

RESPONSABILITÀ ERARIALE E SOCIETÀ IN HOUSE.

Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2014, pag. 13

Carlo Ibba -

Classificazioni: CORTE DEI CONTI - Giurisdizione - - in materia di responsabilità amministrativa

Sommario: 1. Premessa. — 2. Il caso. — 3. Il precedente. — 4. La decisione. — 5. La critica. — 5.1. Controllo analogo e diritto societario. — 5.2. “Il velo è squarciato”. — 5.3. Da società-persona giuridica a patrimonio separato dell’ente pubblico. — 5.4. Disciplina della separazione patrimoniale. Separazione patrimoniale e controllo analogo congiunto. — 6. Gli interessi in gioco e gli strumenti per tutelarli. — 7. Due conclusioni. — 8. Tornando al caso di specie.

1. *Premessa.* — Ultimamente la teoria della soggettività, nel nostro ordinamento, sta subendo qualche maltrattamento. Ci eravamo appena ripresi dai contratti che possono diventare soggetti giuridici (“il contratto di rete [...] non è dotato di soggettività, salva la facoltà di acquisto della stessa [...]”): così si esprime l’art. 3, co. 4-*quater*, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, dopo l’ennesima modifica, apportata dall’art. 36 l. 18 ottobre 2012, n. 179) e dobbiamo ora fare i conti con società di capitali che della soggettività sono sprovviste oppure ce l’hanno ma la possono perdere... strada facendo.

Questo, infatti, è ciò che si evince dalla pronuncia in epigrafe, l’ultima della Suprema Corte in merito al riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci di società a partecipazione pubblica. Ma andiamo con ordine.

2. *Il caso.* — L’amministratore unico, il direttore generale e un sindaco della E.T.M. s.p.a., società interamente partecipata dal Comune di Civitavecchia e affidataria del servizio di trasporto pubblico locale, vengono citati in giudizio davanti alla sezione del Lazio della Corte dei conti per rispondere dei danni arrecati alla società, fra l’altro facendole sostenere dei costi per svolgere attività di trasporto merci per conto di un’altra società, da essi stessi partecipata e/o gestita, e remunerando quest’ultima per un’attività d’intermediazione in realtà non svolta.

I convenuti eccepiscono fra l’altro il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, sulla base della sentenza delle Sezioni Unite n. 26806 del 2009, nel frattempo intervenuta.

In primo grado (Corte conti Lazio 8 febbraio-4 maggio 2010) l’eccezione è respinta ritenendosi che tale pronuncia concerna solo le società miste e non anche quelle a totale partecipazione pubblica.

In appello la Corte dei conti (terza sez. giur. centrale, sentenza n. 631/2012) dichiara il proprio difetto di giurisdizione sulla base dell’orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite e successivamente consolidatosi, certamente valido, e più volte applicato, anche in relazione a società a partecipazione pubblica totalitaria.

3. *Il precedente.* — Com’è noto, la citata Cass. S.U. 22 dicembre 2009, n. 26806 — rovesciando l’orientamento seguito nei cinque anni precedenti, a partire da Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899 (in *Foro it.*, 2005, I, 2675) — ha ammesso la giurisdizione della Corte dei conti là dove il danno sia stato arrecato direttamente al socio pubblico (sia pure, eventualmente, sotto forma di danno all’immagine) e l’ha negata, invece, là dove si tratti di un danno arrecato al patrimonio della società con partecipazione pubblica, rilevando in particolare che:

— fra gli amministratori della società e l’ente pubblico socio non è configurabile alcun rapporto di servizio e “nulla consente di riferire loro, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio di cui la società” eventualmente “sia parte” (come in sostanza aveva invece fatto la citata Cass. n. 3899 del 2004);

— a ben vedere “neppure sussiste [...] un danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico [...] socio”, dal momento che il pregiudizio è stato arrecato appunto al patrimonio della società;

— “dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio”;

— l’ipotizzata azione davanti al giudice contabile non sarebbe coordinabile con le azioni di responsabilità esercitabili dalla società, dai soci e dai creditori sociali a norma del codice civile, la cui esperibilità non può essere esclusa senza privare quei soggetti degli strumenti di tutela dei loro diritti (per un’impostazione generale del problema, con sviluppo anche di alcuni dei punti evidenziati, mi permetto di rinviare a Ibba, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 ss.).

