

LE AZIONI DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEGLI ORGANI SOCIALI E DI CHIUNQUE ABBIA PRESO PARTE AL FATTO LESIVO NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE¹

di FRANCESCO FIMMANO¹

Sommario: **1.** Le società pubbliche, le società partecipate e le società *in house providing* - **2.** La natura giuridica del soggetto “società” e la disciplina dell’attività di interesse pubblico esercitata. Il significato normativo di organismo di diritto pubblico; - **3.** La questione del riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità agli organi sociali; - **4.** L’articolo 12 del Testo unico e l’art. 2497 c.c. a confronto; - **5.** La giurisdizione esclusiva sulle società *in house* e quella concorrente su chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società a partecipazione pubblica.

1. Le società pubbliche, le società partecipate e le società *in house providing*

Il «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 corretto ed integrato dal Decreto del 16 giugno 2017, n. 100) cerca di ricondurre a sistema un coacervo di disposizioni gemmate negli ultimi 25 anni, anche se calare le società di capitali e il loro enorme apparato

¹ L’autore è VicePresidente del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti. Le opinioni qui riportate sono espresse a titolo e personale quale Ordinario di Diritto commerciale e non sono in alcun modo riconducibili al Consiglio od alla Istituzione nel suo complesso.

regolamentare (*ipertecnico*) in un ambiente normativo giuspubblicistico non è operazione semplice specie dopo anni di incomunicabilità tra materie diverse.²

Comunque il Tusp non ha cambiato lo stato dell'arte e le disposizioni speciali intervengono su tante questioni ma non determinano di certo l'emersione di un "tipo". La partecipazione di una pubblica amministrazione a una società di capitali non può alterarne infatti la struttura né dare vita a un "tipo" di diritto speciale.

Infatti il codice civile dedica poche norme a queste società³ e nessuna di esse è in grado di determinare *effetti enucleativi* di un "tipo" a se stante, dotato di una natura giuridica peculiare. Anche la facoltà attribuita all'ente pubblico dall'art. 2449 c.c., sostitutiva della generale competenza dell'assemblea ordinaria, trovando la sua giustificazione nella peculiarità di quella tipologia di soci, deve essere qualificata come estrinsecazione *non di un potere pubblico*, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa. Dalla configurazione dell'atto di revoca come espressione di una facoltà inerente la qualità di socio e, quindi, come manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, deriva l'ulteriore conferma dell'esclusione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo⁴.

In questo senso era già andato l'art. 4, comma 13, del d.l. 95 del 2102 (cd. *spending review*), che infatti dettava una norma generale di rinvio alla disciplina codicistica emblematica, che ha avuto funzione di interpretazione autentica e di chiusura, finalizzata ad "*imprimere un indirizzo di cautela verso un processo di progressiva entificazione pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione*".

La "storia" del fenomeno in esame comincia nel 1990 con la espressa previsione nella legge n. 142 della società per azioni a

² Al riguardo F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, *Le società pubbliche*, Roma, 2017, 10 s..

³ Al riguardo R. RORDORF, *Le Società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423.

⁴ Cass, sez. un. 1 dicembre 2016 n. 24591.

partecipazione pubblica maggioritaria⁵, passa attraverso l'introduzione della società c.d. *minoritaria*⁶, l'apertura al tipo della S.r.l. e l'incentivo alla trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi⁷, per subire un provvisorio assestamento nel 2000 con il Testo Unico delle autonomie locali (Tuel) che sistemava organicamente la materia⁸. Nel 2001 il quadro viene *virtualmente* rivoluzionato con l'introduzione della categoria *mai definita* dei c.d. servizi industriali e l'introduzione rigorosa, *mai attuata*, dei principi della concorrenza⁹. Con la *contro-riforma* del 2003 e la legge finanziaria per il 2004, si arriva infatti a un risultato esattamente opposto¹⁰. Quest'ultimo intervento, in parte censurato dalla Corte Costituzionale¹¹, ha suddiviso i servizi in virtù della loro *rilevanza economica*, in un contesto pesantemente dominato dalla figura della società in *house providing* e del suo strettissimo collegamento funzionale con l'ente di riferi-

⁵ La società mista a prevalente capitale pubblico locale venne prevista per la prima volta dall'art. 22, lettera e) della legge 142 del 1990, (testo poi modificato dall'art. 17, comma 58, legge 15 maggio 1997, n. 127, *Bassanini-bis*) e la legge non vietava peraltro che la società fosse interamente in mano pubblica.

⁶ La società mista con partecipazione maggioritaria dei soci privati ha trovato riconoscimento testuale con l'art. 12 della legge n. 498 del 1992, attuata con la normativa regolamentare dettata dal D.p.r. n. 533 del 16 settembre 1996 (al riguardo G.F. CAMPOBASSO, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.*, 1998, 390 s., che esamina in particolare gli aspetti della compagine, della scelta dei soci e dello scopo di lucro).

⁷ Norme contenute nella c.d. legge Bassanini *bis* (n. 127 del 15 maggio 1997), che all'art. 17, commi 51-58, consentiva agli Enti locali di procedere alla trasformazione delle aziende speciali, deputate alla gestione dei servizi pubblici, in società per azioni o a responsabilità limitata con capitale misto, pubblico e privato, anche a partecipazione minoritaria.

⁸ D. lgs. n. 267 del 2000.

⁹ Articolo 35 della legge n. 448 del 2001.

¹⁰ Si tratta in particolare dell'art. 14 del d.l. n. 269 del 30 settembre 2003 «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici», convertito con modificazioni nella l. n. 326 del 2003 (conseguente alle osservazioni della Commissione Europea sul sistema delineatosi con l'entrata in vigore dell'art. 35).

¹¹ Nel luglio del 2004, la Corte Costituzionale accolse in parte il ricorso avanzato dalla regione Toscana e dichiarò illegittimo l'art. 14, comma 1, lett. e), e comma 2, del D.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. nella L. 24 novembre 2003, n. 326, (Corte Cost., 27 luglio 2004, n.272, cfr. al riguardo MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2005).

mento. La normativa ha strumentalizzato in modo abile la giurisprudenza comunitaria tanto da evocare una situazione giuridica di *dipendenza organica*.

Alla originaria disciplina contenuta nell'art. 113 TUEL, infatti, si sono sovrapposti prima l'art. 23 bis del d.l. n. 112/08 (abrogato con *referendum*) e poi la successiva disciplina introdotta con il D.L. 138/11 (dichiarata incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 199 del 20 luglio 2012), per giungere infine al d.l. 18 ottobre 2012 n. 179 (convertito con l. 17 dicembre 2012 n. 221). Fino alla riforma del 2016 un vero e proprio "*diritto giurisprudenziale*", creato dalla Cassazione *a partire dal 2013*, ha completato il quadro, che come vedremo ha generato non poca confusione in quanto le decisioni in tema di giurisdizione sono state talora *acriticamente* riprodotte ad altri fini, ad esempio in materia fallimentare¹². Alle

¹² Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in *ilcaso.it*, ed in "*Il Quotidiano Giuridico*" del 14 gennaio 2014, con nota critica di IMPARATO. Nello stesso senso il Tribunale di Nola ha decretato l'ammissione a concordato preventivo di una società interamente controllata da un comune, rilevando che la mancanza di uno solo dei tre requisiti configuranti il c.d. controllo analogo consente l'applicabilità dell'art. 161 l.fall. (Trib. Nola 30 gennaio 2014 – Pres. Tedesco – Est. Savarese, in *ilcaso.it*, 2014). Il Tribunale di Napoli, invece, ribaltando il suo precedente orientamento, ha affermato che se è vero che gli enti pubblici sono sottratti al fallimento, anche la società *in house* integralmente partecipata dagli stessi, non potrà essere soggetta alla liquidazione fallimentare, in quanto costituisce un mero patrimonio separato dell'ente pubblico, centro decisionale autonomo e distinto dal socio pubblico titolare della partecipazione, che esercita sullo stesso un potere di governo del tutto corrispondente a quello esercitato sui propri organi interni (Trib. Napoli 9 gennaio 2014, Pres. Di Nosse – Est. Grimaldi, *ilcaso.it*, 2014, secondo cui ai sensi dell'art. 6 dello Statuto della E.A.V., ricorre il requisito dell'integrale partecipazione pubblica al capitale, essendo statutariamente previsto che le quote della società possono essere trasferite solo a soggetti pubblici, su delibera della Giunta Regionale previo parere della commissione consiliare permanente, dunque con l'esclusione della possibilità di partecipazione di soci privati; ricorre, inoltre, il c.d. controllo analogo da parte della Regione Campania, espressamente menzionato nell'art. 8 *bis*, il quale specificamente contempla l'esercizio da parte della regione di un controllo analogo a quello esercitato sui servizi interni, riservando espressamente – tra gli altri – all'assemblea dei soci l'approvazione, entro il 15 dicembre dell'anno precedente, di un Piano di Programma annuale, cui l'Organo amministrativo dovrà attenersi e dare esecuzione, che definisce le attività, gli obiettivi annuali, le eventuali modifiche dell'assetto organizzativo della società, i costi e ricavi dell'esercizio; infine, quanto all'attività esercitata, è incontrovertibile che la E.A.V. gestisce il pubblico servizio di trasporto locale, dunque chiaramente l'attività della stessa è prevalentemente destinata in favore dell'ente partecipante, titolare del pubblico servizio. Del resto, la stessa normativa di settore conferma l'identificazione della società resistente come un mero organismo regionale per la gestione del servizio pubblico. Infatti, con il D.L. n. 83 del 22 giugno 2012, convertito nella

sentenze delle sezioni unite andava invece attribuita *una valenza meramente "settoriale" (in tema di giurisdizione)*, escludendo qualunque altro profilo che non attenga al rapporto tra partecipante e partecipato¹³, negando recisamente la validità di ricostruzioni *panpubblicistiche*, fondate su interpretazioni *riqualificatorie* della natura giuridica, prive di base normativa ed in contrasto coi principi costituzionali di cui all'art. 101, comma 2, Cost. ed all'art. 97 Cost.¹⁴. Come d'altra parte ha poi confermato la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del Testo unico¹⁵.

