

--519/10



REGOLAMENTO PREVENTIVO GIURISDIZIONE

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

SEZIONI UNITE CIVILI

Regolamento preventivo giurisdizione
--

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. VINCENZO CARBONE	- Primo Presidente -	R.G.N. 10235/2008
Dott. SALVATORE SENESE	- Presidente di Sezione -	Cron. 519
Dott. ANTONINO ELEFANTE	- Presidente di Sezione -	Rep.
Dott. GUIDO VIDIRI	- Consigliere -	Ud. 27/10/2009
Dott. MASSIMO ODDO	- Consigliere -	CC
Dott. LUCIO MAZZIOTTI DI CELSO	- Rel. Consigliere -	
Dott. ANTONIO SEGRETO	- Consigliere -	
Dott. SALVATORE SALVAGO	- Consigliere -	
Dott. FABRIZIO FORTE	- Consigliere -	

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 10235-2008 proposto da:

MARZOCCHI LORENZINO, elettivamente domiciliato in ROMA,
VIALE MAZZINI 6, presso lo studio dell'avvocato ROMANO
VANIA, che lo rappresenta e difende unitamente
all'avvocato MANZONI CARLO, per procura a margine del
ricorso;

- **ricorrente** -

contro

PROCURA REGIONALE PRESSO LA CORTE DEI CONTI - SEZIONE
GIURISDIZIONALE PER LA LOMBARDIA, in persona del

Procuratore Generale pro-tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA BAIMONTI 25;

- **controricorrente** -

nonchè contro

SACCO PROILA LUIGINO;

- **intimato** -

per regolamento di giurisdizione in relazione al
giudizio pendente n. 24469/2007 (vertenza V2007/236)
della CORTE DEI CONTI per la LOMBARDIA;

udito l'avvocato Vania ROMANO;

udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del 27/10/2009 dal Consigliere Dott. LUCIO
MAZZIOTTI DI CELSO;

lette le conclusioni scritte dal Sostituto Procuratore
Generale dott. Raffaele CENICCOLA, il quale chiede che
le Sezioni unite, in camera di consiglio, dichiarino la
giurisdizione della Corte dei Conti, con le statuizioni
di legge.



Svolgimento del processo

L'ing. Lorenzino Marzocchi ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione per sentir dichiarare se rientri nella giurisdizione del giudice ordinario o del giudice contabile la cognizione della domanda - oggetto del giudizio di responsabilità erariale pendente dinanzi alla Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia - proposta con atto di citazione e finalizzata ad evidenziare la responsabilità per danno erariale di esso ricorrente quale dirigente di una società di capitali (Enipower controllata dalla s.p.a. Eni a sua volta partecipata dallo Stato) per aver ricevuto tangenti al fine di favorire una società nella gara di aggiudicazione di forniture in violazione delle regole di evidenza pubblica poste dall'ordinamento nazionale e comunitario a tutela della concorrenza e del mercato con danno subito dalla Enipower e, indirettamente, dai controllanti Eni s.p.a. e Ministero dell'Economia, pari alla tangente di € 150.000,00 concordata per ottenere gli appalti e all'utile di impresa pari al 10% del valore contrattuale, ossia € 1.952.162,50.

A sostegno del difetto di giurisdizione il Marzocchi ha asserito che le attività della Enipower sono da considerare di carattere privato in considerazione sia del fatto che la partecipazione statale alla s.p.a. Eni è ormai minoritaria, sia del fatto che le società di capitali partecipate non sono chiamate a dare attuazione a programmi di interesse collettivo deliberati da pubblici poteri, bensì solo a porre in essere attività di carattere imprenditoriale. Ha osservato poi il ricorrente che il giudizio di responsabilità può riguardare solo i dipendenti pubblici e non i dipendenti di soggetti privati quali la Enipower.



La Procura Regionale presso la Corte dei Conti, Regione Lombardia, ha resistito con controricorso insistendo per la dichiarazione della giurisdizione del giudice contabile vertendo la controversia in esame in tema di società controllate dallo Stato atteso che la società Enipower è interamente partecipata dall'Eni (di cui all'epoca dei fatti di causa lo Stato possedeva il 30,33% del capitale sociale) e che la semplice veste societaria non esclude la natura pubblicistica di quel soggetto che, in mano al controllo dell'azionista pubblico, resti affidatario di interessi pubblicistici come avvenuto nella specie trattandosi di interessi relativi al settore energetico.

Il P.G. al quale gli atti sono stati trasmessi ai sensi dell'art. 375 c.p.c., ha chiesto dichiararsi la giurisdizione della Corte dei Conti.

