

## **La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche**

Nota Ordinanza - Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 13-11-2015, n. 23306  
28 Gennaio 2016  
Chiara Bonora

### **ABSTRACT**

*La nota in oggetto affronta il tema del riparto di giurisdizione in merito all'azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei dipendenti, a seguito della recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 23306 del 2015.*

*In particolare, ripercorrendo i principi affermati già affermati in precedenti pronunce dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e nelle più recenti sentenze della Corte dei Conti, ci si è soffermati sulla distinzione tra i diversi tipi di società pubbliche, al fine di individuare le ipotesi in cui sussista la giurisdizione ordinaria o contabile.*

### **SOMMARIO**

1. Premessa
2. La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche
3. Considerazioni conclusive

#### **1. Premessa**

I Giudici della Suprema Corte di cassazione, Sezioni Unite, si sono recentemente pronunciati con ordinanza n. 23306 del 13 novembre 2015, occupandosi nuovamente del riparto di giurisdizione in merito all'azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica, per effetto di condotte illecite dei dipendenti.

Nel caso di specie, il Procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Lazio, conveniva in giudizio di responsabilità per atti di *mala gestio* gli amministratori ed alcuni dirigenti apicali di Alitalia S.p.a., incaricati pro tempore per il periodo 2002-2008, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni diretti cagionati al Ministero dell'Economia e delle Finanze, socio pubblico della suindicata Società.

Avverso tale citazione i ricorrenti proponevano, ai sensi dell'articolo 41 del Codice di Procedura Civile, il regolamento preventivo di giurisdizione, a seguito del quale le Sezioni Unite si sono pronunciate affermando la sussistenza della giurisdizione ordinaria, stante l'autonomia patrimoniale della società e l'inesistenza di un rapporto di servizio tra agente ed ente pubblico danneggiato, idoneo a configurare come erariali le perdite subite dalla società.

In particolare la Corte, richiamando i principi in precedenza enunciati, ha rilevato come sulla base dell'indagine relativa all'assetto organizzativo di Alitalia S.p.a., la società non possa essere inclusa nel

novero di quelle partecipate per cui, vista la natura speciale dello statuto legale, può sussistere la giurisdizione contabile, e nemmeno possa essere qualificata come società *in house providing*, in difetto dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario, in quanto la suddetta società "svolge un'attività economica e commerciale in regime di libero mercato e la sua veste giuridica non rappresenta un mero schermo di copertura di una struttura amministrativa pubblica".

## **2. La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche**

La questione del riparto di giurisdizione in materia di società partecipate pubbliche è un tema controverso ed ampiamente dibattuto a livello giurisprudenziale e dottrinale, stante la difficoltà di individuare la disciplina applicabile alle suddette società e vista l'eterogeneità di modelli organizzativi che la pubblica amministrazione può adottare al fine di espletare le proprie finalità istituzionali, nel rispetto di quanto previsto dalla legge.

Occorre in merito precisare che la giurisdizione, funzione destinata a dare applicazione concreta alle norme giuridiche, spetta al giudice ordinario (che esercita la giurisdizione civile e penale) in tutte quelle materie che la legge non affida a diversa giurisdizione (amministrativa, contabile, tributaria).

In particolare l'articolo 103 della Costituzione riserva alla Corte dei Conti, in qualità di giudice speciale amministrativo, la giurisdizione in materia di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge<sup>[1]</sup>, avendo la competenza per decidere in ordine alle azioni di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti di pubblici dipendenti e pubblici amministratori. Nello specifico il giudizio di responsabilità amministrativa è il giudizio con il quale vengono chiamati a rendere conto del proprio operato gli amministratori e gli impiegati pubblici ai quali si imputa di aver recato danno patrimoniale all'amministrazione a seguito del proprio comportamento, doloso o colposo.

Nel caso delle società pubbliche ovvero di quelle società partecipate - in diversa misura - da enti pubblici, si pongono dubbi in merito alla sussistenza della giurisdizione ordinaria o contabile in quanto se da un lato le predette società sono soggette alla disciplina codicistica - Libro quinto, articoli 2247-2511 Codice Civile - e quindi assoggettate alla giurisdizione ordinaria, dall'altro la partecipazione del socio pubblico al capitale sociale in caso di danno arrecato al patrimonio della società a seguito di condotte illecite di dipendenti o amministratori delle stesse, risulta essere idonea a radicare la giurisdizione contabile in quanto può configurarsi la fattispecie di danno erariale, quale pregiudizio arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio.

In passato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si erano già espresse sul tema in merito alla richiesta di affermazione delle responsabilità dei danni arrecati al patrimonio delle società partecipate, prevedendo una diversa disciplina a seconda del modello societario, distinguendo tra società che svolgono un'attività imprenditoriale le cui risorse economiche provengono dalle attività in regime di mercato e concorrenza, tra le società a statuto legale che, vista la particolare organizzazione ed il servizio svolto, possono considerarsi enti pubblici e tra le società *in house providing* ovvero società che costituiscono *longa manus* della pubblica amministrazione in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario.

In particolare la Cassazione riconoscendo l'esistenza di un rapporto di servizio in capo agli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici ovvero la sussistenza di quel rapporto che lega all'ente tutti i soggetti-persone fisiche che fanno parte dell'organizzazione, ha affermato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti relativamente agli atti che esorbitano dall'esercizio di attività imprenditoriale svolta in regime di diritto privato e possano considerarsi ricollegabili all'esercizio di poteri autoritativi di autorganizzazione [Cassazione Civile, Sezioni Unite, 2 marzo 1982, n. 1282; 21 ottobre 1983, n. 6178; 11 febbraio 2002, n. 1945/ord.; 20 febbraio 2003, n. 2605/ord].