L. n. 134/2012, è stata prevista una particolare procedura per il rientro dal disavanzo delle società partecipate dalla regione Campania che gestiscono il trasporto regionale, con la nomina di un Commissario *ad acta*, cui è demandata una ricognizione dei debiti e dei crediti e l'elaborazione di un piano di rientro dal disavanzo accertato ed un piano dei pagamenti, alimentato da risorse regionali disponibili in bilancio e da altre entrate, da sottoporre all'approvazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Ministero dell'Economia e delle finanze (art. 16, co. 5); a completamento di tale procedura e per assicurare lo svolgimento della stessa, nonché l'efficienza e continuità del servizio di trasporto, lo stesso decreto ha previsto il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive, anche concorsuali, nei confronti delle società a partecipazione regionale esercenti il trasporto ferroviario regionale, per un periodo di dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto citato, co. 7, prorogato dapprima al 31 dicembre 2013 dalla L. n. 228 del 24 dicembre 2012, e poi al 31 dicembre 2014, dal D.L. 30 dicembre 2013, n. 151). Nello stesso senso Trib. Napoli 29 maggio 2014 – Pres. Di Nosse – Est. Graziano (inedita) che nel caso di Bagnoli Futura S.p.a. dopo un'ampia ricostruzione del fenomeno della società *in house*, ne ha dichiarato il fallimento sul presupposto dell'assenza dei requisiti individuati dalle Sezioni Unite.

¹³ Trib. Modena 10 gennaio 2014, Pres. ed est. Zanichelli, in *ilcaso.it*, 2014, (i giudici modenesi hanno correttamente rilevato che anche la circostanza che siano stati conferiti nella società gli impianti necessari per l'erogazione dei servizi, utilizzando una opportunità prevista dall'art. 113 d. lgs 267/2000, rileva in relazione ai limiti ed alle modalità dell'eventuale liquidazione ma non incide sulla natura della società).

¹⁴ In senso parzialmente diverso si è affermato che è possibile il fallimento della società "*in house*" (totalmente partecipata da enti pubblici) che non esercita un servizio pubblico essenziale di esclusiva competenza pubblicistica, poiché la stessa agisce sul mercato con finalità di lucro e si atteggia – nei rapporti coi terzi – come un soggetto privato (Trib. Reggio Emilia 18 dicembre 2014, in www.ilcaso.it, 2015).

¹⁵ Cass., Sez. Un. 1 dicembre 2016 n. 24591 e App, Aquila, 3 Novembre 2016 n. 26, in *Fallimento*, 2017, 172 s., con nota di F. FIMMANÒ, *L'insolvenza delle società pubbliche alla luce del Testo Unico*. Cass, 7 febbraio 2017 n. 3196, in *Giustiziacivile.com*, 16 gennaio 2018 con nota di F. FIMMANÒ, *La natura delle società pubbliche e la conseguente fallibilità*.

2. La natura giuridica del soggetto “società” e la disciplina dell’attività di interesse pubblico esercitata. Il significato normativo di organismo di diritto pubblico

In realtà un certo orientamento giurisprudenziale, ignaro delle complessità sistematiche, partendo dal principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo, è arrivato ad attribuire alle società partecipate una *connotazione pubblicistica*¹⁶, frutto di una sostanziale mutazione genetica nel senso di una riqualificazione del soggetto giuridico. In realtà tale impostazione è stata fuorviante, in quanto si può parlare di società di diritto speciale soltanto laddove una espressa disposizione legislativa introduca deroghe alle statuizioni del codice civile, nel senso di attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall’art. 2247 c.c., con la conseguente emersione *normativa* di un tipo *con causa pubblica non lucrativa*¹⁷. In realtà nella fenomenologia delle *società pubbliche* se si escludono i casi di società *c.d. legali* (istituite, trasformate o comunque disciplinate da apposita legge speciale)¹⁸, ci troviamo *sempre* di fronte a società di diritto comune, in cui pubblico non è

¹⁶ Cfr. in particolare Cons. Stato, nn. 1206 e 1207 del 2001 e nn. 4711 del 2002 e 1303 del 2002.

¹⁷ *Le società pubbliche. ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, *ricerche di law & economics*, Milano, 2011.

¹⁸ Ci riferiamo agli enti pubblici con mera struttura organizzativa societaria (cfr. al riguardo IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992, 340; ID., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, 483 s.; ID., *Le società “legali” per la valorizzazione, gestione e alienazione dei beni pubblici e per il finanziamento di infrastrutture. Patrimonio dello Stato e infrastrutture s.p.a.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 447; ed in un’ottica estensiva: NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 81 s.) previsti, trasformati o costituiti appunto in forma societaria con legge (ad es. l’art. 7 del D. L. 15/4/2002 n. 63, convertito dalla L. 15/6/2002, n. 112, ha istituito la Patrimonio dello Stato S.p.a.; l’rt. 8 del D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito dalla L. 8/8/2002, n. 178, ha gemmato la Coni Servizi s.p.a.; il D. Lgs. 9/1/1999 n. 1, ha istituito Sviluppo Italia s.p.a. poi integrato con altre norme dirette a disciplinarne la *governance* dell’attuale “Invitalia s.p.a.”; l’art. 3, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79, ha previsto la costituzione del Gestore della rete di trasmissione nazionale S.p.a.; l’art. 13, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79 ha contemplato la nascita della Sogin s.p.a.; stessa cosa è accaduta per “Gestore del Mercato s.p.a.” *ex art.* 5, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79 e l’Acquirente Unico s.p.a. *ex art.* 4, D. Lgs. 16/3/1999 n. 79. In altri casi il legislatore ha trasformato o previsto la trasformazione di enti pubblici in società: così per l’Ente Nazionale per le Strade *ex art.* 7 D.L. 8/7/2002 n. 138, convertito in L. 8/8/2002 n. 178; per l’Istituto per i servizi assicurativi del commercio estero Sace *ex art.* 6 D. L. 30/9/2003, n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326; per l’Ente Autonomo Esposizione Universale di Roma *ex D.*

l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio e quella privatistica che regola il funzionamento della società convivono¹⁹, come convivono le diverse giurisdizioni.

L'interesse che fa capo al socio pubblico si configura *come di rilievo esclusivamente extra sociale*, con la conseguenza che le società partecipate hanno comunque natura privatistica. Il rapporto tra società ed ente è di assoluta autonomia non essendo consentito al secondo di incidere unilateralmente sullo svolgimento dello stesso rapporto e sull'attività della società mediante poteri autoritativi, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario²⁰. Infatti nella *Relazione* al codice civile si legge che «*in questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, salvo che norme speciali non dispongano diversamente*»²¹.

Il soggetto dell'ordinamento rimane una società di diritto comune, come tale imprenditore commerciale, con *aspetti disciplinari peculiari* come accade per le banche, le assicurazioni, le consortili, le compagini sportive, le fiduciarie, le Sim, le Sicav, le finanziarie, etc.,. La disciplina integrativa dipende dalla natura del socio (e dalla qualità-quantità della sua partecipazione) e *dall'attività* svolta dalle società in esame (e più in generale dalle società, anche partecipate da soli soggetti privati), qualificabile

Lgs. 17/8/1999 n. 304; per la Cassa Depositi e Prestiti *ex art. 5* D.L. 30/9/2003 n. 269, convertito in L. 24/11/2003, n. 326). In tema cfr. SANTONASTASO, *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2010, 237 s.

¹⁹ Al riguardo cfr. già F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, 1135 s. In particolare con riferimento ad una ipotesi di società legale si sono pronunciate le sezioni unite, in tema di giurisdizione, marcandone la differenza con le società *in house* (Cass., Sez. Un., 9 luglio 2014, n. 15594).

²⁰ Secondo la Cassazione «...la società per azioni non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'Ente pubblico ne posseda in tutto o in parte le azioni...» (cfr. Cass. Sez. un., n. 4991 del 1995, Cass., n. 17287 del 2006).

²¹ C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*. in *Riv. soc.*, 2005, 3 s.; e già in tempo risalente A. BASSI, *Azionariato pubblico e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 986 s-

come pubblica o di pubblico interesse, per la quale il discorso è completamente diverso da quello sul *soggetto*. Ad esempio la normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti pubblici comprende tra le pubbliche amministrazioni, assoggettate alle norme che impongono il rispetto dell'evidenza pubblica e delle procedure concorrenziali trasparenti conformi ai principi comunitari, non solo i soggetti formalmente pubblici, ma anche quelli con veste privata, ma sottoposti ad un controllo pubblico, al fine di evitare l'elusione dei vincoli procedimentali²². Nello stesso senso vanno le regole in tema di "criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi". Naturale conseguenza è che le relative controversie sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo alla luce dell'art. 103 Cost.²³.

