

1 APRILE 2020

La giurisdizione concorrente della
Corte dei conti sulle azioni di
responsabilità nelle società a
partecipazione pubblica: profili
normativi, dottrinali e
giurisprudenziali.

di Giuseppina Lofaro

Dottoranda di ricerca in Diritto ed economia
Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

La giurisdizione concorrente della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica: profili normativi, dottrinali e giurisprudenziali.*

di **Giuseppina Lofaro**

Dottoranda di ricerca in Diritto ed economia
Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

Abstract [It]: La *quaestio* dell'individuazione dei criteri di riparto fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile costituisce aspetto che involge trasversalmente sia il settore pubblicistico-amministrativistico sia quello privatistico-commercialistico. Perciò, essa è stata oggetto di un costante sforzo ermeneutico normativo, dottrinale e giurisprudenziale, nel tentativo di armonizzare, alla luce di un canone di ragionevolezza, i profili controversi emersi. Tale *excursus* ha determinato criticità nonché profondi mutamenti sul tema che, lungi dal costituire un assunto saldo nell'attuale panorama dottrinale e giurisprudenziale, pare ancora caratterizzato da contrasti. Il presente contributo, nel tentativo di offrire una sintetica ricostruzione del copioso dibattito, si sofferma *funditus* sulla natura giuridica delle società a partecipazione pubblica, incentrandosi specialmente sulle società *in house*, sul danno "sociale" erariale e sui profili di responsabilità *ex art.* 2497 c.c. che attualmente costituisce il nodo problematico da risolvere, mediante un'analisi tecnico-giuridica integrata, interdisciplinare. La soluzione prospettata dall'Autore è quella di sostenere, alla luce della recente giurisprudenza in funzione nomofilattica, "la *cobabitation* tra le giurisdizioni", ossia la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, tramite la coesistenza di due forme di responsabilità concorrenti e settoriali, quella "civilistica di diritto comune" e quella "pubblicistica erariale", ancorandosi, *in primis*, all'interpretazione letterale e sistematica del recente dato normativo, in particolare dell'art. 12 del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica.

Abstract [En]: The question of identifying the distribution criteria between ordinary and accounting jurisdiction constitutes an aspect that transversely involves both the public-administrative sector and the private-commercial sector. Therefore, it has been subject to constant normative, doctrinal and jurisprudential hermeneutic efforts, in an attempt to harmonize, in the light of a canon of reasonableness, the controversial profiles that emerged. This excursus has determined critical issues as well as profound changes on the theme which, far from constituting a firm assumption in the current doctrinal and jurisprudential panorama, still seems to be characterized by contrasts. The present contribution, in an attempt to offer a concise reconstruction of the copious debate, focuses *funditus* on the legal nature of publicly-owned companies, focusing especially on *in-house* companies, on "social" tax damage and on liability profiles pursuant to art. 2497 of the Italian Civil Code which currently constitutes the problematic node to be solved, through an integrated, interdisciplinary technical-legal analysis. The solution proposed by the Author is to support, in the light of recent jurisprudence in nomofilactic function, "*cobabitation* between jurisdictions", that is the possibility of the competition between ordinary and accounting jurisdiction, through the coexistence of two forms of competing and sectorial responsibilities, the "civil law of common law" and the "tax publicity", anchoring, first of all, to the literal and systematic interpretation of the recent normative data, in particular of art. 12 of the Consolidated Law on publicly held companies.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile. – 3. Giurisdizione, società *in house providing* e profili di responsabilità *ex art.* 2497 c.c.. – 4. La coesistenza di due forme di responsabilità concorrenti e settoriali: quella "civilistica di diritto comune" e quella "pubblicistica erariale".

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa

Considerazione preliminare necessaria, ai fini di un'ordinata ricognizione, è che le società pubbliche, ad esclusione delle c.d. *società legali*¹, fattispecie normate da legge speciale *ad hoc*, hanno la natura giuridica di società di diritto comune² in cui «pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto che vi partecipa»³. Pertanto, la normativa pubblicistica disciplina il comportamento (*id est*: condotta) del socio, mentre quella privatistica regola il funzionamento della società. Entrambe le normative coesistono. Allo stesso modo, si realizza «la *cobabitation* tra le giurisdizioni».