In seguito, le medesime Sezioni Unite, con ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in ordine agli illeciti commessi da amministratori e dipendenti che abbiano cagionato danni agli enti pubblici economici da cui dipendono, argomentando <<che l'adozione di forme privatistiche per l'organizzazione dell'ente pubblico o per la sua attività, in ogni caso non potrebbe certo avere l'effetto di trasformare il denaro amministrato, che è pubblico – in ragione del suo provenire dalla finanza pubblica in denaro "privato", del cui buon uso sia come tale consentito disinteressarsi>>.

Tale indirizzo è stato successivamente ripreso anche in altre pronunce ed in particolare nella sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899 nella quale viene affermata la giurisdizione della Corte dei conti in quanto configurabile l'esistenza di un rapporto di servizio tra società partecipata - in via maggioritaria - e l'ente socio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione non organica bensì funzionale tra le due entità, caratterizzata dall'inserimento nell'iter procedimentale dell'ente pubblico del soggetto esterno come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo, non rilevando la natura privatistica dell'ente affidatario e dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il suddetto rapporto di servizio.

Un mutamento di indirizzo rispetto a quanto precedente affermato si è avuto con la sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, nella quale le Sezioni Unite hanno individuato quale criterio di riparto di giurisdizione la natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate, dovendo verificarsi in concreto l'esistenza di un rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione potendosi intendere come tale anche <<una relazione con la pubblica amministrazione, caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi nè la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto - nè quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica (...)>>.

Il soggetto titolare del rapporto di servizio svolge infatti un'attività amministrativa che viene espletata non solo quando "si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato". Pertanto il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile "è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno" idonea ad arrecare un pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico partecipante.

Al contrario la Cassazione ritiene che sussista la giurisdizione ordinaria in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società che impone di tenere distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico

titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti che ha invece cognizione quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento 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, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio, come nell'ipotesi di danno arrecato all'immagine dell'ente da organi della società partecipata, in quanto tale danno "anche se non comporta apparentemente una diminuzione patrimoniale alla pubblica amministrazione, è suscettibile di una valutazione economica finalizzata al ripristino del bene giuridico leso (Cassazione civile, Sezioni Unite, 2 aprile 2007, n. 8098)".

Un'ulteriore passaggio interpretativo si è avuto con la sentenza 25 novembre 2013, n. 26283 che ha sancito la giurisdizione contabile quando l'azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house providing*, in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario quali a) totale partecipazione pubblica al capitale sociale; b) l'esercizio di un controllo analogo sulla società a quello esercitato dal socio/dai soci sui propri servizi; c) la realizzazione della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano<sup>[2]</sup>.

Con la citata sentenza si assiste ad un superamento dell'orientamento tradizionale che distingueva a seconda che l'azione avesse ad effetto un danno arrecato al patrimonio sociale o direttamente al socio pubblico.

In particolare nella sentenza in commento la Corte, dopo aver ribadito in linea generale che la società è "un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto a coloro che, di volta in volta, ne impersonano gli organi, sia rispetto ai soci ed è titolare di un proprio patrimonio, riferibile ad essa sola e non a chi detenga le azioni o quote di partecipazione" e che pertanto il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale non è idoneo a configurare la giurisdizione della Corte dei conti in quanto trattasi di un <<danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui organari conferimenti restano confusi ed assorbiti nel patrimonio sociale medesimo>>, riconosce la peculiarità del fenomeno dell'*in house providing*.

Partendo dal presupposto che in materia di società pubbliche la giurisdizione della Corte dei conti potrebbe radicarsi solo nel momento in cui "si arrivi a negare la distinzione stessa tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, e quindi tra la distinta titolarità dei rispettivi patrimoni", le società *in house providing* non possono essere considerate "come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna" e costituiscono articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano, e non dei soggetti giuridici da essa esterni ed autonomi<sup>[3]</sup>. Ne consegue che gli organi di tali società sono assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione e gli amministratori della società *in house* possono ritenersi personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio.

Pertanto visto che non può ritenersi configurato un rapporto di alterità tra ente pubblico partecipante e la società *in house* "è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità" ed "il danno eventualmente inferito al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver

contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico" dovendosi pertanto riconoscere in materia la giurisdizione della Corte dei conti<sup>[4]</sup>.

Gli stessi principi vengono poi successivamente confermati da parte della stessa Corte con ordinanza 24 marzo 2015, n. 5848, riguardante la proposizione di regolamento preventivo di giurisdizione, in cui si afferma, la sussistenza della giurisdizione ordinaria nel caso di società totalmente partecipata in difetto dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per la configurazione del modello in *house providing*, che devono essere consacrati nello statuto sociale, in virtù del quale può riconoscersi l'esistenza di un vero e proprio rapporto di servizio tra gli organi sociali e l'ente socio, in quanto sussiste una subordinazione degli organi amministrativi alla volontà della pubblica amministrazione al punto da renderli assimilabili ad una sua articolazione interna.

Per quanto riguarda il fenomeno delle società *in house providing* è opportuno richiamare quanto previsto nella Direttiva comunitaria 2014/24/UE sugli appalti pubblici (che abroga la direttiva 2004/18/CE ed in corso di recepimento<sup>[5]</sup>) e nello specifico l'articolo 12 rubricato "Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico", che fissa per la prima volta a livello normativo, per certi versi in maniera innovativa rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale, le condizioni di esclusione che devono contemporaneamente sussistere affinché l'affidamento diretto nei confronti di tali soggetti non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva sugli appalti pubblici.

Tali requisiti sono a) l'esercizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un controllo analogo a quello esercitato da questa sui propri servizi; b) che il soggetto svolga oltre 80% della propria attività nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice<sup>[6]</sup>; c) che non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati nella persona giuridica controllata "ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

La direttiva poi specifica che il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi sussiste quando "un'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, legittimando l'esercizio del controllo anche da parte di una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice".