Dunque tali società sono assoggettate a regole analoghe a quelle applicabili ai soggetti pubblici *nei settori di attività* in cui assume rilievo preminente rispettivamente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti e le finanze; saranno invece assoggettate alle normali regole privatistiche ai fini *dell'organizzazione e del funzionamento*²⁴. E ciò vale anche per l'istituzione, la modificazione e l'estinzione, ove gli atti propedeutici alla formazione della volontà negoziale dell'ente sono soggetti alla giurisdizione amministrativa, ma gli atti societari rientrano certamente nella giurisdizione del giudice ordinario²⁵. Così per le

²² Si veda al riguardo il Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 2427 del 26 ottobre 2018, reso in tema di libere Università ma particolarmente incisivo sulla materia in oggetto.

²³ Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 11 marzo (ha affermato che la riserva di giurisdizione del g.a. prevista dall'art. 63, comma 4, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, non può trovare applicazione in relazione ad un soggetto indubbiamente privato che, sebbene qualificabile quale "organismo di diritto pubblico", non risulti annoverabile tra le p.a. di cui all'art. 1, comma 2, del citato d.lg. n. 165 del 2001).

²⁴ Anche sul piano del diritto *antitrust* ed in particolare della disciplina degli aiuti di stato si esclude che il controllo pubblico su un'impresa ne giustifichi un trattamento differenziato (al riguardo G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, 201 s.).

²⁵ Il Consiglio di Stato ha affermato che l'art. 33 co. 2 lett. A, del d.p.r. n. 80/98 nel prevedere come rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti l'istituzione, la modificazione o l'estinzione dei soggetti gestori di pubblici servizi (comprese le società di capitali) ha inteso riferirsi alle relative procedure pubblicistiche (di istituzione, modificazione ed estinzione) con esclusione quindi delle questioni che hanno attinenza al diritto societario (cfr. Cons. Stato sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867; ID., 3 settembre 2001

controversie riguardanti l'organizzazione societaria, la giurisprudenza ha affermato che non è sufficiente il mero coinvolgimento dell'interesse pubblico per giustificare l'attrazione in capo al giudice amministrativo. In questo senso è stato ad esempio risolto il caso della nomina o della revoca degli amministratori²⁶ da parte di un ente pubblico: l'atto persegue un fine pubblico ma rimane un atto societario in quanto espressione di una prerogativa squisitamente privatistica e non certo di un potere pubblicistico²⁷. Né la partecipazione dell'ente giustifica valutazioni diverse della condotta degli organi sociali ai fini delle loro responsabilità gestionali o di controllo²⁸.

Sulla base della medesima impostazione va individuato *l'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti* sulle società (e più in generale su organismi partecipati o collegati ad enti pubblici) ed in particolare quello relativo alla responsabilità nei confronti di amministratori e dipendenti sia privata, essendo sufficiente *la natura oggettivamente pubblica del danno* e cioè il collegamento anche indiretto con la finanza pubblica, a prescindere dalla natura giuridica del soggetto o dalla veste utilizzata²⁹. Va

n. 4586). In modo ancora più esplicito è stato affermato che tutti gli atti che ineriscono alla vita delle società a partecipazione pubblica pongono questioni di diritti soggettivi e pertanto rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799 cit.; Cons. Stato V sez., 11 febbraio 2003 n.781). Da ultimo per la giurisdizione ordinaria in tema di fusione per incorporazione cfr. TAR Veneto, 15 aprile 2008 n. 968, in www.dirittodeiserviziubblici.it.

²⁶ L. IMPARATO, *La revoca degli amministratori pubblici. Nota a sentenza n. 7063/2013 resa dal Tribunale di Napoli*, in *Gazzetta Forense*, 2013, V, 37 s.

²⁷ In tema cfr. anche Cass., 15 ottobre 2013 n. 23381 in *ilcaso.it*, 2013; F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, in F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento. Ordinamento, crisi e insolvenza*, Collana Law & Economics, Milano, 2011, 377 s.;

²⁸ La Cassazione, con sentenza del 1 dicembre 2016 n. 24591, hanno definitivamente sancito che le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e sindaci delle società a totale o parziale partecipazione pubblica sono sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nel caso in cui le società stesse siano costituite secondo il modello del cd. *in house providing* (Cass., 15 ottobre 2013 n.23381, in *ilcaso.it*, 2013).

²⁹ L'organo a cui compete il controllo contabile e di legalità degli enti pubblici è, ai sensi dell'art. 100 Cost., la Corte dei Conti e ai fini del controllo contabile e della responsabilità contabile rileva il dato sostanziale della permanenza dell'ente nella sfera delle finanze pubbliche. La qual cosa conseguentemente rende necessari controlli finalizzati a verificare la corretta gestione del denaro pubblico; al contrario risulta irrilevante ai detti fini il dato formale della veste societaria, sotto

insomma sostituito un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, con un criterio oggettivo che faccia leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate, dell'attività esercitata e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

Pertanto, quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, occorre aver riguardo al rapporto tra l'agente e la pubblica amministrazione tenendo conto 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 (o sotto il suo dominio) un'attività, senza che rilevi nè la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto - nè quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica³⁰.

Infatti con riferimento alle c.d. *società legali* la Suprema Corte ha avuto ad esempio modo di affermare che *non occorre 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*".³¹

questo profilo neutra e irrilevante (Corte Cost. 23 dicembre 1993, n. 446; Corte Conti, Lombardia, febbraio 2006 e 30 ottobre 2006 n. 17).

³⁰ Cass, 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.

³¹ Secondo la Cassazione "*premesso che l'attuale statuto sociale dell'Anas non presenta caratteristiche tali da farla ricomprendere nel novero delle società in house, si tratta in definitiva di comprendere se la trasformazione dell'Anas in Spa disposta dalla legge ne abbia davvero comportato il mutamento della natura giuridica - da ente pubblico economico a società di diritto privato - o se invece non ne abbia intaccato gli essenziali connotati pubblicistici, essendosi tradotta nella mera adozione di una formula organizzativa, corrispondente a quella della società azionaria, senza per questo incidere sulla reale natura del soggetto. In questo secondo senso si è già ripetutamente espressa (sia pure ad altri fini) la giurisprudenza del Consiglio di Stato, affermando senz'altro che la trasformazione dell'Anas, disposta dalla legge, ha avuto incidenza concreta soltanto sulla fase*

In realtà la Cassazione, per molto tempo, ha riconosciuto la giurisdizione della magistratura contabile per le società a partecipazione pubblica solo *là dove ed in quanto* si arrecasse un danno erariale *diretto* all'azionista pubblico³² e non *in via mediata* alla partecipazione del socio pubblico.

Viceversa il corretto inquadramento sistematico comporta che ci siano *due forme di responsabilità concorrenti e settoriali*,

gestionale del soggetto, permanendo sia la natura pubblica del nuovo organismo sia i poteri pubblicistici propri dell'ente proprietario delle autostrade e strade statali ad esso affidate (vedi, ad esempio, Cons Stato 24 febbraio 2011, n. 1230, e 24 maggio 2013, n. 2829). L'Anas s.p.a. è peraltro soggetta al controllo della Corte dei conti con le modalità previste dall'art. 12 della L. 21 marzo 1958, n. 259". La Suprema Corte aveva nello stesso senso già affermato che "indubbiamente anche un ente a struttura societaria può assumere natura pubblicistica, qualora ciò non sia espressamente previsto dalla legge....ovvero ricorrano determinate condizioni (comportanti una consistente alterazione del modello societario tipico, cfr. ad esempio Poste italiane Spa)" (Cass, Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in Società, 2006, 870). E poi Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2009, n. 27092 e Cass., Sez. Un., 3 marzo 2010, n. 5032, Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28329, in Giust. civ. Mass., 2011, 12, 1827, in Giust. civ., 2012, 2, I, 320 riguardanti Rai ed Enav.

³² Le Sezioni unite della Cassazione con sentenza del 19 dicembre 2009, n. 26806 (in *Giur. comm.*, 2011, II, 315 s.; in *Nds*, n. 3, 2010, 36 s.) affermavano che solo nel caso in cui l'evento dannoso sia prodotto dagli amministratori "direttamente" a carico del socio-ente si configura la responsabilità e la giurisdizione del giudice contabile. Un tipico danno diretto è considerato quello all'immagine dell'ente (cfr. L. CARAVELLA, *La lesione all'immagine dell'ente pubblico ed il risarcimento del danno*, in F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento, cit.*, 541 s.). Nello stesso senso: Cass., sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519, in *Società*, 2010, 803 s.; Sez. un., 15 gennaio 2010, 520, 521, 522, 523 e Cass, Sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309; Cass., Sez. Un., 9 aprile 2010, n. 8429, riferita al direttore generale, in *Società*, 2010, 1177 s.; Cass. Sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10063, in *Riv. corte conti*, 2011, 3-4, 372, in *Foro it.* 2012, 3, I, 832, Cass. Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14655, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 12, 2596, in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1287; Cass. Sez. Un., 7 luglio 2011, n. 14957, in *Foro it.* 2012, 3, I, 831 (ove il danno era ravvisabile nella perdita di valore di una quota di partecipazione in società poi dichiarata fallita), Cass. Sez. Un. 20941 del 12 ottobre 2011 in *Foro it.*, 2012, 3, I, 831; e Cass. Sez. Un., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Foro amm. CDS*, 2012, 6, 1498, con nota di Nicodemo, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le Sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*; Cass. Sez. Un., 23 marzo 2013, n. 7374, in *Guida dir.*, 2013, 23, 57 Cass. Sez. Un. 5 aprile 2013, n. 8352, in *Giust. civ. Mass.*, 2013). Cass., Sez. Un., 3 maggio 2013 n. 10299, (in *Società*, 2013 con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle società pubbliche*) che pur nella scia del pronunciamento "spartiacque" del 2009 e di quelli successivi *apriranno* ad una diversa impostazione per le società *in house* e non escludevano valutazioni del giudice contabile, dirette a ricollegare azioni od omissioni riguardanti la società ma che avessero prodotto danni direttamente all'ente pubblico.

quella civilistica comune e quella erariale,³³ e l'una non preclude l'altra.

