

RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI S.P.A. IN MANO PUBBLICA: SI AMPLIA ANCORA (NON SENZA DUBBI) L'AMBITO DELLA GIURISDIZIONE CONTABILE

di Giuseppe Licheri

1. PREMESSA

Con la sentenza n. 15594 del 9 luglio 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – nella loro qualità di giudice della giurisdizione – hanno affermato la sussistenza della giurisdizione contabile relativamente all'azione di responsabilità nei confronti degli organi e dei funzionari dell'ANAS S.p.a. non solamente per i danni – quale quello all'immagine – cagionati direttamente all'amministrazione pubblica titolare della partecipazione azionaria al capitale sociale dell'ANAS S.p.a. (nella specie, il Ministero dell'Economia e Finanze), ma anche per i pregiudizi inferti direttamente al patrimonio dell'ANAS S.p.a., ad onta della sua qualificazione come società di capitali ai sensi del Libro V del codice civile.

La decisione in argomento si inserisce nel lungo percorso⁽¹⁾ sinora seguito dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte che, riguardo al tema della sussistenza della giurisdizione contabile in tema di azioni di responsabilità promosse per danni cagionati da organi o da dipendenti di società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici, è giunto ad esiti interpretativi differenziati a seconda della diversa tipologia di società partecipata, attribuendo le relative azioni alla giurisdizione della Corte dei Conti con riferimento a quelle società che, nonostante la veste di società di capitali, hanno natura sostanziale di enti pubblici.

Essa, tuttavia, affidando alla giustizia contabile l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e dipendenti di una società di diritto privato per danni cagionati direttamente ed esclusivamente al patrimonio della medesima, genera delle contraddizioni difficilmente risolvibili in considerazione della scelta legislativa che, optando per la trasformazione di enti pubblici economici in società di capitali, ha chiaramente manifestato la propria preferenza verso modelli d'azione disciplinati dal diritto comune, anche relativamente alla responsabilità di amministratori e dipendenti per danni inferti al patrimonio della società nonché alla relativa competenza del giudice ordinario.

Poiché la pronuncia in esame si fa carico di tratteggiare un sintetico ma esaustivo quadro dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di individuazione del giudice competente a decidere sulle azioni promosse per far valere la responsabilità di organi e dipendenti di società partecipate da enti pubblici, è necessario ricostruire il quadro delle posizioni pretorie delineatesi in merito, nonché dar conto delle opinioni emerse in dottrina con riguardo alle soluzioni che la giurisprudenza ha inteso fornire al problema in esame.

¹ Sul quale si veda TENORE V., "La giurisdizione della Corte dei Conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica" in "Foro Amm. - CDS", 2010, p. 92.

2. LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA IN GENERALE E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DI SOCIETÀ PARTECIPATE

2.1. CARATTERI GENERALI

Come noto, la responsabilità per gli illeciti commessi da soggetti appartenenti ad una pubblica amministrazione che abbiano cagionato un danno all'amministrazione presenta caratteri comuni all'illecito civile. In entrambi i casi, la fonte di responsabilità consiste in: una condotta antigiuridica; un danno – dapprima inteso in senso solamente patrimoniale come pregiudizio suscettibile di valutazione economica secondo il noto criterio differenziale, in seguito interpretato estensivamente fino a ricomprendere la compromissione di interessi di carattere generale del corpo sociale o costituzionalmente protetti ed, infine, accolto anche negli aspetti di carattere non patrimoniale (come il danno all'immagine, il danno da disservizio, il danno da tangente); un elemento soggettivo; un nesso causale⁽²⁾.

Tuttavia, a fronte dei cennati aspetti condivisi con l'illecito civile, la responsabilità amministrativa conosce alcune particolarità sue proprie che la differenziano da quello e, soprattutto, che assoggettano gli autori di illeciti imputabili al predetto titolo alla competenza di un plesso giurisdizionale distinto da quello ordinario; si allude, chiaramente, alla giurisdizione della Corte dei Conti, il cui fondamento costituzionale si rinviene all'art. 103, comma 2 Cost.

Tali peculiarità insistono tanto sul soggetto attivo dell'illecito (per il fatto di essere questo legato ad un'amministrazione pubblica da un rapporto di servizio) quanto sul soggetto passivo (poiché la condotta tenuta cagiona un danno a un soggetto che presenta natura giuridica pubblica).

In altre parole, la giurisdizione del giudice contabile sulle azioni di responsabilità promosse contro soggetti che rivestono un ruolo all'interno di una P.A. per danni provocati ad un soggetto avente natura giuridica pubblica si connota per due elementi – l'uno soggettivo (l'agente deve presentare un collegamento con l'amministrazione) e l'altro oggettivo (il danno deve essere un danno "pubblico", nel senso di danno inferto a un soggetto pubblico) – in presenza dei quali l'illecito commesso sfugge alla giurisdizione ordinaria per risultare affidato alla *cognitio* di quel particolare giudice speciale che è la Corte dei Conti.

Quanto sopra risulta dall'esame dell'evoluzione del quadro ordinamentale in materia di responsabilità amministrativa descritto da alcune fondamentali norme: l'art. 13 del R. D. n. 1214/1934 (*"Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti"*), a mente del quale la Corte dei Conti *"giudica sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni"*⁽³⁾; l'art. 8 della legge n. 70/1975, che estende ai dipendenti degli enti pubblici il regime della responsabilità amministrativa prevista per i dipendenti dello Stato, ivi inclusa la soggezione alla

² Per gli elementi generali sulla responsabilità amministrativa: AA. VV., a cura di TENORE V., *La nuova Corte dei Conti: responsabilità; pensioni; controlli*, II ed., Milano, 2008, pp. 51 e ss.

³ A norma, poi, dell'art. 52 del R.D. n. 1214/1934, *"i funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali"*.

giurisdizione contabile⁽⁴⁾; l'art. 31 della Legge n. 335/1976 sottopone alla giurisdizione contabile le azioni di responsabilità promosse contro amministratori e dipendenti delle regioni⁽⁵⁾; l'art. 1, ult. comma della Legge n. 20/1994 che, infine, estende la giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, per i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della medesima legge.

Dall'esame dei cennati riferimenti normativi emerge una progressiva tendenza all'ampliamento della sfera di azione del giudice contabile che, dapprima ristretta al giudizio sulla responsabilità amministrativa dei soli funzionari dello Stato o di amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento autonomo, si è poi progressivamente estesa, man mano che l'ordinamento creava nuove realtà entificate, ai dipendenti del cd. "parastato", a dipendenti ed amministratori delle regioni ed infine, anche ai danni provocati ad amministrazioni ed enti differenti da quelli di appartenenza.

In tale evoluzione normativa è possibile scorgere, da un lato, l'eco di un dibattito inerente il carattere stesso della giurisdizione contabile e, dall'altro, l'emersione di un problema – connesso a quello riguardante l'ampiezza dell'area di pertinenza del giudice contabile – la cui disamina è indispensabile per affrontare con piena cognizione la tematica oggetto della sentenza in esame.

Quanto al primo aspetto, si allude, alla discussa tematica relativa alla giurisdizione contabile come giurisdizione generale o richiedente l'*interpositio legislatoris*.

Solo poche battute sul punto, rinviando ai numerosi approfondimenti elaborati in merito dalla dottrina⁽⁶⁾. L'art. 103 comma 2 Cost. stabilisce che *"la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge"*. Intorno all'interpretazione di questa disposizione costituzionale si agitano, da sempre, due opposti orientamenti: il primo – prevalente nella giurisprudenza contabile – incline a scorgere nella norma in questione il fondamento di una giurisdizione generale della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica riservata ed esclusiva, estesa a tutti i soggetti pubblici che cagionino un danno all'erario anche in assenza di una mediazione legislativa; il secondo – seguito in alcune pronunce della giurisprudenza costituzionale⁽⁷⁾ – individua nella giurisdizione contabile in materia di contabilità pubblica una giurisdizione solo tendenzialmente generale, con la conseguenza che le controversie concernenti gli illeciti commessi dai pubblici funzionari in danno della P. A. apparterebbero, di regola, alla cognizione del giudice ordinario, mentre solo per alcune materie – ed in presenza di una *interpositio legislatoris* rispettosa del riparto costituzionale tra le diverse giurisdizioni – sarebbe riconosciuta la competenza della Corte dei Conti.