Viene poi espressamente legittimato l'affidamento diretto anche nell'ipotesi di controllo analogo cd. indiretto ovvero "quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata" (articolo 12, paragrafo 2) e qualora, in presenza dei requisiti sopra richiamati alle lettere a) e b), l'affidamento avvenga da parte di un'amministrazione aggiudicatrice che esercita il controllo analogo congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, come previsto al paragrafo 3 dell'articolo 12<sup>[7]</sup>.

Oltre al fenomeno delle società *in house providing* la Corte di cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi in merito alla questione di giurisdizione relativa ad alcune particolari tipologie di società che,

nonostante la veste formale, dal punto di vista sostanziale sono assimilabili da una pubblica amministrazione, per cui spetta al giudice contabile la giurisdizione in materia di danno arrecato da dipendenti o amministratori al patrimonio sociale [Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza 22 dicembre 2009, n. 27092 relativamente a Radio Televisione Italiana S.p.A.; Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza 3 marzo 2010, n. 5032 relativamente a ENAV S.p.A.; Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 9 luglio 2014, n. 15594 relativamente a ANAS S.p.A.].

In particolare la Cassazione rileva che ai fini della sussistenza della giurisdizione contabile è necessario aver riguardo degli scopi perseguiti dalla società e della natura del danno che deve essere idoneo ad arrecare un pregiudizio diretto al patrimonio dell'ente socio - come nel caso di danno all'immagine - o trovare fondamento nel comportamento 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 o li abbia comunque esercitati in modo tale da pregiudicare il valore della partecipazione.

In merito alla questione del riparto di giurisdizione occorre ulteriormente rilevare le posizioni assunte dalla Corte dei conti che in parte si discostano da quanto affermato dalla Corte di cassazione.

In particolare il giudice contabile, nella sentenza n. 178 del 2015, avente ad oggetto l'appello proposto dal Procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la regione Lombardia avverso il diniego di giurisdizione contabile nel caso di società partecipata da un ente pubblico<sup>[8]</sup>, rileva come la Cassazione con la sentenza n. 26283 del 2013 abbia determinato un'ingiustificata disparità di trattamento tra le diverse tipologie di società pubbliche, in quanto, coerentemente con i principi dell'ordinamento comunitario che non ammette distinzioni sulla base della natura formale del soggetto agente, la giurisdizione contabile deve ritenersi sussistere non solo per le società *in house providing* ma per tutte le società a totale partecipazione pubblica (o pressoché tale) in quanto, sebbene le stesse siano dotate di un patrimonio separato, questo è pur sempre riconducibile all'ente pubblico. In caso contrario si rischierebbe un vuoto di tutela nell'ordinamento, ben potendo, come affermato dalla Corte, concorrere l'azione erariale con l'azione civile prevista dagli articoli 2395 e 2476, comma 6, Codice Civile, in quanto 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".

La Corte di conti rileva inoltre che quando il legislatore ha voluto escludere la giurisdizione della Corte di conti in materia di società pubbliche lo ha fatto con disposizioni espresse e pertanto, nei casi non espressamente derogati, la giurisdizione spetta al giudice contabile<sup>[9]</sup>.

Gli stessi argomenti sono richiamati nella successiva sentenza n. 249 del 2015<sup>[10]</sup> avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza della sezione giurisdizionale Toscana n. 47 del 2014 che, rinviando ai principi di cui alla sentenza Cassazione Civile n. 26283 del 2013, negava la sussistenza della giurisdizione contabile nel caso di società *holding* partecipata in via pressoché totalitaria da un Comune.

La sezione di appello rileva al contrario come sia necessario, ai fini della definizione della questione di giurisdizione, evidenziare la natura strumentale della società costituita per la produzione di servizi a favore dell'ente stesso che, in quanto *holding* "si pone o come una mera interposizione tra il Comune e la società di servizi al fine di detenere le azioni o come coordinatrice "sotto il profilo patrimoniale, finanziario, amministrativo, tecnico ed organizzativo, delle società ed enti in cui partecipa" svolgendo, quindi funzioni di esse proprie" e pertanto non può che partecipare della loro natura anche ai fini del radicamento della giurisdizione.

### 3. Considerazioni conclusive

Come rilevato dalla numerosa giurisprudenza sopra richiamata, ad eccezione del fenomeno delle società in *house providing* e delle cd. società legali, per cui, sulla base della giurisprudenza prevalente, può dirsi affermata la giurisdizione contabile nel caso di azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei dipendenti, ad oggi non può ritenersi pacificamente risolto il problema della giurisdizione sulle altre società partecipate da enti pubblici.

Infatti l'esistenza di una molteplicità di soggetti che perseguono la finalità pubblicistica di realizzare l'interesse generale della collettività<sup>[1]</sup> e l'assenza di una disciplina complessiva del fenomeno delle società pubbliche, rende ancor più pregnante l'esigenza di addivenire ad una riorganizzazione completa del sistema delle partecipazioni pubbliche, che definisca tra l'altro le questioni di giurisdizione in materia al fine di garantire un reale ed efficace livello di tutela del pubblico Erario, in quanto gli strumenti offerti dal Codice Civile, ovvero l'azione di responsabilità sociale da parte dei rappresentanti del socio pubblico nei confronti degli amministratori della società partecipata, subordinata - in quanto non obbligatoria e necessaria - all'iniziativa di soggetti in oggettiva posizione di contiguità con i danneggiati, non sembrano rispondere pienamente a questa esigenza, stante anche l'assenza dei poteri istruttori propri del giudice contabile.

Dall'altro lato, come precisato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 1° dicembre 2010, n. 355, occorre ponderare l'eventuale ampliamento della giurisdizione contabile in quanto l'estensione dei casi di responsabilità, se non ragionevolmente limitata in senso oggettivo, potrebbe determinare un eventuale rallentamento nell'efficacia e tempestività dell'azione amministrativa dei pubblici poteri, stante la preoccupazione dei soggetti a cui è demandato l'esercizio dell'attività amministrativa.