Dopo attenta riflessione, imprescindibile pare all'Autore un'analisi completa dal taglio trasversale che involga sia l'ambito pubblicistico-amministrativistico sia quello privatistico-commercialistico, altresì specificamente attraverso una lettura sostanziale della letteratura commerciale: la *quaestio* che si intende analizzare incrocia entrambi i settori⁴. Pare altresì necessario soffermarsi *funditus* sulle norme contenute nell'art. 2497 c.c.⁵ che oggi costituisce il vero fulcro della questione da affrontare e risolvere, mediante un'analisi tecnico-giuridica integrata, interdisciplinare.

Le società partecipate hanno natura privatistica in quanto l'interesse appartenente al socio pubblico ha esclusiva rilevanza extra-sociale. Il rapporto sussistente tra società ed ente è di totale (*id est*: piena) autonomia poiché l'ente stesso può unicamente avvalersi degli strumenti rientranti nell'alveo del diritto societario, essendogli precluso l'utilizzo di poteri autoritativi nonché di incidere unilateralmente sull'espletamento del rapporto medesimo e sull'attività della società⁶.

Il codice civile, con riferimento alle società «pubbliche», contiene esigue disposizioni normative che non determinano l'emersione di un modello a sé stante⁷, ossia caratterizzato da una natura giuridica particolare.

¹ V. le chiare delucidazioni in merito contenute nel recentissimo contributo di F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, in *Le Società*, 3, 2020, 350-359.

² Cfr. F. GOISIS, *Il regime delle società in mano pubblica verso una più sicura riconduzione al diritto privato-commerciale e alle sue logiche: l'art. 4, co. 13, d.l. n. 95 del 2012, 1/2014*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it;

³ Il virgolettato è di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 1, 2019, 70.

⁴ M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 1-17.

⁵ Cfr. ancora l'innovativa nota di F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*.

⁶ Cfr. a tal proposito *Relazione al codice civile*, artt. 2458 ss., par. 998: «... 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 delle 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». V. altresì C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Le Società*, 2005, 3 ss..

⁷ Illuminante sul profilo *de quo* è F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 71, che rileva come «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 situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza

Andando a ritroso con l'analisi del dato normativo, pare utile rammentare che l'art. 4, comma 13, D.L. n. 95 del 2012 (recante la c.d. *spending review*) prevedeva una disposizione generale di rinvio alla disciplina codicistica, che ha svolto la funzione di norma di chiusura nonché di attività ermeneutica autentica. La *ratio legislatoris* è stata quella di “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”⁸.

Il D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, per come integrato dal D. Lgs. 16 giugno 2017, n. 100, recante il *Testo unico sulle società a partecipazione pubblica* (T.u.s.p.), nonché le disposizioni speciali, pur intervenendo su svariate questioni, non generano effetti creativi di un modello autonomo, specifico⁹.

Pare a tal punto necessario distinguere la disciplina del soggetto da quella dell'attività. La normativa integrativa è strettamente inerente alla natura del socio ed, in particolare, attiene sia ai profili qualitativi che quantitativi della sua partecipazione; inoltre, la normativa d'integrazione dipende altresì dall'attività svolta dalle *società* in esame, denominate “*pubbliche*” o “*di pubblico interesse*”¹⁰. Seguono il medesimo criterio discrezionale le norme in tema di reclutamento del personale e di conferimento di incarichi. *Naturaliter*, le relative controversie appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo *ex art.* 103 Cost.¹¹. *Ictu oculi*, la riserva di giurisdizione del g.a. di cui all'art. 63, comma 4, D. lgs. 30 marzo 2001, n.165, non può trovare spazio applicativo con riferimento ad un soggetto sostanzialmente privato che, nonostante sia denominato “*organismo di diritto pubblico*”¹², non rientri tra le P.A. ai sensi dell'art. 1, comma 2, del decreto *de quo*.

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 amministrativo».

⁸ V. le chiare note di F. FIMMANÒ, *op. ult. cit.*

⁹ F. FIMMANÒ, *ibidem*, acutamente, su tale aspetto, mette in luce la mancata determinazione di *effetti enucleativi* di un “tipo” a sé stante.