Giova osservare come di questo dibattito – che taluni ritenevano esaurito con la scelta di qualificare in termini estremamente generici la giurisdizione contabile della Corte dei

⁴ Art. 8, comma 3 della Legge n. 70/1975: *"In materia di incompatibilità e di cumulo di impieghi, nonché di responsabilità dei dipendenti per i danni arrecati all'amministrazione o ai terzi, si applicano le disposizioni stabilite per gli impiegati civili dello Stato"*.

⁵ L'art. 30 della Legge n. 335/1976 descrive così la responsabilità amministrativa di dipendenti ed amministratori regionali: *"Gli amministratori ed i dipendenti della regione sono tenuti a risarcire all'ente i danni derivanti da violazioni di obblighi di funzioni o di servizio, secondo le norme vigenti per le amministrazioni dello Stato. Vanno esenti da responsabilità i dipendenti che abbiano agito per un ordine alla cui esecuzione erano tenuti, salva la responsabilità di colui che tale ordine abbia impartito"*.

⁶ Per la cui analisi si veda AA. VV. a cura di TENORE V., *cit.*, pp. 31 e ss.

⁷ Ci si riferisce a: Corte Cost. n. 17/1965; Corte Cost. n. 55/1966; Corte Cost. nn. 241 e 189/1984; Corte Cost. n. 641/1987; Corte Cost. n. 773/1988.

Conti operata dall'art. 1 della Legge n. 20/1994 e dal combinato degli artt. 3 e 7 della Legge n. 97/ 2001⁽⁸⁾ - si rinvenga traccia, ancora oggi, in due pronunce rese dalla S. C. a Sezioni Unite in tema di sussistenza della giurisdizione contabile per i danni commessi da amministratori di società a prevalente partecipazione pubblica le quali divergono proprio in ordine al punto relativo al carattere generale o meno della giurisdizione del giudice contabile: la prima⁽⁹⁾ prende spunto dal testo dell'art 16 bis⁽¹⁰⁾ del Decreto Legge n. 248/2007 (così come modificato dalla Legge di conversione n. 31/2008) per affermare che tale norma *“lascia chiaramente intendere che, in ordine alla responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, vi sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa da quella ordinaria”*; la seconda⁽¹¹⁾ continua a ritenere, viceversa, che l'art. 103, comma 2 Cost., *“impone al di fuori delle materie di contabilità pubblica, di trovare il fondamento della giurisdizione della Corte dei Conti in una specifica disposizione di legge”*.

2.2. I PRESUPPOSTI SOGGETTIVI PER L’AFFERMAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA E LE QUESTIONI DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI SOCIETÀ PUBBLICHE

La seconda questione posta dall'analisi dell'evoluzione normativa in materia di estensione soggettiva della giurisdizione contabile attiene alla possibilità di affermare la responsabilità amministrativa in capo a soggetti non legati da un rapporto con una pubblica amministrazione ma inseriti, a vario titolo, in enti aventi natura giuridica privata o che esercitano attività disciplinate dal diritto privato.

L'esame di questa problematica interseca uno dei temi di più scottante attualità nel diritto amministrativo contemporaneo; ci si riferisce al processo di progressiva emersione, nel campo del diritto pubblico, di modelli di azione e (per quanto più da vicino interessa questa sede) di soggetti che, pur rivestendo forme privatistiche, risultano investiti di taluni *munera* pubblicistici⁽¹²⁾.

Intorno a questo fenomeno – reso vieppiù significativo dal contemporaneo “ritrarsi” delle tradizionali strutture pubblicistiche da numerosi settori di attività – si è generato un autentico “groviglio” di posizioni giurisprudenziali che occorre dipanare prima di affrontare il tema della responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica riconducibili al modello dell'ANAS S.p.a.

E' noto come la tradizionale giurisprudenza delle Sezioni Unite della S. C. – aderendo convintamente all'opinione secondo cui, a mente dell'art. 103 comma 2 Cost., la competenza del giudice contabile richiede necessariamente la cd. *interpositio legislatoris* – abbia a lungo escluso la responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici

⁸ Questi ultimi pongono a carico del giudice penale l'obbligo di trasmettere alla Procura contabile competente le sentenze irrevocabili di condanna pronunciate per taluni delitti contro la pubblica amministrazione commessi da dipendenti di amministrazioni o enti pubblici *ovvero enti a prevalente partecipazione pubblica*.

⁹ Cass. ord. SS.UU. n. 26806/2009 su www.respamm.it.

¹⁰ Il quale recita: *“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, 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. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*.

¹¹ Cass. SS.UU. n. 26238/2013, su www.respamm.it.

¹² Sul tema si veda, tra l'altro, NAPOLITANO G., *“Pubblico e privato nel diritto amministrativo”*, Milano, 2003 e CERULLI IRELLI V., *“Amministrazione pubblica e diritto privato”*, Torino, 2011.

per i danni cagionati all'ente di appartenenza nell'esercizio di attività imprenditoriale disciplinata dal diritto privato.

Tale impostazione è stata però superata da una pronuncia del 2003⁽¹³⁾ con cui le Sezioni Unite della S. C. hanno ridisegnato i confini della responsabilità amministrativa estendendoli anche ai danni cagionati dagli amministratori e dai dipendenti degli enti pubblici economici anche nell'esercizio di attività prettamente imprenditoriale e disciplinata dal diritto privato.

A tale *revirement* hanno concorso una serie di fattori, quali l'accelerazione del processo di privatizzazione di numerose articolazioni della pubblica amministrazione e la crescente tendenza all'impiego – anche da parte delle PP. AA. – di moduli d'azione e di organizzazione propri del diritto privato (di cui costituiscono espressione, ad avviso della S. C., la figura degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento di cui all'art. 11 della Legge n. 241/90 e la sottoposizione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche alle disposizioni in tema di lavoro nell'impresa previste dal libro V del codice civile ai sensi dell'art. 2 comma 2 del d. lgs. N. 29/1993).

I predetti elementi hanno condotto la Corte di Cassazione ad affermare che *“l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato”*.

Ciò premesso, l'accentuato ricorso a formule e *modi operandi* di matrice privatistica non può, ad avviso della S. C., non riflettersi sull'ampiezza della giurisdizione del giudice contabile, in ordine alla quale il *discrimen* con la giurisdizione ordinaria non può che risiedere unicamente *“nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura – pubblica o privata – delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, avendo il legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente – e così, in definitiva, l'interesse pubblico – , con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei Conti”*.

Tale *revirement*, pur se estremamente significativo nella direzione di un progressivo ampliamento dell'ambito della giurisdizione contabile, è apparso quantomeno “in ritardo”⁽¹⁴⁾ giacché riferito ad un modello organizzativo – l'ente pubblico economico – in via di progressivo superamento.

Ben più significativa risulta, invece, la portata del mutamento giurisprudenziale se riferita ad un'altra formula organizzativa la quale, viceversa, in un arco temporale a noi più vicino,

¹³ Cass. ord. SS.UU., 22 dicembre 2003 n. 19667, con commenti di: G. ASTEGIANO, *“Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile”* in *Giur. it.*, 2004, pp. 1834 e ss.; M. ATELLI, *“Ampliata la giurisdizione contabile agli atti di natura imprenditoriale”* in *Guida al dir.*, 2004, 4, pp. 47 e ss. Su questa, sulla successiva ord. SS.UU. n. 3899/2004 e su altre pronunce afferenti al medesimo orientamento si veda anche G. D'AURIA, *“Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale revirement della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?”* in *Foro It.*, 2005, I, pp. 2684 e ss. In epoca anteriore alle suddette prese di posizione giurisprudenziali un'analisi della questione è svolta da M. RISTUCCIA, *“La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici: un vecchio problema dinanzi a nuovi scenari”* in *Riv. C. Conti*, 1995, II, pp. 1129 e ss.

¹⁴ L'espressione è di GRUNER G., *“Gli enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale”*, Torino, 2009, p. 263.

ha conosciuto una fortuna ben maggiore di quella dell'ente pubblico economico: si allude alle società di capitali partecipate da pubbliche amministrazioni.

