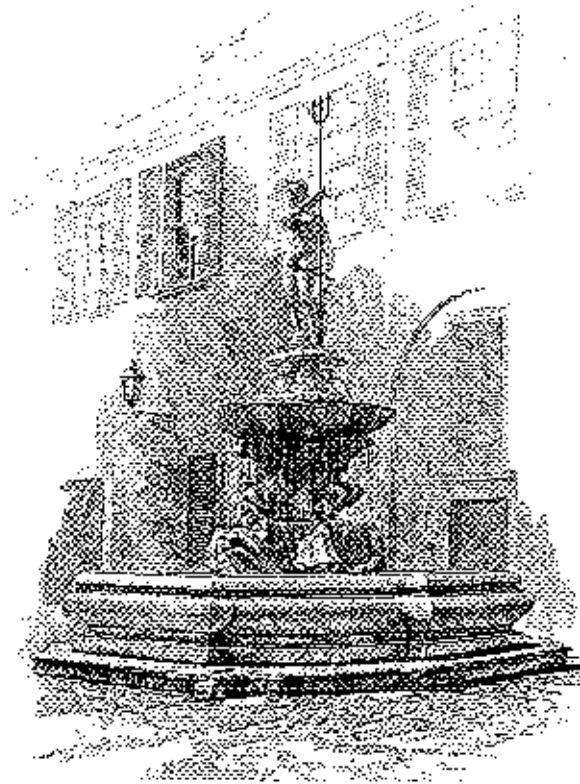




ORDINE
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI
CONTABILI

**La responsabilità amministrativa per danni arrecati dagli
Amministratori al patrimonio di una S.p.A. in mano pubblica
(Commento a Cassazione SS.UU. Civili – Sentenza 19/12/2009 n. 26806)**



A cura di Luciano Aldo Ferrari

Commissione Consultiva diritto societario e commerciale

Coordinatore: Luciano Aldo Ferrari. Delegato del Consiglio: Marco Mattei.
Membri: Elisabetta Casella, Cristian Carini, Antonio Chirotti, Alberto Facella, Francesca Ghidini,
Stefania Olivari, Erica Sardo.

INDICE

MASSIMA	PAG.	2
1. IL FATTO	"	2
2. TEMATICA PRINCIPALE	"	2
2.1 PRINCIPI GENERALI	"	3
2.2 LA SOCIETÀ DI DIRITTO PRIVATO PARTECIPATA DA ENTE PUBBLICO	"	4
2.3 IL DANNO DIRETTO: IL DANNO D'IMMAGINE	"	6
2.4 IL DANNO CAGIONATO AL PATRIMONIO DELLA SOCIETÀ	"	6
3. ESERCIZIO DELLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ IN SEDE CIVILE	"	7
4. PER CONCLUDERE	"	8

**La responsabilità amministrativa per danni arrecati dagli
Amministratori al patrimonio di una S.p.A. in mano pubblica
(Commento a Cassazione SS.UU. Civili – Sentenza 19/12/2009 n. 26806)**

Massima

Gli Amministratori di una Società per Azioni in mano pubblica possono essere chiamati a rispondere davanti alla Corte dei Conti solamente per i danni arrecati in via diretta al socio pubblico (ad es. il danno d'immagine), non anche, invece, per i danni arrecati al patrimonio della società, per i quali gli unici rimedi esperibili sono quelli previsti dalle disposizioni del Codice Civile (azione sociale di responsabilità o azione dei creditori sociali).

Con un complesso ed articolato iter logico-giuridico, le SS.UU. civili hanno affermato il principio di cui alla massima riportata esaminando la diversa rilevanza del danno provocato dalla *mala gestio* in una società per azioni in mano pubblica riferente al riversarsi degli effetti verso il patrimonio della società e, quindi, verso le partecipazioni sociali oppure verso l'ente pubblico partecipante in relazione alla lesione della sua immagine.

