

## **Le società in house non sono vere società (e quindi materia di giurisdizione della corte dei conti). Annotazione alla sentenza della corte di cassazione, sezioni unite, n. 26283/2013**

di Alberto Rissolio

Parole chiave: responsabilità amministrativa, giurisdizione, società private a partecipazione pubblica, in house providing.

Riferimenti normativi: art. 103, comma 2, Cost.; art. 13 r.d. 12/07/1934, n. 1214; art. 1, comma 4, l. 14/01/1994, n. 20, artt. 2393, 2393 bis e 2395 c.c.

Massima: Spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house.

Con la sentenza n. 26283/2013 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione tornano ad occuparsi di riparto di giurisdizione in materia di responsabilità per mala gestio degli amministratori di società private a partecipazione pubblica, scrivendo un nuovo capitolo di un percorso che ormai da tempo impegna giurisprudenza e dottrina. In materia, infatti, si sovrappongono in modo apparentemente inestricabile, la giurisdizione del Giudice ordinario in tema di responsabilità degli amministratori di società di capitali (artt. 2393 e 2395 c.c.) e la giurisdizione della Corte dei conti sul danno erariale, in applicazione dell'art. 103 Cost.

Al fine di meglio comprendere il contenuto della sentenza in esame, pare utile, in via di premessa, ricordare che l'ambito di intervento riconosciuto alla Corte dei conti in tema di danno erariale originariamente previsto dall'art. 13 del r.d. 1214/1934, ha subito, negli anni, un significativo ampliamento.

Ciò, talora, è avvenuto in forza di espressa previsione legislativa, come nel caso dell'art. 1 l. 20/1994, che ha ricompreso nel concetto di responsabilità amministrativa l'ipotesi di danno erariale arrecato ad amministrazione diversa da quella di appartenenza (c.d. danno obliquo). Più in generale, però, è stata la giurisprudenza ad adottare un approccio estensivo, in considerazione del fatto che oggi l'amministrazione persegue le proprie finalità anche mediante attività disciplinate in tutto o in parte dal diritto privato. Ciò che fonda la giurisdizione del giudice contabile, secondo questo più recente orientamento, non è tanto la condizione giuridica pubblica dell'agente, quanto la «natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate».

Ben può essere, così, sottoposto a controllo della Corte dei conti l'operato di un soggetto privato concessionario di pubblico servizio, laddove esso sia investito dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche o, allo stesso modo, il privato che illegittimamente distrae contributi pubblici a danno dell'amministrazione. In altri termini, anche la società privata funzionalmente connessa all'amministrazione pubblica in forza di un rapporto di servizio latamente inteso è soggetto perseguibile per danno erariale.

Più complessa è stata, invece, l'individuazione del giudice competente a giudicare in ordine all'operato di quegli amministratori o dipendenti di società private, ma a partecipazione pubblica, che, con la loro cattiva gestione arrechino danno alla società stessa. Dette società, infatti, sono

spesso create dagli stessi enti pubblici proprio allo scopo di perseguire i propri fini e quasi sempre rientrano nel concetto comunitario di organismi di diritto pubblico, ma si configurano come soggetti autonomi e distinti rispetto ai loro amministratori, in quanto dotati di propria personalità giuridica, assumendo la veste di società di capitali. Ciò significa, in buona sostanza, che il rapporto di servizio, che sicuramente lega la società all'ente, non necessariamente si può intendere esteso agli amministratori, incardinati nell'ambito del soggetto privato. In parallelo, se è certo vero che la cattiva amministrazione della partecipata determina un pregiudizio patrimoniale per il socio pubblico, è altrettanto vero che esso si configura solo in via indiretta, mediata dalla perdita di valore della partecipazione stessa.

Risolta a favore della giurisdizione della Corte dei conti la questione relativa agli amministratori di enti pubblici economici (che però sono comunque enti pubblici), per quanto concerne gli amministratori di società di capitali private, la giurisprudenza ha faticato a trovare un punto di approdo stabile.

Se il giudice contabile, sin dagli anni 2000, ha mostrato un prevalente orientamento volto al riconoscimento della propria giurisdizione soprattutto attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di rapporto di servizio, la Cassazione ha mantenuto un atteggiamento oscillante, non certo aiutato dal legislatore (si veda l'art. 16 bis del d.l. 248/2007 conv. in l. 31/2008, che si occupa della responsabilità degli amministratori e dipendenti per le società a partecipazione pubblica inferiore al 50% con azioni quotate in mercati regolamentati, attribuendo i relativi giudizi alla giurisdizione ordinaria).