3. La questione del riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità agli organi sociali

L'art. 12 del testo unico - nella sofferta versione finale - sancisce: *“I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”*.

Dal combinato disposto delle disposizioni si ricava che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti, in via generale, alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria. E' fatta (in ogni caso) *salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”*.

Oltre al danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*, è devoluto tuttavia alla giurisdizione della Corte dei conti il danno erariale delle altre tipologie

³³ *Ex adverso* l'azione individuale *ex art.* 2395, c.c., è stata ritenuta dalla magistratura contabile fuori dall'ambito della propria giurisdizione (Corte Conti, sez. I, App. 3 novembre 2005, n. 356, cit., 3). Sul tema più in generale cfr. A. BUCCARELLI, *Il sistema della responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitale pubbliche*, in FIMMANÒ, *Le società pubbliche. cit.*, 2011, 403 s.; T. MIELE, *La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza*, *ibidem*, 450 s.; F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, *ibidem*, 377 s

di società partecipate pubbliche (anche non *in house*), sia quando si configura come danno patrimoniale (*anche indiretto oltre che diretto*)³⁴, sia allorquando si configura come danno non patrimoniale³⁵. Il danno erariale la cui giurisdizione è devoluta, in base al comma 1 dello stesso art. 12, alla Corte dei conti è quello “*subito dagli enti partecipanti*” e non quello subito dalla stessa società partecipata pubblica e comprende il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell’esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione, omettendo di esercitare l’azione di responsabilità sociale.

³⁴ Non a caso è scomparsa dalla versione originaria della norma ogni riferimento al danno diretto. Rispetto alla precedente formulazione rileva l’eliminazione dal comma 1, dell’avverbio “direttamente” visto “*che non risulta convincente l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale la giurisdizione contabile era stata affermata, nei casi in cui l’ente pubblico era stato danneggiato direttamente dalla condotta illecita dell’amministratore della società, riconducendo l’ambito dell’azione di responsabilità erariale nel perimetro proprio dell’azione diretta del socio, ai sensi dell’art. 2395 c.c., norma che prevede l’azione di responsabilità del socio nei casi in cui sia stato “direttamente danneggiato” dalla condotta degli amministratori. L’esame della giurisprudenza della Corte di Cassazione in ordine alla casistica sottoposta al suo esame, evidenzia che tale responsabilità, qualificata di natura aquiliana (la responsabilità erariale ha natura contrattuale), risulta nei fatti sostanzialmente inoperante, e limitata a mere ed astratte ipotesi “di scuola”. In buona parte della giurisprudenza, l’unico danno diretto riconosciuto è il danno all’immagine dell’amministrazione partecipante, nel caso in cui l’amministratore abbia posto in essere condotte che integrano fattispecie di reati propri (quali peculato, corruzione), il cui previo accertamento, con sentenza penale di condanna passata in giudicato, costituisce il presupposto per potere essere esercitata l’azione di responsabilità amministrativa per danno all’immagine. Azione, quindi, che può essere esperita solo a distanza di molti anni dalle condotte, ad esito di un processo penale normalmente lungo e che spesso si conclude con l’accertamento dell’intervenuta prescrizione, anziché con la condanna dell’imputato” (così M.T. POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, *op.cit.*, 535).*

³⁵ Si afferma così espressamente la giurisdizione della Corte sul danno all’immagine che consiste nella lesione del diritto alla propria identità personale, al proprio buon nome, alla propria reputazione e credibilità, in sé considerate, tutelato dall’art. 97 Cost. che si verifica a seguito della diffusione mediatica della notizia del fatto illecito di un impiegato o amministratore pubblico che si traduce in un vero e proprio «danno sociale». L’interesse al buon nome e all’onorabilità dell’amministrazione è venuto specificamente in rilievo a seguito della legge 7 giugno 2000, n. 150, recante la disciplina dell’attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni, che impone alle stesse di rappresentare all’esterno un’immagine positiva (F.CERIONI, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, *Le società pubbliche*, cit., 949 s.

L'azione contabile può dunque concorrere con le altre azioni poste a garanzia dei soci e dei creditori sociali previste dal codice civile, come avviene per gli altri casi di responsabilità devolute alla giurisdizione contabile, senza che si determini alcun conflitto di giurisdizione, “*ma soltanto un'eventuale preclusione all'esercizio di un'azione quando con l'altra sia già ottenuto il medesimo bene della vita*”³⁶.

Orbene prima della riforma Madia gran parte dei giudici ordinari, dopo aver accertato la sussistenza o meno dei requisiti, hanno affermato o negato - *sic et simpliciter* - la propria giurisdizione³⁷. Viceversa la questione era già ben più complessa e non vi erano ragioni per escludere la concorrenza di procedimenti, civili, contabili e persino penali a carico degli organi sociali³⁸. Con la riforma ci sono attribuzioni di giurisdizione

³⁶ Cass., sez. un., 17 aprile 2014, n. 8927, richiamata in F. CERIONI, *op. cit.*, 969, che rileva come la legittimazione straordinaria del pubblico ministero contabile, garantita dalle diverse disposizioni succedutesi nel tempo in tema di contabilità pubblica, non ha mai precluso alle pubbliche amministrazioni, danneggiate da atti e comportamenti dei propri dipendenti, di agire in sede civile per il risarcimento dei danni ovvero, nei casi di commissione di reati, di costituirsi parte civile nei relativi procedimenti penali. In argomento cfr. pure T. MIELE, *La responsabilità contabile concorrente*, *cit.*, 450 s.

³⁷ Trib. Nocera Inferiore 30 luglio 2015 in *www.ilcaso.it* (ad esempio ha rilevato che è possibile che un rapporto di servizio, inteso nella sua moderna accezione di svolgimento di un'opera per il perseguimento di scopi pubblici e con denaro pubblico, si inquadri tra un soggetto che svolge attività di gestione di società privata, il cui scopo sociale sia l'erogazione di servizi pubblici, con dotazione di patrimonio da parte dell'ente locale, senza peraltro che questa incida sulla natura di persona giuridica autonoma della società *in house*, purché tale rapporto sia individuato in concreto senza apodittiche conclusioni circa la partecipazione totale o parziale del soggetto pubblico. In proposito è opportuno precisare che questa impostazione non incide sulla autonomia privatistica della persona giuridica della società *in house*, la quale altro non costituisce che un organo indiretto dell'amministrazione pubblica, il quale agisce per le finalità proprie di quest'ultima).

³⁸ Non a caso le sezioni unite ricordano che “*in una fattispecie analoga (concernente un'azione di responsabilità promossa da una società in house non dichiarata fallita), questa Corte, posta la questione “se nel particolare caso di danni cagionati ad una società in house, gli specifici argomenti che avevano condotto le sezioni unite ad affermare la giurisdizione della Corte dei conti nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi sociali responsabili di quei danni - implicanti l'inesistenza, almeno a questo fine, di un vero e proprio rapporto di alterità soggettiva tra la società partecipata e l'ente pubblico partecipante - non debbano al tempo stesso portare, sul piano logico, ad escludere la possibilità di una (eventualmente concorrente) giurisdizione del giudice ordinario investito da un'azione sociale di responsabilità per i medesimi fatti” (Cass., Sez. U, 24 marzo 2015, n. 5648), non poteva procedere al suo esame, per l'assorbente ragione che non risultava che nel periodo in cui sarebbe stata posta in essere la*

espressa al giudice contabile che si ricavano talora esplicitamente e talora implicitamente.

Prendiamo il caso di una società *in house* fallita, orbene l'azione di responsabilità promossa dal curatore, diretta al risarcimento del danno provocato ai creditori non può essere certo esclusa a vantaggio dell'azione contabile promossa dal procuratore della corte dei conti che non potrà mai essere finalizzata ad aumentare la massa attiva nell'interesse del ceto creditorio³⁹.

Le due azioni potranno convivere e nessuna prevarrà sull'altra. Laddove nel tempo si formino due diversi titoli da eseguire sui beni dei componenti degli organi sociali, questi seguiranno le normali dinamiche del processo di esecuzione. E se una delle due azioni avrà bruciato sul tempo l'altra evidentemente non avrà esito fruttuoso per la sopravvenuta incapacienza. D'altra parte anche l'azione penale può essere una terza incomoda. Ipotizziamo che il curatore preferisca l'azione civile alla costituzione di parte civile per un processo di bancarotta impropria ad opera degli organi sociali della società *in house*, ed al contempo il procuratore della corte dei conti esercizi l'azione erariale, ciò non toglie che l'eventuale sequestro penale ad esempio *per fatti distrattivi* si converta in una confisca di beni degli amministratori altrimenti destinati alla massa attiva della procedura concorsuale⁴⁰.

