

Centro Studi

Diritto Avanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

SULLA RESPONSABILITÀ DI AMMINISTRATORI E SINDACI DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

Articolo di Esper **TEDESCHI**¹

SOMMARIO: 1. Cenni sulla responsabilità amministrativa; 2. La giurisdizione della Corte dei Conti sugli Enti pubblici economici; 3. La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società partecipate. Evoluzione giurisprudenziale; 4. La legge delega e il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica; 4.1. La responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo delle società partecipate; 4.2. La responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo delle società in house.

¹ Avvocato e dottorando di ricerca.

1. Cenni sulla responsabilità amministrativa.

In capo ai dipendenti pubblici che abbiano cagionato danni patrimoniali alle amministrazioni statali, non solo di appartenenza (c.d. danno obliquo, oggi previsto dal co. 4 della l. n. 20 del 1994), è – come è noto – configurabile la responsabilità amministrativa².

In particolare, il pubblico funzionario incorre in tale tipo di responsabilità quando, ai sensi dell'art. 1, co. 1 della l. n. 20 del 1994, con dolo o colpa grave, abbia cagionato un pregiudizio alle finanze pubbliche della P.A. causando il c.d. danno erariale, "*ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali*" che, comunque, possono essere oggetto di cognizione da parte del giudice contabile sotto il profilo della legittimità.

Superato il modello della responsabilità contrattuale, propugnato dalla giurisprudenza prima della l. n. 20 del 1994, oggi la responsabilità amministrativa si configura come responsabilità extracontrattuale, c.d. aquiliana, dalla quale differisce, in ragione della particolare qualificazione del soggetto autore del danno (dipendente pubblico o soggetto legato alla P.A. da rapporto di servizio), della natura (pubblica) del soggetto danneggiato e, infine, in ragione delle circostanze in cui si è verificato il danno (ossia nell'esercizio di funzioni pubbliche o, comunque, in condizioni di occasionalità necessaria con lo svolgimento delle pubbliche funzioni).

Diverso è il caso della responsabilità contabile (differenza sancita dagli artt. 81 e 82 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 - c.d. legge di contabilità generale dello stato), cui vi incorrono i soli agenti contabili (art. 74, r.d. n. 2440 del 1923) e non tutti i dipendenti pubblici, quindi i funzionari che hanno il maneggio di denaro pubblico o di altri valori dello Stato o la materiale disponibilità di determinati beni.

La cognizione delle controversie nascenti dalle due predette fattispecie di responsabilità è attribuita, ai sensi degli art. 1, co.1, l. n. 20 del 1994 e dell'art. 1, d.lgs. n. 174 del 2016, alla Corte dei Conti.

Entrambi i tipi di responsabilità, comunque, vanno tenuti distinti dalla responsabilità civile della P.A. verso gli amministrati: mentre quest'ultima è espressione del principio generale di diritto civile del *neminem laedere*, la responsabilità amministrativo-contabile nasce nell'ambito del diritto pubblico, fondandosi sul rapporto di impiego pubblico che lega il dipendente all'amministrazione.

L'evoluzione giurisprudenziale, sia contabile che di legittimità, e i successivi interventi legislativi hanno progressivamente allargato la schiera di soggetti tenuti a rispondere, nelle forme della responsabilità amministrativa, dei danni erariali provocati all'amministrazione: infatti, sono stati gradualmente assoggettati a tale tipo di responsabilità tutti gli amministratori e dipendenti di qualsiasi ente pubblico.

Tale allargamento ha ricompreso anche i soggetti esterni all'amministrazione, legati ad essa da un rapporto di servizio da ritenersi sussistente nelle ipotesi in cui un soggetto, ancorché non avvinto da un rapporto di lavoro con l'amministrazione, fosse investito di una determinata attività in favore della P.A., con inserimento nell'organizzazione della stessa: in tale modo, sono state sottoposte a responsabilità amministrativa persone giuridiche anche private, oltre ai loro amministratori e dipendenti.

