere effettivamente esercitati”.

Il venir meno della logica dell'appartenenza proprietaria travolge anche la tradizionale teoria della titolarità originaria esclusiva in capo al potere pubblico con le sue articolazioni amministrative: una volta che i servizi pubblici siano stati liberalizzati, la prestazione di essi non si traduce (salvo le eccezioni previste dalla legge) in una legittimazione riservata in capo alla P.A. e, quindi, il contratto stipulato con il soggetto privato (gestore) non incorpora un affidamento o una concessione del pubblico servizio. Lo svolgimento da parte di un'impresa di un'attività di interesse pubblico ovvero di un servizio pubblico costituisce pur sempre esercizio del diritto di svolgere un'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e non dà luogo all'automatico sorgere di un rapporto di servizio tra l'impresa e l'ente pubblico (è significativo che il divieto di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, previsto per le società a capitale pubblico o misto che producono beni e servizi strumentali all'attività delle amministrazioni regionali e locali che le hanno costituite o che vi partecipano⁶, non vale per le società che gestiscono servizi pubblici locali⁷).

Un'attività, per quanto di interesse pubblico, non cessa 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.

Sul secondo profilo (b), 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 (e ciò accade nei settori liberalizzati aperti alla concorrenza), la presenza di un tale organismo rileva solo ai fini dell'applicazione dell'evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti e del radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non al fine di estendere l'ambito soggettivo delle P.A. (non del tutto fondata e comunque controversa in giurisprudenza è poi la tesi secondo cui un soggetto che sia organismo di diritto pubblico in relazione ad un'attività, lo è sempre per tutte le attività svolte).

Sul terzo aspetto (c), relativo al controllo di gestione della Corte dei conti, esso non riguarda né il tema della responsabilità per danno erariale né quello della giurisdizione; inoltre, la sentenza della Corte cost. n. 466/1993 citata si mostrò favorevole all'adozione di una nozione sostanziale di impresa o di società pubblica ma solo fino al completamento del processo di privatizzazione. Recentemente la S.C. ha stabilito che gli ordini e i collegi professionali non sono sottoposti al controllo di gestione della Corte dei conti⁸.

⁶ A norma dell'art. 13, co. 1, d.l. 4 luglio 2006 n. 223, conv. in legge 4 agosto 2006 n. 248, tali società “devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti”.

⁷ V., tra le tante, Cons. di Stato, sez. V, n. 77/2011.

⁸ Cass., sez. I, n. 21226/2011 (rv. 619732): “*Gli ordini e i collegi professionali nazionali (nella specie, dei farmacisti), pur essendo enti pubblici non economici (i quali sono, a loro volta, annoverati tra le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 29 del 1993, trasfuso nel d. lgs. n. 165 del 2001), non sono soggetti al controllo di gestione della Corte dei conti, non essendovi coincidenza né possibilità di sovrapposizione tra la nozione di P.A. contenuta, a fini organizzativi, nel decreto n. 29 del 1993, e quella sul*

4) A proposito delle società aventi uno statuto giuridico speciale: il caso della RAI.

Si è detto che il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e contabile, delineato dalla sentenza n. 26806/2009 (che ha escluso la configurabilità della responsabilità erariale degli organi sociali per i danni subiti direttamente dalla società), non vale per le società che avrebbero natura sostanzialmente pubblica, in quanto sottoposte a un regime giuridico speciale. Si tratterebbe di società più “pubbliche” delle altre: ma cosa si intende con ciò, visto che la presenza di taluni profili di specialità è, in una certa misura, inerente al fenomeno stesso della presenza del potere pubblico nel capitale sociale?

A proposito della RAI, le Sezioni Unite hanno valorizzato, tra l'altro, la sua natura di organismo di diritto pubblico (è soggetta alla vigilanza di una commissione parlamentare) e l'essere sottoposta al controllo di gestione della Corte dei Conti (è un ente cui lo Stato contribuisce in via ordinaria).

Tuttavia, si è recentemente escluso che la RAI sia equiparabile a una pubblica amministrazione, non rilevando che essa, come le altre “società a partecipazione pubblica totale o di controllo”, debba rispettare per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi i principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità⁹: si tratta infatti di un obbligo che “si inserisce pur sempre nell'agire (*jure privatorum*) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione”¹⁰. E soprattutto, l'art. 49 co. 2 d.lgs. n. 177/2005 (Testo unico della radiotelevisione) stabilisce che “per quanto non sia diversamente previsto dal presente testo unico, la RAI s.p.a. è assoggettata alla disciplina generale delle società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione”: ne consegue che “la espressa configurazione per legge in tal senso non potrebbe di certo assumere una valenza assolutamente neutrale”¹¹ (del resto, a norma dell'art. 1, co. 1 bis, della legge n. 241/1990, mod. dalla legge n. 15/2005, “La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”).

Ci si deve chiedere, in generale, se possa essere ravvisato un regime giuridico speciale in senso pubblicistico idoneo a giustificare la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti delle società a capitale pubblico o misto nei casi in cui la legge disponga l'adeguamento degli statuti delle società (quanto al numero dei componenti degli organi amministrativi, alle funzioni del presidente, ecc.)¹² ovvero nei

controllo di gestione della Corte dei conti, di cui all'art. 3, comma 4, della legge n. 20 del 1994, né rilevando l'esistenza di un interesse pubblico al corretto espletamento dei compiti istituzionali da parte degli ordini professionali”.

⁹ Tale obbligo vale, peraltro, per “le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica”, e non per le società quotate su mercati regolamentati (v. art. 18 d.l. n. 112/2008, conv. con legge n. 133 del 2008, e art. 4, co. 17, d.l. n. 138/2011, conv. in legge n. 148/2011).

