

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,
Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino,
Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano,
Alessandro Silvestrini**

Redazione di Napoli

**Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Carlo Iannello, Sergio Marotta,
Francesco Sbordone, Nicola De Luca**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria
Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti,
Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara
Mele**



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino

Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Francesco Paolo Romanelli

RELAZIONE INAUGURALE DELL'ANNO GIUDIZIARIO 2014
DEL PROCURATORE REGIONALE
presso la CORTE DEI CONTI
SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA PUGLIA
(Udienza del 21 febbraio 2014)

*La giurisdizione in tema di società partecipate **

(OMISSIS)

3.9 - Danni derivanti da mala gestio degli amministratori e dei dipendenti delle società pubbliche - La controversa questione della giurisdizione della Corte dei Conti.

La questione dell'azionabilità dinanzi alla Corte dei conti dei danni arrecati al patrimonio societario dagli amministratori e dai dipendenti delle società pubbliche (vale a dire, di quelle società che seppur costituite nelle forme previste dal codice civile, sono interamente controllate o maggioritariamente partecipate da pubbliche amministrazioni) ha da subito presentato - da quando cioè, nell'ultimo decennio del secolo scorso, questo fenomeno si è diffuso e progressivamente ampliato - aspetti di particolare problematicità, suscitando un vivissimo dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

Dibattito, cui sembrava aver dato definitiva soluzione la Corte di cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 3899/2004, con la quale, è stata affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice contabile nella soggetta materia limitatamente alle società partecipate "...in misura assolutamente maggioritaria dalla pubblica amministrazione...", nella duplice considerazione dell'essere siffatte società "...in relazione non organica, ma funzionale..." con l'Ente pubblico, "...caratterizzata dall'inserimento...nell'iter procedimen- tale... come compartecipe dell'attività a fini

*

La presente relazione inaugurale, depurata dai saluti e dalle parole di cortesia, nonché degli altri argomenti trattati, viene pubblicata nella parte in cui si sofferma sul tema generale della giurisdizione della Corte dei Conti sulle società partecipate.

pubblici...” e dell’irrelevanza, in tale prospettiva “...della natura privatistica dell’ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto...”.

Sennonché, qualche anno dopo, con la sentenza n. 26806/2009, la Suprema Corte ha operato una radicale inversione di tendenza e questo revirement giurisprudenziale in senso restrittivo è andato sempre più consolidandosi negli anni successivi.

Gli snodi essenziali del nuovo approdo ermeneutico possono così sinteticamente riassumersi:

- il rapporto di servizio tra società partecipata e socio pubblico resta un presupposto indefettibile per il radicamento della giurisdizione della Corte dei conti;
- a tali fini occorre, tuttavia, distinguere nettamente il danno inferto al patrimonio del socio pubblico da quello prodotto al patrimonio societario;
- solo nel primo caso (danno che incide direttamente sul patrimonio del socio pubblico) può ritenersi sussistente anche un rapporto di servizio tra il singolo amministratore o dipendente della società che l’abbia prodotto con la sua condotta e l’amministrazione pubblica detentrica della quota societaria, con conseguente giurisdizione della Corte dei conti;
- nell’altro caso, invece (danno prodotto al patrimonio sociale), non è configurabile un danno erariale, la cognizione appartiene al giudice ordinario ed è esclusivamente esercitabile l’ordinaria azione sociale di responsabilità prevista dal codice civile;
- in tal ultima ipotesi, la giurisdizione della Corte dei conti può radicarsi esclusivamente laddove il rappresentante del socio pubblico negli organi sociali o, comunque, chi sia titolare del potere di decidere per esso, abbia omesso colpevolmente di esercitare l’azione di responsabilità o, comunque, di adottare o sollecitare gli opportuni correttivi per contrastare condotte illecite capaci di condurre ad un depauperamento del patrimonio sociale.

Come si vede, trattasi di principi che hanno in buona parte vanificato l’apertura che sembrava essere stata operata nel 2004 e che aveva trovato la sua massima espansione con l’ordinanza n. 4511/2006 (pronunciata in materia di società private beneficiarie di contribuzioni pubbliche), con cui era stato superato lo stesso criterio di un precostituito rapporto di servizio quale elemento qualificante e imprescindibile per il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti, così avvalorandosi un orientamento giurisprudenziale delle Sezioni regionali della Corte dei conti che, partendo da una sentenza della Sezione Molise (n. 234/2002), era andato via via affermandosi.