4. *La decisione.* — Nella pronuncia in epigrafe il Supremo Collegio conferma, ed anzi arricchisce con argomentazioni tratte da recenti sviluppi legislativi, l’orientamento appena sintetizzato (il cui consolidarsi ho documentato in Ibba, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in questa *Rivista*, 2012, I, 641 ss.), ribadendo in via generale l’insussistenza della giurisdizione contabile sulle azioni aventi ad oggetto danni arrecati alla società partecipate da enti pubblici; ritiene, peraltro, di dover fare eccezione là dove il patrimonio sociale danneggiato sia quello di una società *in house*.

La pronuncia è certamente apprezzabile per il quadro sistematico complessivo disegnato nella prima parte della motivazione, là dove fra l’altro:

— riafferma la soggezione delle società a partecipazione pubblica, in assenza di una diversa disposizione di legge, alla disciplina prevista nel codice civile per tutte le società per azioni;

— motiva il difetto della giurisdizione contabile, oltre che con gli argomenti appresso sintetizzati, con l’impossibilità di “realizzare un soddisfacente coordinamento sistematico” fra le azioni di responsabilità (sociale e dei creditori) previste nel codice civile e l’azione di responsabilità erariale;

— ribadisce che l’alterità soggettiva fra la società e l’ente pubblico che vi partecipa, e la natura privata della prima, impediscono di configurare sia il rapporto di servizio fra gli amministratori della società e l’ente pubblico sia il danno erariale;

— sottolinea che, d’altra parte, i tentativi di riqualificare le società in questione in senso pubblicistico devono fare i conti, fra l’altro, con l’art. 4 l. 20 marzo 1975, n. 70, per effetto del quale il riconoscimento di un ente (come) pubblico non può prescindere da un’espressa o comunque inequivoca disposizione di legge.

A questo punto la sentenza, tenuta ferma la regola generale, vi introduce un’eccezione relativamente alle società *in house*, in ciò a mio avviso allontanandosi dall’orientamento precedente, nel quale le eccezioni erano state finora limitate — nelle enunciazioni di principio come nelle concrete applicazioni — a fattispecie ben diverse dalle società *in house*, ed erano state fondate su argomentazioni, come vedremo, ben diverse da quelle ora utilizzate.

In relazione al danno arrecato al patrimonio sociale, infatti, si era fin qui fatta salva solo la “specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, come nel caso della Rai” (Cass. 22 dicembre 2009, n. 27092, ord.; il passaggio

compare anche nella motivazione di Cass. 26806/2009), le cui peculiarità sono tali da indurre a includerla “nel novero degli enti pubblici [...] nonostante l’abito formale che riveste di società per azioni”, da ciò ricavandosi la “qualificabilità come erariale del danno cagionato” e su ciò fondando la sussistenza della giurisdizione del giudice contabile (così, sempre con riferimento alla Rai s.p.a., Cass. 27092/2009, cit., sulla quale v. le critiche di Pace, *La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai «ente pubblico»*, in *Giur. cost.*, 2010, 4036 ss.).

Il ragionamento che conduce oggi la Suprema Corte alla soluzione che ho anticipato è invece incentrato nei seguenti due passaggi:

— se c’è controllo analogo — come nelle società *in house* deve essere — ciò significa che gli amministratori della società sono assoggettati a un vincolo di subordinazione gerarchica da parte dell’ente pubblico socio, *quindi* è configurabile un rapporto di servizio fra loro e la pubblica amministrazione;

— se gli amministratori, per quanto appena detto, non hanno alcuna autonomia decisionale, ciò significa che la società non è un centro d’interessi suoi propri, *quindi* non c’è alterità soggettiva fra essa e l’ente pubblico socio, *quindi* essa non può considerarsi titolare del (così detto) patrimonio sociale, che va configurato come un mero patrimonio separato di cui è titolare l’ente pubblico: il danno a quel patrimonio, *quindi*, è un danno erariale.

5. *La critica.* — Entrambe le sequenze argomentative mi pare si espongano a seri rilievi critici.

5.1. *Controllo analogo e diritto societario.* — La prima parte del ragionamento si fonda su una concezione di società *in house* — e segnatamente di controllo analogo — che la giurisprudenza comunitaria non impone (v. soprattutto Corte Giust. CE 10 settembre 2009, in causa C-573/07, § 81 ss.) e la più accreditata letteratura respinge (fra gli altri Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell’attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *RDS*, 2011, 211 ss. e spec. 220 ss.; e Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di Guerrera, Torino, 2010, 2, nt. 1), e che la sentenza è invece costretta a portare alle estreme conseguenze.