Ed in effetti la "svolta" operata dalla Corte di Cassazione in direzione di un ampliamento dello spazio riservato alla giurisdizione contabile si riscontra, soprattutto, in un'altra pronuncia delle Sezioni Unite⁽¹⁵⁾ resa proprio con riferimento ad un'ipotesi di azione di responsabilità, promossa dalla Procura contabile nei confronti degli amministratori di una società per azioni in mano pubblica, nella quale la S. C. ha ritenuto di riferire il requisito del rapporto di servizio con l'amministrazione (indispensabile per radicare la giurisdizione della Corte dei Conti) non al soggetto agente (nella fattispecie, gli amministratori della S.p.a. in mano pubblica), ma direttamente alla società partecipata dall'ente pubblico, giacché il predetto rapporto sarebbe ravvisabile *"ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo"*. Così opinando, naturalmente, la natura privatistica dell'ente non vale più ad escludere la sussistenza del rapporto di servizio.

Con le pronunce segnalate, è mutata anche la definizione del danno riparato con la responsabilità amministrativa. Se essa sussiste in presenza di un danno diretto al patrimonio pubblico, l'affermazione di responsabilità anche in capo agli amministratori di società partecipate dalla P. A. comporta che il danno al patrimonio della società si configuri come danno, sia pure indiretto, al patrimonio dell'ente pubblico azionista della società.

Le cennate prese di posizione delle Sezioni Unite hanno impresso una decisa svolta al riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile nel senso di un riconoscimento della seconda ogni qual volta venga commesso un illecito da parte di amministratori di una società di capitali in mano pubblica, inaugurando un orientamento definito *"sostanzialistico"* tale per cui *"recede nell'indifferenza la natura dell'attività svolta dalla società pubblica. Che si tratti di attività di impresa o di attività amministrativa è indifferente, perché ciò che conta è soltanto la presenza di risorse pubbliche e non la loro destinazione. Il finanziamento pubblico della società assume un valore sostanziale. A fronte di questa "sostanza" pubblica, diviene mera forma il modello societario, configurato come una sorta di contenitore bon a tout faire⁽¹⁶⁾"*.

Il processo di ampliamento della sfera di giurisdizione della Corte dei Conti ai danni inferti dagli amministratori di società a partecipazione pubblica ai patrimoni delle società medesime ha suscitato in dottrina opinioni contrastanti.

Da una parte alcuni interpreti hanno salutato con favore la devoluzione al giudice contabile delle predette azioni di responsabilità puntando l'accento sul carattere unitario dell'attività svolta da enti pubblici economici e società pubbliche le quali, ad onta della diversa forma giuridica assunta, eserciterebbero comunque un'attività che, in quanto funzionalizzata al soddisfacimento di bisogni della collettività, non si atteggierebbe a libera attività imprenditoriale quanto, piuttosto, ad attività amministrativa di carattere discrezionale, anche in ragione dell'attribuzione di un capitale di rischio proveniente in gran parte dalla

¹⁵ Cass. sent. SS.UU. 26 febbraio 2004 n. 3899 su www.respamm.it e commentata da S. RODRIQUEZ, *"La giurisdizione della Corte dei Conti: dagli enti pubblici economici alle s.p.a. a prevalente capitale pubblico"* in *Giur. it.*, 2004, pp. 1946 e ss.

¹⁶ Così TORCHIA L., *"Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2012, p. 325.

fiscalità generale⁽¹⁷⁾. In altri termini, è stato sostenuto che *“nell’impresa pubblica, la funzionalizzazione delle risorse alla gestione di un servizio impone dei limiti alle scelte imprenditoriali in ragione della circostanza che il rischio ricade sulla collettività. Il regime delle responsabilità degli amministratori, allora, dipende, in ultima analisi, dalla qualificazione del capitale impiegato in ragione degli scopi che con esso si intendono perseguire. Il rischio di impresa consentito risulta essere solo quello rientrante nell’area della gestione del servizio, mentre, al di fuori di questa, emerge la responsabilità dell’amministratore⁽¹⁸⁾”*.

Di contro, un numero assai nutrito di interpreti ha assunto un atteggiamento critico nei confronti delle conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte nelle pronunce del biennio 2003/2004 che hanno segnato la preferenza per la giurisdizione contabile in materia di responsabilità degli amministratori di società pubbliche, evidenziando notevoli perplessità sia di ordine pragmatico - dovute alla potenziale concorrenza della responsabilità amministrativa con le ordinarie azioni di responsabilità esperibili dinanzi al giudice civile ai sensi della disciplina in materia società di capitali - sia sistematico - legate al timore che, dando prevalenza alla natura del socio pubblico sulla natura dell’attività svolta, la natura giuridica della società retroceda a dato meramente formale.

In proposito, è stato posto in luce come il vero discrimine tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile andrebbe ravvisato proprio nella natura dell’attività svolta, dovendosi distinguere tra *“attività oggettivamente amministrativa e attività di produzione di beni e servizi, quest’ultima intesa come attività imprenditoriale che, appunto perché tale, va posta in totale contrapposizione rispetto all’attività amministrativa⁽¹⁹⁾”*.

A sostegno di un’estensione dell’ambito della giurisdizione contabile non gioverebbe neppure l’impiego di una nozione “sostanzialistica” di servizio pubblico - mutuata dal diritto europeo - che sottoponga al regime pubblicistico anche la responsabilità di quegli amministratori che agiscono all’interno di società di capitali a partecipazione pubblica che svolgano un servizio avente esclusiva natura di interesse generale.

Come osservato, infatti, *“il diritto comunitario assume a punto di partenza in materia una nozione oggettiva, (...), prendendo in considerazione un’attività che, per quanto appunto di interesse pubblico, non cessa di essere considerata e trattata come un’ordinaria attività economica imprenditoriale soggetta alle regole della concorrenza, salvo che ad essa possono essere imposti <<obblighi di servizio pubblico>>, il principale dei quali può essere quello di prestare un <<servizio universale>>, con la conseguenza*

¹⁷ In tal senso si esprime URSI R., *“Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche”* in *Foro Amm. vo - C.d.S.*, 2004, pp. 693 e ss, secondo cui *“sia che si utilizzino gli strumenti propri del diritto pubblico, sia che faccia ricorso a moduli privatistici, l’attività è amministrativa in quanto cura di interessi pubblici. Ciò determina che i soggetti - pubblici o privati - che sono chiamati a porre in essere tale attività agiscono sempre secondo valutazioni discrezionali anziché libere, essendo sempre tenuti a dare applicazione ai principi, costituzionali e non, che risultano effettivamente vigenti e dovendosi adeguare alla duplice necessità di perseguire l’interesse pubblico e rispettare le situazioni giuridiche del privato”*.

¹⁸ Così sempre URSI R., *op. cit.*, p. 704. A sostegno dell’orientamento assunto da SS.UU. n. 19667/2003 e ss. si veda anche CAPUTI JAMBRENGHI V., *“Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L’esigenza di tutela degli interessi pubblici, in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme), Atti del 51° Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna, 2006, pp. 323 e ss.*

¹⁹ In tal senso SCOCA F. G. *“Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti”* in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, p. 74.

che, anche in tale modello, l'impresa esercente un servizio pubblico mantiene natura e carattere privatistico, ancorché il proprio capitale sia in proprietà di soggetti pubblici⁽²⁰⁾.

Ancora, è stato evidenziato che se il fondamento dell'attribuzione alla giurisdizione contabile della materia della responsabilità degli amministratori delle società partecipate da enti pubblici risiede nella piena equiparazione tra l'attività amministrativa in senso stretto e l'attività di impresa volta al conseguimento di finalità pubbliche mediante l'utilizzazione di risorse pubbliche, anche se realizzate a mezzo di organismi dotati di struttura e disciplina di diritto privato, *“allora la sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale è capace di colpire al cuore tale fondamento, dal momento che è proprio l'equiparazione tra attività amministrativa e attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni che la Corte Costituzionale sembra indicare come impropria ed illegittima, anche ai fini della sottrazione al giudice ordinario, giudice naturale dell'attività privata e dei poteri che utilizzano gli strumenti di diritto privato⁽²¹⁾”*.

Non sono mancati, inoltre, interventi volti a sottolineare come l'attivazione dell'azione di responsabilità ad opera del pubblico ministero contabile nei confronti di amministratori di società a partecipazione pubblica, oltre a necessitare di un apposito intervento normativo, rischi di tradursi in uno svantaggio anziché in un vantaggio per la società giacché, rimettendo la decisione di avviare la stessa all'iniziativa del pubblico ministero e non all'apprezzamento dei soci, porrebbe la società e gli amministratori in una condizione di incertezza nelle regole dell'agire del tutto incompatibile con la missione imprenditoriale dell'organismo⁽²²⁾.