Non resta pertanto che attendere l'adozione dei decreti attuativi della Legge n. 124/2015, cd. Legge Madia e di quanto previsto dall'articolo 18 rubricato "Riordino della disciplina delle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche" ed il recepimento della nuova direttiva comunitaria 2014/24/UE in materia di appalti che amplia la possibilità del ricorso al modello *in house providing* ammettendo, a determinate condizioni, la partecipazione al capitale sociale da parte di soggetti privati.

[1] Il Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214 all'articolo 13 stabilisce che la Corte dei conti giudica sulla responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Con Legge 14 gennaio 1994, n. 20 "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti" il legislatore, come previsto all'articolo 1, comma 4, ha ulteriormente esteso l'ambito di giurisdizione della Corte dei conti anche alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici per i danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza.

[2] Il modello societario *in house providing* è stato elaborato dalla giurisprudenza europea con la nota sentenza Corte di Giustizia CE, 10 novembre 2005 (causa C -29/04), Teckal, nella quale sono stati definiti i tratti essenziali affinché una società a partecipazione pubblica possa costituire lo strumento tramite il quale gli enti soci affidanti provvedono all'autoproduzione di beni o servizi necessari per soddisfare gli interessi generali curati dalla pubblica amministrazione. Successivamente la giurisprudenza europea si è pronunciata specificando le caratteristiche dei suddetti requisiti, al fine di chiarire le condizioni di legittima applicazione in ambito pubblicistico del modello di società *in house*, precisando che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude che l'amministrazione possa esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi - Corte di Giustizia CE, 23 novembre 2005, C-

458/03, Parking Brixen - ammettendo invece in astratto la configurazione del controllo analogo anche nel caso di partecipazione pubblica indiretta tramite *holding* posseduta interamente dall'ente pubblico - Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/44, Carbotermo.

[3] Sul punto si veda Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 1/2008.

[4] La Corte di Cassazione rileva inoltre come la disciplina in materia di società pubbliche non sia compiuta e che le predette società non possono qualificarsi ad ogni effetto come enti pubblici ma l'assoggettamento a determinate norme dipende dall'obiettivo che il legislatore si è posto. Sul punto anche Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini" che all'articolo 4 comma 13 stabilisce <<per quanto non diversamente stabilito e salve deroghe espresse, si applica comunque (alle società a partecipazione pubblica) la disciplina del codice civile in materia di società di capitali>>.

[5] Sull'efficacia delle direttive europee nell'ordinamento interno prima del loro recepimento anche Consiglio di Stato, Sezione III, 25 novembre 2015, n. 5359, il quale precisa che le direttive che non possono essere qualificate come *self-executing* conservano comunque un'efficacia giuridica limitata che vincola sia i legislatori sia i giudici nazionali ad assicurare, nell'esercizio delle rispettive funzioni, il conseguimento del risultato voluto dalla direttiva.

[6] Al paragrafo 5 dell'articolo 12 sono specificati gli elementi ai fini della definizione della percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, e nello specifico occorre considerare ai fini della determinazione della percentuale <<il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile>>.

[7] Sulla lettura dei requisiti delineati dalla giurisprudenza per la configurazione del modello *in house providign* ai sensi della nuova direttiva comunitaria 2014/24/UE si veda Parere del Consiglio di Stato, Sezione II, 30 gennaio 2015, n. 298 in merito alla richiesta del MIUR (Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca) sulla qualificazione *in house providing* del CINECA. Di diverso avviso Consiglio di Stato, Sezione VI, 26 maggio 2015, n. 2660 che, sulla base della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ha ritenuto che il legame che sussiste tra l'Università di Catania (ente affidante) ed il CINECA non sia riconducibile al modello dell'*in house*. In particolare il Collegio ritiene che le previsioni contenute nella direttiva 2014/24/UE non assumano rilievo nel presente giudizio in quanto ancora pendente il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato.

[8] Corte dei conti, Sezione prima giurisdizionale centrale, 20 febbraio 2015, n. 178.

[9] L'articolo 16 - bis del D.L. 31 dicembre 2007 n. 248, inserito dalla Legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31 ha espressamente stabilito 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 che la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. A sostegno della propria tesi la Corte dei conti inoltre richiama la Legge 6 luglio 2012, n. 94 che, ai fini della tutela dell'integrità economica e finanziaria complessiva del paese, include nell'ambito di



applicazione della norma anche le società per azioni a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta (e loro controllate); l'articolo 4, comma 12 del Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 che ai fini dell'applicazione della norma in materia di spending review si riferisce a tutte le società detenute dalla pubblica amministrazione ai sensi di quanto previsto dall'articolo 1, comma 2 del Decreto Legislativo n. 165/2001; Legge 27 dicembre 2013, n. 147, cd. Legge di stabilità 2014 che prevede specifiche ipotesi di responsabilità erariale in merito alla gestione delle proprie partecipate da parte degli enti e l'obbligo di accantonamento da parte dell'ente di somme in uno specifico fondo per ripiano delle perdite delle società proporzionale alla quota di partecipazione.

[10] Corte dei conti, Sezione prima giurisdizionale centrale, 24 marzo 2015, n. 249.

[11] Sulla definizione di "pubblica amministrazione" si richiama l'elenco annuale delle amministrazioni pubbliche redatto dall'ISTAT, in applicazione di quanto stabilito dall'articolo 1, comma 2 della Legge 31 dicembre 2009, n. 196, sulla base dei disposizioni previste dal Sistema Europeo dei Conti (Regolamento CR n. 2223/96) ai sensi del quale, solo il rispetto dei principi in esso indicati, determina l'appartenenza o meno di un'unità istituzionale al comparto delle amministrazioni pubbliche, indipendentemente dal regime giuridico, pubblico o privato che la regola.

