

Il riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario in tema di società a prevalente capitale pubblico

Le Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione, con l'ordinanza in epigrafe, hanno affrontato la questione circa il riparto di giurisdizione in tema di società di capitale a partecipazione pubblica, priva dei requisiti necessari per essere qualificata *in house providing*, in conseguenza della *mala gestio* degli amministratori e dei dipendenti.

La questione, risultando particolarmente complessa, richiede, in via preliminare, di tratteggiare i confini della giurisdizione della Corte dei conti che, ai sensi dell'art. 103, c. 2, Cost. vengono individuati "*nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*". In tal senso il contenuto e i limiti della giurisdizione della Corte dei conti, in tema di responsabilità, trovano la loro base normativa nella previsione del r.d. n. 1214/1934, art. 13, secondo cui la Corte giudica sulla responsabilità per i danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Il fondamento dell'attribuzione alla Corte dei conti di funzioni giurisdizionali è rinvenibile nella necessità di verificare, sia *ex ante* con un sistema di controlli, sia *ex post* con decisioni di un organo neutrale – qual è il giudice – l'operato di chi maneggia risorse della collettività e di chi agisce per conto di una pubblica amministrazione (cfr. Cass., S.U., 15 gennaio 2010, n. 519). Da ciò, quindi, si evince che i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti sono stati tradizionalmente individuati in relazione alla netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato.

Tuttavia, la più recente evoluzione normativa del sistema, ha reso l'individuazione di tali confini più complessa, soprattutto in seguito al fenomeno della c.d. privatizzazione che ha comportato il trasferimento in capo a soggetti privati di una serie di attività che

una volta erano ritenute di pertinenza esclusiva della sfera pubblica. In ragione di ciò, dottrina e giurisprudenza hanno discusso circa l'applicabilità della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei conti, agli amministratori e ai dipendenti di società di capitali in mano pubblica. Sul punto le diverse posizioni, che sono state elaborate, possono essere ricondotte ai seguenti tre orientamenti.

Una prima corrente, caratterizzata da un'impostazione tradizionalista tale da rimanere costante per oltre un trentennio, riconosce la giurisdizione del giudice contabile ai soli soggetti tenuti all'osservanza delle regole di contabilità pubblica e, conseguentemente, alle sole responsabilità connesse all'esercizio di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche. Di qui l'esclusione dalla giurisdizione della magistratura contabile, e il conseguente assoggettamento alla disciplina dell'imprenditore privato, degli enti pubblici economici esercenti attività imprenditoriali e, a maggior ragione, delle società a partecipazione pubblica.

Tale ricostruzione, per quanto rendesse più agevole individuare i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti in ragione di una netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato, è stata criticata e, allo stesso tempo, superata da una parte della giurisprudenza di legittimità. Gli ermellini, dopo aver riconosciuto la giurisdizione del giudice contabile anche nei casi di danno erariale arrecato dagli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, hanno esteso la medesima competenza anche alle società partecipate in modo totalitario o prevalente, in quanto si tratta di soggetti che – sebbene in forme privatistiche – perseguono fini pubblici attraverso l'utilizzo di risorse pubbliche.

Tuttavia, gli orientamenti sin qui delineanti risultano superati dall'orientamento, ormai consolidato dalla giurisprudenza di legittimità in forza del quale la questione della ripartizione della competenza tra magistratura contabile e giudice ordinario va affrontata distinguendo tra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società e la responsabilità assunta dagli organi sociali direttamente nei confronti dei soci o dei terzi (Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22409).

Nel sistema del diritto societario, infatti, il risarcimento dei danni al patrimonio sociale compete solo alla società, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio. Per contro, il diritto al risarcimento dei danni prodotti direttamente al patrimonio del socio (e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società) compete al socio stesso, che è l'unico legittimato a dolersene (cfr. Cass, S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806).

In sostanza, ai fini della competenza del giudice contabile, occorre distinguere tra le due seguenti fattispecie: responsabilità degli organi sociali nei confronti della società: in questo caso, trattandosi di danno cagionato al patrimonio della società dall'atto di *mala*

gestio posto in essere dall'amministratore della società a capitale pubblico, non è configurabile un rapporto di servizio e quindi un danno erariale. D'altronde, la distinzione tra la personalità giuridica della società partecipata e quella del socio pubblico partecipante nonché l'autonomia patrimoniale della prima rispetto al secondo non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia arrecato al patrimonio dell'ente. Il patrimonio della società è e resta privato, sicché del danno economico ad esso arrecato solo alla società compete il risarcimento. Ne discende che il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale legittima l'azione sociale di responsabilità, ma non configura anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti; responsabilità assunta dagli organi sociali direttamente nei confronti del socio pubblico: in questo caso, l'esistenza di un danno cagionato direttamente all'ente pubblico partecipante legittima l'azione del procuratore contabile tesa a far valere la responsabilità degli amministratori della società partecipata dall'ente pubblico direttamente danneggiato dall'attività di *mala gestio*. (1)

In quest'ottica, la giurisprudenza ha intrapreso, in punto di riparto di giurisdizione fra giudice contabile e giudice ordinario, un approccio più "sostanzialistico", sostituendo un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo facente leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziate a tal fine adoperate. Pertanto, occorre avere riguardo al rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona fisica o giuridica, privata o pubblica. Quindi, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei conti è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dalla natura – pubblica o privata – del soggetto dal quale proviene la condotta produttiva del danno (cfr. Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n. 31755).