1. Il fatto

Con atto di citazione dell'aprile 2005 la Procura regionale della Corte dei Conti per la Lombardia citava in giudizio gli esponenti di Enipower SpA in relazione a molteplici condotte illecite dai medesimi tenute nell'affidamento e successiva gestione di appalti in danno di società pubbliche.

Con sentenza del 09 novembre 2005, la Sezione regionale di I° grado della Corte dei Conti accoglieva solo parzialmente la domanda risarcitoria, sia con riferimento al danno patrimoniale diretto che al danno d'immagine.

Proposto appello, la Sezione giurisdizionale centrale della Corte dei Conti, con sentenza del 3 dicembre 2008, rigettava gli appelli dei convenuti tanto affermando la propria competenza quanto ritenendo sussistente la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione azionaria pubblica ed effettivamente sussistente la stessa nella fattispecie.

Inevitabile il ricorso alla Corte di Legittimità che ha provveduto a SS.UU.

2. Tematica principale

Con l'impugnata sentenza la Corte dei Conti ha affermato la sussistenza della responsabilità amministrativa degli amministratori di s.p.a. a partecipazione pubblica, mentre tale responsabilità, a parere dei ricorrenti, non era ipotizzabile, segnatamente tenuto conto che l'Enel svolgeva attività di impresa su mercati liberi, esercitata con finalità di lucro e senza finalità pubblicistiche, con conseguente difetto di giurisdizione della Corte dei Conti.

Il problema, quindi, si poneva tanto nell'analizzare se agli amministratori di una s.p.a. cosiddetta "in mano pubblica" fossero applicabili le norme del diritto societario o se, data la presenza di capitali pubblici, prevalesse la responsabilità amministrativa e, quindi, la giurisdizione della Corte dei Conti. Osserva la S.C. che non è argomento in principalit  definire se, come e quando una s.p.a. "pubblica" risponda, come persona giuridica, per danno erariale alla Pubblica Amministrazione, quanto stabilire sulla base di quale statuto gli amministratori o i dipendenti di una s.p.a. "pubblica" rispondano dei danni ad essa direttamente prodotti ed indirettamente riflessi sulla P.A., in quanto titolare della partecipazione azionaria.

La differenza appare rilevante, se si considera che nel primo caso la s.p.a. "pubblica"   il soggetto responsabile del danno che deve risarcire col proprio patrimonio sociale, nel secondo caso essa diviene il soggetto danneggiato il cui patrimonio deve essere reintegrato.

2.1 principi generali

Il limite esterno della giurisdizione della Corte dei Conti trova la sua fonte nel disposto di cui all'art. 103, comma secondo, Cost., a tenore del quale la "Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilit  pubblica e nelle altre specificate dalla legge". In termini generali, il contenuto ed i limiti della giurisdizione della Corte dei Conti in tema di responsabilit  ricevono fonte normativa nella previsione dell'art. 13 del r.d. 12 luglio 1934 n. 1214, secondo cui la corte giudica sulla responsabilit  per danni arrecati all'erario dai pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Tali limiti sono stati successivamente ampliati dall'art. 1, quarto comma, della l. 14 gennaio 1994 n. 20, che ha esteso il giudizio della Corte dei conti alla responsabilit  di amministratori e dipendenti pubblici anche per danni cagionati ad amministrazioni od enti pubblici diversi da quelli di appartenenza. Dal che discende che detta giurisdizione contabile non   circoscritta alle sole ipotesi di responsabilit  contrattuale dell'agente, ma pu  esplicarsi anche in caso di responsabilit  aquiliana.