### **ABSTRACT**

*La nota in oggetto affronta il tema del riparto di giurisdizione in merito all'azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei dipendenti, a seguito della recente ordinanza della Sezione Unite della Corte di Cassazione n. 23306 del 2015.*

*In particolare, ripercorrendo i principi affermati già affermati in precedenti pronunce dalle Sezione Unite della Corte di Cassazione e nelle più recenti sentenze della Corte dei Conti, ci si è soffermati sulla distinzione tra i diversi tipi di società pubbliche, al fine di individuare le ipotesi in cui sussista la giurisdizione ordinaria o contabile.*

### **SOMMARIO**

1. Premessa
2. La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche
3. Considerazioni conclusive

#### **1. Premessa**

I Giudici della Suprema Corte di cassazione, Sezioni Unite, si sono recentemente pronunciati con ordinanza n. 23306 del 13 novembre 2015, occupandosi nuovamente del riparto di giurisdizione in merito all'azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica, per effetto di condotte illecite dei dipendenti.

Nel caso di specie, il Procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Lazio, conveniva in giudizio di responsabilità per atti di *mala gestio* gli amministratori ed alcuni dirigenti apicali di Alitalia S.p.a., incaricati pro tempore per il periodo 2002-2008, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni diretti cagionati al Ministero dell'Economia e delle Finanze, socio pubblico della suindicata Società.

Avverso tale citazione i ricorrenti proponevano, ai sensi dell'articolo 41 del Codice di Procedura Civile, il regolamento preventivo di giurisdizione, a seguito del quale le Sezioni Unite si sono pronunciate affermando la sussistenza della giurisdizione ordinaria, stante l'autonomia patrimoniale della società e l'inesistenza di un rapporto di servizio tra agente ed ente pubblico danneggiato, idoneo a configurare come

erariali le perdite subite dalla società.

In particolare la Corte, richiamando i principi in precedenza enunciati, ha rilevato come sulla base dell'indagine relativa all'assetto organizzativo di Alitalia S.p.a., la società non possa essere inclusa nel novero di quelle partecipate per cui, vista la natura speciale dello statuto legale, può sussistere la giurisdizione contabile, e nemmeno possa essere qualificata come società *in house providing*, in difetto dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario, in quanto la suddetta società "svolge un'attività economica e commerciale in regime di libero mercato e la sua veste giuridica non rappresenta un mero schermo di copertura di una struttura amministrativa pubblica".

## **2. La questione di giurisdizione in materia di società pubbliche**

La questione del riparto di giurisdizione in materia di società partecipate pubbliche è un tema controverso ed ampiamente dibattuto a livello giurisprudenziale e dottrinale, stante la difficoltà di individuare la disciplina applicabile alle suddette società e vista l'eterogeneità di modelli organizzativi che la pubblica amministrazione può adottare al fine di espletare le proprie finalità istituzionali, nel rispetto di quanto previsto dalla legge.

Occorre in merito precisare che la giurisdizione, funzione destinata a dare applicazione concreta alle norme giuridiche, spetta al giudice ordinario (che esercita la giurisdizione civile e penale) in tutte quelle materie che la legge non affida a diversa giurisdizione (amministrativa, contabile, tributaria).

In particolare l'articolo 103 della Costituzione riserva alla Corte dei Conti, in qualità di giudice speciale amministrativo, la giurisdizione in materia di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge<sup>[1]</sup>, avendo la competenza per decidere in ordine alle azioni di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti di pubblici dipendenti e pubblici amministratori. Nello specifico il giudizio di responsabilità amministrativa è il giudizio con il quale vengono chiamati a rendere conto del proprio operato gli amministratori e gli impiegati pubblici ai quali si imputi di aver recato danno patrimoniale all'amministrazione a seguito del proprio comportamento, doloso o colposo.

Nel caso delle società pubbliche ovvero di quelle società partecipate - in diversa misura - da enti pubblici, si pongono dubbi in merito alla sussistenza della giurisdizione ordinaria o contabile in quanto se da un lato le predette società sono soggette alla disciplina codicistica - Libro quinto, articoli 2247-2511 Codice Civile - e quindi assoggettate alla giurisdizione ordinaria, dall'altro la partecipazione del socio pubblico al capitale sociale in caso di danno arrecato al patrimonio della società a seguito di condotte illecite di dipendenti o amministratori delle stesse, risulta essere idonea a radicare la giurisdizione contabile in quanto può configurarsi la fattispecie di danno erariale, quale pregiudizio arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio.

In passato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si erano già espresse sul tema in merito alla richiesta di affermazione delle responsabilità dei danni arrecati al patrimonio delle società partecipate, prevedendo una diversa disciplina a seconda del modello societario, distinguendo tra società che svolgono un'attività imprenditoriale le cui risorse economiche provengono dalle attività in regime di mercato e concorrenza, tra le società a statuto legale che, vista la particolare organizzazione ed il servizio svolto, possono considerarsi enti pubblici e tra le società *in house providing* ovvero società che costituiscono *longa manus* della pubblica amministrazione in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario.

In particolare la Cassazione riconoscendo l'esistenza di un rapporto di servizio in capo agli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici ovvero la sussistenza di quel rapporto che lega all'ente tutti i soggetti-persone fisiche che fanno parte dell'organizzazione, ha affermato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti relativamente agli atti che esorbitano dall'esercizio di attività imprenditoriale svolta in

regime di diritto privato e possano considerarsi ricollegabili all'esercizio di poteri autoritativi di autorganizzazione [Cassazione Civile, Sezioni Unite, 2 marzo 1982, n. 1282; 21 ottobre 1983, n. 6178; 11 febbraio 2002, n. 1945/ord.; 20 febbraio 2003, n. 2605/ord].

In seguito, le medesime Sezioni Unite, con ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667, hanno affermato la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in ordine agli illeciti commessi da amministratori e dipendenti che abbiano cagionato danni agli enti pubblici economici da cui dipendono, argomentando <<che l'adozione di forme privatistiche per l'organizzazione dell'ente pubblico o per la sua attività, in ogni caso non potrebbe certo avere l'effetto di trasformare il denaro amministrato, che è pubblico – in ragione del suo provenire dalla finanza pubblica in denaro "privato", del cui buon uso sia come tale consentito disinteressarsi>>.