¹⁰ A titolo esemplificativo, la normativa sugli appalti pubblici, sia di derivazione comunitaria che nazionale, fa rientrare nella nozione di pubblica amministrazione non soltanto i soggetti formalmente pubblici ma anche quelli con veste privata che siano assoggettati ad un controllo pubblico, per scongiurare l'elusione dei vincoli procedurali. Cfr. su tale aspetto *Parere Commissione speciale Cons. Stato*, 26 ottobre 2018, n. 2427, in tema di libere Università.

¹¹ A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, Maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, tratta, tra l'altro, in maniera approfondita il rilievo dell'art. 103 Cost. ed i connessi condizionamenti sul riparto di giurisdizione in tema di società a partecipazione pubblica.

¹² Con riferimento alla categoria degli *organismi di diritto pubblico*, cfr. il recente saggio di A. IADECOLA, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società legali dopo il d.lgs. n. 175/2016*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2019, 69-77: l'Autore, nello specifico, con riferimento alla questione che qui si esamina, sostiene che la giurisdizione della Corte dei conti sulle *società legali* esiste tuttora, sebbene non prevista dall'art. 12 T.u.s.p., poiché discende *tout court* dalle norme che affermano tale giurisdizione per i danni arrecati al patrimonio di enti pubblici, quali dette società, ai fini che qui vengono in rilievo, vanno ritenute. Pertanto, si fa riferimento, in combinato disposto, all'art. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, all'art. 1 della l. 14 febbraio 1994, n. 20 nonché all'art. 1 del *Codice di giustizia contabile*, approvato con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174.

Per una riflessione collegata ed ulteriore, si v. D. PALAZZO, *La rilevanza del rischio economico nella definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sui contratti pubblici e del diritto della concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 1, Marzo 2019, 155 ss.:

Pertanto, queste società sono sottoposte a disposizioni pubblicistiche per quel che concerne i settori di attività in cui acquisisce rilevanza preponderante la natura concreta degli interessi pubblici sottostanti e le finanze; mentre sono soggette alle norme privatistiche per quel che riguarda il funzionamento e l'organizzazione. Ai fini dell'istituzione, della modificazione e dell'estinzione, gli atti preparatori alla formazione della volontà negoziale dell'ente rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 33, comma 2, lett. a, d.P.R. 31 marzo 1998, n.80*, invece gli atti societari sono sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario¹³. Per quel che riguarda le questioni inerenti l'organizzazione della società, la giurisprudenza ha sostenuto che «non è sufficiente il mero coinvolgimento dell'interesse pubblico per giustificare l'attrazione in capo al giudice amministrativo»¹⁴ delle relative controversie.

Seguendo il medesimo approccio metodologico, può circoscriversi l'ambito della giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica e, nello specifico, quello connesso alla responsabilità degli amministratori¹⁵ e dei dipendenti¹⁶: la *ratio legis* delle norme di nuovo conio ha recepito l'orientamento

nello specifico, l'Autore si propone di analizzare il ruolo del rischio economico quale criterio valido ai fini dell'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione del diritto europeo dei contratti pubblici e del regime della concorrenza. L'articolo si incentra sull'interpretazione delle nozioni di "organismo di diritto pubblico" e di "impresa", intendendo in particolare sottolineare la crescente rilevanza dell'analisi economica quale criterio interpretativo utile a delineare il *discrimen* tra "pubblico" e "privato", tra "attività amministrativa" e "attività d'impresa".

¹³ Cass., SS.UU., 15 aprile 2005, n. 7799; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6867; Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 2003, n. 781, per cui tutti gli atti inerenti alla vita delle società a partecipazione pubblica – che generano questioni di diritti soggettivi – rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario.

¹⁴ Il virgolettato è di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 72. A titolo esemplificativo: l'atto di nomina o di revoca degli amministratori da parte di un ente pubblico, pur perseguendo un fine pubblicistico, ha natura giuridica di atto societario poiché espressione di una prerogativa tipicamente privatistica. Evidenzia chiaramente tale profilo, 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.