Si  , perci , affermato che, quando si discute del riparto della giurisdizione fra Corte dei conti e giudice ordinario, occorre aver riguardo al rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, ma che per tale pu  rendersi 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'attivit , senza che rilevi n  la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – n  quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica. 1

L'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra, quindi, una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dallo strumento contrattuale con il quale si

¹ Cass. SS.UU. 3 luglio 2009, n. 15599; 31 gennaio 2008, n. 2289; 22 febbraio 2007, n. 4112; 20 ottobre 2006, n. 22513; 5 giugno 2000, n. 400; ed altre conformi.

sia costituito ed attuale il rapporto. 2 Tale soggezione si concretizza anche se l'estraneo venga investito solo di fatto dello svolgimento di una data attività in favore della P.A. 3 ed anche se difetti una gestione del denaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo procedure di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto. 4

Si è sottolineato che si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato; con la conseguenza – si è precisato – che, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della corte 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 foriera di danno. 5

Quanto sin qui affermato vale certamente per gli enti pubblici economici, i quali restano nell'alveo della pubblica amministrazione pur quando eventualmente operino con strumenti di diritto privato; occorre stabilire, allora, entro quali limiti possa pervenirsi alla medesima conclusione nel diverso caso della responsabilità di amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico, essendo che queste non perdono la loro natura di enti privati pur in presenza di conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico.

Il codice civile dedica alla s.p.a. a partecipazione pubblica solo alcune scarse disposizioni, attualmente previste dall'art. 2449 (come modificato dall'art. 13 della l. 25 febbraio 2008, n. 34, a seguito della pronuncia della Corte di giustizia delle Comunità europee, 6 dicembre 2007, n. 463/04), essendo stato il successivo art. 2450 ormai abrogato dall'art. 3, primo comma, del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con modificazioni dalla l. 6 aprile 2007, n. 146. Pur tuttavia le citate, residue, disposizioni codicistiche non realizzano uno "statuto speciale" per le s.p.a. in mano pubblica, salvo per i profili inerenti alla nomina e revoca degli organi sociali, ivi contemplati, né comunque investono il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme civilistiche: in particolare si veda il secondo comma dell'art. 2449, a tenore del quale anche i componenti degli organi amministrativi e di controllo di nomina pubblica "hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea". Né pare possa porsi in dubbio che il medesimo principio vale anche per le società a responsabilità limitata eventualmente partecipate da un ente pubblico, in difetto di qualsiasi specifica disposizione del codice che se ne occupi.

2.2 La società di diritto privato partecipata da ente pubblico

E' assai frequente che problemi diversi sorgano allorché il modello giuridico-formale prescelto entra in tensione con il fenomeno economico sottostante, come accade, ad esempio, nel caso in cui lo Stato o altro ente pubblico assuma una partecipazione in una società per perseguire, per quel mezzo, finalità di rilevanza pubblica.

² Cass. SS.UU. 27 settembre 2006, n. 20886; 1° aprile 2008, n. 8409; 1° marzo 2006, n. 4511)

³ Cass. SS.UU. 9 settembre 2008, n. 22652

⁴ Cass. SS.UU. 12 ottobre 2004, n. 20132

⁵ Cass. SS.UU. 25 maggio 2005, n. 10973; 20 giugno 2006, n. 14101; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3367.

In questo contesto è interessante esaminare, seppur brevemente, Cassaz. SS.UU. 26 febbraio 2004, n. 3899 che, dopo aver confermato il rapporto funzionale esistente fra una s.p.a. costituita con capitale maggioritario di un Comune (per lo svolgimento di attività di pubblico interesse) e l'ente territoriale medesimo, ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti nelle controversie in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale riguardante gli amministratori ed i dipendenti di una siffatta società.

Si osservi, però, che la portata di questa affermazione non appare del tutto univoca in quanto la medesima sentenza si perita, per un verso, di precisare che l'elemento determinante la decisione era, nella fattispecie, costituito dal rapporto di servizio intercorrente fra la società privata ed il comune (piuttosto che dal rapporto partecipativo e dal conseguente investimento di risorse finanziarie pubbliche nel patrimonio della società privata) e, per altro verso di affermare che il problema, nel caso in cui il danno sofferto dal Comune partecipante alla società fosse diretto, o meramente di riflesso, rispetto a quello arrecato al patrimonio sociale, avrebbe costituito un profilo estraneo al giudizio sui limiti della giurisdizione.