La Suprema Corte, infatti, muove dal presupposto che la posizione degli amministratori della società *in house* debba essere di “vera e propria [...] subordinazione” rispetto “all’ente pubblico partecipante, nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso”, con il “totale assoggettamento [...] al potere gerarchico dell’ente pubblico titolare della partecipazione sociale”. Ed ha cura di precisare con grande chiarezza che il fenomeno è ben diverso da ciò che si verifica in altre ipotesi di “eterodirezione” conosciute al diritto societario, quali la sottoposizione a poteri di direzione e coordinamento (art. 2497 ss. c.c.) e l’attribuzione a soci di s.r.l. di particolari diritti riguardanti l’amministrazione (art. 2468, 3° co., c.c.), in entrambi i casi conservando gli amministratori una propria sfera di autonomia decisionale che nel controllo analogo, viceversa, sarebbe integralmente soppressa.

Ora, per realizzare il controllo analogo in questi termini — e dunque nel senso più forte fra i tanti nei quali esso può essere configurato — occorrerebbe scardinare i principi fondanti dell’assetto gestorio tipico del diritto azionario (penso in particolare all’art. 2380-*bis*, che com’è noto attribuisce la gestione dell’impresa sociale esclusivamente agli amministratori). Ma il punto è che *nessuna norma*, né interna né comunitaria, autorizza il superamento di norme imperative della disciplina codicistica al fine di ottenere il controllo analogo, e *nessuna norma* attribuisce agli enti locali, in relazione alle società affidatarie dirette di servizi, alcuna potestà normativa che li abiliti a derogare al diritto comune; tanto da doversi ritenere illegittime le clausole statutarie che sottraggano il potere di gestione agli amministratori affidandolo ad organi atipici (sicché non mi

pare dubbia la validità di delibere o atti dell'organo amministrativo non rispettosi degli "ordini" formulati dal socio pubblico sulla base di quelle clausole) e da doversi utilizzare, nella prassi, meccanismi di controllo parasociali o contrattuali, salvo ricorrere al tipo s.r.l. o contentarsi di forme di controllo analogo assai meno invasive (cfr. Demuro, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello dell'in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali* (nota a Corte Giust. CE 13 ottobre 2005, in causa C-458/03), in questa *Rivista*, 2006, II, 780 ss.).

Mi pare dunque che in questo passaggio della motivazione la Suprema Corte disattenda il metodo che pure dichiara di applicare, accogliendo una soluzione in assenza di norme che la giustifichino; perché, ripeto, i principi giurisprudenziali europei sull'*in house* (che la disciplina interna non fa altro che recepire: cfr. l'art. 4, co. 13, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che appunto consente l'affidamento senza gara «a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta *in house*») si limitano a indicare i requisiti in presenza dei quali l'affidamento diretto è legittimo, restando impregiudicato il ben diverso problema di quali siano, nei singoli ordinamenti, le forme giuridiche utilizzabili dovendo rispettarsi quei requisiti.

Ma ammettiamo che non sia così, e che davvero gli amministratori della società siano sostanzialmente dei dipendenti dell'ente pubblico socio (anche se, adottata questa prospettiva, verrebbe quasi da chiedersi perché gli amministratori debbano essere chiamati a rispondere di danni arrecati dai loro superiori gerarchici con decisioni che essi possono, in ipotesi, solamente eseguire), e veniamo ai corollari che se ne traggono.

5.2. "*Il velo è squarciato*". — Il primo consiste nel negare che la società *in house* possieda una propria autonoma soggettività, anche qui in omaggio a una concezione del controllo analogo che come vedremo non è affatto l'unica possibile né, a mio avviso, la più fondata.

"Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è [...] squarciato", si dice nella sentenza, con espressione che richiama alla memoria il celebre *piercing the corporate veil*. A ben vedere, tuttavia, la Suprema Corte va oltre le teorie così evocate, che per lo più non arrivano a mettere in discussione l'alterità soggettiva della persona giuridica, affermando l'esigenza di superarla nei soli casi e limiti in cui di essa si abusi.