Con tale ordinanza, infatti, la Corte regolatrice ebbe modo di sancire, tra l’altro, che “...il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato o un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti...”, dando così sostanziale ed esclusiva rilevanza, ai fini del riconoscimento della giurisdizione della

Corte dei conti, all'elemento oggettivo della natura pubblica del denaro in relazione alle quali viene a configurarsi il danno, piuttosto che a quello soggettivo della qualificazione giuridica dell'autore del danno e della sua relazione con la pubblica amministrazione.

Sta di fatto che, a seguito di questo *ius praetorium*, è stata introdotta nell'ordinamento una norma (art. 16-bis della legge n. 31/2008 di conversione del d.l. n. 248/2007, c.d. "milleproroghe") che, pur perseguendo l'evidente e prioritario intento di escludere la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di amministratori e dipendenti delle società partecipate dallo Stato quotate nei mercati regolamentati (e non sembra imputabile al caso che alcune delle sentenze delle Sezioni regionali della Corte cui si è fatto testé cenno riguardassero amministratori e dirigenti di due delle più importanti public companies nazionali, vale a dire ENI ed ENEL), ha paradossalmente finito - argomentando a contrario - per dare rilievo legislativo ai principi giurisprudenziali sopra citati nei confronti di tutte le altre tipologie di società pubbliche (e, quindi, soprattutto, di quelle, assai numerose partecipate dalle Regioni e dagli enti locali).

Ed è a questo punto che si innesta il citato cambio dell'orientamento della Corte di cassazione che fa perno - come si è detto - sulla sottile distinzione tra danno al patrimonio sociale e danno al patrimonio pubblico (del socio pubblico).

Non è questa la sede, ovviamente, per aprire una disputa con la Suprema Corte di cassazione (che pure ci ha abituato, assai spesso, a repentini cambi di indirizzo), pur dovendosi riconoscere che, sotto un profilo di stretto diritto, la tesi affermata (come, d'altro canto, qualunque teoria nel campo giuridico) ha un suo fondamento.

Quello che, invece, si ritiene di poter osservare è che i supremi giudici della giurisdizione non sembrano aver colto la sostanza del problema e le conseguenze pratiche del loro dictum, ancorché assistito da puntuali argomenti giuridici.

E la sostanza è che il fenomeno delle società pubbliche partecipate ha assunto, specie a livello locale, una dimensione preoccupante; che le numerose indagini della magistratura penale e di quella contabile hanno ormai disvelato come, in molti casi, la loro creazione, men che finalizzata ad una più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici, sia invece strumentalmente diretta a sottrarsi alle stringenti regole del patto di stabilità, se non proprio ad esclusivi fini clientelari (assunzioni, attribuzioni di cariche sociali, favoritismi nei confronti dei partner privati e via dicendo), ovvero a gestire in maniera disinvolta, in assenza di qualsivoglia serio controllo e senza tema di incorrere nelle ferree misure di finanza pubblica imposte dalla contingente congiuntura economica, ingenti flussi di denaro provenienti dalle casse pubbliche.

Non è un caso, infatti, che gli analisti economici e lo stesso Governo nazionale abbiano riconosciuto nel fenomeno del diffondersi delle società pubbliche (specie in quelle che gestiscono i servizi pubblici locali) un effetto di crescita esponenziale della spesa pubblica (oltreché significativi effetti distorsivi sul mercato e sulla concorrenza), tanto da indurre il legislatore, come è noto, ad intervenire ripetutamente per disciplinare molteplici aspetti della loro attività.

Ora, se si considera che la maggior parte di queste società (come qui in Puglia, dove il fenomeno riguarda sia la Regione che molti enti locali) sono controllate totalmente o maggioritariamente dalla pubblica amministrazione, si rivela in tutta e lampante evidenza come l'eventualità che il socio pubblico o il suo rappresentante nell'organo amministrativo o di controllo eserciti l'azione di responsabilità in ipotesi di sperpero delle risorse sociali o di inefficiente gestione che impoverisca il patrimonio societario, appare assai remota, poiché ciò significherebbe, come è abbastanza chiaro, agire, in buona sostanza, contro sé stessi.

Di tanto, d'altra parte, sembra essersi resa conto la stessa Suprema Corte, che, evidentemente consapevole nella mancanza di tutela che in siffatta (assai probabile) evenienza ne deriverebbe per le pubbliche risorse riversate nel patrimonio delle società partecipate, si è premurata di precisare - come si è già avuto modo di dire - che in tal caso il Pubblico Ministero contabile potrebbe agire nei confronti del rappresentante del socio pubblico nel board societario o, comunque, del soggetto titolare del potere di assumere una tale decisione secondo la sua specifica struttura organizzativa che abbia ommesso di proporre l'azione di danno dinanzi al giudice civile o di attivare altri strumenti di tutela del patrimonio sociale.