Ed infatti i giudici di legittimità - nella sentenza a Sez. unite del 13 settembre 2018 n. 22406 - affermano espressamente “*la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto laddove sia prospettato anche un danno*

condotta illegittima contestata non risultava che la società potesse considerarsi in house providing”.

³⁹ Peraltro secondo la suprema Corte in tema di azioni nei confronti dell'amministratore di società, proprio *a norma dell'art. 2395 c.c.*, il socio (nel nostro caso pubblico) è legittimato, anche dopo il fallimento della società, all'esperimento dell'azione per ottenere il risarcimento *dei danni subiti nella propria sfera individuale, in conseguenza di atti dolosi o colposi compiuti dall'amministratore*, solo se questi siano conseguenza immediata e diretta del comportamento denunciato e non il mero riflesso del pregiudizio che abbia colpito l'ente, ovvero il ceto creditorio per effetto della cattiva gestione, essendo altrimenti proponibile la diversa azione (di natura contrattuale) prevista dall'art. 2394 c.c., esperibile, in caso di fallimento della società, dal curatore, ai sensi dell'art. 146 l. fall. (Cass. 22 marzo 2010, n. 6870, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, in *Diritto & Giustizia*, 2010, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 3, 417).

⁴⁰F. FIMMANÒ - A. LAUDONIA, *La responsabilità penale degli organi di società a controllo pubblico*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, *op.cit.*, 635 s.

erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio...”. Nella vicenda processuale in esame si conferma l’attribuzione dell’azione esercitata alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto è stata la curatela per prima ad adire l’autorità giudiziaria in quella sede, esattamente come avrebbe potuto fare il procuratore della corte dei conti in presenza delle condizioni e (semmai contemporaneamente) in sede di giurisdizione contabile.

4. L’articolo 12 del Testo unico e l’art. 2497 c.c. a confronto

L’ampio dibattito sulle società a partecipazione pubblica ha riguardato soprattutto quelle affidatarie dei servizi pubblici locali *in house providing*, cui è infatti dedicato nel testo unico un *corpus* normativo *ad hoc*.⁴¹ In verità la genesi di questo fenomeno (e delle complesse e variegate questioni poste dallo stesso) non è certo legata a ragioni di efficienza od efficacia del modello gestionale, ma solo alla volontà delle amministrazioni locali di mantenere l’affidamento diretto dei servizi attraverso persone giuridiche *dominate ed abusate* per eludere i procedimenti ad evidenza pubblica, assumere personale senza concorso, violare i patti di stabilità, sottrarre interi comparti dell’amministrazione ai vincoli di bilancio ed alle regole della concorrenza⁴². L’ori-

⁴¹ Con questa locuzione in economia aziendale si intende il mantenimento di una attività all’interno dell’impresa, utilizzando le sole risorse aziendali, in contrapposizione alla gestione in outsourcing, ovvero mediante l’affidamento all’esterno a terzi non appartenenti alla realtà produttiva titolare dell’attività (F. CAPALBO, *Genesi, emersione e gestione della insolvenza nelle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche: profili contabili e finanziari*, in F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento cit.*, 493 s.).

⁴² Si è rilevato in giurisprudenza che le cause della crisi dell’intervento pubblico nella gestione dei servizi vanno individuate nell’eccessiva espansione dei settori di intervento, con l’esternalizzazione di attività svolte da apparati amministrativi; nel graduale abbandono dell’ottica imprenditoriale per il perseguimento di finalità politiche e sociali; nella dipendenza del sistema del finanziamento gestito dal potere politico; nell’inesistenza della “sanzione economica” a tutela dell’equilibrio finanziario della gestione” (Trib. Palermo 20 ottobre 2014, in *Dir. fall*, 2015, II, 256 s., con nota di F. FIMMANÒ, *L’insolvenza dell’imprenditore*

gine normativa è una *rivisitazione strumentale* fatta dal legislatore italiano della giurisprudenza comunitaria, che in particolare nella famosa sentenza *Teckal* aveva escluso l'applicabilità delle norme sull'individuazione concorrenziale del concessionario qualora l'ente "eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano"⁴³. Si noti che si trattava, e non a caso, proprio delle medesime espressioni "mutuate" poi dal nostro legislatore per legittimare l'affidamento diretto ed in deroga⁴⁴.

Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2013 hanno, come noto, preso atto di questo quadro ed hanno scelto *forzatamente* di adattare l'impostazione comunitaria, al fine di riconoscere la giurisdizione piena della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali delle "famigerate" società *in house*⁴⁵. I giudici del Supremo consesso hanno qualificato, in modo in verità assai opinabile, questo genere di persone giuridiche come

"società pubblica" e la tutela dell'affidamento dei suoi creditori). Il tutto aggravato dalla mancata applicazione all'ente-capogruppo dei principi di consolidamento di diritto societario a partire dall'elisione delle partite reciproche. Già anni prima cfr. F. FIMMANÒ, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009, 897.

⁴³ Corte di Giustizia 18 novembre 1999, in causa C-107/98 TECKAL s.r.l. contro Comune di Aviano in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2000, 1393 s. In modo più o meno conforme: Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, BHI HOLDING contro G. ARNHEM e G. RHEDEN; Corte di Giustizia, 09 settembre 1999, RLSAN s.r.l. contro Comune di Ischia; Corte di Giustizia, 15 giugno 2000, ARGE Gewässerschutz contro Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft.

⁴⁴ Art. 14 del d.l. n. 269 del 30 settembre 2003 «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici», convertito nella l. n. 326 del 2003 (conseguente alle osservazioni della Commissione Europea sul sistema delineatosi con l'art. 35 della legge finanziaria per il 2002).

⁴⁵ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283 - Pres. Rovelli – est. Rordorf, in *Società*, 2014, 55 s. con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, ed in *Fallimento*, 2014, 33 s., con nota di L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*; e poi in scia: Cassazione, Sez. Un., 16 dicembre 2013 n. 27993; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7177; Cass., Sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Foro amm.*, 2014, 1901; Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2014, n. 22609; Cass., Sez. un., 13 novembre 2015, n. 23306, in *Foro amm.*, 2015, 3055; Cass., Sez. un., 8 luglio 2016, n. 14040, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2356; Cass., Sez. un., 22 dicembre 2016, n. 26643, in *Foro it.*, I, c. 2355. Con approdo opposto: Cass., Sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5491, in *Società*, 2014, 953 s. con nota di F. CERIONI; Cass. Sez. Un. n. 26936, 2 dicembre 2013.

una mera articolazione interna della P.A.. una sua *longa manus* al punto che l'affidamento diretto neppure consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo di talchè l'ente *in house* “*non potrebbe ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa*”⁴⁶.

Le sentenze successive si rifanno tutte alla n. 26283 del 25 novembre 2013, il cui passaggio più forte è quello secondo cui “*il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*”. La ragione per cui la Cassazione adattò la costruzione giuspubblicistica e comunitaria *Teckal* (che peraltro era un consorzio di comuni e non una società) al diritto interno delle società, con i notevoli rischi sistemici conseguenti, nasceva dalla consapevolezza che ancora più ardita sarebbe stata la riqualificazione delle società *in house* in enti pubblici in assenza di norme espresse.

In realtà la situazione descritta dai giudici di legittimità *corrisponde* nel diritto comune all'*attività di direzione e coordinamento*, di per sé lecita e che configura *una situazione soggettiva attiva* di cui può, e talora deve, farsi uso⁴⁷. Non contrasta con i principi inderogabili dell'ordinamento giuridico il fatto che il centro decisionale delle strategie aziendali venga posto al di fuori delle singole società controllate. Ciò può valere a maggior ragione quando la società è a partecipazione pubblica ed il dominio può essere finalizzato ad evitare pregiudizi alla collettività.

Come noto, l'art. 2497, comma 1, c.c., richiamato come uno dei titoli di responsabilità nella sentenza in esame, sancisce che «*le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono diret-*

⁴⁶ In buona sostanza la Cassazione ha riprodotto l'orientamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008 n. 1, su rimessione di Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2007 n. 5587 ; nello stesso senso Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555.

⁴⁷ Sul dovere di esercizio della direzione unitaria in particolare F. FIMMANÒ, *I "Gruppi" nel convegno internazionale di studi per i quarant'anni della Rivista delle Società*, in *Riv. not.*, 1996, 522 s.

tamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società». Il legislatore ha chiarito che «*per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*». ⁴⁸

L'attività di dominio diviene fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori se *abusiva*, ovvero se il *dominus-ente pubblico* la esercita *nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui* (e comunque non nell'interesse del dominato) e se è contraria ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria. La responsabilità dell'ente pubblico-*dominus* sorge per effetto della violazione di un dovere specifico derivante da un preesistente rapporto obbligatorio verso soggetti determinati e non dal generico dovere del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto dell'ordinamento.

Ma c'è di più, nel sistema la responsabilità contrattuale del *dominus* convive con la responsabilità solidale risarcitoria di “*chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio*” (art. 2497 comma 2).