Motivi della decisione

La riferita questione di giurisdizione va risolta dichiarando la giurisdizione della Corte dei Conti.

Va innanzitutto rilevato che – come risulta dalla lettura degli atti processuali e, in particolare, del ricorso e del controricorso – il ricorrente è stato chiamato nel giudizio di merito con la richiesta di condanna in favore del Ministero dell'Economia e delle Finanze, delle società ENI, Enipower e Snamprogetti della quota di danno a lui imputata in relazione alla stipulazione di un contratto per un importo di € 19.521.625,00 in violazione delle regole di evidenza pubblica avendo esso Marzocchi fornito all'impresa Marley s.p.a. – poi aggiudicataria del detto contratto – in esecuzione di un accordo illecito con il sig. Mossievich, dati tecnici riservati delle offerte tecniche delle altre ditte concorrenti percependo una tangente per € 150.000,00. Da ciò la violazione dell'imparziale svolgimento della gara e l'alterazione



dell'effettiva concorrenza dei soggetti partecipanti con conseguente pregiudizio dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

La conseguenza dannosa della condotta illecita imputata al ricorrente, di natura strettamente patrimoniale nella forma di danno emergente, consiste nelle maggiori somme corrisposte dall'Enipower alla Marley in esecuzione di un contratto nullo, in quanto eccedenti la misura dell'arricchimento senza causa a norma dell'articolo 2041 c.c., unico emolumento spettante alla Marley. Il danno è stato quantificato in € 150.000,00 pari alla tangente concordata e in € 1.952.162,50 pari all'utile dell'impresa (25% del 10% del valore contrattuale).

Da quanto precede deriva che il danno per il quale il ricorrente è stato citato in giudizio innanzi alla Corte dei Conti è quello direttamente subito dalle citate società e non dallo Stato che detiene una limitata parte del capitale sociale della s.p.a. ENI.

Ciò posto va osservato quanto segue.

1. Com'è noto, il limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti, sul quale le sezioni unite della Corte di cassazione sono chiamate a pronunciarsi, ha rilevanza costituzionale: discende dal disposto dell'art. 103, comma secondo, della Costituzione, a tenore del quale *"la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge"*. Al di fuori delle materie di contabilità pubblica, e quindi anche in tema di responsabilità, occorre dunque che la giurisdizione della Corte dei conti abbia il suo fondamento in una specifica disposizione di legge.



In termini generali, il contenuto ed i limiti della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità trovano la loro base normativa nella previsione dell'art. 13 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, secondo cui la corte giudica sulla responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Tali limiti sono stati successivamente ampliati dall'art. 1, quarto comma, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, che ha esteso il giudizio della Corte dei conti alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza. La giurisdizione di detta corte non è quindi circoscritta alla sola ipotesi di responsabilità contrattuale dell'agente, ma può esplicarsi anche in caso di responsabilità aquiliana.

2) In passato i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti, al pari di quella del giudice amministrativo, erano però (relativamente) più agevoli da tracciare: la più netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato, la normale corrispondenza tra la natura pubblica dell'attività svolta dall'agente ed il suo organico inserimento nei ranghi della pubblica amministrazione, la conseguente più agevole demarcazione di confini tra l'agire dell'amministrazione in forza della potestà pubblica ad essa spettante e per le finalità tipicamente a questa connesse ed il suo agire invece *iure privatorum*: erano tutti elementi che facilitavano anche l'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione in esame.

La più recente evoluzione dell'ordinamento ha reso ora questi confini assai meno chiari, da un lato incanalando sovente le finalità della pub-



blica amministrazione in ambiti tipicamente privatistici, dall'altro affidando con maggiore frequenza a soggetti privati la realizzazione di finalità una volta ritenute di pertinenza esclusiva degli organi pubblici.

In quest'ottica anche le sezioni unite della Cassazione, per evitare il rischio di un sostanziale svuotamento – o almeno di un grave indebolimento - della giurisdizione della corte contabile in punto di responsabilità, ha teso a privilegiare un approccio più "sostanzialistico", sostituendo ad un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo che fa leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

Si è perciò affermato che, quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, occorre aver riguardo al rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, ma che per tale può intendersi anche una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto - né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica (Sez. un. 3 luglio 2009, n. 15599; 31 gennaio 2008, n. 2289; 22 febbraio 2007, n. 4112; 20 ottobre 2006, n. 22513; 5 giugno 2000, n. 400; Sez. un., 30 marzo 1990, n. 2611, ed altre conformi).