La Suprema Corte, invece, ha bisogno di andare oltre. Solo se il patrimonio leso è un patrimonio pubblico, infatti, si giustifica l'azione erariale; ma a quella conclusione essa non può pervenire riqualificando la società in senso pubblicistico (sia perché come si è visto reputa operazioni del genere non fondate, in assenza di norme di legge che le sostengano, sia) perché la riqualificazione non gioverebbe ai fini del requisito del controllo analogo.

La riqualificazione, infatti, confermerebbe l'esistenza di due soggetti: l'ente pubblico socio e la società, pur essa pubblica ma, appunto, persona giuridica *autonoma e distinta*, mentre nell'*in house* l'affidatario diretto deve costituire un'*articolazione interna* dell'ente pubblico affidante; formula, questa, alla quale la Suprema Corte attribuisce un significato non puramente descrittivo.

In realtà la formula può tradursi in configurazioni dell'*in house* che non coincidono affatto con quella, estrema, appena evidenziata. Non mi riferisco a pronunce giurisprudenziali più o meno episodiche, ma al regolamento CE n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente i servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia, che esplicitamente — oltre a riconoscere alle autorità locali la "facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri" — ammette l'aggiudicazione diretta "a un *soggetto giuridicamente distinto* su cui l'autorità competente esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture" (art. 5.2, con sottolineatura evidentemente mia).

Già sul piano normativo, dunque, la definizione comunitaria dell'*in house* è assai meno monolitica di quella che emerge dalla pronuncia in esame (e ciò anche sotto altro profilo, stabilendosi che, al

fine della ricorrenza del controllo analogo, “conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell’ autorità pubblica competente non è un requisito obbligatorio”, “a condizione che vi sia un’ influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri”: art. 5.2., lett a, seconda parte, reg. cit., che peraltro potrebbe forse ritenersi derogato — ma solo in questa parte — dalla norma interna contenuta nel citato art. 4, co. 13, d.l. 138/2011).

È testualmente previsto, insomma, che il controllo analogo non è escluso dall’ alterità soggettiva dell’ affidatario rispetto all’ ente affidante; non postula, dunque, che sia abbattuto il muro nel quale, come si ricorderà, Bigiavi e altri intendevano solamente aprire una breccia.

Muovendo dall’ opposto convincimento, il Supremo Collegio è invece costretto a dire che le società *in house* non costituiscono “un’ entità posta al di fuori dell’ ente pubblico” socio totalitario e che esse “della società hanno solo la forma esteriore”.

5.3. *Da società-persona giuridica a patrimonio separato dell’ ente pubblico.* — La costruzione che nega alla società l’ alterità soggettiva rispetto all’ ente pubblico socio, qualificando la sua costituzione in termini di mera separazione patrimoniale, è oggettivamente assai ardua, se non altro per lo stridente contrasto con la norma secondo cui con l’ iscrizione nel registro delle imprese “la società acquista la personalità giuridica” (art. 2331, 1° co., c.c., richiamato per la s.r.l. dall’ art. 2463, ult. co., c.c.); e non credo occorra essere dei nostalgici fautori del dogma della persona giuridica per pensarla così.

Si dirà che — nella prospettiva seguita dalla sentenza — l’ art. 2331 è solo una delle tante norme del codice civile che, riguardo alle società *in house*, devono essere disapplicate per incompatibilità con il controllo analogo: nella motivazione, del resto, si legge espressamente che “l’ uso del vocabolo società [...] serve solo [...] a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è [...] possibile parlare”.

Osservo però che la società *in house* non necessariamente è tale fin dall’ origine. Può darsi, infatti, che l’ ente locale acquisisca la partecipazione totalitaria e realizzi il controllo analogo e le altre condizioni per l’ affidamento diretto *successivamente alla costituzione della società*: questa, dunque, *certamente* per effetto dell’ iscrizione ha acquistato la personalità giuridica e — quale che sia il significato normativo che all’ espressione voglia ricondursi — *certamente* è venuta ad esistenza come soggetto giuridico a sé stante.

Perderà allora personalità e soggettività, degradando a patrimonio separato dell’ ente pubblico nuovo socio e *venendo così assoggettata a discipline pubblicistiche altrimenti inapplicabili*, in virtù di non si sa bene quale atto, in assenza di un adempimento pubblicitario che produca quell’ effetto, e senza che i terzi ne possano avere contezza?