¹⁵ Per un'analisi recente sulla responsabilità *de qua*, v. F. GOISIS, *La giurisdizione contabile sulle società in mano pubblica: un presidio per la necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2019, 41 ss.: in particolare, il contributo è orientato a dimostrare come la giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità degli amministratori di società in mano pubblica possa reperire il suo significato essenziale nella funzione di protezione della redditività della società, quale mezzo di attuazione dell'art. 97, co. 1, Cost. nonché dei principi comunitari in tema di investitore privato razionale. Cfr. anche la ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale effettuata da N. MICIELI, *La responsabilità degli amministratori di società partecipate da un socio pubblico*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 5, 2018, 892 ss..

¹⁶ A tal proposito, in dottrina ci si è chiesti se agli amministratori e dipendenti di una s.p.a. cosiddetta "in mano pubblica" si applichino le norme di diritto societario o se dalla presenza di capitali pubblici consegua invece l'assoggettamento di questi soggetti alle norme proprie della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei conti. Può ritenersi, in tali casi, che appaiono quelli di maggiore rilievo tra tutti i danni concernenti le società a partecipazione pubblica, che la responsabilità degli amministratori sia normata dal codice civile; perciò, non trovano applicazione le disposizioni in tema di responsabilità amministrativa: per tale via, si scongiura di incorrere nel rischio della c.d. *business judgement rule*, avanzato dalla letteratura scientifica di diritto commerciale. Cfr. su tale profilo L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Rivista delle Società*, 2, 2019, 413 ss.; v. altresì le attente osservazioni di A. VETRO, *Problematica sulla giurisdizione per danni cagionati da amministratori e dipendenti di società partecipate da enti pubblici, alla luce dell'ordinanza della sezione giurisdizionale della Corte dei conti per il Lazio n. 40/2018*, Maggio 2018, in www.contabilità-pubblica.it.

giurisprudenziale consolidatosi sul punto, per cui è sufficiente la natura oggettivamente pubblica del danno ossia *il collegamento anche meramente indiretto con la finanza pubblica*, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto o dallo *status* rivestito. Pertanto, il *criterio oggettivo*, inerente alla natura pubblica delle funzioni svolte, all'attività espletata nonché alle risorse finanziarie impiegate, sostituisce il criterio soggettivo, che basava la giurisdizione della Corte dei conti sulla *iuris conditio* pubblica dell'agente.

Sotto un profilo storico-ricostruttivo, appare utile rammentare che, con riferimento alle società a partecipazione pubblica, per lungo tempo la Cassazione ha riconosciuto la giurisdizione della magistratura contabile soltanto in presenza di un danno erariale¹⁷ diretto all'azionista pubblico¹⁸. Invece, alla luce della recente giurisprudenza della Cassazione in funzione nomofilattica¹⁹ nonché mediante un'attività ermeneutica di tipo sistematico, può affermarsi che sussistano (*melius*: coesistano), senza alcuna preclusione, *due forme di responsabilità concorrenti e settoriali*, ossia quella “civilistica di diritto comune” e quella “pubblicistica erariale”²⁰.

2. La possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile

Il recente approdo delle Sezioni Unite²¹ risulta in linea con il dato normativo, nello specifico con l'art. 12²² del Testo unico sulle società a partecipazione pubblica²³.

Dall'analisi in combinato disposto delle norme si evince che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti, in linea generale, alle azioni civili di responsabilità

¹⁷ Sulla categoria del danno erariale, ai fini di un'analisi tendenzialmente giuspubblicistica del dato normativo, dottrinale e giurisprudenziale, con l'enucleazione delle molteplici figure di danno, cfr. V. RAELI, *Lezioni di contabilità pubblica. La responsabilità amministrativa e contabile*, I, Bari, 2018, spec. 65-122.

¹⁸ Le Sezioni unite della Cassazione con sentenza del 19 dicembre 2009, n. 26806 affermavano che solo nella fattispecie 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 ritenuto quello all'immagine dell'ente. A tal proposito v. le chiare note di L. CARAVELLA, *La lesione all'immagine dell'ente pubblico ed il risarcimento del danno*, in F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento. Ordinamento, crisi e insolvenza*, cit., 541 ss.

¹⁹ Cassazione Civile, SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406.