Tale indirizzo è stato successivamente ripreso anche in altre pronunce ed in particolare nella sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899 nella quale viene affermata la giurisdizione della Corte dei conti in quanto configurabile l'esistenza di un rapporto di servizio tra società partecipata - in via maggioritaria - e l'ente socio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione non organica bensì funzionale tra le due entità, caratterizzata dall'inserimento nell'iter procedimentale dell'ente pubblico del soggetto esterno come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo, non rilevando la natura privatistica dell'ente affidatario e dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il suddetto rapporto di servizio.

Un mutamento di indirizzo rispetto a quanto precedente affermato si è avuto con la sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, nella quale le Sezioni Unite hanno individuato quale criterio di riparto di giurisdizione la natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate, dovendo verificarsi in concreto l'esistenza di un rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione potendosi intendere come tale anche <<una relazione con la pubblica amministrazione, caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi nè la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto - nè quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica (...)>>.

Il soggetto titolare del rapporto di servizio svolge infatti un'attività amministrativa che viene espletata non solo quando "si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato". Pertanto il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile "è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno" idonea ad arrecare un pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico partecipante.

Al contrario la Cassazione ritiene che sussista la giurisdizione ordinaria in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società che impone di tenere distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti che ha invece cognizione quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento 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, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio, come nell'ipotesi di danno arrecato all'immagine dell'ente da organi della società partecipata, in quanto tale danno "anche se non comporta apparentemente una diminuzione patrimoniale alla pubblica amministrazione, è suscettibile di una valutazione economica finalizzata al ripristino del bene giuridico leso (Cassazione civile, Sezioni Unite, 2 aprile 2007, n. 8098)".

Un'ulteriore passaggio interpretativo si è avuto con la sentenza 25 novembre 2013, n. 26283 che ha sancito la giurisdizione contabile quando l'azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house providing*, in possesso dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario quali a) totale partecipazione pubblica al capitale sociale; b) l'esercizio di un controllo analogo sulla società a quello esercitato dal socio/dai soci sui propri servizi; c) la realizzazione della parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano<sup>[2]</sup>.

Con la citata sentenza si assiste ad un superamento dell'orientamento tradizionale che distingueva a seconda che l'azione avesse ad effetto un danno arrecato al patrimonio sociale o direttamente al socio pubblico.

In particolare nella sentenza in commento la Corte, dopo aver ribadito in linea generale che la società è "un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto a coloro che, di volta in volta, ne impersonano gli organi, sia rispetto ai soci ed è titolare di un proprio patrimonio, riferibile ad essa sola e non a chi detenga le azioni o quote di partecipazione" e che pertanto il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale non è idoneo a configurare la giurisdizione della Corte dei conti in quanto trattasi di un <<danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui organici conferimenti restano confusi ed assorbiti nel patrimonio sociale medesimo>>, riconosce la peculiarità del fenomeno dell'*in house providing*.

Partendo dal presupposto che in materia di società pubbliche la giurisdizione della Corte dei conti potrebbe radicarsi solo nel momento in cui "si arrivi a negare la distinzione stessa tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, e quindi tra la distinta titolarità dei rispettivi patrimoni", le società *in house providing* non possono essere considerate "come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna" e costituiscono articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano, e non dei soggetti giuridici da essa esterni ed autonomi<sup>[3]</sup>. Ne consegue che gli organi di tali società sono assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione e gli amministratori della società *in house* possono ritenersi personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio.

Pertanto visto che non può ritenersi configurato un rapporto di alterità tra ente pubblico partecipante e la società *in house* "è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità" ed "il danno eventualmente inferito al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico" dovendosi pertanto riconoscere in materia la giurisdizione della Corte dei conti<sup>[4]</sup>.

Gli stessi principi vengono poi successivamente confermati da parte della stessa Corte con ordinanza 24

marzo 2015, n. 5848, riguardante la proposizione di regolamento preventivo di giurisdizione, in cui si afferma, la sussistenza della giurisdizione ordinaria nel caso di società totalmente partecipata in difetto dei requisiti previsti dall'ordinamento comunitario per la configurazione del modello in *house providing*, che devono essere consacrati nello statuto sociale, in virtù del quale può riconoscersi l'esistenza di un vero e proprio rapporto di servizio tra gli organi sociali e l'ente socio, in quanto sussiste una subordinazione degli organi amministrativi alla volontà della pubblica amministrazione al punto da renderli assimilabili ad una sua articolazione interna.

Per quanto riguarda il fenomeno delle società *in house providing* è opportuno richiamare quanto previsto nella Direttiva comunitaria 2014/24/UE sugli appalti pubblici (che abroga la direttiva 2004/18/CE ed in corso di recepimento<sup>[5]</sup>) e nello specifico l'articolo 12 rubricato "Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico", che fissa per la prima volta a livello normativo, per certi versi in maniera innovativa rispetto al consolidato orientamento giurisprudenziale, le condizioni di esclusione che devono contemporaneamente sussistere affinché l'affidamento diretto nei confronti di tali soggetti non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva sugli appalti pubblici.

Tali requisiti sono a) l'esercizio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un controllo analogo a quello esercitato da questa sui propri servizi; b) che il soggetto svolga oltre 80% della propria attività nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice<sup>[6]</sup>; c) che non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati nella persona giuridica controllata "ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

La direttiva poi specifica che il controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi sussiste quando "un'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, legittimando l'esercizio del controllo anche da parte di una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice".

Viene poi espressamente legittimato l'affidamento diretto anche nell'ipotesi di controllo analogo cd. indiretto ovvero "quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata" (articolo 12, paragrafo 2) e qualora, in presenza dei requisiti sopra richiamati alle lettere a) e b), l'affidamento avvenga da parte di un'amministrazione aggiudicatrice che esercita il controllo analogo congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, come previsto al paragrafo 3 dell'articolo 12<sup>[7]</sup>.

