

La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti

Antonella Sau

Sommario

1. Gli incerti confini della responsabilità amministrativa per danni cagionati alle società pubbliche – 2. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2009, n. 26806.

1. Gli incerti confini della responsabilità amministrativa per danni cagionati alle società pubbliche

La progressiva estensione dei confini della giurisdizione contabile¹ che si è registrata negli ultimi anni è diretta conseguenza delle profonde trasformazioni che hanno riguardato nel nostro ordinamento tanto l'organizzazione che l'attività amministrativa.

Il ricorso sempre maggiore a soluzioni organizzative esterne all'amministrazione, nella forma di società miste pubblico-private e più recentemente *in house providing*, ha infatti posto in primo piano il tema della responsabilità amministrativa connessa alla cattiva gestione del-

(1) Sulla natura giuridica e sui requisiti strutturali della responsabilità amministrativa, tenendo conto delle sole opere successive alla legge di riforma del 1994, si consente di rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività a: O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, Padova, CEDAM, 1997; F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, CEDAM, 1997; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, Giuffrè, 1998; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002; P. MADDALENA, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo*, Roma, 2001; E.F. SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002; A. PAJNO, *Il Rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 4, p. 954 ss.; P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2008.

le risorse pubbliche ad esse affidate, dilatando i confini di un istituto che nella legge di contabilità di Stato riguardava esclusivamente l'amministrazione ed il soggetto ad essa legata da un "rapporto organico di impiego".

Sebbene sia del tutto legittimo il timore che l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di formule organizzative di diritto privato consenta di eludere qualsiasi forma di controllo circa il corretto utilizzo di denaro e risorse pubbliche e sia pertanto ragionevole che le società cui l'amministrazione ricorra per lo svolgimento di attività rispondenti ai propri fini istituzionali debbano essere soggette a forme di controllo sulla corretta gestione di tali risorse, la scelta del giudice civile di risolvere tali problemi allargando le "maglie" della responsabilità amministrativa non appare del tutto esente da critiche.

Non lo è, innanzitutto, nella misura in cui configura una responsabilità per danno erariale a carico delle società a partecipazione pubblica nei confronti degli enti partecipanti in ragione del solo utilizzo di risorse pubbliche e prescindendo da un'attenta analisi della natura dell'attività svolta, sino ad estendere la giurisdizione contabile anche ad imprese private destinatarie di finanziamenti pubblici che si rendano responsabili di una cattiva gestione delle medesime².

E non lo è, a maggior ragione, nel momento in cui considerando tali società veri e propri soggetti di diritto pubblico configura in capo ai relativi dipendenti e amministratori un'ipotesi di responsabilità erariale per il danno arrecato al patrimonio societario³.

Si tratta con tutta evidenza di due profili differenti, che tuttavia testimoniano la tendenza nel nostro ordinamento a separare la "veste giu-

(2) Corte conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114; Corte Cass., sez. un., 5 giugno 2008, n. 14825, in *Riv. Corte conti*, 2008, 3, p. 276 ss.

(3) Cfr. C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2004; L. TORCHIA (a cura di), *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in www.astrid-online.it, settembre 2008; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008; P. TESAURO, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica a seguito della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in www.giustamm.it, 2010, 7.

ridica” dalla “disciplina sostanziale applicabile” al fine di far prevalere la forma (pubblica) sulla sostanza (privata).

Relativamente al primo dei due profili la Corte di Cassazione, che sin dagli anni cinquanta ritiene assoggettabili al giudizio contabile non solo i soggetti legati alla amministrazione da un rapporto di impiego ma anche quelli che per i quali è configurabile un “rapporto di servizio”⁴, al fine di estendere la responsabilità amministrativa alle società partecipate ha interpretato in termini sempre più estensivi il concetto di “rapporto di servizio” fino a ritenere del tutto “irrelevante il titolo in base al quale la gestione del denaro pubblico viene svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto privato”⁵.

In altri termini il *discrimen* tra giurisdizioni è stato progressivamente spostato dalla natura del soggetto alla natura degli scopi perseguiti e del danno cagionato⁶.

In tale ottica, superando l’annosa questione sulla configurabilità o meno della giurisdizione contabile sugli enti pubblici economici, la Cassazione con ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667⁷, ha giudicato del tutto irrilevante al fine del riparto di giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa l’utilizzazione di strumenti privatistici, ritenendo che si possa parlare correttamente di attività amministrativa “non solo quando [l’amministrazione] esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi ma anche quando persegue le proprie finalità istituzionali mediante un’attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato”. Recentemente la Corte, dilatando ancora la nozione di “rapporto di servizio”, è arrivata a configurarlo in *sensu lato* ogniqualvolta un sog-

(4) Corte Cass., sez. un., 5 febbraio 1969, n. 363, in *Foro amm.*, 1969, 1, II, p. 124 ss.