²⁰ Per un inquadramento generale della tematica, cfr. A. BUCCARELLI, *Il sistema della responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitale pubbliche*, in F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche. Ordinamento. Ordinamento, crisi e insolvenza*, cit., 403 ss.

²¹ Cfr. Cassazione Civile, SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, cit.

²² L'art. 12 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica dispone che: “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”.

²³ V. tra i primi commentatori T. MIELE, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, *Le società pubbliche*, tomo I, *Collana Regole e Mercati*, Roma, 2016, 541 ss.

previste dalla normativa ordinaria. In ogni caso è fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale²⁴ provocato dagli amministratori nonché dai dipendenti delle società *in house*²⁵.

Alla giurisdizione della Corte dei conti risulta altresì devoluto il danno erariale²⁶ degli altri tipi di società a partecipazione pubblica, anche se non sono *in house*, sia allorquando esso assume la veste giuridica di danno patrimoniale indiretto o diretto, sia quando si delinea quale danno non patrimoniale.

Per tale via si afferma *expressis verbis* la giurisdizione della Corte dei conti sul danno all'immagine²⁷ che si sostanzia nella lesione del diritto alla propria identità personale, al proprio buon nome, alla propria reputazione e credibilità *ex art. 97 Cost.*, a seguito della diffusione tramite *mass media* della notizia del fatto illecito di un impiegato o amministratore pubblico; esso si concreta in un "danno sociale" *tout court*.

Pare opportuno precisare che il danno erariale la cui giurisdizione è devoluta, *ex art. 12 comma 1 del T.U.* sulle società a partecipazione pubblica, alla Corte dei conti è quello subito dagli enti partecipanti e comprende il "danno-conseguenza" derivante dalla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici²⁸ partecipanti o dei titolari del potere di decidere per essi che, nell'ambito dell'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.

²⁴ Per un'analisi aggiornata sui profili inerenti al danno erariale, v. F. FIMMANÒ, In particolare, l'Autore evidenzia che: «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...».

²⁵ Il fenomeno dell'*in house* risulta simmetrico ed opposto rispetto al *c.d. outsourcing*, che si ha quando una pubblica amministrazione si rivolge al privato esternalizzando l'esercizio dell'attività amministrativa o la produzione e il reperimento delle risorse necessarie al suo espletamento.

²⁶ Per una recente analisi classificatoria delle nuove figure di danno erariale, v. S. FOÀ, *Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità*, a cura di M. ANDREIS e R. MORZENTI PELLEGRINI, Torino, 2016, 25-46: lo scritto esamina, tra l'altro, la qualificazione dell'illecito contabile alla luce della giurisprudenza della Corte dei conti. Nello specifico si occupa della "atipicità parziale" dell'illecito contabile e delle molteplici configurazioni da questo assunte in via pretoria: il danno all'immagine e l'interpretazione costituzionalmente orientata, "oltre" la lettura della Corte costituzionale; il danno da disservizio; il danno da tangente; l'omesso o irregolare assolvimento di obblighi istituzionali; il danno da conferimento di incarichi (*rectius*: consulenze).

²⁷ L'interesse al buon nome e all'onorabilità dell'amministrazione ha acquisito precipua rilevanza a seguito dell'introduzione nell'ordinamento della legge 7 giugno 2000, n. 150, recante la disciplina dell'attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni, che rende doveroso alle stesse di rappresentare all'esterno un'immagine positiva. Su tale profilo, v. le lucide considerazioni di F. CERIONI, *Trasparenza nelle società controllate, funzionalizzazione pubblica e responsabilità erariali*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, *Le società pubbliche*, tomo II, cit., 865 ss.; sul danno *de quo*, C. GIUSTI, *Danno all'immagine e Pubblica amministrazione*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3, 2019, 998 ss., effettua preliminarmente un inquadramento generale della nozione di immagine, rilevando come essa si sia evoluta nel tempo, giungendo ad identificare l'insieme dei valori che fanno capo all'ente immateriale e che ne connotano l'immagine all'esterno. In tal modo si è ritenuto possibile estendere l'ambito di applicazione del diritto all'immagine anche a soggetti giuridici che non abbiano un'immagine fisica, intendendosi per diritto all'immagine l'«estimazione sociale» o «reputazione» o «prestigio» dell'ente. L'Autore in commento si occupa, nello specifico, della questione del riconoscimento del risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'ente e della sua configurazione nell'ambito del danno erariale.