L'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra quindi una rela-



zione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto (Sez. un. 27 settembre 2006, n. 20886; 1 aprile 2008, n. 8409; 1 marzo 2006, n. 4511; 19 febbraio 2004, n. 3351), anche se l'estraneo venga investito solo di fatto dello svolgimento di una data attività in favore della pubblica amministrazione (Sez. un. 9 settembre 2008, n. 22652) ed anche se difetti una gestione del danaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo procedure di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto (Sez. un. 12 ottobre 2004, n. 20132). Lo stesso dicasi per l'accertamento della responsabilità erariale conseguente all'illecito o indebitato utilizzo, da parte di una società privata, di finanziamenti pubblici (Sez. un. 5 giugno 2008, n. 14825, e Sez. un., n. 4511/06, cit.); o per la responsabilità in cui può incorrere il concessionario privato di un pubblico servizio o di un'opera pubblica, quando la concessione investe il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche, attribuendogli la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione, onde egli agisce per le finalità proprie di quest'ultima (Sez. un., n. 4112/07, cit.).

Nella medesima ottica, a partire dal 2003, le sezioni unite di questa hanno ritenuto spettare alla Corte dei conti, dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, ultimo comma, della legge n. 20 del 1994, la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la responsabilità di privati funzionari di enti pubblici economici (quali, ad esempio, i consorzi per la gestione di opere)



anche per i danni conseguenti allo svolgimento dell'ordinaria attività imprenditoriale e non soltanto per quelli cagionati nell'espletamento di funzioni pubbliche o comunque di poteri pubblicistici (Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667). Si è sottolineato che si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato; con la conseguenza – si è precisato - che, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno (Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973; 20 giugno 2006, n. 14101; 1 marzo 2006, n. 4511; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3367).

3. Se quanto appena osservato vale certamente per gli enti pubblici economici, i quali restano nell'alveo della pubblica amministrazione pur quando eventualmente operino imprenditorialmente con strumenti privatistici, è da stabilire entro quali limiti alla medesima conclusione si debba pervenire anche nel diverso caso della responsabilità di amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico. Le quali non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico.



Il codice civile dedica alla società per azioni a partecipazione pubblica solo alcune scarse disposizioni, oggi contenute nell'art. 2449 (come modificato dall'art. 13 della legge 25 febbraio 2008, n. 34, a seguito della pronuncia della Corte giustizia delle Comunità europee, 6 dicembre 2007, n. 463/04), essendo stato il successivo art. 2450 ormai abrogato dall'art. 3, primo comma, del d. l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con modificazioni dalla legge 6 aprile 2007, n. 46. Ma siffatte residue disposizioni del codice non valgono a configurare uno statuto speciale per dette società (spesso, viceversa, interessate da norme speciali, non sempre tra loro ben coordinate), salvo per i profili inerenti alla nomina e revoca degli organi sociali, specificamente ivi contemplati, né comunque investono il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme previste dal codice civile a questo riguardo, com'è confermato dalla immutata indicazione del secondo comma del citato art. 2449, a tenore del quale anche i componenti degli organi amministrativi e di controllo di nomina pubblica *"hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea"*. Né pare dubbio che quest'ultimo principio valga anche per le società a responsabilità limitata eventualmente partecipate da un ente pubblico, in difetto di qualsiasi specifica disposizione del codice che se ne occupi.

Se ne è desunto — anche alla luce di quanto espressamente indicato nella relazione (*"E' lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici"*) - che la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assogget-



tamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta. Dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, pur quando direttamente designati dal socio pubblico, logicamente perciò discende la responsabilità di detti organi nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, nei medesimi termini — contemplati dagli artt. 2392 e segg. del codice - in cui tali diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsivoglia altra società privata.

4. E' innegabile, nondimeno, che si possano determinare dei problemi quando il modello giuridico-formale prescelto entra in tensione con il fenomeno economico sottostante, come non di rado accade proprio nel caso in cui lo Stato o altro ente pubblico assume una partecipazione in una società per perseguire in tal modo finalità di rilevanza pubblica.

Ne è testimone, in certa misura, la sentenza delle sezioni unite 26 febbraio 2004, n. 3899, che, dopo aver ribadito il principio per cui una società per azioni costituita con capitale maggioritario del comune in vista dello svolgimento di un servizio pubblico ha una relazione funzionale con l'ente territoriale, caratterizzata dall'inserimento della società medesima nell'iter procedimentale dell'ente locale e dal conseguente rapporto di servizio venutosi così a determinare, ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti nelle controversie in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale riguardanti gli amministratori ed i dipendenti di una siffatta società. La portata di tale affermazione non risulta però del tutto univoca: perché nella medesima sentenza si ha cura di specificare, per



un verso, che l'elemento determinante della decisione era costituito, in quel caso, dal rapporto di servizio intercorrente tra la società privata ed il comune (piuttosto che dal rapporto partecipativo e dal conseguente investimento di risorse finanziarie pubbliche nel patrimonio della società privata) e, per altro verso, che la questione se il danno subito dal comune partecipante alla società fosse diretto, o meramente riflesso, rispetto a quello arrecato al patrimonio sociale, costituiva un profilo estraneo al giudizio sui limiti della giurisdizione.

