

Società a partecipazione pubblica

Società partecipate: il confine tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile

di Iacopo Cavallini e Maria Orsetti - Dipartimento di Economia e Management, Università di Pisa

Dall'esame degli orientamenti della giurisprudenza consolidatisi negli ultimi anni emerge come le due giurisdizioni, ordinaria e amministrativo-contabile, coesistono, in particolare nell'ambito delle procedure concorsuali, non essendo idonea la competenza contabile al ristoro del pregiudizio sofferto dai creditori sociali e non essendo, d'altro canto, ostativa la presenza del pregiudizio non erariale con l'azione concernente la responsabilità contabile. Tuttavia, quest'ultima si pone in una posizione accessoria e subordinata rispetto alla prima, che è invece generale in ragione dell'attrazione delle società partecipate, comprese le «in house», alla disciplina del Codice civile.

Il perimetro della giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica: evoluzione della giurisprudenza e ambiti concreti di applicazione

Il crescente ricorso agli strumenti societari tipici del diritto privato da parte della Pubblica Amministrazione per la gestione di servizi pubblici e per il raggiungimento dei propri scopi istituzionali ha originato un fitto dibattito, in dottrina e in giurisprudenza, circa la sua eventuale portata elusiva dei principi di diritto pubblico.

Per questo, in un primo momento, la soluzione ermeneutica adottata dalla giurisprudenza maggioritaria era fondata sulla permanenza della "sostanza pubblicistica": sarebbe irrilevante la veste formale, societaria o meno, dell'ente, considerato il sempre più frequente operare dell'amministrazione al di fuori degli schemi della contabilità di Stato e tramite istituti in essa non organicamente inseriti. Sicché, il baricentro andrebbe spostato dalla natura giuridica del soggetto (privato o pubblico) alla natura del patrimonio gestito e degli scopi perseguiti (1).

Simmetricamente, è andata estendendosi la competenza giurisdizionale della magistratura preposta al

controllo e alla vigilanza dei bilanci delle Pubbliche Amministrazioni e delle relative entrate e spese, e investita dei giudizi sulla contabilità pubblica; ovvero, la Corte dei conti.

In particolare, le Sezioni Unite della Corte di cassazione (2) chiariscono che "il *discrimen* tra le due giurisdizioni (quella civile e quella contabile) risiede unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui esso si avvale", con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei conti.

Successivamente, nel corso degli ultimi anni, il ricorso a società pubbliche ha assunto forme sempre più variegata e complesse, che richiedono indagini aggiuntive volte a valutare la permanenza della loro natura pubblica; con conseguenti ricadute, pertanto, sulla questione del riparto di giurisdizione. Tali società, infatti, non perdono la propria natura di enti privati per il solo fatto che al loro capitale partecipino anche soggetti pubblici.

Coerentemente, se il danno è cagionato dagli organi sociali unicamente al patrimonio della società, è fondata solamente la giurisdizione ordinaria, e non quella della Corte dei conti, poiché non vi è danno

(1) Così, *ex multis*, Cass., SS.UU., Ord. 3 marzo 2010, n. 5019; *idem*, 1° marzo 2006, n. 4511; *idem*, 3 maggio 2005, n. 9096; *idem*, 25 maggio 2005, n. 10973; *idem*, 12 ottobre 2004, n. 20132;

idem, 20 ottobre 2006, n. 22513; *idem*, 20 novembre 2007, n. 24002.

(2) Così nella Sentenza 22 dicembre 2003, n. 19667.

erariale, essendo il pregiudizio unicamente sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riconducibile al suo patrimonio (privato) e non certo ai singoli soci, pubblici o privati, i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione e i cui originari conferimenti vengono assorbiti nel patrimonio sociale medesimo.

Viceversa, è ben radicata la giurisdizione della Corte dei conti a fronte di danni che ricadono direttamente sul socio pubblico. Tale circostanza si verifica indubbiamente nel caso di società *in house* che, per definizione, non si pongono in rapporto di alterità con la Pubblica Amministrazione partecipante, bensì come una *longa manus* della medesima. Per questa loro particolare natura, il danno inferto al patrimonio sociale da atti illegittimi degli amministratori delle società *in house* si configura come danno direttamente subito dall'ente pubblico e, quindi, come danno erariale.

La giurisdizione contabile sussiste anche nel caso di responsabilità dell'amministratore o dei componenti degli organi di controllo della società partecipata (anche non *in house*) dall'ente pubblico, il quale sia stato danneggiato dall'azione illegittima non di riflesso, ossia quale conseguenza indiretta del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, bensì direttamente, come ad esempio può verificarsi nel caso del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

Infine, è fondata l'azione del Procuratore contabile quando viene esercitata nei confronti, non dell'amministratore della società partecipata per il danno provocato al patrimonio sociale, bensì 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, così pregiudicando il valore della partecipazione, o li abbia comunque esercitati in modo tale da procurare pregiudizio. Nella circostanza in cui "l'ente pubblico partecipante possa risentire del danno inferto al patrimonio della società partecipata, quando esso sia tale da incidere sul valore o sulla redditività della partecipazione" (3), è fondata, pertanto, anche un'azione di responsabilità della procura contabile.

Tale iniziativa può essere esercitata "nei confronti di chi, essendo incaricato di gestire tale partecipazione, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine di indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire

opportunamente agli illeciti da questi ultimi perpetrati oppure, esercitando tali diritti in modo non conforme al dovere di diligente cura del valore di detta partecipazione" (4). In quest'ultimo caso, dunque, la competenza giurisdizionale della Corte dei conti prescinde dalla natura, *in house* o meno, della società partecipata.