La giurisprudenza, in riferimento al rapporto che si può venire a creare tra società privata concessionaria e P.A., ha inteso il "*rapporto di servizio*" come "*una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto,*

² V., per tutti, Canale-Centrone-Freni-Smiroldo, *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità e controllo*, Milano, 2019; Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in Id. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018.

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" (Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2006, sent. n. 22513).

Il problema della latitudine dell'assoggettamento a responsabilità amministrativa si è posto anche con riferimento agli amministratori e i dipendenti degli enti pubblici economici, nonché alle società a partecipazione pubblica, a prescindere dal rapporto di servizio.

Della questione è stata investita più volte la Corte di Cassazione, in quanto la delimitazione dell'ambito soggettivo sostanziale della responsabilità amministrativa si presenta altresì *sub specie* di questione di giurisdizione.

2. La giurisdizione della Corte dei Conti sugli Enti pubblici economici.

Fino ai primi anni del 2000, la Cassazione non ha sempre riconosciuto la sindacabilità da parte della Corte dei Conti dei comportamenti di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici e delle società per azioni partecipate da enti pubblici.

Con riferimento agli enti di gestione delle partecipazioni statali, come in genere gli enti pubblici economici, la Cassazione aveva inteso limitare la giurisdizione della Corte dei Conti, solo ai casi in cui gli amministratori o i funzionari dei predetti enti avessero adottato atti esorbitanti l'esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero funzioni pubbliche svolte in sostituzione dello Stato o di enti pubblici non economici.

La Cassazione sosteneva, infatti, che solo questi ultimi possedessero natura pubblica; al contrario, gli enti pubblici economici, in ragione della loro attività prevalentemente privatistica, venivano parificati all'imprenditore privato (Cass., Sez. Un., 2 ottobre 1998, sent. n. 9780), con conseguente giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto illeciti realizzati nel compimento di atti d'impresa, di talché l'azione risarcitoria seguiva le regole civilistiche della responsabilità degli amministratori delle società per azioni.

Tale impostazione fu superata dalla stessa Cassazione che, con l'ordinanza, 22 dicembre 2003, n. 19667, affermò la giurisdizione della Corte dei Conti pure in caso di danno erariale cagionato da dipendenti o amministratori di enti pubblici economici anche in relazione all'attività puramente imprenditoriale, in base alla considerazione che l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita funzioni pubbliche e poteri autoritativi, ma anche quando persegue proprie finalità istituzionali mediante forme organizzative e/o modalità di azione di tipo privatistico: ciò che rileverebbe, dunque, è natura pubblica del soggetto che ha subito l'evento dannoso e non il quadro normativo – pubblico o privato – di riferimento in cui si colloca la condotta del danno (Cass., Sez. Un., 20 giugno 2006, n. 14101).

3. La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società partecipate. Evoluzione giurisprudenziale.

Originariamente, la giurisprudenza maggioritaria, sulla base di un approccio formalista (Cass., Sez. Un., n. 9780 del 1998 cit.), riteneva che gli amministratori delle società a partecipazione pubblica³ dovessero essere sottoposti alle ordinarie azioni di responsabilità previste nel codice civile: infatti, l'attribuzione della giurisdizione alla Corte dei Conti in tali controversie avrebbe frustrato la libertà di scelta degli organi di indirizzo politico di costituire l'ente.

³ Sulle società pubbliche, per tutti, Garofoli-Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018; Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016.

Successivamente la giurisprudenza mutò il proprio orientamento, estendendo progressivamente la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione statale: della questione se ne occupò la Cassazione a Sezioni Unite, nella sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899.

La decisione fondava il suo ragionamento non sull'impostazione propugnata nel 2003, bensì sul criterio del rapporto di servizio, ravvisando nel rapporto tra l'ente locale socio di maggioranza e la società *"una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo"*: l'accento venne dunque posto non tanto sull'importanza della partecipazione maggioritaria o sulla forma organizzativa privatistica prescelta, ma sulla natura pubblica degli interessi e della finalità perseguita. Si consacra, in un certo senso, il criterio dell'utilizzo di risorse pubbliche: ai fini dell'individuazione del danno erariale era considerato irrilevante il titolo – sia che fosse un rapporto di pubblico impiego o di servizio, sia che consistesse in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato – in base al quale la gestione del pubblico denaro fosse stata svolta. Tuttavia, il criterio dell'utilizzo di risorse pubbliche, validato e applicato dalla Cassazione, non teneva adeguatamente conto che tali risorse, una volta conferite alla società, entrassero a far parte indistintamente del patrimonio sociale.