¹⁰ In tal senso Cass. SU. ord. n. 28329 e 28330/2011. *Contra* Cons. di Stato, sez. VI, n. 5379/2010.

¹¹ In tal senso Cass. SU. ord. n. 28329 e 28330/2011.

¹² V., a proposito delle società non quotate e direttamente o indirettamente controllate dallo Stato, l'art. 3, co. 12, legge n. 244/2007, modificato dall'art. 71 della legge n. 69/2009.

casi in cui la legge preveda un “oggetto sociale esclusivo” per le società che producono beni e servizi strumentali all'attività delle amministrazioni regionali e locali che le hanno costituite o che vi partecipano¹³.

Il fatto che l'oggetto sociale sia predeterminato, in tutto o in parte, dalla legge è sufficiente a mutare la natura giuridica della società in senso pubblicistico?

Ci si dovrebbe anche chiedere se la ipotizzata natura pubblicistica delle predette società ad “oggetto sociale esclusivo” (la cui attività è rivolta essenzialmente alla P.A., di cui costituirebbero una articolazione) sia destinata a venire meno qualora esse gestiscano (legittimamente) anche servizi pubblici locali in regime di concorrenza.

Con riguardo alla RAI, le Sezioni Unite n. 27092/2009, dopo avere ravvisato un regime giuridico speciale in senso pubblicistico, hanno escluso l'esistenza di un problema di coordinamento tra l'azione sociale di responsabilità e quella del procuratore contabile per danno erariale: infatti, “l'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa [non] è ostacolata dalla possibilità di promuovere l'ordinaria azione civilistica di responsabilità, poiché la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione ma di proponibilità della domanda”.

Tuttavia, non è chiaro perché per dette società, aventi un regime giuridico speciale, non sussista il problema del coordinamento tra l'azione sociale di responsabilità e quella erariale che invece sussiste per le altre società a capitale pubblico o misto: trattandosi di un problema sostanziale, esso si pone per il fatto stesso della coesistenza delle due azioni; inoltre, a rigore, se le azioni civili e contabile sono “reciprocamente indipendenti”, allora un problema di coordinamento non dovrebbe porsi neppure con riferimento alle altre società “pubbliche”.

5) La giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli organi sociali che arrechino un danno diretto al socio pubblico: profili problematici.

Si è detto che, secondo la sentenza n. 26806/2009, con riguardo ai comportamenti illeciti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione dell'ente pubblico, si configura un danno erariale (si fa l'esempio del danno all'immagine) in quanto causato direttamente al socio pubblico¹⁴: ciò è ritenuto sufficiente a giustificare l'azione erariale davanti alla Corte dei conti in via concorrente con l'azione individuale del socio *ex* artt. 2395 e 2476 co. 6 c.c., “né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati artt. 2395 e 2476, sesto comma, poiché l'una e l'altra mirerebbero al medesimo risultato”.

¹³ V. l'art. 13 d.l. n. 223/2006, conv. in legge n. 248/2006.

¹⁴ Secondo Cass. S.U. n. 26806/2009, “la presenza dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale ed il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l'impiego di pubbliche risorse non può sfuggire agli organi della società e non può non comportare, per loro, una peculiare cura nell'evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell'ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo”.

Tuttavia, il problema del coordinamento tra le azioni – in assenza di un abbozzo di disciplina normativa al riguardo – è accentuata proprio dalla coesistenza di due azioni con caratteristiche del tutto diverse rispetto al medesimo danno causato (al socio pubblico) dal comportamento degli amministratori della società: l'una rimessa alla valutazione discrezionale del socio danneggiato, l'altra obbligatoriamente esercitata dal p.m. contabile¹⁵.

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, co. 4, legge n. 20/1994 riguarda pur sempre la responsabilità dei dipendenti pubblici? Probabilmente no, se è vero che, come si è già detto, la sentenza n. 26806/2009 ha valorizzato a tal fine il richiamato 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.

Tuttavia, entrambe le prospettive mostrano una certa fragilità: quella legale (*ex 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 (cd. *interpositio legislatoris*). Infatti, l'esistenza di un danno pubblico o alla P.A. costituisce un presupposto (il cd. evento dannoso) 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 società¹⁶.

(Red. Antonio Lamorgese)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)

¹⁵ Si consideri che la tutela prevista dal codice civile è, sul piano sostanziale, più incisiva di quella propria della responsabilità amministrativa, la quale presuppone il dolo o la colpa grave, non prevede una responsabilità solidale, non è di regola trasmissibile agli eredi e si connota per il potere di riduzione della Corte dei conti; quella civile richiede un grado assai elevato di diligenza degli amministratori (quella richiesta “dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze” *ex art. 2392, co. 1, c.c.*) e si collega alla previsione di doveri a contenuto generico (di gestire con diligenza, di agire in modo informato ecc.) nonché di doveri a contenuto specifico posti direttamente dalla legge.

¹⁶ Cass. S.U. sent. n. 5019/2010 ha configurato il rapporto di servizio tra la P.A. erogatrice di un contributo statale e i soggetti privati i quali, disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, avevano frustrato lo scopo perseguito dalla P.A., arrecando ad essa un danno. Si dimostra così che il rapporto di servizio consente di addebitare al privato il danno subito dalla P.A. e non dal privato. Per una limitazione dell’orientamento che ha progressivamente dilatato, talora oltre misura, i presupposti del rapporto di servizio v. Cass. S.U. sent. n. 9846/2011 e S.U. ord. n. 23599/2010.