La coesistenza della giurisdizione ordinaria con quella contabile nelle società *in house*

Tuttavia, la natura *in house* rileva sotto un ulteriore profilo. Questo particolare tipo di società presenta, infatti, un elemento di specialità: in essa la competenza giurisdizionale della Corte dei conti concorre, ed è perfettamente compatibile, con quella del giudice ordinario. Vale la pena ricordare, a tale proposito, che la natura privata della società è già stata accertata dalla stessa Corte di cassazione (5), la quale afferma a chiare lettere che "le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci, ai sensi dell'articolo 2449 cod. civ., spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, non di quello amministrativo, perché investono atti compiuti dall'ente pubblico *uti socius*, non *jure imperii*, e posti in essere a valle della scelta di fondo per l'impiego del modello societario". E una piena conferma della natura privatistica delle società *in house* si trova anche nella legislazione nazionale, ovvero nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016), laddove all'art. 1, comma 3 si stabilisce che per tutto quanto non derogato da specifiche disposizioni, le società partecipate (ivi incluse le c.d. *in house*) sono disciplinate dalle norme del Codice civile.

Sempre del tutto in linea con questa impostazione, l'art. 14 del citato Testo Unico prevede che le società a partecipazione pubblica, ivi comprese quelle operanti in regime di *in house providing*, possano fallire con conseguente legittimità dell'azione esercitata dalla curatela fallimentare.

Tuttavia, l'affermazione della natura privatistica anche della società *in house*, contenuta sia nella legislazione che nella giurisprudenza, non deve distogliere dalla circostanza che il proprio patrimonio appartiene interamente alla Pubblica Amministrazione, e che il suo utilizzo è finalizzato al perseguimento, unicamente, dell'interesse pubblico. Per questo motivo sono mantenute, accanto alle ordinarie azioni civili in tema di responsabilità degli

(3) Così Cass., SS.UU., 12 ottobre 2011, n. 20941.

(4) Così Cass., SS. UU. civ., 12 febbraio 2019, n. 4132.

(5) Cfr. Cass. 1° dicembre 2016, n. 24591; Cass., SS.UU., 27 marzo 2017, n. 7759.

amministratori, anche ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile che possono scaturire da condotte attive od omissive riconducibili alla gestione di società a partecipazione pubblica.

È in questa prospettiva che l'art. 12 del TUSPP prevede espressamente che gli amministratori e i membri degli organi di controllo siano soggetti alle ordinarie azioni civili di responsabilità, fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale eventualmente cagionato non solo dagli amministratori stessi, ma anche dai dipendenti delle società *in house* nello svolgimento dei propri compiti. È altresì competenza del Giudice contabile l'azione per il risarcimento del danno all'immagine dell'Ente pubblico, mentre per l'ipotesi di danno cagionato al patrimonio della Società la competenza non può che essere del Giudice ordinario (6).

E anche l'art. 14 D.Lgs. n. 175/2016, nel riservare alla competenza della Corte dei conti il danno erariale, sottintende l'esistenza anche di un danno non erariale, al cui ristoro è preposto il giudice civile.

Ciò posto, appare indispensabile che le due giurisdizioni coesistano, non essendo idonea la competenza contabile al ristoro del pregiudizio sofferto dai creditori sociali e non essendo d'altro canto ostativa la presenza del pregiudizio non erariale con l'azione concernente la responsabilità contabile. Quest'ultima, tuttavia, si pone in una posizione accessoria e subordinata rispetto alla prima, che ha carattere generale in ragione dell'attrazione delle società partecipate, comprese le *in house*, alla disciplina del Codice civile.

Del tutto in linea con questa ricostruzione è la recente sentenza della Cass., SS.UU., n. 22406/2018, che ha chiarito la "possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto, [...] laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio".

Pertanto, la società *in house* opera e agisce secondo gli schemi del diritto societario, e persegue una finalità pubblica che incide non tanto sui modelli e sugli strumenti di azione, che rimangono attratti nella sfera del Codice civile, ma sulle responsabilità che coinvolgono, oltre alle tradizionali situazioni meritevoli di tutela privatistica, anche quelle rilevanti sotto il profilo pubblico alla cui tutela è preposta la magistratura contabile (7) (ancorché, come appena precisato, in maniera sussidiaria rispetto alla prima).

Infatti, l'art. 12, comma 1 del TUSPP, nel far "salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato", al successivo comma 2 definisce il danno erariale come quello "patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli Enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli Enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione".

La Corte dei conti non detiene, quindi, la giurisdizione esclusiva per qualunque tipologia di danno causato da Amministratori e dipendenti delle Società "*in house*", ma soltanto per quelli erariali, ossia direttamente subiti dalla PA. Di qui la natura accessoria, e non alternativa, della responsabilità erariale: non tutti i danni causati dagli organi sociali di una società *in house* sono automaticamente erariali come diretta conseguenza della sua natura di *longa manus* della P.A., ma solo quelli idonei a procurare un pregiudizio direttamente agli Enti pubblici soci.

Difatti, nella *in house*, quale società di capitali dotata di autonomia patrimoniale perfetta e regolata dal diritto civile, opera la netta separazione tra il patrimonio della società medesima e quello dei singoli soci, con l'ovvia conseguenza che i danni arrecati al primo non sono direttamente riferibili al socio. Sono, pertanto, da qualificarsi come erariali soltanto i danni causati direttamente alla PA dalla condotta dell'Amministratore, e mai quelli subiti in via mediata e indiretta.

(6) In tali ipotesi, ha affermato la Cassazione a Sezioni Unite con Sentenza n. 26806/2009, "non sussiste un danno qualificabile come 'danno erariale', inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro Ente pubblico che della Società sia socio".

(7) Per un maggior approfondimento cfr. A. Santuari, "Società *in house*: competenza sia del G.O. sia della Corte dei conti - Cass. SS.UU. 22406/18", in www.personaedanno.it.