⁴⁸ Il decreto legge n. 78 del 1 luglio 2009, convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102 ha previsto all'art. 19 (rubricato «Società pubbliche»), commi da 6 a 13 (concernenti «Partecipazioni in società delle amministrazioni pubbliche»), talune modifiche alla disciplina delle società pubbliche e degli organi di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato. In particolare, a fronte dei dubbi interpretativi sorti in relazione a quegli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società in ordine al perseguimento di un interesse imprenditoriale di gruppo (quale risultato complessivo dell'attività di dominio), il comma 6 dell'articolo citato fornisce un'interpretazione autentica dell'art. 2497, comma 1, c.c. Al riguardo ed in particolare sulla interpretazione autentica cfr. I. EBALLI, *Direzione e coordinamento nelle società a partecipazione pubblica alla luce dell'intervento interpretativo fornito dal "Decreto Anticrisi"*, in *Nuovo dir. soc.*, n. 10, 2010, 44 s. Il legislatore è intervenuto con la norma assai discutibile, apparentemente generale, diretta invece ad un caso specifico e cioè alla vicenda della crisi Alitalia, svoltasi in modo tale da configurare una responsabilità da abuso del dominio da parte del Ministero dell'Economia, esercitato in violazione dei criteri di corretta gestione societaria e imprenditoriale e nell'interesse proprio od altrui. Critico V. CARIELLO, *Brevi note critiche sul privilegio dell'esonero dello Stato dall'applicazione dell'art. 2497, comma 1, c.c. (art. 19, comma 6, D.L. n. 78/2009)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 343 ss.

Il controllo “analogo” che legittima l’affidamento diretto del servizio pubblico viene in genere (e nella migliore delle ipotesi) esercitato in funzione degli *interessi istituzionali dell’ente* e della collettività cui viene erogato il pubblico servizio e comunque quasi mai nell’interesse (lucrativo) della controllata, e come tale può generare la responsabilità *sussidiaria* dello stesso ente. Addirittura si badi che per i *c.d. servizi senza rilevanza economica* la gestione *secondo criteri di economicità*, quindi di corretta gestione imprenditoriale, è esclusa addirittura dalla legge. Quindi in una situazione in cui l’interesse della controllata diverge da quello del soggetto controllante e sussistono i presupposti previsti dalla legge, scatterebbe la responsabilità della capogruppo a prescindere dalla sua natura e dall’interesse in concreto perseguito.

In ogni caso, laddove si verifichi l’ipotesi di controllo “analogo” ci troviamo spesso di fronte ad un caso di violazione, *in re ipsa*, delle regole dettate dal codice civile in tema di eterodirezione e coordinamento, fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori *ex art. 2497, c.c.*, e di responsabilità risarcitoria “aggiuntiva” solidale di “*chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio*” (art. 2497 comma 2, c.c.). Anche nel caso di controllo esterno, l’abuso della *dipendenza economica* può tradursi di per sé in abuso dell’attività di direzione e coordinamento con la conseguente responsabilità riconosciuta dalla giurisprudenza anche prima delle riforme ⁴⁹.

⁴⁹ Al riguardo F. ANGIOLINI, *Abuso di dipendenza economica ed eterodirezione contrattuale*, Milano, 2012 87 ss. Peraltro la più attenta dottrina commercialistica già sottolineava questa criticità in relazione agli effetti del vecchio art. 2362, c.c., in caso di pubblica amministrazione-azionista unica rispetto all’impossibilità di ammettere, per le regole di contabilità pubblica, una spesa di ammontare indeterminato come quella derivante dalla responsabilità delle obbligazioni societarie sorte nel periodo di controllo totalitario (V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, I,14). La Corte dei Conti con riferimento al vecchio regime dell’art. 2362, c.c., ha infatti affermato, seppure in modo discutibile sul piano tecnico, che «Quando il capitale azionario è interamente posseduto dal comune, e conseguentemente è posta a carico di quest’ultimo un’illimitata responsabilità patrimoniale e quando la gestione della società da parte del comune è stata effettuata in modo esclusivo come se si trattasse di un *organismo* legato all’ente da un rapporto di ausiliarità che si concretizza in un rapporto di sovraordinazione, indipendentemente dal *nomen juris*, ossia dalla qualificazione giuridica, non ci si trova di fronte ad una società per azioni ma ad un organismo ausiliario dell’ente.

L'*abuso di eterodirezione* finisce con il generare *anche* la violazione delle regole di contabilità pubblica, in ordine all'assunzione indiretta di spese di ammontare indeterminato come quella derivante dalla responsabilità *ex art. 2497 c.c.*

Insomma siamo in una situazione in cui c'è la responsabilità dell'ente pubblico per abuso del dominio, dei suoi amministratori e dirigenti per la stessa ragione (e per aver violato le regole di contabilità) esponendo l'ente a spese indiscriminate e degli amministratori e dirigenti della società partecipata per aver preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, per averne consapevolmente tratto beneficio⁵⁰. Se la responsabilità consiste nel depauperamento del patrimonio dell'ente generato dal danno al patrimonio della società partecipata e dominata, gli amministratori di quest'ultima saranno responsabili in solido come quelli dell'ente-*dominus* per aver preso parte al fatto lesivo.

Ecco che l'art. 12 contempla nella versione erariale il medesimo meccanismo civilistico quando afferma che "*costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*" e per l'effetto riconosce la giurisdizione per questo danno su organi

(C. Conti reg. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 235 con nota di DUGATO).

⁵⁰ I dirigenti o funzionari responsabili dell'unità amministrativa preposti all'espletamento dell'istruttoria e alla formulazione della proposta operativa che, pur non essendo titolari del formale potere di rappresentanza in seno agli organi societari, abbiano comunque esercitato una influenza determinante nel percorso decisionale che ha poi eziologicamente condotto alla condotta o all'atto dannoso. O ancora l'organo politico-istituzionale (es. Sindaco, Presidente, Assessore, Giunta, Consiglio) che, sia nell'esercizio di potere formale sia proprio che delegato (es. attraverso un atto di indirizzo formalizzato) o anche solo di un potere concreto e sostanziale (es. attraverso indirizzi non formalizzati ma comunque impartiti in forza del peso politico rivestito, che abbiano integrato una concreta ingerenza, quand'anche indebita o illecita, nelle competenze degli uffici e funzionari preposti), abbia impartito, in via di diritto o *anche di mero fatto*, disposizioni e direttive atte ad orientare in modo determinante le decisioni assunte dall'ente pubblico partecipante nell'esercizio dei poteri spettantigli in seno alla società partecipata (D. MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica nel testo unico*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 726).

controllanti ed in solido su controllati, visto che senza questi ultimi i primi non potrebbero esercitare i poteri di fatto.

5. La giurisdizione esclusiva sulle società *in house* e quella concorrente su chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società a partecipazione pubblica

L'orientamento giurisprudenziale in tema di giurisdizione sulle *società in house* precedente alla Riforma (obiettivamente forzato, in quanto mai una persona giuridica può trovarsi in condizione di subordinazione gerarchica o delegazione organica) è nato in realtà dalla giusta sollecitazione delle Procure presso la Corte dei conti che hanno evidenziato come condizionamenti di carattere politico finiscano col rendere altamente *improbabili* iniziative *serie* da parte degli enti locali dirette a sanzionare gli organi societari (*controllati*) davanti al giudice ordinario, dando luogo ad un sostanziale esonero da responsabilità di soggetti che pure arrecano danno a società sostanzialmente pubbliche, in quanto totalmente partecipate dalla pubblica amministrazione, di cui costituiscono *longa manus* per l'attuazione delle relative decisioni strategiche ed operative. Ciò ha indotto a ritenere “*irragionevole che siano sottoposti alla giurisdizione contabile gli amministratori di un'azienda speciale, quelli di una società concessionaria, la giunta comunale ed i consiglieri comunali che approvano il conto consolidato e controllano la società partecipata e non anche coloro che l'hanno gestita causando direttamente un danno erariale*”⁵¹.

⁵¹ In questo senso si veda in particolare Cass., Sez. Un., 3 maggio 2013 n. 10299, in *Società*, 2013, 974 s., con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*. Infatti, La Corte dei conti ha spesso continuato a radicare la propria giurisdizione con riguardo a queste società, affermando che costituiscono un modello organizzatorio della stessa P.A., sia pure per certi versi atipico, con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori va qualificato come erariale (C. Conti, sez. I App., 22 luglio 2013, n. 568; C. Conti, sez. III App., 19 luglio 2011, n. 582; v. anche C. Conti, sez. giur. Reg. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626.); reputando tale soluzione coerente con i principi costituzionali e del diritto comunitario, dato che quest'ultimo valorizza l'interesse dei cittadini e delle imprese contribuenti ad una gestione delle risorse pubbliche trasparente, efficiente ed economica (C. Conti, sez. giur. Reg. veneto, 28 settembre 2012, n. 749; C. Conti, sez. giur. Reg. Trentino-Alto Adige, 6 settembre 2011, n. 28.) e valorizzando i citati interventi normativi (C. Conti, sez. giur. Reg. Campania, 7 gennaio

Tale era la consapevolezza della forzatura inaugurata dalle Sezioni Unite nel 2013 che La Cassazione nella recente sentenza del 13 settembre 2018 n. 22406 evidenzia che “*le sezioni unite, anche alla luce di talune decisioni della Corte dei conti e della posizione critica assunta da una parte della dottrina, hanno poi effettuato importanti precisazioni, soprattutto approfondendo il tema della riferibilità degli atti compiuti dall’ente pubblico uti socius, non derivanti dall’esercizio di poteri di natura pubblicistica*”. Ciò in quanto si sono realizzate le preoccupazioni da noi espresse già all’indomani della c.d. *sentenza Rordorf*⁵², talora riprodotta *acriticamente* in ambiti completamente diversi da quello della giurisdizione e che avrebbero richiesto una vera e propria riqualificazione dell’ente⁵³. I giudici della Cassazione pur radicando la giurisdizione della Corte dei Conti avevano posto un insuperabile argine alla c.d. riqualificazione, ossia all’attribuzione alla società partecipata della qualifica di *ente pubblico* “per contrastare erronee derive interpretative inclini, con eccessivo semplicismo, alla qualificazione della società partecipata da soggetti pubblici come ente pubblico”⁵⁴.