²⁸ Cfr., per l'aspetto nozionistico, le chiare enucleazioni di G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*, in *Dir. amm.*, 2003, 81 ss.

Pertanto, l'azione contabile può concorrere con le altre azioni previste a tutela dei soci e dei creditori sociali sancite dal codice civile, in linea con le altre ipotesi di responsabilità devolute alla giurisdizione contabile, senza che si determini alcun conflitto di giurisdizione²⁹.

Antecedentemente alla *riforma Madia*, buona parte dei giudici ordinari, si è pronunciata *sic et simpliciter* sull'esistenza o meno dei requisiti, dichiarando *d'en blanc* il radicarsi o l'insussistenza della propria giurisdizione. Invece la *quaestio* appariva già più complessa ed articolata, non sussistendo motivazioni ragionevoli per escludere *in nuce* la concorrenza di procedimenti civili, contabili e finanche penali a carico degli organi sociali³⁰. Giova evidenziare che per effetto della riforma *de qua* vi sono attribuzioni di giurisdizione al giudice contabile, tuttavia non sempre desumibili in via esplicita.

Ad adiuvandum rispetto alla tesi che qui si intende sostenere, la giurisprudenza di legittimità, nella già citata Cassazione Civile, SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406³¹, sostiene *expressis verbis* “la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto laddove sia prospettato anche un danno 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...”.

3. Giurisdizione, società *in house providing* e profili di responsabilità *ex art. 2497 c.c.*

Con riferimento alle società a partecipazione pubblica, si è dibattuto *funditus* negli ultimi anni in merito alle società affidatarie dei servizi pubblici locali *in house providing*³². Difatti, il T.U.S.P. dedica ad esse un *corpus* normativo *ad hoc*. L'origine di tale fenomeno, nonché delle problematiche sollevate dal medesimo, apparentemente e formalmente connesse a questioni di efficacia ed efficienza del modello gestionale, pare sostanzialmente ancorata alla «volontà delle amministrazioni locali di mantenere l'affidamento diretto dei servizi attraverso persone giuridiche dominate ed abusate per eludere i procedimenti ad evidenza

²⁹ T. MIELE, *La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano, 2011, 450 ss.. Cfr. altresì in argomento Cass., SS.UU., 17 aprile 2014, n. 8927, per cui nel caso *de quo* si determina potenzialmente “soltanto un'eventuale preclusione all'esercizio di un'azione quando con l'altra sia già ottenuto il medesimo bene della vita”.

³⁰ V. sul punto Cass., SS.UU., 24 marzo 2015, n. 5648.

³¹ Nella fattispecie processuale di cui alla sentenza *de qua* «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». Cfr. *amplius* F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente “a tutto campo” della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 75.

³² «Il modello c.d. *in house* funzionale all'affidamento diretto dei servizi pubblici a società eterodirette e sovente “abusate” ha portato ad enucleare un vero e proprio *monstrum giuridico*». Cfr. ID., *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*.

pubblica, assumere personale senza concorso, violare i patti di stabilità, sottrarre interi comparti dell'amministrazione ai vincoli di bilancio ed alle regole della concorrenza»³³.

Il dato normativo *de quo* deriva da una rivisitazione della giurisprudenza comunitaria effettuata dal legislatore italiano. Nello specifico, nella celebre sentenza *Teckal* era stata esclusa l'applicabilità delle disposizioni legislative sull'individuazione per via concorrenziale del concessionario allorché l'ente "eserciti sulla persona di cui trattasi un *controllo analogo*³⁴ 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"³⁵. Si riscontrano, a tal proposito, le medesime locuzioni utilizzate successivamente dal legislatore italiano per ammettere nel nostro ordinamento l'affidamento diretto ed in deroga *ex art.* 14 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, recante "Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici", convertito nella L. 24 novembre 2003, n. 326.