Infine, dubbi ed incertezze in ordine alla scelta operata dalla Suprema Corte in favore del giudice contabile sono stati espressi anche da studiosi delle discipline privatistiche i quali non hanno mancato di sottolineare come *“l'adozione della forma societaria - che sia prevista o imposta da una norma di legge speciale o singolare o che sia il frutto della libera e legittima scelta di un determinato soggetto pubblico - determina necessariamente l'applicazione del diritto societario⁽²³⁾”*.

²⁰ In tal senso SORACE D. *“La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione”* in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, pp. 470 e ss.

²¹ Così PAJNO A. *“Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa”* in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp 984 e ss.

²² Si esprime così PINOTTI C. , *“La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica”* in *Rass. giur. energia elettrica*, 2004, pp. 581 e ss. La medesima autrice mette in luce ulteriori incongruenze di una soluzione - apparentemente più rigorosa - volta a concentrare la giurisdizione in tema di responsabilità degli amministratori di società pubbliche in capo al giudice contabile, sotto il profilo: “del venir meno degli effetti sostanziali collegati all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità (revoca dell'ufficio di amministratore ex art. 2393, comma 4 c. c.; procedurale (necessità di litisconsorzio necessario con la società); del termine di prescrizione quinquennale decorrente dalla cessazione della carica e non dall'evento dannoso; del possibile concorso fra giurisdizione ordinaria e contabile ove la società fosse partecipata da soci privati raggiungenti il quorum per l'esercizio dell'azione di minoranza ai sensi dell'art. 2393 bis c. c., con conseguente possibile contrasto di giudicati.

²³ IBBA C. *“Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica”* in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, pp. 305 e ss. Giova sottolineare come il medesimo Autore, pur senza negare la possibilità di un'astratta convivenza tra azione di responsabilità amministrativa promossa dal p.m. contabile e azione ordinaria di responsabilità davanti al giudice civile - come nell'ipotesi in cui la giurisdizione contabile venga attivata per sanzionare comportamenti degli amministratori della società in mano pubblica che abbiano cagionato danni direttamente al patrimonio del socio pubblico - sia fermo nel ritenere inammissibile un'azione di responsabilità amministrativa promossa per fronteggiare un

Le cennate preoccupazioni sono state all'origine di un nuovo mutamento nella giurisprudenza delle Sezioni Unite intervenuto con una pronuncia⁽²⁴⁾ resa, anche in questo caso, in relazione ad un giudizio di responsabilità amministrativa promosso dinanzi alla Corte dei Conti contro amministratori di una S.p.a. a partecipazione pubblica.

Con essa, la Suprema Corte ha rimeditato in profondità il proprio pregresso orientamento dando maggiore risalto alla forma privatistica rivestita dalla società di capitali ancorché in mano pubblica, ritenendo che, in questo caso, *“non solo non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore della società partecipata, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale. La ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato”*.

Da quanto riportato, risulta evidente che solo il diretto titolare del patrimonio sociale possa far valere la responsabilità per il danno arrecato a quel patrimonio e che i danni arrecati da illeciti degli amministratori 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 del diritto privato. Danno erariale – e connessa giurisdizione contabile – che, viceversa, sussiste quando l'azione di responsabilità mira al risarcimento di un danno cagionato direttamente al socio pubblico (come nel caso di danno all'immagine) ovvero nel caso in cui il rappresentante di quest'ultimo abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 26806/2009 costituiscono, oramai, *ius receptum* sull'argomento, non risultando smentite da successive prese di posizione le quali, casomai, hanno contribuito a precisare e meglio definire i contorni dell'assetto della giurisdizione affermato dalle Sezioni Unite intorno alla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica.

Si allude alle pronunce che, in tema di azioni di responsabilità promosse contro amministratori di società cd. *in house*, hanno affermato la giurisdizione contabile sulla scorta della considerazione che il requisito del controllo analogo – preteso dalla giurisprudenza europea per legittimare l'affidamento diretto senza gara di servizi pubblici a soggetti interamente partecipati dall'ente pubblico – descrive un *“potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio in base alle regole dettate dal codice civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale”*; potere di comando che, in

danno consistente nella diminuzione del patrimonio sociale. Ciò è tanto più vero, ad avviso dell'Autore, in quanto l'eventuale risarcimento dovuto dagli amministratori sarebbe conseguito dal socio pubblico e non andrebbe a vantaggio del patrimonio sociale, esponendo questa soluzione al rischio di disparità di trattamento con eventuali soci privati ed anche - qualora sopravvenga l'insolvenza della società - nei confronti dei creditori della società i quali, nel caso in cui fosse stata positivamente promossa l'azione di responsabilità amministrativa dinanzi al giudice contabile, rischierebbero di vedersi opposto dagli amministratori, con successo, l'avvenuto risarcimento per il medesimo danno già ristorato pro quota al socio pubblico.

²⁴ Cass. ord. SS.UU. 27 ottobre 2009 n. 26806, con nota di D'AURIA G. *“Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori”* in *Foro It.*, 2010; I, pp. 1495 e ss. Di rilievo anche il commento di LAMORGESE A. *“Società a partecipazione pubblica, responsabilità e giurisdizione”* in *Giurisp. comm.*, 2011, II, pp. 332 e ss.

sostanza, escludendo un'alterità soggettiva tra ente pubblico partecipante e società *in house*, comporta che i danni eventualmente inferti al patrimonio della società si traducano in danni arrecati ad un patrimonio riconducibile all'ente pubblico, con conseguente assoggettamento delle relative azioni di responsabilità alla giurisdizione contabile⁽²⁵⁾.

3. LA RESPONSABILITÀ' DEGLI AMMINISTRATORI DI ENTI PUBBLICI IN VESTE SOCIETARIA NELLA GIURISPRUDENZA: DALLA RAI ALL'ANAS (PASSANDO PER L'ENAV).

In senso opposto alle più recenti acquisizioni del Giudice della Giurisdizione, un diverso filone giurisprudenziale ha precisato come talune società partecipate da enti pubblici presentino caratteristiche tali da ritenere che, nonostante la veste formale privatistica, esse abbiano natura sostanziale di enti pubblici, con conseguente assoggettamento alla giurisdizione contabile della responsabilità per i danni cagionati al patrimonio della società da illeciti commessi dai propri amministratori.

L'orientamento in parola – di cui la sentenza in commento costituisce un ulteriore, rilevante, tassello – ritiene di poter desumere da taluni indici normativi altrettanti tratti caratteristici idonei a differenziare marcatamente la disciplina giuridica di alcune società di capitali a partecipazione pubblica, assoggettando, così, la responsabilità degli amministratori delle società in esame al diverso regime previsto per la responsabilità dei pubblici dipendenti e alla connessa giurisdizione del giudice contabile.

Tale indirizzo muove le mosse da una significativa presa di posizione della giurisprudenza costituzionale⁽²⁶⁾ che – nel giudicare di un conflitto di attribuzioni promosso dalla Corte dei Conti nei confronti dell'Esecutivo e volto a contestare la decisione di non consentire oltre a quest'organo di controllare la gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria ai sensi della Legge 21 marzo 1958 n. 259 – ha affermato la competenza del giudice contabile ad esercitare il controllo sulla gestione finanziaria delle società di capitali risultanti dal processo di trasformazione di alcuni dei più importanti enti pubblici economici (I.R.I. – E.N.I. – I.N.A. – E.N.E.L.).

L'affermazione, compiuta dal Giudice delle Leggi, della sottoposizione delle cennate società di capitali al controllo sulla gestione finanziaria ad opera della Corte dei Conti ha avuto notevoli implicazioni d'ordine sistematico poiché ha consentito – in presenza di taluni indici normativi dal significato univoco – di riscontrare, a dispetto della veste giuridica privatistica, natura e sostanza pubblicistica ad un rilevante numero di società di capitali alle quali, allora, è consentito riferirsi come “enti pubblici in veste societaria⁽²⁷⁾”.

²⁵ Si allude a SS. UU. del 25 novembre 2013 n. 26283. Tra i tanti commenti si veda FIMMANÒ F., “La giurisdizione sulle “società in house providing”, in *Le Società*, 2014, p. 61 e ss.