Oltre al fenomeno delle società *in house providing* la Corte di cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi in merito alla questione di giurisdizione relativa ad alcune particolari tipologie di società che, nonostante la veste formale, dal punto di vista sostanziale sono assimilabili da una pubblica amministrazione, per cui spetta al giudice contabile la giurisdizione in materia di danno arrecato da dipendenti o amministratori al patrimonio sociale [Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza 22 dicembre 2009, n. 27092 relativamente a Radio Televisione Italiana S.p.A.; Cassazione Civile, Sezioni

Unite, ordinanza 3 marzo 2010, n. 5032 relativamente a ENAV S.p.A.; Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 9 luglio 2014, n. 15594 relativamente a ANAS S.p.A.].

In particolare la Cassazione rileva che ai fini della sussistenza della giurisdizione contabile è necessario aver riguardo degli scopi perseguiti dalla società e della natura del danno che deve essere idoneo ad arrecare un pregiudizio diretto al patrimonio dell'ente socio - come nel caso di danno all'immagine - o trovare fondamento nel comportamento 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 o li abbia comunque esercitati in modo tale da pregiudicare il valore della partecipazione.

In merito alla questione del riparto di giurisdizione occorre ulteriormente rilevare le posizioni assunte dalla Corte dei conti che in parte si discostano da quanto affermato dalla Corte di cassazione.

In particolare il giudice contabile, nella sentenza n. 178 del 2015, avente ad oggetto l'appello proposto dal Procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la regione Lombardia avverso il diniego di giurisdizione contabile nel caso di società partecipata da un ente pubblico<sup>[8]</sup>, rileva come la Cassazione con la sentenza n. 26283 del 2013 abbia determinato un'ingiustificata disparità di trattamento tra le diverse tipologie di società pubbliche, in quanto, coerentemente con i principi dell'ordinamento comunitario che non ammette distinzioni sulla base della natura formale del soggetto agente, la giurisdizione contabile deve ritenersi sussistere non solo per le società *in house providing* ma per tutte le società a totale partecipazione pubblica (o pressoché tale) in quanto, sebbene le stesse siano dotate di un patrimonio separato, questo è pur sempre riconducibile all'ente pubblico. In caso contrario si rischierebbe un vuoto di tutela nell'ordinamento, ben potendo, come affermato dalla Corte, concorrere l'azione erariale con l'azione civile prevista dagli articoli 2395 e 2476, comma 6, Codice Civile, in quanto 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".

La Corte di conti rileva inoltre che quando il legislatore ha voluto escludere la giurisdizione della Corte di conti in materia di società pubbliche lo ha fatto con disposizioni espresse e pertanto, nei casi non espressamente derogati, la giurisdizione spetta al giudice contabile<sup>[9]</sup>.

Gli stessi argomenti sono richiamati nella successiva sentenza n. 249 del 2015<sup>[10]</sup> avente ad oggetto l'impugnazione della sentenza della sezione giurisdizionale Toscana n. 47 del 2014 che, rinviando ai principi di cui alla sentenza Cassazione Civile n. 26283 del 2013, negava la sussistenza della giurisdizione contabile nel caso di società *holding* partecipata in via pressoché totalitaria da un Comune.

La sezione di appello rileva al contrario come sia necessario, ai fini della definizione della questione di giurisdizione, evidenziare la natura strumentale della società costituita per la produzione di servizi a favore dell'ente stesso che, in quanto *holding* "si pone o come una mera interposizione tra il Comune e la società di servizi al fine di detenere le azioni o come coordinatrice "sotto il profilo patrimoniale, finanziario, amministrativo, tecnico ed organizzativo, delle società ed enti in cui partecipa" svolgendo, quindi funzioni di esse proprie" e pertanto non può che partecipare della loro natura anche ai fini del radicamento della giurisdizione.

### **3. Considerazioni conclusive**

Come rilevato dalla numerosa giurisprudenza sopra richiamata, ad eccezione del fenomeno delle società *in house providing* e delle cd. società legali, per cui, sulla base della giurisprudenza prevalente, può dirsi affermata la giurisdizione contabile nel caso di azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei dipendenti, ad oggi non può ritenersi

pacificamente risolto il problema della giurisdizione sulle altre società partecipate da enti pubblici.

Infatti l'esistenza di una molteplicità di soggetti che perseguono la finalità pubblicistica di realizzare l'interesse generale della collettività<sup>[1]</sup> e l'assenza di una disciplina complessiva del fenomeno delle società pubbliche, rende ancor più pregnante l'esigenza di addivenire ad una riorganizzazione completa del sistema delle partecipazioni pubbliche, che definisca tra l'altro le questioni di giurisdizione in materia al fine di garantire un reale ed efficace livello di tutela del pubblico Erario, in quanto gli strumenti offerti dal Codice Civile, ovvero l'azione di responsabilità sociale da parte dei rappresentanti del socio pubblico nei confronti degli amministratori della società partecipata, subordinata - in quanto non obbligatoria e necessaria - all'iniziativa di soggetti in oggettiva posizione di contiguità con i danneggiati, non sembrano rispondere pienamente a questa esigenza, stante anche l'assenza dei poteri istruttori propri del giudice contabile.

Dall'altro lato, come precisato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 1° dicembre 2010, n. 355, occorre ponderare l'eventuale ampliamento della giurisdizione contabile in quanto l'estensione dei casi di responsabilità, se non ragionevolmente limitata in senso oggettivo, potrebbe determinare un eventuale rallentamento nell'efficacia e tempestività dell'azione amministrativa dei pubblici poteri, stante la preoccupazione dei soggetti a cui è demandato l'esercizio dell'attività amministrativa.