Ed infatti, parte della dottrina ha fin da subito criticato la pronuncia della Cassazione, continuando ad affermare, in determinate circostanze, la giurisdizione del giudice civile. In particolare, si sosteneva che l'orientamento della Cassazione non avesse differenziato i casi in cui andasse utilizzata l'azione amministrativa per risarcire l'erario – e dunque il socio pubblico – da quelli in cui il comportamento lesivo degli amministratori avesse colpito il patrimonio della società: affermare la giurisdizione contabile anche in questi casi sarebbe equivalso a ledere i diritti degli eventuali soci privati e dei creditori sociali.

Né si poteva sostenere che l'azione erariale potesse andare a beneficio anche della società, in quanto era pacifico che la responsabilità amministrativa utilizzasse (ed utilizza tutt'ora) criteri di valutazione che la differenziano dalla responsabilità societaria (basti pensare all'insindacabilità delle scelte discrezionali) ed avesse presupposti e conseguenze tali da limitare l'effetto riparatorio (richiede, infatti, il dolo o la colpa grave ed è comunque fatto salvo il potere di riduzione previsto dall'art. 1, co. 1-bis, l. n. 20 del 1994).

Sul punto è ritornata la Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 26806, del 19 dicembre 2009, accogliendo in parte la predetta impostazione: in primo luogo i giudici hanno affermato la distinzione tra la posizione della società partecipata, unica ad instaurare il rapporto di servizio con la P.A., e quella degli amministratori che, in ragione dell'autonoma personalità giuridica della società, non si identificano con quest'ultima, sicché non è possibile riferire loro il rapporto di servizio con l'ente pubblico titolare della partecipazione. In sostanza, il mero aumento di capitale da parte di conferimenti pubblici non comportava una modifica alla natura privata dell'ente.

Ne conseguiva che spettava al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite perpetrate dagli organi societari: infatti, non era configurabile un danno erariale quale pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico partecipante; né era ipotizzabile un coordinamento dell'azione di risarcimento, che compete unicamente alla società, con un'ipotetica azione davanti al giudice contabile.

Le Sezioni Unite hanno, invece, ritenuto configurabile l'azione del procuratore contabile (e la conseguente giurisdizione della Corte dei Conti) nei casi di cattivo o mancato esercizio dei poteri di direzione, controllo e vigilanza da parte degli organi dell'ente pubblico partecipante sulla società partecipata, ossia nei confronti di chi, nella veste di rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di

decidere per esso, avesse colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio – in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione – ovvero nei confronti di amministratori o organi di controllo che avessero tenuto comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche: in tali casi, si sarebbe verificato un danno c.d. diretto all'ente pubblico.

Fu, altresì, estesa la giurisdizione erariale anche alle ipotesi di condotte degli amministratori delle società partecipate direttamente lesive del patrimonio della amministrazione socia senza, peraltro, ritenere necessario indagare sulla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità e, dunque, prescindendo dalla sussistenza di un rapporto di servizio tra socio e amministratore della società a partecipazione pubblica (Cass., Sez. Un., n. 519 del 2010): tra queste ipotesi, vi rientrava anche il c.d. danno all'immagine dell'ente pubblico partecipante, come conseguenza di condotte integranti reati contro la pubblica amministrazione. A tal proposito, la giurisprudenza sosteneva che l'ordinamento positivo testimonierebbe che la giurisdizione della Corte dei Conti non fosse limitata *"alle sole ipotesi di responsabilità contrattuale dell'agente, ma può [potesse] esplicarsi anche in caso di responsabilità aquiliana"*. Aggiungeva, inoltre, che *"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"*.