²⁶ Corte Cost. sent. 28 dicembre 1993 n. 466, in *Foro It.*, 1994, I, p. 325

²⁷ A sostegno di quanto affermato si legge in Corte Cost. n. 466/1993: “anche la veste formale assunta dalle società che sono venute a sostituire gli enti pubblici economici sottoposte a trasformazione non può dirsi caratterizzata da una naturale incompatibilità con i caratteri propri del controllo affidato alla Corte dei Conti dalla Costituzione e regolato dalla legge n. 259. In proposito, si può richiamare la natura di “diritto speciale” che va riconosciuta a dette società e che viene a emergere dal complesso della disciplina adottata al fine di regolare il processo di “privatizzazione”: natura che risulta connotata sia dalla costituzione che dalla struttura e dalla gestione delle nuove società e che viene a specificarsi attraverso la previsione di norme particolari – differenziate da quelle proprie del regime tipico delle società per azioni – sia in tema di determinazione del capitale sociale, sia in tema di esercizio dei diritti dell'azionista (spettanti al Ministero del Tesoro ma previa intesa con altri Ministri), sia, infine, in tema di patti sociali, poteri speciali, clausole di gradimento, modifiche statutarie, quorum deliberativi nelle assemblee, limiti al possesso di quote azionarie da parte dei terzi acquirenti (...). Da questo complesso di norme emerge non solo il quadro delle

Le conclusioni cui è giunta la Consulta nell'ipotesi sopra descritta sono state sviluppate nella giurisprudenza di legittimità – con riferimento alla RAI S.p.a. e all'ENAV S.p.a. – con due pronunce di significativo interesse in quanto costituiscono l'antecedente cui ascrivere anche la decisione delle Sezioni Unite oggetto del presente commento.

La prima pronuncia⁽²⁸⁾ ha riconosciuto la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità promosse dalla Procura della Corte dei Conti contro gli organi societari della RAI S.p.a. per i danni inferti al patrimonio di quest'ultima e derivanti dalla decisione degli amministratori in di nominare a direttore generale dell'azienda un soggetto sprovvisto dei requisiti di legge.

In quell'occasione, la S. C. ha riconosciuto alla RAI S.p.a. – ad onta dell'abito formale di società di capitali da essa rivestito – la natura sostanziale di ente assimilabile ad un'amministrazione pubblica e il carattere erariale del danno cagionato dai suoi amministratori.

A tale conclusione le Sezioni Unite sono giunte sulla scorta di molteplici indici normativi tra cui: l'essere la RAI designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo; la sua sottoposizione, per la verifica della correttezza dell'esercizio di tale funzione, a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare; la percezione, da parte della stessa, di un canone di abbonamento, a copertura dei costi del servizio, avente natura tributaria; la sottoposizione al controllo della Corte dei Conti della gestione finanziaria; l'obbligo di osservare, nell'affidamento di appalti, le procedure ad evidenza pubblica.

La S. C. è giunta ad esiti del tutto analoghi anche in una seconda pronuncia⁽²⁹⁾ resa con riferimento alla sottoposizione alla giurisdizione contabile degli amministratori dell'ENAV S.p.a. (Ente Nazionale per l'Assistenza al Volo) per i danni cagionati al patrimonio di quella società.

Anche in questa ipotesi il ragionamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità ha fatto leva sull'attribuzione all'ENAV S.p.a. della natura giuridica di ente pubblico a dispetto della forma societaria, natura desunta da molteplici indici – in parte coincidenti con quelli già espressi dalla S. C. con riferimento alla RAI S.p.a. – quali: la partecipazione totalitaria dello Stato al capitale azionario della società; lo svolgimento da parte di ENAV S.p.a. di molte attività i cui oneri sono posti *ex lege* a carico dello Stato; la prestazione da parte dell'ente in questione di un servizio pubblico essenziale; la sottoposizione della gestione finanziaria della società al controllo della Corte dei Conti ai sensi della Legge n. 259/1958; l'applicazione all'ENAV delle regole in materia di contabilità generale dello Stato.

finalità, dei vincoli e delle condizioni di natura pubblicistica entro cui il processo di "privatizzazione" si sta oggi sviluppando, ma anche la natura differenziata e speciale delle società sorte dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici economici".

In generale, sul tema delle società a partecipazione pubblica, si veda, oltre a GRUNER G., *op. cit.*, anche: RENNA M., "Le società per azioni in mano pubblica", Torino, 1997; NAPOLITANO G., "Soggetti privati e <<enti pubblici>>" in *Dir. Amm.*, 2003 p. 81; RORDORF R., "Le società pubbliche nel codice civile" in *Le Società*, 2005, p. 427; CLARICH M., "Società di mercato e quasi amministrazioni", in *Dir. Amm.*, 2009, p. 253; MASSERA A., "Le società pubbliche" in *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 889; DI LULLO M., "Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) <<pubbliche amministrazioni>>", in *Dir. Amm.*, 2013, p. 296.

²⁸ Cass. ord. SS.UU. 27 ottobre 2009 n. 27092, in *Foro It.*, 2010, I, p. 1485 con nota di D'AURIA, *ult. cit.*, p. 1495 e ss.

²⁹ Cass. ord. SS. UU. del 16 febbraio 2010 n. 5032 in "Foro It.", 2010, I, p. 3090.

Il panorama giurisprudenziale sin qui descritto rappresenta l'*humus* in cui germoglia la decisione assunta dalle SS.UU. con la pronuncia n. 15594 del 9 luglio 2014 in merito alla giurisdizione contabile per i danni provocati al patrimonio di ANAS S.p.a. dalle condotte di amministratori e dipendenti della società.

Nella fattispecie, la S. C. è stata chiamata ad esprimersi su ricorso di un dipendente della sede milanese dell'ANAS che, dopo aver subito una condanna penale per turbativa d'asta, corruzione e truffa in pregiudizio della medesima società, fu citato in giudizio dalla Procura contabile competente e fu condannato dalla Sezione regionale della Corte dei Conti per la Lombardia, al risarcimento non solo dei danni cagionati all'immagine del Ministero dell'Economia e delle Finanze – socio unico dell'ANAS S.p.a. – ma anche dei danni patrimoniali provocati direttamente all'ANAS con i suoi comportamenti illeciti.

Le Sezioni Unite sono giunte al riconoscimento della giurisdizione contabile al caso di specie dopo un iter motivazionale sintetico ed efficace ancorché - come si vedrà in seguito - non privo di incongruenze.

Premessa la ricognizione del quadro giurisprudenziale in materia di danni arrecati al patrimonio di società di capitali partecipate da un socio pubblico così come definito dopo la "svolta" operata dalle medesime SS.UU. con la decisione n. 26806/2009, la S.C. chiarisce che la giurisdizione, in suddette ipotesi, spetta generalmente al giudice ordinario, non essendo configurabile 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, attesa la natura di ente privato della società e l'autonomia giuridica e patrimoniale di essa rispetto al socio pubblico.

Nondimeno, riconosciuto come ancorché in siffatte ipotesi risulti comunque uno spazio riservato alla giurisdizione contabile nell'ipotesi di danni cagionati direttamente al socio pubblico – come, ad esempio, nel caso di danno all'immagine -, le Sezioni Unite passano ad individuare talune situazioni particolari connesse alla natura speciale dello statuto legale di talune società partecipate da enti pubblici che integrano altrettante eccezioni al quadro generale sopra definito e in relazione alle quali, piuttosto, si radica la giurisdizione della Corte dei Conti anche per i danni inferti al patrimonio della società a partecipazione pubblica.

E' questo il caso di quegli enti – come la RAI S.p.a. e l'ENAV S.p.a. – che, nonostante la veste di società per azioni, hanno natura sostanziale di ente pubblico, ed a tale categoria va ascritta, secondo la pronuncia in commento, anche l'ANAS S.p.a.

Ad avviso della S. C., infatti, lo statuto sociale del suddetto ente presenterebbe caratteristiche tali da concludere nel senso che la trasformazione dell'ANAS da ente pubblico economico in società per azioni si sia tradotta nella mera adozione di una formula organizzativa di matrice privatistica senza per questo che sia mutata la reale natura pubblica del soggetto in questione.

A tale esito le Sezioni Unite pervengono valorizzando molteplici indici normativi.