Non resta pertanto che attendere l'adozione dei decreti attuativi della Legge n. 124/2015, cd. Legge Madia e di quanto previsto dall'articolo 18 rubricato "Riordino della disciplina delle partecipazioni delle amministrazioni pubbliche" ed il recepimento della nuova direttiva comunitaria 2014/24/UE in materia di appalti che amplia la possibilità del ricorso al modello *in house providing* ammettendo, a determinate condizioni, la partecipazione al capitale sociale da parte di soggetti privati.

<sup>[1]</sup> Il Regio Decreto 12 luglio 1934, n. 1214 all'articolo 13 stabilisce che la Corte dei conti giudica sulla responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Con Legge 14 gennaio 1994, n. 20 "Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti" il legislatore, come previsto all'articolo 1, comma 4, ha ulteriormente esteso l'ambito di giurisdizione della Corte dei conti anche alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici per i danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza.

<sup>[2]</sup> Il modello societario *in house providing* è stato elaborato dalla giurisprudenza europea con la nota sentenza Corte di Giustizia CE, 10 novembre 2005 (causa C -29/04), Teckal, nella quale sono stati definiti i tratti essenziali affinché una società a partecipazione pubblica possa costituire lo strumento tramite il quale gli enti soci affidanti provvedono all'autoproduzione di beni o servizi necessari per soddisfare gli interessi generali curati dalla pubblica amministrazione. Successivamente la giurisprudenza europea si è pronunciata specificando le caratteristiche dei suddetti requisiti, al fine di chiarire le condizioni di legittima applicazione in ambito pubblicistico del modello di società *in house*, precisando che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude che l'amministrazione possa esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi - Corte di Giustizia CE, 23 novembre 2005, C-458/03, Parking Brixen - ammettendo invece in astratto la configurazione del controllo analogo anche nel caso di partecipazione pubblica indiretta tramite *holding* posseduta interamente dall'ente pubblico - Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, C-340/44, Carbotermo.

<sup>[3]</sup> Sul punto si veda Consiglio di Stato, Adunanza plenaria n. 1/2008.

<sup>[4]</sup> La Corte di Cassazione rileva inoltre come la disciplina in materia di società pubbliche non sia compiuta

e che le predette società non possono qualificarsi ad ogni effetto come enti pubblici ma l'assoggettamento a determinate norme dipende dall'obiettivo che il legislatore si è posto. Sul punto anche Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini" che all'articolo 4 comma 13 stabilisce <<per quanto non diversamente stabilito e salve deroghe espresse, si applica comunque (alle società a partecipazione pubblica) la disciplina del codice civile in materia di società di capitali>>.

[5] Sull'efficacia delle direttive europee nell'ordinamento interno prima del loro recepimento anche Consiglio di Stato, Sezione III, 25 novembre 2015, n. 5359, il quale precisa che le direttive che non possono essere qualificate come *self-executing* conservano comunque un'efficacia giuridica limitata che vincola sia i legislatori sia i giudici nazionali ad assicurare, nell'esercizio delle rispettive funzioni, il conseguimento del risultato voluto dalla direttiva.

[6] Al paragrafo 5 dell'articolo 12 sono specificati gli elementi ai fini della definizione della percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, e nello specifico occorre considerare ai fini della determinazione della percentuale <<il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto. Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile>>.

[7] Sulla lettura dei requisiti delineati dalla giurisprudenza per la configurazione del modello *in house providign* ai sensi della nuova direttiva comunitaria 2014/24/UE si veda Parere del Consiglio di Stato, Sezione II, 30 gennaio 2015, n. 298 in merito alla richiesta del MIUR (Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca) sulla qualificazione *in house providing* del CINECA. Di diverso avviso Consiglio di Stato, Sezione VI, 26 maggio 2015, n. 2660 che, sulla base della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ha ritenuto che il legame che sussiste tra l'Università di Catania (ente affidante) ed il CINECA non sia riconducibile al modello dell'*in house*. In particolare il Collegio ritiene che le previsioni contenute nella direttiva 2014/24/UE non assumano rilievo nel presente giudizio in quanto ancora pendente il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato.

[8] Corte dei conti, Sezione prima giurisdizionale centrale, 20 febbraio 2015, n. 178.

[9] L'articolo 16 - bis del D.L. 31 dicembre 2007 n. 248, inserito dalla Legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31 ha espressamente stabilito 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 che la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. A sostegno della propria tesi la Corte dei conti inoltre richiama la Legge 6 luglio 2012, n. 94 che, ai fini della tutela dell'integrità economica e finanziaria complessiva del paese, include nell'ambito di applicazione della norma anche le società per azioni a totale partecipazione pubblica, diretta ed indiretta (e loro controllate); l'articolo 4, comma 12 del Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 che ai fini dell'applicazione della norma in materia di *spending review* si riferisce a tutte le società detenute dalla pubblica amministrazione ai sensi di quanto previsto dall'articolo 1, comma 2 del Decreto Legislativo n. 165/2001; Legge 27 dicembre 2013, n. 147, cd. Legge di stabilità 2014 che prevede specifiche ipotesi di



responsabilità erariale in merito alla gestione delle proprie partecipate da parte degli enti e l'obbligo di accantonamento da parte dell'ente di somme in uno specifico fondo per ripiano delle perdite delle società proporzionale alla quota di partecipazione.

[10] Corte dei conti, Sezione prima giurisdizionale centrale, 24 marzo 2015, n. 249.

[11] Sulla definizione di "pubblica amministrazione" si richiama l'elenco annuale delle amministrazioni pubbliche redatto dall'ISTAT, in applicazione di quanto stabilito dall'articolo 1, comma 2 della Legge 31 dicembre 2009, n. 196, sulla base dei disposizioni previste dal Sistema Europeo dei Conti (Regolamento CR n. 2223/96) ai sensi del quale, solo il rispetto dei principi in esso indicati, determina l'appartenenza o meno di un'unità istituzionale al comparto delle amministrazioni pubbliche, indipendentemente dal regime giuridico, pubblico o privato che la regola.

**TAG:** *società pubbliche, civile*

---

### **Avvertenza**

*La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.*