Non si dica che, dopo tutto, personalità giuridica, soggettività, autonomia o separazione patrimoniale sono solo espressioni riassuntive di discipline. Ciò potrebbe forse risolvere il problema costruttivo; ma il punto è che, nel caso nostro, il passaggio dal “simbolo”-persona giuridica al “simbolo”-patrimonio separato non avrebbe solo una portata classificatoria ma implicherebbe un significativo cambiamento delle regole applicabili: basti pensare, appunto, alla sottoposizione alla giurisdizione contabile oppure all’ esenzione dal fallimento, che della costruzione in esame parrebbe costituire inevitabile corollario (se non si tratta di società, ma di un patrimonio di cui è titolare l’ ente pubblico, come non ricomprenderlo nella formula di esonero che chiude l’ art. 1, 1° co., 1. fall.?).

E tutto questo, ripeto, sostanzialmente all’ insaputa dei terzi (che viceversa la legge impone di informare in caso di sottoposizione a poteri di direzione e coordinamento, come si è visto assai meno incisivi rispetto al controllo analogo così come configurato dalle Sezioni Unite: art. 2497-*bis*

c.c.)!

5.4. *Disciplina della separazione patrimoniale. Separazione patrimoniale e controllo analogo congiunto.* — Per la Suprema Corte, dunque, nella società *in house* non c'è personalità giuridica, non c'è autonoma soggettività, non c'è la titolarità di un proprio patrimonio; e quello che in apparenza si presenta ai terzi come il patrimonio del soggetto-società è, in realtà, riconducibile all'ente pubblico socio (da cui, appunto, la configurabilità della responsabilità erariale).

Non si verifica però una “confusione di patrimoni” fra ente pubblico e società, come improvvidamente affermato in qualche sentenza della magistratura contabile (cfr. Corte conti Lazio 21 giugno/5 luglio 2011, n. 997), giacché in tale evenienza l'ente pubblico potrebbe essere chiamato a rispondere dei debiti della (apparente) società (e viceversa).

Ad evitare questo, soccorre la puntualizzazione che i due patrimoni restano distinti e che tale distinzione “si può porre in termini di separazione patrimoniale”; espressione che ritengo venga adoperata pur essa in senso tecnico (ed anzi, come vedremo subito, in senso “forte”), non potendosi altrimenti scongiurare il rischio che i creditori “sociali” possano agire nei confronti del socio pubblico o che i creditori dell'ente pubblico si rivalgano nei confronti del patrimonio “sociale”, in ipotesi solo contabilmente separato.

Dunque, svolgendo la prospettiva sinteticamente evocata dalla sentenza, un patrimonio separato da intendersi non solo come centro di imputazione di effetti giuridici (pur privo di soggettività sua propria), ma altresì come centro d'imputazione connotato da rilevanza *bilaterale e perfetta* del vincolo di destinazione: tale, cioè, da implicare per un verso la sua insensibilità alle azioni di creditori il cui titolo non sia correlato all'attività ad esso imputata, bensì all'attività propria del soggetto pubblico cui il patrimonio pertiene, per un altro la localizzazione esclusivamente su quel compendio patrimoniale delle pretese dei creditori titolati (il patrimonio separato, insomma, sarebbe sottratto ai creditori del socio pubblico e riservato ai creditori “sociali”, i quali non potrebbero rivalersi sussidiariamente sul patrimonio “generale” dell'ente pubblico).

Quale sia il fondamento normativo sul quale basare la “dequalificazione” della società-persona giuridica nei termini appena descritti la sentenza non precisa, ma ritengo che esso possa essere individuato nella medesima disciplina della s.p.a. (a cominciare dal regime della responsabilità fissato all'art. 2325, 1° co., c.c.), “letta” nella prospettiva della separazione patrimoniale piuttosto che in quella, certo più usuale, della personalità giuridica. Ferme restando, naturalmente, le riserve esposte poco sopra circa il mutamento di disciplina che occultamente ne deriverebbe.