In primo luogo, la genesi stessa dell'ANAS S.p.a. viene ricondotta non già ad un atto di autonomia negoziale – come sarebbe naturale in una società di diritto privato – bensì direttamente ad un atto normativo, l'art. 7 del Decreto Legge n. 138/2002 (conv. in Legge n. 178/2002) che, al comma 1, dispone la trasformazione dell'Ente nazionale per le strade – ANAS in ANAS S.p.a., con la conseguenza che il soggetto risultante da tale intervento normativo, pur qualificandosi formalmente quale società di capitali, si porrebbe su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile per confluire, piuttosto, nel diverso schema dell'ente pubblico in forma societaria.

In tale direzione le Sezioni Unite valorizzano anche la circostanza che lo statuto di ANAS S.p.a. e le sue eventuali successive modificazioni debbono essere approvate – in forza di

specifica disposizione di legge contenuta al comma 4 dell'art. 7 D. L. n. 138/2002 – con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti anziché con determinazione degli organi societari dell'ente.

Ancora, i connotati pubblicistici dell'ANAS S.p.a. sarebbero desumibili dal fatto che il comma 6 dell'art. 7 cit. attribuisce le azioni della società al Ministero dell'Economia e delle Finanze ma subordina quest'ultimo ad esercitare i propri diritti di azionista solo previa intesa con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e secondo le direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri. Il Collegio giudicante ravvisa proprio in tale disposizione un rilevante indice di divergenza rispetto alla conformazione giuridica delle società di capitali così come descritta dalla disciplina codicistica, giacché verrebbe prescelto, per l'esercizio dei diritti e delle azioni sociali, un paradigma palesemente ispirato al modello dell'agire amministrativo qual è quello del concerto interministeriale.

Ulteriori elementi che deporrebbero nel senso della natura giuridica pubblica dell'ANAS S.p.a. sarebbero ravvisabili dal conferimento alla società – a titolo di concessione *ex lege* disposta dal comma 2 dell'art. 7 cit. – dei compiti di cui all'art. 2, comma 1, lettere da a) a g), nonché 1) del D. Lgs. n. 143/1994⁽³⁰⁾, tra cui rientra anche l'esercizio di potestà autoritative quali quelle previste dall'art. 12, comma 3 del Codice della Strada (D. Lgs. n. 285/1992⁽³¹⁾)

Infine – a giudizio della S. C. – le seguenti circostanze valorizzerebbero i profili pubblicistici dell'ANAS S.p.a.: l'esplicito assoggettamento della stessa al controllo sulla gestione da parte della Corte dei Conti secondo le modalità previste dall'art 12 della Legge n. 259/1958; la possibilità per la società di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato; la sottoposizione dei rapporti di lavoro del personale dipendente alle disposizioni concernenti i rapporti di lavoro instaurati con enti pubblici economici.

Pur con la precisazione che *“se ciascuna di siffatte peculiarità legali dovesse venire considerata isolatamente, potrebbe non necessariamente essere sufficiente a smentire la natura privata di un ente che dalla stessa legge è qualificato come società per azioni ed il cui statuto, per il resto, appare effettivamente modellato secondo lo schema usuale ad un tale forma societaria”*, la S. C. è tuttavia ferma nel ritenere che *“l'insieme e l'intrinseca reciproca connessione delle suaccennate peculiarità legali, (...), vale a persuadere che, per ragioni specificamente inerenti al regime legale suo proprio, l'Anas medesima non può essere assimilata ad una società di diritto privato, avendo essa conservato connotati essenziali di un ente pubblico, a fronte dei quali risulta non decisiva l'adozione del*

³⁰ Il quale assegnava all'Ente Nazionale per le strade – ANAS i seguenti compiti: *“gestire le strade e le autostrade di proprietà dello Stato nonché la loro manutenzione ordinaria e straordinaria; realizzare il progressivo miglioramento ed adeguamento della rete delle strade e delle autostrade statali e della relativa segnaletica; costruire nuove strade statali e nuove autostrade, sia direttamente che in concessione; vigilare sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e controllare la gestione delle autostrade il cui esercizio sia stato dato in concessione; curare l'acquisto, la costruzione, la conservazione, il miglioramento e l'incremento dei beni mobili ed immobili destinati al servizio delle strade e delle autostrade statali; attuare le leggi ed i regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle strade e delle autostrade statali, nonché la tutela del traffico e della segnaletica; adottare i provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico sulle strade ed autostrade medesime; esercitare, per le strade ed autostrade ad esso affidate, i diritti ed i poteri attribuiti all'ente proprietario; effettuare e partecipare a studi, ricerche e sperimentazioni in materia di viabilità, traffico e circolazione; espletare, mediante il proprio personale, i compiti di cui al comma 3 dell'art.12 del d. lgs. n. 285/1992”*.

³¹ Si tratta dell'espletamento di compiti di *“prevenzione e accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale e di tutela e controllo sull'uso delle strade che possono essere effettuati, previo superamento di un esame di qualificazione, anche dal personale dell'ANAS.*

modello organizzativo corrispondente a quello di una società azionaria per gli aspetti non altrimenti disciplinati in chiave pubblicistica”.

Donde la conclusione secondo cui, nel giudizio di responsabilità instaurato contro organi e funzionari dell'ente per danni inferti al patrimonio dello stesso, sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti.

4. SPUNTI CRITICI

Alla luce delle coordinate sin qui esposte, occorre verificare se l'asserzione proposta dalle Sezioni Unite – che l'ANAS S.p.a., a dispetto della formale veste privatistica, costituisca un ente pubblico assoggettato, per quanto concerne la responsabilità da danno arrecato al suo patrimonio, alla giurisdizione contabile – risulti coerente col quadro normativo e con le conclusioni cui è giunta la dottrina più attenta all'argomento.

Vi è da rilevare, innanzitutto, come gli interpreti che si sono confrontati col tema della natura giuridica di ANAS S.p.a. - all'interno dell'analisi del più complesso panorama degli enti pubblici in forma societaria – abbiano osservato come ad essa *“rimasta saldamente nelle mani dello Stato – persona, siano stati assegnati – si badi bene: mediante concessione ex lege – le stesse funzioni già svolte dall'omonimo ente pubblico dalla trasformazione del quale essa è derivata”*. Ancora *“i commi da 1018 a 1030 dell'art. 1 della legge n. 296/2006⁽³²⁾ hanno dettato ulteriori disposizioni con riferimento ad Anas S.p.a. le quali, laddove fossero state dettate con riferimento ad una qualunque altra società per azioni (autenticamente) privata, sarebbero senza dubbio da considerare costituzionalmente illegittime, per contrasto con i principi di eguaglianza formale e di libertà di iniziativa economica privata”*. Da qui la conclusione per cui la figura soggettiva in questione possederebbe *“tutte le caratteristiche per essere ricompresa nell'ambito degli enti pubblici a struttura di società per azioni: origine eteronoma – normativa ed impossibilità di adottare una deliberazione di auto scioglimento ai sensi dell'art. 2484 comma 1 n. 6 c. c.⁽³³⁾”*.

Giova osservare, ancora, come la pronuncia in commento non risulti isolata nell'affermare - pur a dispetto della forma privatistica assunta dall'Ente per effetto dell'art. 7 del D. L. n. 138/2002 (conv. in Legge n. 178/2002) - la natura pubblicistica dell'ANAS S.p.a.

Già nel 2008 la S. C. si era già espressa in senso favorevole all'attribuzione di natura sostanzialmente pubblica all'ANAS S.p.a. con una decisione⁽³⁴⁾ con cui il giudice di legittimità – ammettendo il patrocinio dell'Avvocatura Erariale in favore dell'ANAS pur in difetto di procura speciale conferita per il giudizio di cassazione e premettendo che il comma 11 dell'art. 7 del D. L. n. 138/2002 attribuisce all'ANAS la facoltà di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato – ha affermato che *“anche a prescindere dall'ovvia considerazione che la normativa generale sulle attribuzioni dell'Avvocatura erariale è dettata da legge ordinaria, alla quale una fonte equiordinata ben può derogare, più che la natura del soggetto, il R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, presuppone il coinvolgimento di pregnanti interessi pubblici nella controversia”*.