Il criterio discretivo elaborato dalla Cassazione nel 2009, per l'individuazione della giurisdizione competente a conoscere l'azione, subiva tuttavia qualche deroga in ragione della *"specificità di singole società a partecipazione pubblica, il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis, come nel caso della RAI"* (Cass., ord., 22 dicembre 2009, 27092).

Per quanto riguarda le società *in house*, la Cassazione a Sezioni Unite ha espresso un orientamento diverso nella sentenza 25 novembre 2013, n. 26283.

In particolare, la Suprema Corte ha enunciato i tre requisiti cumulativamente necessari che tale modello societario deve possedere per essere qualificato tale: la società deve essere interamente partecipata da uno o più enti pubblici; l'attività prevalente deve essere svolta in favore di esso/i; l'ente pubblico deve esercitare sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, secondo previsioni riportate nello statuto della società (come precisato da Cass., Sez. Un., 2 marzo 2014, n. 7177).

Quest'ultimo profilo consiste in un potere direttamente esercitato sulla gestione della società con un'intensità ed una modalità tale da non far residuare in capo agli organi della società una propria autonomia gestionale e, in definitiva, un assoggettamento totale, per le scelte fondamentali, per le scelte essenziali, allo *ius vitae ac necis* dell'ente pubblico socio; per cui la società si configurava quale *longa manus* della P.A., con la conseguenza che non era nemmeno rinvenibile una distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società se non in termini di "separazione patrimoniale".

La successiva giurisprudenza ha anche precisato che *"i detti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente e risultare da precise disposizioni statutarie, e la loro verifica deve essere svolta avendo riguardo al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita"* (Cass., Sez. Un., 5 febbraio 2019, n. 3330).

L'anomalia dell'*in house* comporta, secondo la Cassazione, una situazione di vera e propria subordinazione degli amministratori e degli organi di controllo rispetto all'ente pubblico partecipante, *"nel quadro di un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso"*, cosicché tra gli organi di dette società e l'ente pubblico si venga a creare un autentico rapporto di servizio.

Ne conseguiva, altresì, l'assenza di autonomia decisionale della società *in house* rispetto all'ente partecipante, tale da non potersi considerare quest'ultima come persona giuridica autonoma: si approdava, così, alla concezione della società *in house* come mero patrimonio separato dell'amministrazione pubblica.

Alla luce delle predette considerazioni, la Cassazione ha affermato che *"il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità"*. Quindi, proprio la mancanza di un'apprezzabile autonomia faceva sì che il danno cagionato alla società fosse sempre un danno al socio, essendoci sia l'elemento soggettivo (la soggettività pubblica), sia l'elemento oggettivo (il patrimonio pubblico), tali da giustificare la configurazione erariale del danno e la consequenziale giurisdizione della Corte dei Conti, cosicché per la società *in house* non potessero valere i limiti della giurisdizione contabile riguardanti la responsabilità degli organi di società a partecipazione pubblica.

4. La legge delega e il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Nel quadro giurisprudenziale sopra delineato si è inserita da ultima la legge delega n. 124 del 2015 prevedendo, all'art. 18, co.1, lett. c), che il legislatore delegato dettasse una *"precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate"*.

Sul tema in oggetto intervengono anche altre disposizioni, più generali, previste dalla legge delega e, in particolare, l'art. 18, co.1, lett. a), che tra i criteri direttivi indica il rispetto *"del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica"*, l'art. 18, co. 1, lett. h), con il quale è stata disposta la *"eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo"* e l'art. 18, co.1, lett. l) che prevede la *"regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato"*.

L'attuazione dei suddetti principi è confluita nell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016.

Nel testo originariamente diffuso anteriormente alla versione definitiva si delineava una soluzione equilibrata che affermava sul piano della giurisdizione l'inquadramento esclusivamente civilistico delle azioni di responsabilità aventi ad oggetto i danni arrecati al patrimonio sociale e la non configurabilità di una responsabilità amministrativo-contabile, *"salvo il danno erariale"*.