Sennonché, non sfugge come tale rimedio si appalesi assai poco incisivo, di scarsa utilità pratica e assolutamente farraginoso.

Innanzitutto, perché, a fronte di una contestazione di tal genere mossa dal Pubblico ministero contabile, sarebbe senza dubbio proposta l'eccezione, assolutamente fondata, incentrata sulla non intervenuta scadenza del termine prescrizione per proporre l'azione di responsabilità dinanzi al giudice civile, con la conseguenza che l'azione dinanzi alla Corte dei conti non potrebbe essere esercitata prima dello spirare di tale termine, con inevitabile allungamento dei tempi che condurrebbe, nella migliore delle ipotesi, all'accertamento dell'eventuale responsabilità dei soggetti coinvolti nell'omissione a notevole distanza di tempo dalla commissione dei fatti gestori dannosi.

In secondo luogo, perché l'eventuale condanna colpirebbe, non già l'autore del danno (come appare giusto e certamente più conforme a giustizia), bensì un soggetto diverso cui è imputabile una mera inerzia; d'altra parte, l'eventuale azione di rivalsa che dovesse essere riconosciuta al soggetto condannato dalla Corte dei conti nei confronti dell'autore del danno, si risolverebbe in un defatigante susseguirsi di giudizi, per poi giungere, dopo molti anni, ad un risultato che si sarebbe potuto ottenere in maniera più celere e diretta parecchio tempo prima.

Last but not least, perché l'azione di responsabilità amministrativa nei confronti diretti dell'autore del danno si rivelerebbe, in molti casi, assai più proficua sotto il profilo della possibilità di un integrale ed immediato ristoro del pregiudizio economico subito dall'erario pubblico, per la notoria maggiore entità degli emolumenti riconosciuti agli amministratori e ai dirigenti delle società pubbliche rispetto a quelli percepiti dagli amministratori o dai dipendenti delle pubbliche amministrazioni e, quindi, per la loro più consistente disponibilità patrimoniale.

In definitiva, la Suprema Corte pare non aver percepito quello che il cittadino comune mostra di aver ben compreso, come dimostrano i molti esposti che pervengono a questa come ad altre Procure regionali in ordine a presunti sprechi, ad indebite elargizioni, ingiustificate e clientelari moltiplicazioni nelle assunzioni di personale che si consumano nelle società pubbliche partecipate dagli enti territoriali.

Vale a dire che le risorse pubbliche, quelle cioè che provengono dal prelievo coattivo nei confronti dei contribuenti, rimangono tali anche se a gestirle è una società per azioni strutturata secondo un modello squisitamente privatistico o se a beneficiarne per finalità di carattere pubblicistico è un soggetto privato e che, in caso di cattiva gestione o di indebito utilizzo, siano essi di natura dolosa o gravemente colposa, i responsabili devono risponderne direttamente dinanzi alla magistratura istituzionalmente preposta a tale precipua funzione.

Il *quisque de populo* non è sicuramente attratto da disquisizioni giuridiche e non comprende gli astratti schematismi e i sottili distinguo (quali quelli tra danno al patrimonio societario e danno al patrimonio del socio pubblico): dal suo punto di vista, non fa alcuna differenza che il denaro preveniente dalle imposte da lui versate sia stato sprecato o elargito indebitamente dall'amministratore della società e che a subire il danno sia giuridicamente il patrimonio di quest'ultima.

Ciò che gli interessa è soltanto che in dipendenza di tale mala gestio la società verosimilmente fallirà o sarà ripianata con ulteriori apporti finanziari, con conseguente ennesimo inutile dispendio di denaro pubblico.

Non appare, pertanto, inutile auspicare, anche in questa materia, assai delicata per gli equilibri della finanza locale e nazionale, un intervento legislativo chiarificatore, ovvero un ripensamento del Supremo giudice della giurisdizione.

Ed è appena il caso di aggiungere che non si tratta, ovviamente, di una questione soltanto accademica o, peggio ancora, di un'istanza corporativa, ovvero di una ennesima (come pure è stato affermato da alcuni commentatori) pretesa espansionistica della giurisdizione contabile.