³² Che impongono ad ANAS S.p.a. – tra l'altro – di predisporre, entro sei mesi dall'entrata in vigore della medesima legge, *“un nuovo piano economico-finanziario, riferito all'intera durata della sua concessione, nonché l'elenco delle opere infrastrutturali di nuova realizzazione ovvero di integrazione e manutenzione di quelle esistenti”* prevedendo altresì che *“il piano e' approvato con decreto del Ministro delle infrastrutture, di concerto con i Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dei trasporti e il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentite le competenti Commissioni parlamentari”*.

³³ Così GRUNER G., *cit.*, pp. 111 – 112.

³⁴ Cass., Sent. Sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25268.

Da quanto affermato si ricaverebbe che la forma societaria non sarebbe ostativa alla natura pubblicistica dell'ente quando pubblici sono gli interessi alla soddisfazione dei quali l'attività dell'ente è diretta.

A conclusioni analoghe è giunta anche la giurisprudenza amministrativa la quale in ben due occasioni³⁵ – interrogandosi circa l'ammissibilità per l'ANAS S.p.a., nell'esercizio dei poteri pubblicistici di autotutela esecutiva sui beni ad essa trasferiti, di disporre lo sgombero in via amministrativa delle case cantoniere occupate in assenza di titolo – ha concluso per il riconoscimento che *“non è certamente di ostacolo al riconoscimento di detto potere di autotutela la natura formalmente privatistica del nuovo soggetto ben potendosi riconnettere tale potere anche ad un organismo organizzato in modo privatistico”* di talché *“in assenza di una privatizzazione sostanziale, il regime giuridico delle S.p.a. pubbliche non è diverso da quello che lo stesso soggetto aveva quando rivestiva la forma giuridica di ente pubblico economico”*.

Tirando le fila di quanto affermato sinora, può non stupire che le Sezioni Unite abbiano concluso per la non assimilabilità del regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di ANAS S.p.a alla disciplina prevista sul punto dal codice civile per gli amministratori di società di capitali, optando per la sottoposizione della relativa responsabilità al più gravoso regime previsto per i dipendenti di amministrazioni pubbliche e la devoluzione delle relative azioni alla giurisdizione contabile³⁶.

Tale conclusione, pur se persuasiva, lascia tuttavia permanere alcuni dubbi sulla cui portata è necessario interrogarsi.

E' evidente, infatti, come la riconduzione della responsabilità di amministratori e dipendenti di ANAS S.p.a. nell'alveo della responsabilità amministrativa sottoposta alla giurisdizione della Corte dei Conti e all'esercizio dell'azione di responsabilità obbligatoria da parte del pubblico ministero contabile rappresenti un esito confliggente con la veste formale privatistica che, per effetto di un esplicito intervento normativo, il soggetto in questione risulta aver assunto.

Di tale, stridente, contrasto pare consapevole anche la S. C. che, nella pronuncia in commento, si affretta a precisare come non sia intenzione dei giudici di legittimità *“definire in termini generali la natura giuridica dell'ANAS S.p.a., bensì soltanto valutare se quest'ultima presenti caratteristiche specifiche tali da far ritenere che il suo patrimonio abbia conservato i connotati pubblicistici che sono l'indispensabile presupposto della giurisdizione contabile e che, correlativamente, coloro i quali per essa agiscono incidendo su quel patrimonio rientrino nel novero dei soggetti ai quali detta giurisdizione si estende”*.

In proposito, non può negarsi come le conclusioni assunte dalla decisione in esame risultino coerenti con le posizioni espresse da quegli interpreti che – ravvisando il *proprium* delle imprese pubbliche nello svolgimento di un'attività economica organizzata per la produzione o lo scambio di beni o servizi che possa essere intrapresa *“anche in base ad una decisione di autonomia privata, ai sensi dell'art. 41 Cost. e quindi che possa svolgersi, (...) in una dimensione giuridica di mercato, almeno potenzialmente aperta*

³⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, sentt. NN. 1230/2011 e 2829/2013

³⁶ Orientamento a cui la giurisprudenza di legittimità, peraltro, intende continuare a prestare ossequio, come dimostrato dall'ord. n. 16240 del 16 luglio 2014 con cui le Sezioni Unite, tra l'altro, hanno riconfermato *“le ragioni per cui, ai fini del riconoscimento della giurisdizione contabile in tema di responsabilità di organi e dipendenti dell'ANAS, dev'essere riconosciuta la perdurante natura di ente pubblico di quest'ultima, pur nella acquisita veste formale di società azionaria”*.

alla concorrenza³⁷⁾” – attribuiscono natura di enti pubblici in forma societaria a quelle figure che, *“pur non risultando oggetto di monopolio legale ai sensi dell’art. 43 Cost., si collocano, in ragione dell’attuale assetto normativo, al di fuori di qualsivoglia dimensione giuridica di mercato, almeno potenzialmente aperto alla concorrenza³⁸⁾”*; ciò è quanto ricorrerebbe anche nel caso di ANAS S.p.a., in ragione delle rilevanti funzioni pubblicistiche, ad essa intestate, relative alla gestione della rete stradale ed autostradale di interesse nazionale.

Tuttavia, è innegabile come, all’interno di un ordinamento che si vuole ispirato a principi di certezza e tutela dell’affidamento, la conclamata pretermissione di un dato formale di chiara evidenza - quale la natura giuridica privata di soggetto qualificato come società di capitali - in vista dell’assoggettamento dei vertici di quell’ente al regime della responsabilità proprio dei dipendenti di un’amministrazione pubblica sia foriera di dubbi e perplessità.

Come acutamente osservato da taluni interpreti all’indomani della pronuncia assunta dalla S. C. in relazione alla RAI S.p.a. non può non rilevarsi che, in quella occasione, i giudici di legittimità non si siano avveduti che i *“peculiari caratteri” sottolineati nell’ordinanza annotata per sostenere la tesi che la RAI sarebbe un ente pubblico, erano tutti ben presenti al Parlamento quando, pressato dalla sent. n. 225 del 1974, effettuò la scelta in favore della forma privatistica della società per azioni, ancorché sotto il controllo del Parlamento. E in tanto il Parlamento optò (...), in quanto ritenne che ciò avrebbe garantito il c. d. “pluralismo interno” meglio di quanto avrebbe potuto fare un ente pubblico naturalmente sottoposto al Governo³⁹⁾*”.

Invero, anche il processo che ha condotto alla privatizzazione di ANAS S.p.a. dimostra come la scelta del Legislatore si sia indirizzata con evidenza verso moduli privatistici idonei ad assicurare maggiore fluidità ai meccanismi di funzionamento di un ente che svolge un ruolo chiave nel sistema nazionale di mobilità, anche attraverso consistenti investimenti per lo sviluppo e la manutenzione della rete viaria.

Infatti, non sorprende osservare come l’art. 28 della Legge 28 dicembre 2001, n. 448 - in attuazione della quale il successivo art. 7 del Decreto Legge 8 luglio 2002 n. 138 ha disposto la trasformazione dell’Ente Nazionale per le strade ANAS in società per azioni - abbia assegnato all’Esecutivo il compito di individuare gli enti pubblici, *“ai quali non siano affidati compiti di garanzia di diritti di rilevanza costituzionale”*, di cui disporre il mutamento in società di capitali o fondazioni di diritto privato, escludendo da tale processo esclusivamente gli organismi pubblici di gestione - a livello di primario interesse nazionale - della previdenza sociale e quelli essenziali per le esigenze della difesa o la cui natura pubblica è garanzia per la sicurezza.

Tale ultima annotazione lascia intendere chiaramente come la *voluntas legis* si fosse diretta all’adozione di moduli di azione privatistici per tutta una serie di soggetti pubblici tra i quali rientra anche l’ANAS, con il conseguente integrale assoggettamento degli enti così privatizzati allo statuto giuridico e alla disciplina disposta dal diritto comune, ivi

³⁷⁾ Così GRUNER, cit., pag. 154.

³⁸⁾ Sempre GRUNER, cit., pag. 156.

³⁹⁾ PACE A., *“La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la RAI <<ente pubblico>>”* in *Giur. cost.*, 2010, fasc. 5, pp. 4040 e ss.; per ulteriori osservazioni critiche si veda anche SANTONASTASO F.E., *“Ancora della RAI: <<così com’è oggi, è un centauro, con una natura in parte umana e in parte equina...>>”*, in *Giur. cost.*, 2010, fasc. 5, pp. 4085 e ss.

compreso il regime della responsabilità degli amministratori per eventuali danni cagionati al patrimonio della società, salve le specifiche deroghe introdotte dalla legge alla normativa societaria contenuta nel codice civile, deroghe che, per quanto consta, non interessano il tema della responsabilità sociale degli amministratori dell'ANAS S.p.a.