Ed è proprio sotto quest'ultima ottica che la sentenza qui in commento ha focalizzato i motivi della propria decisione.

Va anzitutto affermato che la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, deve essere tenuta assolutamente distinta dalle posizioni personali degli amministratori, dei sindaci e degli organi di controllo della società stessa, essendo che questi non si identificano con la società ed a ciò conseguendo l'impossibilità di riferire loro, con tutta semplicità, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte.

Pur tuttavia la superiore osservazione non soddisfa i criteri per chiudere ogni possibile spazio alla giurisdizione della Corte dei conti in relazione ad eventuali atteggiamenti illegittimi imputabili agli organi sociali della società a partecipazione pubblica, dai quali sia sopraggiunto un danno al socio pubblico.

Nelle righe che precedono si è affermato che la giurisdizione contabile possa riferirsi anche ad ipotesi di responsabilità aquiliana e, ciò, anche difettando una formale investitura pubblica dell'agente.

In tal contesto deve essere richiamata la disposizione di cui all'art. 16-bis della l. 28 febbraio 2008 n. 31 (che ha convertito il d.l. 31 dicembre 2007, n. 248), così concepita: "Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario"

La citata ultima norma sembra aprire un'arca naturale di competenza giurisdizionale diversa da quella ordinaria: diversamente non si capirebbe la ragione per cui il legislatore abbia inteso stabilire che limitatamente alle società per azioni quotate, o loro controllate, con partecipazione pubblica inferiore al 50%, la giurisdizione spetti in via esclusiva al giudice ordinario.

Occorre, allora, verificare entro quali limiti, al di fuori del circoscritto campo d'azione della citata disposizione, sia ancora configurabile la giurisdizione del giudice ordinario o del giudice contabile.

Nel difetto di disposizioni esplicite in tal senso, occorre fare riferimento ai principi generali ed alle linee portanti del sistema. Qui, allora, trova effettivo rilievo la già cennata distinzione fra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dagli artt. 2393 e ss. c, per le s.r.l., dal primo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2476 c.c.) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti dei singoli soci o terzi (prevista e disciplinata, per le s.p.a., dall'art. 2395 e, per le s.r.l., dal sesto comma del citato art. 2476).

2.3 Il danno diretto: il danno d'immagine

Si abbia, ad esempio, il danno all'immagine dell'ente pubblico⁶ che derivi da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata: danno che si può concretizzare immediatamente in capo all'ente pubblico, per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati, e che non si identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale (indipendentemente dalla possibile coesistenza di un autonomo e distinto danno d'immagine alla società stessa).

In tal ultimo caso non pare possa porsi in dubbio la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti; attingendo in tal senso il convincimento dall'art. 17, comma 30-ter, della l. 3 agosto 2009 n. 102 (quale risulta dopo le modifiche apportate dal d.l. in pari data, n. 103, convertito con ulteriori modificazioni nella l. 3 ottobre 2009 n. 141), che disciplina e limita le modalità d'azione della magistratura contabile appunto in caso di danno all'immagine. Del pari non si vede come la medesima regola stabilita per i dipendenti non debba valere anche per gli amministratori e gli organi di controllo della società a partecipazione pubblica.

2.4 Il danno cagionato al patrimonio della società

Nel senso di negare la competenza del giudice contabile si perviene nel caso in cui l'azione sia proposta per reagire ad un danno arrecato al patrimonio sociale.

Si è già affermato, nelle righe che precedono, che non può configurarsi alcun rapporto di servizio fra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente l'organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso da atti di mala gestio.

Parimenti non può parlarsi di "danno erariale", inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che dell'indicata società sia partecipe.

L'autonomia patrimoniale perfetta della società di capitali e l'assoluta indifferenza fra il patrimonio sociale e quello dei singoli soci non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno derivante dall'illegittimo comportamento degli organi sociali.

Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno riferito alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che

⁶ Cass.SS.UU. 20 giugno 2007, n. 14297

per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio. ⁷

Appare, allora, evidente come il danno inferito dagli organi sociali al patrimonio della società, che nel sistema civilistico può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di un'azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti, perché non implica alcun danno erariale, bensì un danno sofferto da un soggetto privato (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 originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale (letteralmente la sentenza in esame).

La coerenza di tale conclusione radica nell'impossibilità di realizzare, in altro modo, un soddisfacente coordinamento sistematico fra l'azione di responsabilità avanti il giudice contabile e l'esercizio delle azioni di responsabilità civilistiche (sociale e dei creditori sociali).

L'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali previste dal codice civile: è sufficiente dire che la prima è obbligatoria, le altre discrezionali; la prima ha finalità essenzialmente sanzionatoria (onde non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito), le altre hanno scopo ripristinatorio; la prima richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile contro gli eredi del soggetto responsabile del danno, per le altre è sufficiente anche la colpa lieve ed il debito risarcitorio è pienamente trasmissibile agli eredi.

Anche volendo ipotizzare un possibile concorso fra l'azione del procuratore contabile e l'azione sociale di responsabilità contemplata dal codice civile, occorrerebbe poter individuare il modo di disciplinare tale concorso, stante la descritta diversità e caratteristiche delle differenti azioni.

L'assoluta assenza di coordinamento normativo a tal proposito è indice chiarificatore della non configurabilità, in simili situazioni, di un'azione diversa da quelle previste dal codice civile, che possa dirsi destinabile a ricadere nella giurisdizione contabile.

3. Esercizio delle azioni di responsabilità in sede civile

Corre doveroso osservare, oltre a quanto già detto, che l'esclusione dell'ipotizzata giurisdizione contabile per l'azione di risarcimento di danni occorsi al patrimonio della partecipata da un ente pubblico neppure provoca, a ben vedere, il rischio di una lacuna dell'interesse pubblico coinvolto nella descritta fattispecie.

Nella disciplina della società azionaria – ed in misura maggiore in quella della s.r.l. – l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità non è più monopolio dell'assemblea e non è più, quindi, unicamente rimessa alla discrezionalità della maggioranza dei soci. Una minoranza qualificata dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393-bis c.c.) ed addirittura ciascun singolo socio della s.r.l. (art. 2476, terzo comma, c.c.) sono infatti legittimati ad esercitare tale azione (anche nel proprio

⁷ Ex pluribus, Cassaz. 5 agosto 2008, n. 21130; 3 aprile 2007, n. 8359; 27 giugno 1998, n. 6364; e 28 febbraio 1998, n. 2251.

interesse, ma a beneficio della società) eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza. Ne consegue che, trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è normalmente in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle indicate azioni civili. Se ciò non facesse e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico avesse a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente pubblico partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. E in tal ultima prospettazione ben vi è competenza del giudice contabile.

4. Per concludere

Per le domande relative ai danni conseguenti alla vulnerazione del patrimonio sociale va esclusa la competenza della Corte dei conti non trattandosi di un danno erariale.

La giurisdizione della corte dei conti deve, invece, ritenersi configurabile nei confronti di chi, all'interno dell'ente pubblico partecipante, avesse omesso di adottare, essendo chiamato a farlo, un comportamento volto all'esercizio da parte del socio – pubblica amministrazione – dell'azione asociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, con conseguente danno della società partecipata e, dunque, dell'ente pubblico partecipante.

Va, ancora, affermata la competenza della Corte dei conti solo relativamente al danno indiretto, quello d'immagine, subito dalla Pubblica Amministrazione in conseguenza della mala gestio della partecipata.

Infatti 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. ⁸

⁸ Cassaz, civ. SS.UU., 2 Aprile 2007, n. 8098.