2011, n. 1.; C. Conti, sez. giur. Reg. Campania, 23 ottobre 2012, n. 1629; C. Conti, sez. giur. Reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; C. Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; C. Conti, sez. giur. Reg. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327).

⁵² F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing” cit.*, 60 s. Difatti una certa giurisprudenza di merito ha interpretato l’impostazione delle sezioni unite proprio come una riqualificazione, affermando che la società *in house* rientra tra i soggetti non assoggettabili alle procedure concorsuali a norma dell’art. 1 della legge fallimentare, ossia tra gli enti pubblici.

⁵³ Si è peraltro giustamente sottolineato che l’esonerare da fallimento le società a partecipazione pubblica insolventi potrebbe determinare una grave alterazione del mercato e della concorrenza, nonché una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private, in violazione dell’art. 106, commi 1 e 2 del Trattato U.E., proprio perché, in tal modo, potrebbero continuare ad operare in perdita sul mercato, perlomeno fino a che i soci non decidano autonomamente di porle in stato di liquidazione o gli amministratori non accertino l’esistenza di una causa di liquidazione ovvero non venga loro revocato l’affidamento del servizio pubblico. Secondo il trattato, infatti, “le disposizioni in materia di concorrenza si applicano nei confronti di quelle imprese cui gli Stati attribuiscono *diritti speciali o esclusivi*, anche nel caso in cui siano incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o abbiano carattere di monopolio fiscale, *nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*” (E. CODAZZI, *La società in mano pubblica cit.*, 9; in tema cfr. pure F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell’ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir.ec.*, 2013, 42 s.).

⁵⁴ L. SALVATO, *Riparto cit.*, 43

Già all'epoca il modello da noi proposto sarebbe stato più conforme al sistema: alla responsabilità degli organi sociali di società soggette a controllo analogo doveva arriversi attraverso il diritto comune e non l'affermazione della giurisdizione contabile per ragioni di immedesimazione organica. Il procuratore della corte dei conti avrebbe potuto agire verso gli organi (sulla falsariga del comma 2 dell'art. 2497 c.c.) essendo amministratori e sindaci della partecipata responsabili in quanto prendono parte al fatto lesivo in solido ed unitamente all'ente pubblico che ha abusato del dominio.

C'era tuttavia il problema della mancata previsione normativa che oggi viceversa viene superato da un lato con la codificazione dell'orientamento sulle società *in house*⁵⁵ e dall'altro con la previsione di una giurisdizione contabile sul danno erariale "*conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*" (amministratori pubblici, dirigenti ed organi sociali della eterodiretta che si sono prestati agli abusi).

D'altra parte la Suprema Corte nel 2016, con riferimento alla vicenda Ama S.p.a., la società *in house* detenuta da Roma Capitale affidataria diretta del servizio di raccolta dei rifiuti urbani, aveva già affermato che, in caso di concorso nella causazione del danno erariale di soggetti esterni con gli esponenti aziendali,

⁵⁵ L'indirizzo della Cassazione si è delineato ancor meglio con la pronuncia delle Sezioni Unite del 27 dicembre 2017, n. 30978, secondo cui è possibile ravvisare la natura eccezionale della giurisdizione contabile in tre ipotesi: in caso di società *in house* (per le quali è ribadita la necessità del triplice presupposto della partecipazione totalitaria da parte di enti pubblici e divieto di cessione delle partecipazioni a privati, dello svolgimento di attività almeno prevalente in favore degli enti soci, nonché del controllo analogo a quello degli enti sui propri uffici con prevalenza sulle ordinarie forme civilistiche). Nello stesso senso: Cass. Sez. un., 15 maggio 2017, n.11983, con nota di V. Donativi, in *Giuri. Comm.*, 2018, 692; Cass., 20 marzo 2018 n. 6929. In argomento è conforme l'indirizzo del giudice contabile (v. Corte dei Conti, Prima Sezione Centrale d'Appello n. 105/2018; in senso conforme Corte dei Conti, Prima Sezione Centrale d'Appello n. 98/2018; Corte dei Conti, Terza Sezione Centrale d'Appello n. 23/2018; Corte Conti Sezione Appello Sicilia n. 188/2018; Corte dei Conti, Prima Sezione Centrale d'Appello n. 501/2017; Prima Sezione Centrale d'Appello n. 352/2017; Prima Sezione Centrale d'Appello n. 33/2017; Corte Conti Sezione Appello Sicilia n. 60/2017; Prima Sezione Centrale d'Appello n. 178/2015; Prima Sezione Centrale d'Appello n. 486/2015; Corte Conti Sez. Giur. Lazio n. 310/2016; Corte Conti Sez. Giur. Veneto n. 177/2016; Corte Conti Sez. Giur. Lazio n. 449/2015).

la giurisdizione della Corte dei Conti può essere affermata, a determinate condizioni, nei riguardi di tutti i soggetti, sia “*intra-nei*” che “*extranei*” il cui apporto possa ritenersi in concreto dotato di valenza co-determinante nella realizzazione dal fatto dannoso⁵⁶.

Insomma allo stato esistono, al di là di quella penalistica, due forme di responsabilità degli organi amministrativi e di controllo, *concorrenti*⁵⁷ e *settoriali*⁵⁸, quella civilistica comune per danni, secondo le regole *ex art. 2393 s.. c.c.* , e quella erariale nei confronti del socio pubblico, da far valere con l’azione ordinaria per le società *in house* e con quella individuale del socio

⁵⁶ Sezioni Unite della Cassazione 8 luglio 2016 n. 14040, e prima ancora 21 maggio 2014 n. 11229 secondo cui la “*responsabilità per danno erariale risulta configurabile non solo nei confronti degli organi che hanno potestà decisoria finale, ma anche in presenza di un rapporto organico con soggetti che abbiano concorso a vario titolo a determinare il danno*” (D. MORGANTE – R. SQUITIERI, *Il concorso dell’extraneus nella responsabilità erariale in materia di società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, *op.cit.*, 663 s.).

⁵⁷ Cfr. in tema C. IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 365 s.; ID., *Azioni ordinarie di responsabilità a azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica, Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 s.; ID., *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 584. Per la responsabilità concorrente propende R. RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Società*, 2005, 424; per quella alternativa L. VENTURINI, *L’azione di responsabilità amministrativa nell’ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell’interesse pubblico*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2005, 3442 s.; incerto G. ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Società*, 2008, 441. Sul tema cfr. pure Corte Conti, sez. Molise, 11 gennaio 2001, n. 157, in www.corteconti.it, secondo cui nel giudizio contabile ed in quello civile non viene fatta valere la tutela dello stesso bene per la diversità di *causa pretendi*.

⁵⁸ L’estensione della giurisdizione contabile in assenza di una espressa previsione contrasta, peraltro, con l’art. 103 Cost., nella parte in cui impone una chiara delimitazione dei giudici speciali, visto che il concetto stesso di materia presuppone una precisa definizione dei suoi confini atteso il suo ruolo discriminante rispetto alla sfera d’azione riservata all’autorità giudiziaria ordinaria (Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, I, 2594 s.)

*ex art. 2395 c.c.*⁵⁹ e peraltro non preclusiva della stessa⁶⁰, esattamente come accadrebbe per qualsiasi altra società di diritto comune⁶¹.

Sullo sfondo campeggia comunque, *strutturalmente per le società in house e congiunturalmente per le partecipate*, la responsabilità dell'ente *holder* per abuso dell'attività di eterodirezione delle società controllate ed in solido di chiunque (organi della società, dirigenti e amministratori dell'ente) abbia preso parte al fatto lesivo o nei limiti del vantaggio di chiunque ne abbia tratto beneficio. Responsabilità che il Tusp lascia al diritto comune e che nella prassi sta diventando l'azione omnicomprensiva più ricorrente quando la società pubblica diviene insolvente. Abuso di eterodirezione che può essere anche "congiunto", visto che il controllo analogo congiunto viene ora riconosciuto espressamente dal Testo Unico, su base statutaria o parasociale, dopo che

⁵⁹ *Ex adverso* l'azione individuale *ex art. 2395, c.c.*, è stata ritenuta dalla magistratura contabile fuori dall'ambito della propria giurisdizione (Corte Conti, sez. I, app. 3 novembre 2005, n. 356, cit., 3).