(5) *Ex multis*: Corte Cass., sez. un., ord. 1° marzo 2006, n. 4511, con nota di G. D’AURIA, *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 9, p. 969 ss.; Corte Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2675; Corte conti, sez. giur. Lombardia, 21 dicembre 2006, n. 712 e Corte conti, sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, entrambe in www.corteconti.it.

(6) Corte Cass., ord., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4511, cit.

(7) Per un commento della sentenza cfr. R. Ursti, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori degli enti pubblici*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2, p. 695.

getto sia “compartecipe di un’attività amministrativa” e quindi, benché estraneo all’organizzazione amministrativa, venga investito anche di fatto dello svolgimento in via continuativa di una determinata attività in favore della pubblica amministrazione e per ciò stesso inserito nella sua organizzazione⁸.

Non sembra quindi rilevare al fine del radicamento della giurisdizione contabile né la natura pubblica o privata del soggetto (persona fisica o giuridica, ente pubblico economico e non, società pubblica, mista o *in house providing*⁹) né tantomeno la natura dello strumento con il quale il rapporto di servizio tra il soggetto e l’amministrazione viene costituito (provvedimento di concessione, convenzione, contratto d’appalto) e disciplinato, purché da ciò consegua “l’inserimento funzionale ancorché temporaneo del soggetto nell’apparato organizzativo della pubblica amministrazione”¹⁰ e anche se difetti una gestione del denaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo modalità di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto¹¹.

Anche a voler condividere tale tesi, perplessità ancora maggiori suscita il salto logico compiuto dalla Consulta, seguita a ruota dal giudice contabile, che sulla base di una presupposta (e non dimostrata) equivalenza tra società pubbliche ed enti pubblici, suffragata da alcuni “indici di pubblicità” (natura di servizio pubblico dell’attività svolta,

(8) Corte Cass., sez. un., ord. 3 luglio 2009, n. 15599, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1534 ss.

(9) Per un’analisi dei più recenti orientamenti in materia di società *in house providing* oltre al contributo ivi pubblicato di C. ALBERTI, *Le società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, si consenta di rinviare a G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello “a mosaico” della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, 3-4, p. 651 ss.

(10) Tra le tante, si rinvia a: Corte Cass., sez. un., 4 dicembre 2009, n. 25495, in *Mass.*, 2009, p. 1491; Corte Cass., 3 luglio 2009, n. 15599, cit.; Corte Cass., 31 gennaio 2008, n. 2289, in *Mass.*, 2008, p. 183; Corte Cass., 1° aprile 2008, n. 8409, in *Riv. Corte conti*, 2008, 2, p. 322 ss.; Corte Cass., 22 febbraio 2007, n. 4112, in *Foro it.*, 2008, I, c. 190 ss.; Corte Cass., sez. un., 27 febbraio 2006, n. 20886, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2483 ss.; Corte Cass., 20 ottobre 2006, n. 22513, in *Riv. Corte conti*, 2006, 5, p. 182 ss.; Corte Cass., 19 febbraio 2004, n. 3351, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2676 ss.

(11) Sul punto si rinvia a Corte Cass., sez. un., 12 ottobre 1004, n. 20132, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2674 ss.

esercizio di poteri autoritativi da parte della società nei confronti di terzi, la sussistenza di poteri speciali riconosciuti in favore dell'azionista pubblico) che al massimo possono giustificare l'esistenza di un rapporto di servizio tra la società e l'ente pubblico al fine del primo dei due profili analizzati e non certo dimostrare la natura "pubblica" delle società, ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti anche ai giudizi di responsabilità promossi nei confronti di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica locale, per danni cagionati al patrimonio della società e quindi indirettamente al patrimonio dell'ente locale socio¹².

A prescindere dalla fondatezza dell'equazione società partecipe-enti pubblici su cui si fonda il riconoscimento della giurisdizione contabile, tra l'altro piuttosto controversa tanto in dottrina che in giurisprudenza, ciò che stupisce maggiormente di tale orientamento giurisprudenziale è l'apparente "leggerezza" con cui si snatura un modello (quello delle società) al solo fine di supplire l'incapacità del socio pubblico di controllare l'azione societaria sulla quale sarebbe invece tenuto a vigilare nell'esercizio dei poteri tradizionali di controllo riconosciuti dal diritto societario.

2. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2009, n. 26806

Tale ultimo orientamento, che non ha mancato di suscitare aspre critiche nella dottrina, è stato sconfessato dalle Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2009, n. 26806¹³, che pur riconosciuta la

(12) Corte Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, cit.; Corte Conti, sez. I giur. centr., 3 dicembre 2008, n. 532/A, in *Riv. trim. app.*, 2009, 3, p. 633 ss., con nota di A. SAU, *La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica*, p. 684 ss., cui si consenta di rinviare per un'analisi più approfondita dell'iter logico-argomentativo seguito dalla Corte.

(13) Pubblicata in www.corteconti.it e commentata da G.F. CARTEI, P. CREA, *La Cassazione, le società partecipe e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, p. 935 ss.; G. D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1477 ss. Con motivazioni sostanzialmente identiche anche Corte Cass., sez. un., ord. 15 gennaio 2010, n. 519-525; Corte Cass., 23 febbraio 2010, n. 4309, in www.giustamm.it; Corte Cass., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655, in www.tessarolo.it.

responsabilità erariale di amministratori e dipendenti di società per azioni in mano pubblica nei confronti del socio pubblico in ragione dell'irrelevanza della natura pubblica o privata sia del modello organizzativo che degli strumenti operativi prescelti dall'amministrazione per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali, arriva ad una opposta conclusione nel caso in cui l'azione di responsabilità sia proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio della società. A prescindere da ogni considerazione sulla natura giuridica della società partecipata, le Sezioni Unite della Cassazione ritengono che nel caso in cui il patrimonio della società sia stato leso da un atto di *mala gestio* di un amministratore o di un componente di un organo di controllo non si possa nemmeno parlare di danno erariale, inteso come "pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico socio" in quanto "la ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: che è e resta privato".

Siamo quindi in presenza di un "danno sofferto da un soggetto privato (la società) riferibile al patrimonio appartenente a quel soggetto e non certo ai 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" e l'unico soggetto legittimato a dolersi dei danni sociali è la società stessa secondo l'azione di responsabilità sociale di cui all'art. 2393 c.c. "di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera in diretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio". Tanto più, ricorda la Suprema Corte, che nell'attuale disciplina societaria l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in caso di *mala gestio* imputabile agli organi della società non è più monopolio dell'assemblea dei soci ma può essere proposta anche da una minoranza qualificata (art. 2393-*bis* c.c.) e anche da ciascun socio nel caso di società a responsabilità limitata.

Ne consegue che il socio pubblico è in grado, ricorrendo agli ordinari strumenti civilistici, di tutelare i propri interessi economici.

Ciò non toglie che a fronte di un comportamento inerte del rappresentante dell'ente socio che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione, possa ancora radicarsi un'azione di responsabilità contabile.

Si tratta in tal caso di un'azione di responsabilità contabile non a carico dell'amministratore della società partecipata per il danno cagionato al patrimonio sociale ma dell'amministratore dell'ente socio per il danno cagionato direttamente all'ente.

Si attribuisce così al giudizio contabile il compito di sanzionare quelle amministrazioni/amministratori inerti che non si attivano nei confronti dei privati attraverso i quali hanno scelto di operare, cagionando (in ragione di ciò) un "danno pubblico" e quindi quel pregiudizio alle risorse pubbliche che legittima l'azione contabile.

L'unico aspetto che sembra però non essere stato approfondito con la dovuta attenzione dalla giurisprudenza citata e che viceversa dovrebbe rappresentare il vero *discrimen* tra giurisdizione contabile e ordinaria per quanto concerne la responsabilità della società pubblica (e dei suoi amministratori) nei confronti dell'ente socio riguarda la natura dell'attività effettivamente svolta dal soggetto privato, imprenditoriale o amministrativa, strumentale o esecutiva delle finalità istituzionali dell'ente partecipante, a prescindere dai meccanismi di relazione tra società ed ente e dall'entità della partecipazione pubblica, maggioritaria o minoritaria¹⁴.