Tale impostazione era stata accolta positivamente da parte della dottrina, in quanto salvaguardava la specificità del sistema societario, senza disconoscere le esigenze pubbliche coinvolte nella fattispecie.

Di fatto, veniva tuttavia superato l'orientamento giurisprudenziale che la Suprema Corte aveva anteriormente espresso sulle società *in house*: la regola veniva dettata senza alcuna eccezione per tutte le società a partecipazione pubblica.

La formulazione dell'art. 12 confermava l'orientamento delle Sezioni Unite consolidatosi a seguito della pronuncia del 2009 estendendolo anche alle società *in house*.

Infatti, l'orientamento espresso dalla Cassazione con riferimento alle società *in house* era parso a molti poco convincente poiché il particolare rapporto esistente tra la società *in house* e l'ente pubblico di riferimento sarebbe del tutto neutro rispetto alle ragioni dei terzi e non potrebbe giustificare, in ordine alla giurisdizione, soluzioni tali da pregiudicare dette pretese.

Invero, nel testo definitivo, è stata inserita una deroga alla regola generale, contenuta nella prima parte del co. 1, che attribuisce alla giurisdizione civile le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e degli organi di controllo delle società a partecipazione pubblica: infatti, è *“fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”*.

Nel secondo comma veniva, poi, data una definizione del danno erariale, rappresentato *“esclusivamente”* dal *“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 abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione”*.

Nella versione definitiva è stata introdotta una modifica al co. 2, volta ad ammettere la natura erariale del danno, anche laddove l'antecedente del pregiudizio alla partecipazione sia costituito da un comportamento attivo e non solo omissivo, dei rappresentanti del socio pubblico: il sintagma relativo ai soci che abbiano *“trascurato di esercitare i diritti di socio”* è stato sostituito dal riferimento a coloro che *“nell'esercizio dei propri diritti di socio”* abbiano pregiudicato il valore della partecipazione.

È stato poi eliminato l'avverbio *“esclusivamente”*, generando incertezza sulla precisa definizione di danno erariale e aprendo a interpretazioni diverse sulla natura dello stesso. Il legislatore delegato, tuttavia, non ha comunque sciolto in via definitiva i dubbi circa il riparto; infatti, ha adottato una nozione ampia di *“danno erariale”*, tale che rimarrà comunque compito dell'interprete individuare, in relazione al caso concreto, la sussistenza di elementi e circostanze sostanziali volti a manifestare l'effettiva idoneità di un soggetto ad indirizzare i processi decisionali riconducibili all'esercizio del diritto di socio da parte dell'ente pubblico.

4.1. La responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo delle società partecipate.

Nel secondo alinea del co. 1, si introduce la devoluzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al co. 2 nei limiti, però, *“della partecipazione pubblica”*.

Esclusa la riferibilità di tale disposizione alle sole società *in house* (sostenuta da qualcuno in forza della sua posizione, per l'appunto successiva alla norma che attribuisce la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità per danni provocati a tali società), sono sorti dubbi circa il suo contenuto precettivo: ci si è infatti domandati se il danno erariale sia quello verificatosi direttamente nella sfera patrimoniale del socio pubblico o se, invece, esso possa essere anche quello subito dal patrimonio sociale, che poi si riflette – indirettamente – in un danno ai soci pubblici.

La domanda sorge dalla formulazione dell'art. 12 del T.U. che, a differenza dell'art. 2395 c.c., non specifica che il socio pubblico possa instaurare l'azione di responsabilità unicamente a fronte di danni da esso *direttamente* patiti.

Nonostante non manchino autorevoli voci contrarie⁴, prevalente appare, allo stato, l'esegesi per cui il danno erariale di cui al co. 2, sarebbe quello subito direttamente dal socio pubblico: tale lettura sarebbe confermata anche dallo stesso co. 2, che parla di danno subito dagli *“enti partecipanti”* e non di danno subito dalla società.