Proprio quest'ultimo profilo sembra invece meritare un ulteriore approfondimento, potendo assumere carattere decisivo ai fini che qui interessano.

4.1. In primo luogo, non sembra si possa prescindere dalla distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, e quella personale degli amministratori (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società): i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire loro, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte.

Quanto appena osservato non vale però a chiudere ogni possibile spazio alla giurisdizione della Corte dei conti in ordine ad eventuali comportamenti illegittimi imputabili agli organi delle società a partecipazione pubblica, dai quali sia scaturito un danno per il socio pubblico.

S'è già prima accennato vuoi alla possibilità che tale giurisdizione sia riferita anche ad ipotesi di responsabilità aquiliana, vuoi alla possibilità che essa si configuri pure in difetto di una formale investitura pubblica dell'agente. Entra allora in gioco un ulteriore importante elemento normativo,



cui finora non si è fatto riferimento ma che occorre adesso prendere in considerazione. Si allude alla disposizione dell'art. 16 *bis* della legge 28 febbraio 2008, n. 31 (che ha convertito il d.l. 31 dicembre 2007, n. 248), così concepita: *"Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o 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"*.

Tale norma, benché la sua applicazione ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione sia espressamente esclusa, assume un evidente significato retrospettivo, nella misura in cui 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. Non si capirebbe, altrimenti, la ragione per la quale il legislatore ha inteso stabilire che, per l'avvenire (e limitatamente alle società quotate, o loro controllate, con partecipazione pubblica inferiore al 50%), la giurisdizione spetta invece in via esclusiva proprio al giudice ordinario.

Resta però da verificare entro quali limiti, al di fuori del ristretto campo d'applicazione della disposizione da ultimo richiamata, sia davvero configurabile la giurisdizione del giudice contabile che il legislatore ha in tal modo presupposto in rapporto ad atti di *mala gestio* degli organi di società a partecipazione pubblica.



In difetto di norme esplicite in tal senso (e fatta salva la specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, come nel caso della Rai), è ai principi generali ed alle linee portanti del sistema che occorre aver riguardo. Ed è proprio in quest'ottica che assume rilievo decisivo la già accennata distinzione tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dagli artt. 2393 e segg. e, per le società a responsabilità limitata, dal primo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2476 c.c.) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o terzi (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dall'art. 2395 e, per le società a responsabilità limitata, dal sesto comma del citato art. 2476).

4.2. In tale ultimo caso la configurabilità dell'azione del procuratore contabile, tesa a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, non incontra particolari ostacoli (né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati artt. 2395 e 2476, sesto comma, poiché l'una e l'altra mirerebbero in definitiva al medesimo risultato). Non importa qui indagare sulla natura dell'indicata responsabilità: se essa abbia carattere extracontrattuale (come la giurisprudenza è per lo più incline a ritenere: si vedano, tra le altre, Cass. 5 agosto 2008, n. 21130; 25 luglio 2007, n. 16416; e 3 aprile 2007, n.8359) o se pur sempre presupponga la violazione di un preesistente obbligo di corretto comportamento dell'amministratore e del componente dell'organo



di controllo anche nei diretti confronti di ciascun singolo socio (onde alcune autorevoli voci di dottrina ravvisano anche in tal caso un'ipotesi di responsabilità almeno *lato sensu* contrattuale). Quel che appare certo è che la presenza dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale ed il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l'impiego di pubbliche risorse non può sfuggire agli organi della società e non può non comportare, per loro, una peculiare cura nell'evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell'ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo.

Tipico esempio di questa situazione è il danno all'immagine dell'ente pubblico (su cui si veda Sez. un. 20 giugno 2007, n. 14297) che derivi da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata: danno che può eventualmente prodursi immediatamente in capo a detto ente pubblico, per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati, e che non s'identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale (indipendentemente dall'essere o meno configurabile e risarcibile anche un autonomo e distinto danno all'immagine della medesima società).