L'esperienza recente ha dimostrato che, in caso di danno pubblico, quando l'esercizio dell'azione risarcitoria viene demandata agli stessi apparati pubblici cui appartengono i soggetti che l'hanno arrecato, i risultati sono praticamente inesistenti se non proprio nulli (ci si riferisce, in particolare, alla materia del danno ambientale o a quella dei danni arrecati agli enti locali dai propri dipendenti ed amministratori, nelle quali il legislatore ha finito, poi, per riconoscere la maggiore tutela offerta all'erario dall'azione officiosa esercitata dalle Procure contabili, riattribuendo la giurisdizione alla Corte dei conti).

D'altra parte, non sarà, anche qui, imputabile ad una combinazione fortuita la circostanza che non si abbia praticamente notizia di azioni risarcitorie di responsabilità sociale introdotte dinanzi al giudice ordinario nei confronti di amministratori e dipendenti di società pubbliche partecipate (se non di natura strumentale, essenzialmente nel caso di cambio della maggioranza politica nell'ambito del "socio pubblico" che aveva espresso i precedenti amministratori) e che le più eclatanti vicende

di illecite appropriazioni e di sperpero di risorse che hanno riguardato società pubbliche nazionali e locali siano state perseguite quasi esclusivamente dal Requirente contabile.

In questa sede corre, comunque, l'obbligo di informare l'opinione pubblica sul fatto che, se tale indirizzo restrittivo della Corte di cassazione non dovesse mutare, non potrà darsi seguito alle denunce pervenute in ordine a fattispecie dannose concernenti alcune società pubbliche operanti in questa Regione, dovendosi necessariamente valutare l'opportunità e l'utilità di introdurre azioni che sarebbero poi vanificate, con ogni probabilità, da pronunce dichiarative del difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

Certo, ci si rende perfettamente conto che rebus sic stantibus (consentendo, cioè, per un verso, l'ordinamento la costituzione di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente o minoritaria partecipazione pubblica e rimanendo, per l'altro, immutate le regole generali stabilite dal codice civile per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori), si pone un delicato problema di raccordo tra l'azione ordinaria esperibile dinanzi al giudice ordinario e quella di competenza delle Procure contabili, così come di una possibile interferenza di quest'ultima con le regole proprie del modello societario privatistico e del mercato (ma ciò vale soprattutto per le grandi società pubbliche nazionali quotate, caratterizzate da un cospicuo azionariato diffuso e da rilevanti quote di partecipazione possedute da investitori istituzionali anche esteri, che peraltro - come si è già detto - sono ormai fuori, per esplicito precetto normativo, dalla sfera di cognizione della Corte dei conti).

La giurisprudenza della Corte dei conti non si è sottratta dall'affrontare questa problematica, offrendo soluzioni ragionevoli che non si risolvono in danno ma, semmai, nel senso di una maggiore tutela degli azionisti privati.

Un maggiore approfondimento sull'argomento si richiede, pertanto, anche al massimo Organo regolatore della giurisdizione, il quale saprà certamente trovare una soluzione più soddisfacente che, contemperando i vari interessi in gioco, salvaguardi anche quello, non secondario, all'integrità dell'erario pubblico.

A tal fine, sarà forse opportuno ed utile cominciare con il distinguere le varie tipologie riscontrabili nella variegatissima costellazione di società pubbliche esistenti (come pure è stato fatto in passato per le cosiddette società di diritto speciale, cioè quelle fatte oggetto di una speciale e compiuta disciplina legislativa e per la RAI, nei confronti delle quali è stata, invece, pienamente riconosciuta la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti).

E' del tutto evidente, infatti, che, ai fini che qui interessano, non si possono mettere sullo stesso piano società a totale o prevalente partecipazione pubblica con società dove la quota sociale posseduta dalla pubblica amministrazione è minoritaria; grandi società che gestiscono servizi strategici di interesse nazionale e che operano anche in mercati internazionali, con società di esclusivo rilievo territoriale che gestiscono un servizio pubblico locale; società con una pluralità di soci privati e società caratterizzate da un partenariato privato ristretto o ristrettissimo, e così via.

Sul punto v'è, tuttavia, da essere moderatamente ottimisti se è vero, com'è vero, che con una recentissima sentenza depositata il 25 novembre scorso (n. 26283) le Sezioni Unite della Suprema Corte, parzialmente modificando il revirement restrittivo di cui si è detto, hanno affermato la giurisdizione della Corte, limitatamente ai casi in cui l'azione risarcitoria esercitata dal procuratore regionale sia "...diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici...".

Non resta, dunque, che auspicare che questa recente ed importante apertura preluda ad un definitivo e totale riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti in questa delicata materia.

(OMISSIS)