In questo senso, sembra riproporsi il quadro già delineato dalla Suprema Corte nel 2009 che riconosceva la giurisdizione contabile unicamente con riferimento al danno direttamente subito dai soci pubblici. La Cassazione a Sezioni Unite, infatti, con sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, precisava che *“la presenza dell'ente pubblico*

⁴ Per il dibattito in tema, Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in Id. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018, 161 ss..

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".

Deve osservarsi, inoltre, che una tale interpretazione appare conforme ai principi dettati dalla legge delega e, in particolare, a quello di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica oltre che alla disposizione che impone l'eliminazione delle sovrapposizioni fra regole e istituti pubblicistici e privatistici⁵.

E infatti anche il Consiglio di Stato – in sede consultiva sullo schema del T.U. sulle società a partecipazione pubblica e, poi, sul relativo correttivo – aveva precisato che l'interpretazione data "è coerente con i principi generali in materia di responsabilità civile che escludono che il socio possa agire nei confronti degli amministratori per danni da esso subiti. È stata, infatti, superata la concezione che costituiva la posizione del socio nei confronti della società «come un diritto di credito eventuale su una quota del patrimonio sociale e degli utili conseguiti». Si è definitivamente chiarito che con la nascita dell'ente sociale «questo non è immediatamente tenuto ad alcuna prestazione nei confronti dei soci, la quale possa fare assimilare la loro posizione giuridica nei suoi confronti a un diritto di credito», aggiungendosi che «i soci divengono immediatamente titolari di un insieme di facoltà e poteri, esercitabili all'interno della struttura societaria, strumentali al suo funzionamento e al perseguimento dello scopo sociale costituito dal conseguimento di utili e, in caso di scioglimento della società, della quota di liquidazione» (Cass. civ., S. U., 24 dicembre 2009, n. 27346). Il danno che i soci subiscono è dunque un danno riflesso e indiretto e, in quanto tale, non risarcibile. Soltanto nel caso in cui riescono a dimostrare la lesione diretta e immediata della loro sfera giuridica è astrattamente configurabile la responsabilità degli amministratori (cfr. Cass. civ., 12 dicembre 2013, n. 27733). È bene aggiungere che queste conclusioni evitano, inoltre, non consentite duplicazioni di danni e di azioni di responsabilità proposte nei confronti del danneggiante dalla società per il pregiudizio al proprio patrimonio e dal socio per la perdita di valore della partecipazione (cfr. Cass. n. 27346 del 2009, cit.). Del resto, lo stesso art. 2395 c.c., in materia di società per azioni, riconosce al socio la legittimazione a proporre azione di risarcimento del danno nei confronti degli amministratori nel caso in cui esso dimostri che sia stato «direttamente» danneggiato da atti colposi o dolosi degli amministratori stessi" (Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968). Anche nel successivo parere del 14 marzo 2017, n. 638 – sullo schema del correttivo al T.U. – il Consiglio di Stato ribadiva che "al comma 2 dovrebbe essere chiarito – come si era già affermato nel parere n. 968 – che il solo danno erariale che viene in rilievo è quello "diretto" al patrimonio dell'ente (quale è, ad esempio, il danno all'immagine) e non anche un "danno indiretto" quale conseguenza mediata del pregiudizio subito dall'ente pubblico alla propria "partecipazione sociale".

Tutto ciò posto, per il resto il co. 2 sembra recepire l'orientamento della Corte di cassazione in materia, sicché conserva attualità la casistica giurisprudenziale sulla fattispecie della responsabilità erariale degli amministratori dell'ente pubblico socio:

- quando il rappresentante dell'ente partecipante o comunque il titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero abbia tenuto comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante

⁵ Su cui, Giordano, *La crisi delle società pubbliche dopo il Testo Unico*, in www.giustamm.it, 2017 e Id., *La società pubblica (non) può delinquere? Considerazioni sul modello '231' nelle società a partecipazione pubblica*, *ivi*, 2019.

l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio (Cass., Sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692);

- in caso di reiterata capitalizzazione di una S.p.A. a partecipazione pubblica a fronte di continue perdite strutturali della stessa (Corte Conti Valle d'Aosta, sez. giurisd., 9 aprile 2009, n. 2);