Nessun dubbio, quindi, sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in un'ipotesi siffatta; e se ne trae conferma anche dal disposto dell'art. 17, comma *30-ter*, della legge 3 agosto 2009, n. 102 (quale risulta dopo le modifiche apportate dal d.l. in pari data, n. 103, convertito con ulteriori modificazioni nella legge 3 ottobre 2009, n. 141), che disciplina e



limita le modalità dell'azione della magistratura contabile appunto in caso di danno all'immagine, nelle ipotesi previste dall'art. 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97, ossia in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nel precedente art. 3 della stessa legge, compresi quelli "*di enti a prevalente partecipazione pubblica*". Non si vede come la medesima regola stabilita per i dipendenti non debba valere anche per gli amministratori e gli organi di controllo della società a partecipazione pubblica.

4.3. Ad opposta conclusione si deve invece pervenire nel caso in cui l'azione sia proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio della società.

Non solo, come detto, non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato lesa dall'atto di *mala gestio*, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio. 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.

E' certo vero che il danno sofferto dal patrimonio della società è per lo più destinato a ripercuotersi anche sui soci, incidendo negativamente sul



valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione; ma – fatte salve le limitate eccezioni oggi introdotte dall'art. 2497 c.c. (come modificato dal d. lgs n. 6 del 2003), in tema di responsabilità dell'ente posto a capo di un gruppo di imprese societarie, che qui non rilevano – il sistema del diritto societario impone di tener ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società.

Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio (principio pacifico: si vedano, *ex multis*, Cass. 5 agosto 2008, n. 21130; 3 aprile 2007, n. 8359; 27 giugno 1998, n. 6364; e 28 febbraio 1998, n. 2251).

Si capisce, allora, come il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari



delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale.

L'esattezza di tale conclusione trova conferma anche nell'impossibilità di realizzare, altrimenti, un soddisfacente coordinamento sistematico tra l'ipotizzata azione di responsabilità dinanzi giudice contabile e l'esercizio delle surriferite azioni di responsabilità (sociale e dei creditori sociali) contemplate dal codice civile. L'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali contemplate dal codice civile: basta dire che l'una è obbligatoria, le altre discrezionali; l'una ha finalità essenzialmente sanzionatoria (onde non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito dal patrimonio danneggiato dalla *mala gestio* dell'amministratore o dall'omesso controllo del vigilante), le altre hanno scopo ripristinatorio; l'una richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del danno; per le altre è sufficiente anche la colpa lieve ed il debito risarcitorio è pienamente trasmissibile agli eredi.

D'altronde, almeno in tutti i casi nei quali vi siano anche soci privati la cui partecipazione è suscettibile di subire danno per effetto del comportamento illegittimo degli organi sociali, sarebbe impossibile escludere l'esperibilità degli ordinari strumenti di tutela approntati dal codice civile a beneficio della società (e dei soci privati, nonché eventualmente dei creditori). E però, se si ipotizzasse il possibile concorso tra l'azione del procuratore contabile e l'azione sociale di responsabilità contemplata dal codice civile, occorrerebbe poter individuare il modo di disciplinare tale concorso,



stante la descritta diversità delle rispettive caratteristiche delle differenti azioni. L'assenza del benché minimo abbozzo di coordinamento normativo in proposito suona palese conferma della non configurabilità, in simili situazioni, di un'azione diversa da quelle previste dal codice civile, che sia destinata a ricadere nella giurisdizione del giudice contabile.

4.4. Giova ancora aggiungere che l'esclusione dell'ipotizzata giurisdizione del giudice contabile per l'azione di risarcimento di danni cagionati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico neppure provoca, a ben vedere, il rischio di una lacuna nella tutela dell'interesse pubblico coinvolto nella descritta situazione.

Nell'attuale disciplina della società azionaria – ed in misura ancor maggiore in quella della società a responsabilità limitata – l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, in caso di *mala gestio* imputabile agli organi della società, non è più monopolio dell'assemblea e non è più, quindi, unicamente rimessa alla discrezionalità della maggioranza dei soci. Una minoranza qualificata dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393-bis c.c.) ed addirittura ciascun singolo socio della società a responsabilità limitata (art. 2476, terzo comma, c.c.) sono infatti legittimati ad esercitare tale azione (anche nel proprio interesse, ma a beneficio della società) eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza. Ne consegue che, trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azio-



ne del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti.

In conclusione, in base alle considerazioni che precedono, il ricorso per regolamento di giurisdizione deve essere accolto e dichiarata la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Non v'è luogo a pronuncia sulle spese, in considerazione del carattere formale della parte che ha promosso il giudizio di responsabilità.

P.Q.M

La Corte di cassazione, a sezioni unite, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

Roma 27 ottobre 2009

Il Presidente

IL CANCELLIERE
Giovanni Giambattista

Depositata in Cancelleria



oggi, **15 GEN. 2010**
IL CANCELLIERE
Giovanni Giambattista