D'altronde, è opinione di autorevoli studiosi quella secondo cui *“non ogni differenza - della disciplina legale con quella prevista dal diritto comune - significa incompatibilità con il tipo⁽⁴⁰⁾”* e, del resto, il fenomeno di società appartenenti a organismi pubblici, costituite per legge e la cui disciplina presenta marcati profili di specialità rispetto al comune diritto societario (pur senza che le medesime perdano la propria natura di soggetti di diritto privato) è ben noto da decenni al Legislatore, ove si ponga mente a quanto recitava la relazione introduttiva al codice civile a proposito dell'art. 2449: *“è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e possibilità realizzatrici”*.

Inoltre, ad un'analisi più attenta, talune delle peculiarità valorizzate dalla sentenza in oggetto al fine di differenziare il regime giuridico delle società in mano pubblica rispetto a quello tipico delle società di capitali mostrano profili di incongruenza.

Si pensi all'argomento relativo alla costituzione dell'ANAS S.p.a. per atto normativo, ancorché per atto negoziale, con conseguente esclusione di una pluralità di partecipanti. E' noto, infatti, come il diritto societario conosca la figura della società unipersonale che, pur non fondandosi su un contratto, conserva la struttura organizzativa e la limitazione della responsabilità proprie della società pluripersonale.

Ancora, mostra dei limiti anche l'argomento relativo al paradigma di esercizio dei diritti sociali definito dalla legge istitutiva di ANAS S.p.a., in base al quale l'esercizio degli stessi è rimesso al concerto interministeriale tra il Dicastero dell'Economia e Finanze - titolare della partecipazione al capitale sociale - e quello delle Infrastrutture e Trasporti. Il diritto societario, infatti, ammette differenze tra la condizione e i poteri dei partecipanti ad una società di capitali, attribuendo ad esempio poteri di voto differenziati e non proporzionali alle azioni possedute o, addirittura, attribuendo potere di voto in certe deliberazioni e rappresentanti negli organi gestori e di controllo anche a soggetti non soci, come i portatori di strumenti partecipativi. Senza considerare che il riconoscimento della validità di patti parasociali permette di regolare l'esercizio e il trasferimento di diritti azionari in maniera differente rispetto al paradigma sociale.

Neanche appare incompatibile col persistere del carattere privatistico di una società quale l'ANAS S.p.a. la circostanza che alla stessa siano attribuite entrate pubbliche derivanti dall'utilizzazione di beni demaniali. Anche in questo caso, l'origine pubblica del denaro non ne implica la pubblicità dell'impiego, potendo al più giustificare un controllo sulla gestione finanziaria quale quello demandato alla Corte dei Conti ai sensi dell'art. 12 della Legge 21 marzo 1958, n. 259 ma non un'alterazione significativa dal tipo sociale che deriverebbe dalla devoluzione al giudice contabile delle azioni di responsabilità contro amministratori e dipendenti della società in caso di danni al patrimonio sociale.

⁴⁰ OPPO G., *“Pubblico e privato nelle società partecipate”*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p.160

Ulteriori perplessità in ordine alle conclusioni raggiunte dalla S. C. nella pronuncia in esame derivano dall'osservazione della causa propria del tipo sociale. E' noto come il *proprium* dell'impresa (pubblica o privata) risieda nel carattere economico dell'attività svolta, carattere che, di per sé, può anche non accompagnarsi al fine lucrativo, come dimostrano gli esempi di imprese a struttura privatistica - come associazioni, fondazioni ed enti non profit - che svolgono attività economica al fine di soddisfare interessi generali e non lucrativi.

Tuttavia, l'impresa sociale differisce da ogni altro strumento imprenditoriale perché, all'economicità dell'attività svolta, si accompagna necessariamente un fine lucrativo - definito dall'art. 2247 c. c. come *"l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili"* - che rappresenta l'elemento informatore del tipo.

E tale conclusione non muta neppure se - come nel caso di ANAS S.p.a. - manchi un contratto sociale e una compagine azionaria plurale come dimostrato, anche in questo caso, dall'esistenza nell'ordinamento di quella peculiare figura sociale rappresentata dalla società unipersonale nella quale, comunque, la lucratività permane quale carattere essenziale del tipo sociale. Né, per converso, la legge di trasformazione dell'Ente nazionale per le strade in società per azioni pare escludere in alcun punto il fine lucrativo del nuovo ente a struttura societaria al quale, piuttosto, sono affidati compiti pubblicistici connessi allo sviluppo e alla manutenzione della rete viaria da soddisfare nell'interesse generale.

Ciò induce a compiere un'ulteriore riflessione. La penetrazione di interessi pubblici nel tipo sociale è un fenomeno di cui si hanno esempi nel diritto societario anche a prescindere da una partecipazione pubblica, come dimostra la disciplina delle società quotate che tiene conto degli interessi del mercato e del risparmio sotto numerosi aspetti. Ancor più significativo è il caso rappresentato da quelle società private cui siano attribuite anche funzioni pubbliche⁽⁴¹⁾ nelle quali l'interesse pubblico è talmente presente da giustificare interventi pubblici di controllo e finanche sostitutivi. In questi casi un interesse imprenditoriale e patrimoniale si combina con un interesse pubblico al punto da non potersi più considerare come esterno alla società ma ricondotto alla funzione concreta della società o, si potrebbe, dire, alla causa concreta della società, potendo affermare che *"la confluenza dell'interesse pubblico nell'interesse sociale qualifica il tipo senza snaturarlo e giustifica le particolarità della disciplina"*⁽⁴²⁾ senza contrastare con lo statuto della società di diritto comune.

Infine, la pronuncia in argomento contiene un ulteriore profilo di incongruenza. Si allude all'inclusione di ANAS S.p.a nel novero delle cc.dd. *"società legali"*, intendendo così riferirsi a quelle compagini societarie poste su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile - ancorché in esse siano presenti una o più caratteristiche del modello societario - alle quali si nega carattere di società di diritto comune per attribuire loro, piuttosto, natura giuridica pubblica, con conseguente applicazione della disciplina prevista per gli enti pubblici, ivi compreso il relativo regime di responsabilità per amministratori e dipendenti rimesso alla giurisdizione contabile.

⁴¹ Ad esempio, le società di gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari disciplinate ai sensi degli artt. 61 e ss. del d. lgs. n. 58/1998.

⁴² OPPO G., *op. cit.*, p. 167, il quale, a coronamento dell'affermazione riportata nel testo, propone il seguente quesito: *"Vogliamo parlare, come del contratto di evidenza pubblica, così di una società di evidenza pubblica che resta società quanto il primo resta contratto?"*.

Il riferimento in esame appare piuttosto improprio ove si consideri che il modello della “*società legale*” - ben conosciuto alla dottrina⁽⁴³⁾ come quel fenomeno in cui la legge si pone quale fonte costitutiva del rapporto societario - non determina una correzione in senso pubblicistico della loro natura, posto che la volontà legislativa di impiegare uno schema di diritto societario comune non può, in assenza di previsioni normative deponenti in senso contrario, non indurre a includere le società in parola nel modello codicistico di società per azioni⁽⁴⁴⁾.

Le perplessità sopra espresse, pur nel rispetto dovuto ad una presa di posizione assunta dalla S. C. a Sezioni Unite, inducono a non ritenere definitivamente risolta in favore della giurisdizione contabile la questione del giudice competente a sanzionare la responsabilità degli amministratori di una società di capitali quale ANAS S.p.a per i danni cagionati direttamente al patrimonio sociale in difetto di una specifica disposizione di legge che, esplicitamente, attribuisca al giudice contabile le predette azioni di responsabilità ed in assenza, nella legge istitutiva della medesima società, di norme che - aldilà di specifiche disposizioni concernenti l'esercizio dei poteri di controllo della partecipazione azionaria pubblica - derogano alle caratteristiche peculiari del tipo societario e all'applicazione della relativa disciplina legislativa.

⁴³ Tra tutti si veda IBBA C. “*Le società legali*”, Torino, 1992.

⁴⁴ Conclude in tal senso IBBA C. “*Società legali e società legificate*”, in *Enc. Giur.*, XXIX, 1993.