- per aver consentito la costituzione di una società che replica sostanzialmente le funzioni di un ente pubblico economico, comportando anche la duplicazione delle spese per la realizzazione degli stessi fini (Corte Conti d'appello, sez. giurisd., 3 febbraio 2017, n. 65);

- per aver autorizzato una ricapitalizzazione diseconomica di una società partecipata in contrasto con i principi di economicità ed efficacia (art. 1, co. 1, l. n. 241 del 1990 e art. 97 Cost.) e dunque in contrasto con i fini dell'ente che aveva subito il danno economico (Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2015, n. 21217);

- per la mancata restituzione di contributi regionali utilizzati per fronteggiare debiti sociali anziché per realizzare opere pubbliche (Corte Conti Liguria, sez. giurisd., 25 maggio 2015, n. 34);

- per avere, con colpa grave, (i) scelto, nominato e poi riconfermato quali componenti del consiglio di amministrazione, persone non in possesso di "professionalità e competenza" come, tra l'altro, prescritto dallo statuto societario, (ii) nell'aver approvato il bilancio dal quale emergevano irregolarità e sul quale il collegio sindacale, pur esprimendo il proprio parere favorevole, lo limitava espressamente "alla correttezza formale dello stesso", (iii) nell'aver omesso l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, dalla quale sarebbe derivata, con molta probabilità, la condanna in sede civile per i danni arrecati alla società e, infine, (iv) nell'essersi limitato ad una blanda verifica postuma dell'attività societaria invece di esercitare un controllo attuale, puntuale e concomitante sull'attività gestionale medesima (Corte Conti toscana, sez. giurisd., 28 aprile 2009, n. 267).

Occorre aggiungere anche che la lettera della disposizione consente – secondo una parte della dottrina⁶ – di ricondurre nell'ambito di sua applicazione anche la giurisdizione in materia di conto, nei confronti degli agenti contabili, ossia di coloro che detengono per conto dell'ente i titoli partecipativi o che ne esercitano i poteri connessi: sussisterebbe, infatti, la giurisdizione contabile in caso di danni cagionati da amministratori di società a partecipazione pubblica, anche non *in house*, beneficiarie, però, di contributi pubblici distratti per altri fini, riconoscendosi l'esistenza di un rapporto di servizio non limitato alla società, bensì esteso a coloro che dispongono e gestiscono i contributi o pongono in essere i presupposti per il loro riconoscimento.

Infine, il nuovo codice della giustizia contabile ha previsto un ulteriore strumento a tutela delle finanze pubbliche: l'art. 73 del d.lgs. n. 174 del 2016 ha, infatti, contemplato la possibilità per il P.M. contabile di esercitare "tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, Titolo III, Capo V, del codice civile".

Dunque, è stato sostenuto⁷ che, in via surrogatoria, il P.M. contabile potrebbe esercitare l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società a partecipazione pubblica, dinnanzi la Corte dei Conti.

4.2. La responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo delle società *in house*.

⁶ Sciascia, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche*, in Fimmanò-Catricalà, *Le società pubbliche*, Roma, 2016, 172.

⁷ Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in Id. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2018, 170.

L'altra modifica introdotta nel co. 1 riguarda, come detto, la deroga prevista per le società *in house*.

Ad una prima lettura della norma, la stessa sembrerebbe riproporre le conclusioni cui era giunta la Cassazione nella sentenza del 2013 escludendo, dunque, la giurisdizione del giudice civile; l'unica differenza è rappresentata dall'ampliamento del campo di applicazione in ragione della definizione di società *in house* ora contenuta nell'art. 16 del T.U. delle società pubbliche e nell'art. 5 del codice dei contratti pubblici: infatti ora è ammessa la presenza di privati (esclusa invece dalla Cassazione del 2013) mentre il concetto di controllo analogo ha assunto un significato più ampio rispetto alla concezione gerarchica precedentemente accolta dalla Suprema Corte.