Come, poi, tutto ciò possa conciliarsi con la ritenuta ammissibilità del controllo analogo congiunto (ossia ripartito fra più soci pubblici), che la pronuncia ribadisce apertamente, è invece davvero difficile anche solo immaginare. A quale degli enti pubblici soci sarà riconducibile il patrimonio separato, solo esteriormente imputato alla società? O si creeranno tante masse patrimoniali separate quanti sono i soci pubblici? Ma chi e come ne determinerebbe la consistenza? Come andrebbero ripartiti, fra di esse, gli effetti degli atti compiuti in nome della — peraltro inesistente — persona giuridica societaria? E come potrebbe essere rispettato il criterio della “menzione del vincolo di destinazione” necessaria ai fini dell'imputazione (cfr., riguardo ai patrimoni destinati codicistici, l'art. 2447-*quinquies*, ult. co., c.c.; e, anche in termini generali, Scano, *Gli atti estranei allo specifico affare*, Torino, 39 ss.)?

6. *Gli interessi in gioco e gli strumenti per tutelarli.* — Ho sin qui cercato di evidenziare quelli che a me paiono essere i punti (più) deboli dell'*iter* argomentativo seguito per giungere ad affermare la sussistenza della giurisdizione contabile con riferimento alle società *in house*. Provo ora, in conclusione, a valutare il problema affrontato dalla Suprema Corte da un'angolazione per così dire funzionale.

Alla base dell'estensione della giurisdizione contabile alle società e ai danni di cui parliamo, e

delle fortissime spinte in questa direzione, è certamente la preoccupazione — originariamente fondata — che, esclusa l'azione del pubblico ministero contabile nei confronti degli amministratori responsabili, la «vicinanza» fra questi e il socio pubblico faccia sì che la loro responsabilità sul piano civilistico resti sulla carta, non venendo azionata se non raramente, con conseguente pregiudizio (indiretto) per la finanza pubblica.

Ho detto “originariamente fondata” per sottolineare che non lo è più. “L’esclusione dell’ipotizzata giurisdizione del giudice contabile per l’azione di risarcimento danni cagionati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico neppure provoca, a ben vedere, il rischio di una lacuna nella tutela dell’interesse pubblico coinvolto nella descritta situazione”: così si legge nella sentenza n. 26806 del dicembre 2009.

La Suprema Corte ha infatti puntualizzato — a partire dalla pronuncia appena citata e sino a quella in epigrafe — che “l’azione del procuratore contabile appare [...] configurabile nei confronti (non già dell’amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) di chi, quale rappresentante dell’ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione” (parole tratte dalla motivazione della sentenza che si commenta; ma già presenti, o comunque espressamente condivise, nelle motivazioni di Cass. 26806/2009; Cass. 15 gennaio 2010, n. 519; Cass. 12 ottobre 2011, n. 20940; Cass. 12 ottobre 2011, n. 20941).

Il socio pubblico (o chi per lui) insomma, è *tenuto*, ricorrendone i presupposti, a esercitare le azioni di responsabilità civilistiche (cui sono ormai legittimati, dopo la riforma societaria, nella s.p.a. il collegio sindacale e una minoranza qualificata dei soci, nella s.r.l. anche il singolo socio), e se omette di farlo è perseguibile dinanzi alla magistratura contabile. Il cerchio, dunque, si chiude; e si chiude in un modo sistematicamente coerente e praticamente efficace, disincentivando l’inerzia del socio pubblico in ordine alla promozione delle azioni di responsabilità civilistiche e sanzionandolo in caso di omissione.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la responsabilità amministrativa ha presupposti e caratteristiche che limitano l’effetto riparatorio (perché è attivabile solo in caso di dolo o colpa grave, è tendenzialmente parziaria e intrasmissibile *mortis causa* ed è quantificabile — e di regola quantificata — in un importo ridotto rispetto all’ammontare del danno), sicché ammetterla nei confronti degli amministratori equivarrebbe a sacrificare le finalità di riequilibrio patrimoniale proprie della responsabilità civilistica ovvero, ove si ritenesse configurabile una successiva azione in sede civile per il danno residuo, a costringere a una «moltiplicazione dei giudizi» (cosa che peraltro supporrebbe il superamento dell’esclusività della giurisdizione contabile).

Il diffuso luogo comune secondo cui escludere l’azione di responsabilità erariale nei confronti degli amministratori equivale a fornire una comoda scappatoia da qualunque responsabilità, dunque, va respinto. E non è un caso che vi siano situazioni in cui, esercitata l’azione in sede civile, i convenuti hanno eccepito il difetto di giurisdizione, invocando la giurisdizione contabile (cfr. il lodo arbitrale 15 luglio 2008, Arb. unico Cagnasso, in *Riv. arb.*, 2009, 563 ss., con nota di Corso, *La responsabilità «societaria» ed «amministrativa» degli amministratori di società a prevalente partecipazione pubblica*); altre in cui alcuni convenuti hanno invocato la giurisdizione civile e altri quella contabile (cfr. Cass. 7 luglio 2011, n. 14957); e altre ancora in cui è stato l’ente pubblico danneggiato ad adire e invocare la giurisdizione civile (com’è accaduto nel caso deciso da Cass. 5 giugno 2008, n. 14825).