In questo contesto, si inserisce la pronuncia in esame che, sottoposta al vaglio del giudice nomofilattico, trae origine dal ricorso presentato dai ricorrenti A.G.O. e G.C.O., in qualità di soci della *Omissis* s.r.l. Questa risulta essere una società a capitale misto pubblico-privato, partecipata dal Comune di *Omissis*, e alla quale Rfi (Rete ferroviaria Italia) aveva rilasciato la concessione per la costruzione di un raccordo ferroviario nella stazione di *Omissis*. La società *Omissis* s.r.l., a sua volta, aveva stipulato con la *Omissis* s.r.l. un contratto di appalto volto alla realizzazione del raccordo ferroviario. Tuttavia, il contratto non veniva

(1) A. Monorchio, L. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci editore, 2021.

correttamente adempiuto dall'appaltatrice, in quanto si accertava che il cantiere era in stato di abbandono e le opere non erano state eseguite. Con la sentenza n. 460 dell'11 novembre 2021, la Corte dei conti, Sezione I centrale d'appello, confermando la sentenza della Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, ha condannato i ricorrenti a risarcire il danno erariale cagionato al Comune di *Omissis*. In particolare, i giudici contabili hanno affermato la loro giurisdizione, non perché fosse stata accertata la natura di società *in house* della *Omissis* s.r.l., bensì valorizzando l'interesse pubblico che la realizzazione del raccordo ferroviario intendeva perseguire e la natura egualmente pubblica del capitale impiegato per la costruzione dell'opera.

Avverso la sentenza emanata dal giudice contabile, i ricorrenti hanno proposto ricorso per cassazione deducendo un unico motivo di ricorso volto a riscontrare la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 102 e 103 Cost., dell'art. 1 d.lgs. n. 174/2016 e dell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016 in quanto *Omissis* s.r.l., da un lato era priva dei requisiti per essere qualificata società *in house* ragion per cui non doveva essere sottoposta al giudizio del giudice contabile, e dall'altro, perseguiva scopi prettamente industriali e commerciali.

Il ricorso risulta essere fondato. Da quanto precede e in conformità con la costante giurisprudenza (cfr. Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22409) si può affermare che la mera assunzione della qualità di socio da parte dello Stato o di un ente pubblico, come nel caso di specie il Comune di *Omissis*, non costituisce una ragione sufficiente ai fini della devoluzione dell'azione di responsabilità alla giurisdizione contabile. Infatti, al di fuori delle ipotesi della società *in house* e delle società c.d. legali, il danno subito dalla società a causa della *mala gestio* degli amministratori o dei componenti dell'organo di controllo non è qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio arrecato direttamente allo Stato o all'ente pubblico che rivesta la qualità di socio, dal momento della distinta soggettività giuridica, insieme all'autonomia patrimoniale, riconosciuta alle società di capitali. In ragione di tale requisito, di cui la società è dotata, i danni eventualmente ad essa cagionati dalla *mala gestio* degli organi sociali o comunque da atti illeciti imputabili a organi o a dipendenti non integrano gli estremi del danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società, che è un ente soggetto alle regole di diritto privato, e non su quello del socio pubblico.

Tale ricostruzione, operata dalla giurisprudenza di legittimità, trova conferma nell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016 che, nel disciplinare la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, ha previsto che “*I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È de-*

voluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al c. 2”. La disposizione in esame distingue, infatti, il danno arrecato direttamente al capitale della società (e solo indirettamente all'ente pubblico partecipante) da quello che incide in via diretta e immediata sul valore della partecipazione dell'ente pubblico e, mentre per il primo consente l'azione di responsabilità contabile solo qualora si sia in presenza di una società *in house*, per l'altro prescinde da detta qualificazione, ma sempre a condizione che sussista una relazione diretta, non mediata, fra la condotta tenuta dal rappresentante della società o da quello del socio pubblico e il danno subito dalla pubblica amministrazione.

In ragione di quanto sin qui detto, l'ordinanza oggetto di disamina conferma quella giurisprudenza maggioritaria in forza del quale la natura non *in house* della società partecipata non esclude in radice, l'azione erariale, azione che resta consentita, ma solo a condizione che venga fatto valere un danno cagionato in via diretta, e non mediata, alla partecipazione dell'ente pubblico. Qualora, poi, alla società non *in house*, partecipata dall'ente pubblico, venga affidata la cura di un servizio o la realizzazione di un'opera pubblica, ossia attività in passato riservate alla pubblica amministrazione, il riparto di giurisdizione come delineato dal d.lgs. n. 175/2016, art. 12, va coniugato con l'applicazione dei principi enunciati da queste Sezioni unite in relazione alle ipotesi in cui il soggetto privato venga investito di funzioni obiettivamente pubbliche, che gli attribuiscono la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione.

In conclusione non appartiene alla giurisdizione della Corte dei conti, ma è riservata a quella del giudice ordinario, la cognizione delle controversie afferenti la responsabilità per “*mala gestio*” imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, laddove il danno di cui si invochi il ristoro sia riferito al patrimonio sociale, restando quest'ultimo privato e separato da quello dei soci, né divenendo una siffatta società essa stessa un ente pubblico per il solo fatto di essere partecipata da un ente pubblico (Cass., S.U., ord. 3 maggio 2013, n. 10299).

SAMANTHA MIRIELLO