Tuttavia, dal dato normativo sembra desumersi che, anche in relazione alla società *in house*, sia configurabile un danno non erariale, in quanto viene fatta salva la giurisdizione contabile, rispetto a tale tipo di società, solo per il "*danno erariale*".

Invero, ammettere che il danno causato dagli amministratori ed organi di controllo della società *in house* debba considerarsi sempre erariale – come forse era in realtà nelle intenzioni del legislatore delegato – renderebbe tautologico la specificazione contenuta nel secondo periodo del co. 1 dell'art. 12. Inoltre occorrerebbe qualificare la società *in house* come soggetto pubblico *tout court* o come articolazione interna dell'ente pubblico socio: in questo senso, come riconosciuto dalla Cassazione (cfr. Cass. Sez. Un. 27733 del 2013), l'attività degli amministratori e degli organi di controllo non sarebbe riconducibile ad un soggetto privato dotato di una sua autonomia soggettiva, ma ad organi di una pubblica amministrazione, riscontrandosi sempre un rapporto di servizio con l'ente pubblico socio (Cons. Stato, parere n. 968 del 2016 sullo schema del d.lgs. n. 175 del 2016).

Una concezione del genere non sembra però accoglibile, anche alla luce di una lettura sistematica con le altre norme previste nel T.U. e in particolare con l'art. 1, co. 3 ("*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*") nonché dalla soggezione di tutte le società partecipate, comprese quelle *in house*, alle procedure concorsuali in forza dell'art. 14 del medesimo T.U.

Sembra doversi concludere, dunque, per la natura non pubblicistica delle società *in house* e, conseguentemente, per la mancanza di automaticità nella qualificazione del danno, ad esse arrecato dal comportamento degli amministratori e degli organi di controllo, come erariale: la natura erariale o non del danno dovrebbe desumersi dai criteri enunciati nel co. 2 dell'art. 12, ossia il danno subito direttamente dal socio pubblico e non quello subito unicamente dalla società.

In questo senso si è espressa di recente la giurisprudenza della Cassazione a Sezioni Unite, con l'ordinanza n. 22406, del 13 settembre 2018. In particolare, la Cassazione ha innanzitutto ribadito "*la competenza del giudice ordinario in via generale in ragione dell'attrazione delle Società partecipate, ivi comprese quelle 'in house', alla disciplina del Codice civile*", per poi ammettere la possibilità di una concorrenza tra i due giudizi di responsabilità, uno civile e l'altro contabile risarcitorio, per gli stessi fatti, "*laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi*". E ancora, in merito alla concorrenza tra i due giudizi, la Cassazione precisa che "*la specifica attribuzione alla giurisdizione della Corte dei conti delle azioni relative al danno erariale lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, al cui ristoro, soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali, non è idonea, e pertanto non può avere alcuna efficacia ostativa alle azioni proponibili davanti al giudice ordinario, l'azione concernente la responsabilità contabile*" (v., nello stesso senso, anche Cass., Sez. Un., 10 aprile 2019, n. 10019).

Orbene, la Suprema Corte, ragionando anche sui principi di derivazione euro-unitaria in tema di affidamento dei terzi, parità di trattamento, tutela della concorrenza e delle regole del mercato, afferma che il danno subito dalle società *in house* non può cambiare natura in ragione della mera qualità di socio pubblico, con la inevitabile

conseguenza che il danno subito da detta società *in house* è in primo luogo un danno subito da una società di capitali, risarcibile quindi dinnanzi al giudice ordinario secondo le classiche azioni civilistiche; sostiene che il danno erariale non è un danno civilistico, sia pur esso si basi su analoghe fattispecie fattuali.

In conclusione, la Cassazione ha voluto confermare un diverso approccio alla questione, spostando il baricentro dalla natura della società al danno patito dalla stessa. L'individuazione della natura intrinseca di una società *in house* non è più un passaggio prioritario, acquistando importanza, invece, l'individuazione e la qualificazione del danno subito da detta società, in rapporto al dettato normativo e alla salvaguardia del sistema nella sua interezza.