7. *Due conclusioni.* — Credo, in definitiva, che la regola fissata dalla sentenza 26806/2009 e ormai consolidata — che nega la giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità degli amministratori per danni arrecati a società con partecipazione pubblica — risolva il problema nel modo migliore, perché più lineare, conforme al sistema e capace di dare soddisfazione a tutti gli interessi coinvolti.

Credo, invece, che l'eccezione posta ora dalla sentenza 26283/2013 per le società *in house*, oltre a essere di assai dubbio fondamento normativo, abbia dei costi sistematici e applicativi gravissimi (a quelli già evidenziati aggiungo l'esenzione dai reati fallimentari che, con ogni probabilità, conseguirebbe all'esonero dal fallimento senza sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa) e certamente assai superiori ai benefici, tanto da rendere oggettivamente auspicabile un suo ripensamento.

8. *Tornando al caso di specie*. — In più punti della motivazione si sottolinea l'esigenza che, “perché si abbia società *in house*, è necessario che i requisiti sussistano tutti contemporaneamente e trovino il loro fondamento in *precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale*” e, in particolare, che “*lo statuto* inibisca la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni” e che, quanto al controllo analogo, “l'ente pubblico partecipante abbia *statutariamente* il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società” agli organi amministrativi di questa (qui e sotto, sottolineature mie).

Tutto ciò è fissato nel principio di diritto enunciato ai fini del rinvio, ove si definisce come società *in house* “quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che *statutariamente* espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia *per statuto* assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici”.

Ebbene, non una sola di queste condizioni può dirsi rispettata nel caso di specie. Infatti nello statuto di EMT s.p.a.:

— nel rispetto della clausola di prelazione spettante agli altri soci (art. 10), le azioni sono espressamente dichiarate trasferibili (art. 6); ed è vero che una clausola dell'atto costitutivo ne afferma l'inalienabilità (art. 6, 2° co.), ma essa è destinata a cadere per effetto dell'art. 2328, ult. co., ult. periodo, c.c.; e non si dica che tale norma non si applica alle società qualificabili come *in house*, giacché l'inalienabilità delle azioni è *presupposto* di tale qualificazione, sicché costituirebbe un'inversione logica disapplicare la norma in questione al fine di affermare la chiusura della compagine sociale e, da questa, dedurre la qualifica di società *in house*;

— l'oggetto sociale statutario è vastissimo, comprende attività tipicamente imprenditoriali (quali il servizio di trasporto privato di merci, il commercio all'ingrosso di pezzi di ricambio, l'attività di consulenza nel settore dei trasporti, le attività di officina meccanica, motoristica, carrozzeria, ecc.) e non contiene alcuna limitazione relativamente ai soggetti cui le attività sociali sono rivolte (art. 2, 1° co., lett. a-z; ciò è confermato, e non smentito, dalla precisazione secondo cui, “in via non prevalente e non nei confronti del pubblico”, potrà compiersi qualunque atto o operazione commerciale, industriale, finanziaria, immobiliare, ecc., strumentale al conseguimento dell'oggetto sociale: art. 2, 2° co.);

— la possibilità di svolgere una od altra attività per effetto di affidamento diretto da parte di pubbliche amministrazioni non è nemmeno menzionata;

— gli amministratori, che sono eletti dall'assemblea (art. 13), non sono assoggettati ad alcuna forma di controllo diverso da quelli previsti dal codice civile (art. 14);

— l'espressione “controllo analogo” non compare né nello statuto né nell'atto costitutivo, che anzi contiene un rinvio espresso, per ciò che riguarda l'amministrazione, all'art. 2380-*bis* c.c. (art. 7).

Insomma: la sorte dei successivi sviluppi del giudizio non è ancora segnata; o forse lo è, ma in senso opposto a quello cui potrebbe condurre un esame superficiale della vicenda.

Utente: Giovanni Pilo

www.iusexplorer.it - 03.09.2018