(14) Dello stesso avviso L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, p. 791 ss., la quale per il radicamento della responsabilità amministrativa rinvia ad una "definizione aggiornata e moderna del criterio dell'attività svolta", rifacendosi alla distinzione operata dalla Corte costituzionale (sentenze 6 agosto 2008, n. 326 e 13 maggio 2009, n. 148) tra "attività amministrativa in forma privatistica" e "attività di impresa di enti pubblici" la quale consente di "guardare alla sostanza della società, non però attraverso la lente deformante dell'interesse pubblico che tutto in sé ingloba, ma riferendosi alla natura dell'attività svolta, imprenditoriale o amministrativa, e alla sua collocazione rispetto all'amministrazione" (pp. 797-798); analogamente M. DUGATO, M.G. CAVALLARI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale nelle società partecipate dagli enti pubblici*, in *Responsabilità amministrativa per danno erariale nella gestione dei rapporti di lavoro*, a cura di V. CASTIGLIONE e A. PIZZOFERRATO, Padova, CEDAM, 2009, p. 91 ss., in particolare p. 104; G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giust-amm.it, 2008, 6.

La realtà è che non esiste un solo modello di società pubblica ma tanti diversi tipi di società pubbliche, alcune delle quali proprio in virtù dell'attività svolta sono pacificamente assoggettabili alla giurisdizione contabile (società *in house providing*¹⁵, società strumentali¹⁶, società che svolgono attività amministrativa in senso stretto, società caratterizzate da un regime legale *sui generis* come la RAI¹⁷) ed altre che non lo dovrebbero essere (società partecipate che operano nel mercato alla stregua di un qualsiasi imprenditore privato).

Ne consegue quindi che il problema della sussistenza o meno della giurisdizione contabile va necessariamente "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 pubblica amministrazione al fine di perseguire le proprie finalità"¹⁸, al fine di ricomporre quella

(15) Con riferimento ad una condotta illecita posta in essere da amministratori e dirigenti di una società *in house providing* si registra la recente pronuncia della Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327, in www.giustamm.it, per la quale "ferma restando l'autonomia imprenditoriale delle aziende *in house* sussiste una sostanziale coincidenza tra il patrimonio del Comune e quello dell'azienda, cosicché ogni illecita riduzione di quest'ultimo, anche sotto il mero profilo di sottrarre al Comune conferente le disponibilità che avrebbe potuto diversamente utilizzare, determina un'ipotesi di responsabilità amministrativa rientrante, come tale, nell'ambito della giurisdizione contabile".

(16) Sul concetto di strumentalità cfr. M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d.l. n. 223/2006*, in ID. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 362 ss.; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, Padova, CEDAM, 2008, 41 ss. In giurisprudenza, per tutte: TAR Lazio, sez. III, 21 marzo 2008, n. 2514, in www.giustizia-amministrativa.it.

(17) Corte Cass., sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092, in www.giustamm.it, che attribuisce al giudice contabile la giurisdizione in ordine alla responsabilità degli amministratori della RAI per gli atti di *mala gestio* compiuti dagli stessi ai danni della società che, in ragione del suo statuto normativo, viene qualificata come organismo di diritto pubblico; con analoghe argomentazioni per i dipendenti di ENAV s.p.a. Corte Cass., sez. un., 3 marzo 2010, n. 5032, in www.giustizia.it.

(18) Così Corte Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10063, in www.corteconti.it, che nel caso della società consortile per azioni *Expo Challenge 2008*, costituita interamente da enti pubblici per perseguire finalità proprie degli stessi, ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti per i danni subiti dall'ente a causa della *mala gestio* dei suoi organi sociali.

frattura tra “modello giuridico” e “regime giuridico” che caratterizza la storia stessa delle società in mano pubblica.

Alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali sul riparto di giurisdizione e sui regimi di responsabilità si può quindi concludere che gli amministratori delle società pubbliche “di diritto comune” rispondono al giudice ordinario sia per i danni cagionati alla società (quale che sia il *quantum* della partecipazione pubblica) che per i danni arrecati direttamente all’ente pubblico socio (salvo che, in quest’ultimo caso, il comportamento dannoso non venga posto in essere nell’ambito di un “rapporto di servizio” tra gli amministratori e l’ente configurando una responsabilità amministrativa dei primi nei confronti del secondo¹⁹), mentre rispondono dinnanzi al giudice contabile per il mancato esercizio delle azioni sociali a tutela del patrimonio sociale e quindi della quota di partecipazione dell’ente.

(19) Ravvisato dalla Corte di Cassazione nell’ipotesi in cui gli amministratori pongano in essere condotte fraudolente nei confronti della società o nel proprio personale interesse per realizzare illeciti profitti a danno dell’ente (Corte Cass., ord. 4 novembre 2009, n. 23332, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1534 ss.; Corte Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899, cit.).