Un tentativo di ricostruzione sistematica della questione è sicuramente costituito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 26806/2009, che ha fissato alcuni principi guida, chiarendo che:

- spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti dal patrimonio di una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, in quanto l'autonoma personalità giuridica propria della società di capitali non consente di individuare alcun rapporto di servizio tra agente e ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato ad enti pubblici: mancano, dunque, sia l'elemento soggettivo che quello oggettivo per riconoscere la giurisdizione del giudice contabile;
- in queste ipotesi, il socio pubblico può quindi ricorrere solamente ai normali rimedi civilistici riconosciuti a tutti i soci dagli artt. 2393 e 2393 bis c.c. (ovvero l'azione sociale di responsabilità);
- può, invece, incorrere in responsabilità amministrativa l'organo dell'ente pubblico partecipante che ometta, con colpa grave, di coltivare l'azione civilistica di responsabilità a tutela della partecipazione azionaria pubblica;
- caso diverso è invece quello previsto dall'art. 2395 c.c., in cui l'amministratore o il dipendente abbia arrecato danno non alla società, ma ad un singolo socio: in tali ipotesi, laddove il singolo socio danneggiato sia una pubblica amministrazione (si pensi al caso di un danno all'immagine), la giurisdizione spetta alla Corte dei conti.

Uno schema ricostruttivo, quello descritto, che ha trovato sostanziale conferma nelle successive pronunce della Cassazione, ma non unanime adesione da parte dei giudici contabili.

Si consideri la fattispecie concreta alla base della sentenza in commento: una società ad integrale partecipazione pubblica costituita per l'esercizio del trasporto pubblico locale era stata danneggiata dalla cattiva gestione posta in essere dai suoi amministratori. La Corte dei conti, sez. Lazio, ha concluso per la propria giurisdizione, mentre la sezione centrale ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice contabile a favore di quello ordinario.

Le Sezioni Unite, dal canto loro, partono dalla sostanziale conferma dei principi affermati nel 2009. Per giungere a diverse conclusioni, secondo il Collegio, in assenza di esposte indicazioni legislative, occorrerebbe negare la distinzione (soggettiva e patrimoniale) tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, oppure considerare quest'ultima un vero e proprio ente pubblico (come per gli enti pubblici economici).

Questa volta, però, il finale è diverso.

La Cassazione, infatti, si accorge che la società partecipata danneggiata dalla mala gestione degli amministratori è una società in house: è, infatti, ad integrale partecipazione pubblica, opera prevalentemente a favore dei soci ed è sottoposta ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

E' proprio quest'ultimo aspetto, notoriamente identificato come "controllo analogo", ad indurre ad una più approfondita riflessione. Il controllo da parte dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale, infatti, si configura in queste ipotesi in termini così pregnanti ed incisivi da annullare, di fatto, ogni potere decisionale della società. I suoi gestori – si dice nella sentenza – sono subordinati all'ente pubblico partecipante «nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso».

Corollario di questa radicale assenza di autonomia diventa l'impossibilità di considerare la società in house come "qualcosa d'altro" rispetto all'ente pubblico, di cui costituisce invece «articolazione interna». Tecnicamente parlando, l'ente in house non è dunque una vera società di capitali (anche se quello è il paradigma organizzativo), ma uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa.

Ed allora, se così è, non si può più escludere la giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità degli amministratori invocando un'autonomia soggettiva della società, che in questo caso non esiste: essi sono personalmente legati all'amministrazione da un vero e proprio rapporto di servizio, «non altrimenti da quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico» e come tali devono essere giudicati dal giudice contabile.

L'approccio formale del 2009 trova dunque, in quest'occasione, un importante contemperamento di matrice sostanziale: le società in house sono "in sostanza" diramazioni pubbliche e come tali vengono trattate. Ad una prima lettura, però, qualche questione sembra rimanere aperta.

In particolare, sarà interessante vedere quali effetti avrà la presa di posizione della Cassazione in esame sul piano dell'autonomia patrimoniale delle società in house. Essere società di capitali, significa, soprattutto, che i soci non rispondono, con il proprio patrimonio, dei debiti della società. Se, però, quella in house non è una vera società di capitali, se tra essa ed ente pubblico controllante non c'è alterità soggettiva, a rigore neppure dovrebbe esserci autonomia patrimoniale perfetta: l'ente dovrebbe rispondere dei debiti della società con il proprio

patrimonio. Si tratterebbe, evidentemente, di una strada pericolosa per già traballanti casse di molti enti.

E' forse per questo che il Collegio, tanto tranchant nel disegnare una identità organizzativo - gestionale, afferma che i patrimoni di società ed ente controllante, pur avendo medesima titolarità, restano separati. Il significato operativo di questa separazione, però, è tutto da scoprire.