⁶⁰ Questo pare essere il risultato cui perviene la Cassazione che ha affermato che la Corte dei conti può pronunciarsi solo sul danno erariale, cioè quello subito dal socio pubblico al suo patrimonio, risarcibile in sede civile ai sensi dell'art. 2395 c.c., potendosi qualificare erariali tali pregiudizi *direttamente* incidenti sul patrimonio del socio pubblico e fonte di responsabilità da accertare con lo speciale procedimento, su iniziativa del procuratore della Corte dei conti (Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Società*, 2010, 1361). Da questo punto di vista l'azione contabile esperita dal procuratore della corte non dovrebbe comunque precludere l'azione *ex art. 2395 c.c.* esperita dal socio innanzi al giudice ordinario, vista la diversità dei presupposti e dei risultati perseguibili (*contra*: S. CORSO, *La responsabilità societaria ed amministrativa degli amministratori di società a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. arb.*, 2008, 570).

⁶¹ Già Corte dei conti, sez. giur. Reg. Friuli Venezia-Giulia, 18 marzo 2009, n. 98, affermava che l'azione di responsabilità amministrativa concorre con le azioni civili di responsabilità sociale degli amministratori e sindaci della società, e non si sostituisce ad esse, costituendo una forma di tutela aggiuntiva, giustificata dall'esigenza di salvaguardia delle funzioni e dei servizi pubblici ai quali la società stessa è preordinata, anche al fine di evitare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'eventuale inerzia dei soggetti legittimati dinanzi al giudice ordinario.

la giustizia comunitaria e quella amministrativa⁶² l'avevano enucleato⁶³.

L'*escussione* della società dominata e la relativa incapacienza si realizza in modo pieno *in caso di dichiarazione di insolvenza* della stessa, anche nel senso che tale evento renda automaticamente possibile l'azione da abuso del dominio, anche nella versione erariale, nei confronti dell'ente che esercita la direzione ed il coordinamento ed in solido di chi abbia preso parte al fatto lesivo, in quanto è automaticamente soddisfatto il requisito della sussidiarietà.

Restava peraltro incerto in mancanza di una espressa indicazione se tale giurisdizione "per tipo" fosse esclusiva o concorrente, coesistesse cioè con quella del giudice ordinario, avendo due legittimati attivi e due beneficiari diversi, oppure la escludesse. La Cassazione ora conferma (con la sentenza del 13 settembre 2018 n. 22406) che la giurisdizione è concorrente e rispetto all'esecuzione seguirà il principio della prevenzione chi prima arriva meglio escute il patrimonio del soggetto giudicato responsabile.

Nelle fattispecie concrete valutate, infatti, la Suprema Corte premette che il giudice di primo grado *ha fatto questa valutazione rimasta incontestata*, e quindi la considera cosa accertata e giudicata ed infine rileva che anche in relazione alla domanda proposta nei confronti del solo Comune ai sensi dell'articolo 2497 c.c., è confermata la giurisdizione del giudice ordinario, sia poichè "*la subordinazione gerarchica degli amministratori della società in house non è inconciliabile con l'alterità della*

⁶² Il "controllo analogo congiunto" si realizza con la creazione di ulteriori organi societari (assemblee e comitati, unitari e tecnici), all'interno dei quali ogni comune, a prescindere dalla quota di partecipazione al capitale sociale, può eleggere un proprio rappresentante (Corte Giustizia 13 novembre 2008 n. 324, *Coditel Brabant*; Corte Giustizia 19 aprile 2007 n. 470, *ASEMFO*; Corte Giustizia 10 settembre 2009, *SEA*); Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092.

⁶³ Nelle definizioni di cui all'art. 2 del Testo Unico troviamo, infatti, oltre a quelle sul controllo, sul controllo analogo e sul controllo analogo congiunto (in questo caso con il rimando espresso all'art. 5 comma 5 dei Contratti Pubblici – d.lgs. 50/2016), anche le definizioni di società a controllo pubblico, a partecipazione pubblica e società *in house* (con richiamo espresso all'art. 5 comma 1 del Codice dei Contratti Pubblici). Il controllo è indicato come "*la situazione descritta nell'articolo 2359 del codice civile*. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo".

*società controllata, sia perchè anche in tale ipotesi, come espressamente prevede la norma testè richiamata, la responsabilità è sancita, oltre che nei confronti dei soci (eventuale azione contabile a norma dell'art. 12), anche dei creditori sociali "per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società"*⁶⁴.

I giudici di legittimità, in fin dei conti, aprono ad una concorrenza a tutto campo tra la giurisdizione ordinaria sulle azioni classiche contemplate dal codice civile e la giurisdizione contabile sulle omologhe azioni erariali, riconosciuta espressamente dal testo unico sulle partecipate⁶⁵. Laddove la "*devoluzione alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2*" sancita dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 12 costituisce un principio generale che va a combinarsi e a delimitare l'altro principio generale sancito dalla prima parte del primo periodo del comma 1, individuando i regimi concorrenti del danno arrecato alla società soggetto alla disciplina societaria e del Giudice ordinario e del "*danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti*", "*devoluto*" alla giurisdizione della "*Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica*"⁶⁶.

Insomma l'art. 12 del Testo unico non reca alcuna individuazione né delimitazione dell'ambito soggettivo delle figure che possono essere chiamate a rispondere innanzi alla Corte dei

⁶⁴ La previsione del testo unico che prevede che la giurisdizione per danno erariale si radichi nei limiti della quota di partecipazione pubblica non può esser letta come disposizione sostanziale, limitativa del danno risarcibile, il quale pertanto resta pienamente ristorabile, una volta radicata la giurisdizione contabile (così B. GILIBERTI – L. MACRÌ, *Rapporto di servizio e danno diretto nella giurisdizione erariale*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, *op.cit.*, 684. Si è infatti evidenziato che "*la formulazione è invece rimasta identica lì dove la norma pone una ingiustificata limitazione oggettiva del concetto di danno, limitato al pregiudizio del valore della partecipazione, anziché sugli effetti negativi sul patrimonio pubblico dei maggiori costi, o dei minori ricavi, che vengono assunti nel patrimonio dell'ente partecipante all'esito dell'operazione di consolidamento dei bilanci della partecipate, di cui l'amministrazione pubblica è la capogruppo*" (M.T. POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti cit.*, 537).

⁶⁵ D'altra parte il pubblico ministero contabile è ampiamente legittimato di agire in sede civile per il risarcimento dei danni ovvero, nei casi di commissione di reati, di costituirsi parte civile nei relativi procedimenti penali nell'interesse dell'amministrazione danneggiata da atti e comportamenti dei propri dipendenti.

⁶⁶ In tal senso anche D. MORGANTE, *op.cit.*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ, 718 s.; L. IMPARATO, *La revoca degli amministratori pubblici. Nota a sentenza n. 7063/2013 resa dal Tribunale di Napoli*, in *Gazzetta Forense*, 2013, V, 37 s.

conti per aver cagionato un “*danno erariale*” come così *ex lege* definito.

Insomma, ci sembra chiaro che nel nuovo assetto organizzativo della pubblica amministrazione, basato sull’amministrazione di diritto privato e sul modello decentrato, la giurisdizione per danno erariale della Corte dei conti, nata in un contesto storico e organizzativo del tutto differente, viene “ricollocata” dal legislatore per conciliare la necessaria “neutralità”, come visto, delle forme di diritto comune con la tutela dell’interesse pubblico ridisegnato nell’ente danneggiato. Resta che la giurisdizione della Corte dei conti presuppone l’attribuzione per via normativa e non discende in via “naturale” dal fatto che siano in gioco interessi pubblici o un danno *lato sensu* pubblico.

Ed infatti il Testo unico, nell’art. 12, da un lato codifica la pregressa giurisprudenza della Cassazione sulle società *in house*, dall’altro realizza un *epifanico* rinvio alle forme di diritto privato sulle partecipate in genere. Tale sistema risulta coerente con l’assunto che il radicamento della giurisdizione contabile si basa su un elemento soggettivo (il rapporto di servizio tra la società e l’ente pubblico controllante) e uno oggettivo (danno diretto al patrimonio pubblico).

L’art. 12, infatti, nel sistema organizzativo della p.a. basato sul diritto comune, radica la giurisdizione delle Corte dei conti sulla obbligazione risarcitoria che scaturisce nell’ambito di un “rapporto di servizio” tra società partecipato ed ente pubblico, non più qualificato in termini pubblicistici, ma alla stregua del paradigma civilistico del rapporto di controllo (art. 2 T.U: e art. 2359 c.c.).

Allo stesso tempo tale norma, individua il titolo oggettivo della giurisdizione nel “fatto” del danno al “valore della partecipazione”. In pratica la giurisdizione della Corte in campo di società partecipare è una *giurisdizione ex titulo* (danno al valore della produzione, in un sistema di relazioni organizzative di diritto comune, qualificabile in termini di “controllo”). Una volta sorta, tale obbligazione, sul piano del “rapporto”, segue la disciplina sancita dalle regole civilistiche, nell’ambito della *concorrenza riconosciuta dalla Cassazione* delle giurisdizioni, ivi compreso per l’azione erariale da abuso del dominio oltre che per quelle classiche. E la responsabilità “*conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell’esercizio dei*

propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”, diventa insieme a quella degli organi sociali la versione “erariale” della responsabilità aggiuntiva ex art. 2497 c.c. “di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo”.