La Corte di Cassazione, in funzione nomofilattica, nel 2013, notoriamente, ha optato per una sorta di "adattamento dell'impostazione comunitaria", per ammettere la piena giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità agli organi sociali delle società *in house*³⁶. Le Sezioni Unite hanno opinatamente appellato tale *genus* di persone giuridiche quale mera articolazione interna della P.A., *tamquam* una sua *longa manus* in quanto l'affidamento diretto non consentirebbe di configurare un rapporto intersoggettivo³⁷. La giurisprudenza successiva, riprendendo le Sezioni Unite del 2013 testé analizzate, ha chiarito che il *discrimen* tra socio pubblico e società *in house* non si concreta più quale alterità soggettiva³⁸.

³³ Il virgolettato è di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 75. Cfr. altresì ID., *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim.*, che evidenzia come: «In verità la genesi di questa fenomenologia non è certo legata a ragioni di efficienza del modello, ma esclusivamente alla *degenerazione* di metodi di gestione del comparto... Quando poi non è stato possibile più *ricapitalizzare all'infinito* queste società, come nel caso di specie, si è fatto di tutto per affermare che non dovevano subire gli effetti negativi della scelta opportunistica (a cominciare dal fallimento) ma solo i vantaggi della *segregazione*». In particolare, l'Autore critica tale approccio *giuspubblicistico* che ha causato uno stato di confusione tra le categorie giuridiche del soggetto e quelle dell'attività economica.

³⁴ F. FIMMANÒ, *op. ult. cit.*

³⁵ 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 ss.

³⁶ Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283 - Pres. Rovelli - est. *Rordorf*, con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Le società*, 2014, 55 ss.; v. altresì Cass., SS.UU., 9 luglio 2014, n. 15594, in *Foro amm.*, 2014, 1901; Cass., SS.UU., 24 ottobre 2014, n. 22609 Cass., SS.UU., 13 novembre 2015, n. 23306, in *Foro amm.*, 2015, 3055.

³⁷ Perciò l'ente *in house* non potrebbe considerarsi terzo rispetto all'amministrazione controllante bensì dovrebbe ritenersi quale uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. Sostanzialmente le Sezioni Unite hanno ripreso l'orientamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; in tal senso cfr. pure Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555.

³⁸ Il motivo per cui la Cassazione adattò l'inquadramento *giuspubblicistico* e comunitario *Teckal* – fattispecie in cui si trattava di un consorzio di comuni – al diritto interno delle società, con evidenti rischi sistemici derivanti, era originato dalla consapevolezza che ancor più problematica e difficoltosa sarebbe risultata la riqualificazione delle società *in house* in enti pubblici in assenza di disposizioni normative *expressis verbis* in tal senso. Sull'aspetto *de quo* v. i chiari passaggi logico-giuridici di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 76.

Pare a chi scrive di poter agevolmente sostenere che la fattispecie sostanziale delineata dai giudici di legittimità coincide, nel diritto comune, con l'*attività di direzione e coordinamento*³⁹, di per sé lecita e che configura una situazione soggettiva attiva di cui può, e talvolta deve, farsi utilizzo. Invero, il fatto per cui il centro decisionale delle strategie aziendali venga collocato al di fuori delle singole società controllate non risulta in contrasto con i principi inderogabili dell'ordinamento giuridico. Può ritenersi che il profilo *de quo* valga ancor di più in presenza di una *società a partecipazione pubblica*, per cui il dominio può essere orientato a scongiurare pregiudizi alla collettività.

Attualmente il fulcro della questione, ossia il nodo problematico da sciogliere, è contenuto nell'art. 2497 c.c.⁴⁰, rubricato "*Responsabilità*" e ripreso proprio a tale titolo dalle Sezioni Unite del 2018 analizzate nel *corpus* del presente lavoro di ricerca.

Pare a tal punto utile evidenziare che il D.L. 1 luglio 2009, n. 78 convertito con L. 3 agosto 2009, n. 102 ha previsto all'art. 19, rubricato "*Società pubbliche*", nei commi da 6 a 13, riguardanti "*Partecipazioni in società delle amministrazioni pubbliche*", alcune modifiche alla normativa delle società pubbliche e degli organi di amministrazione delle società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato. Nello specifico, a fronte delle questioni ermeneutiche sorte con riferimento a quegli enti che svolgono attività di direzione e coordinamento di società in ordine al perseguimento di un interesse imprenditoriale di gruppo, risultato complessivo dell'attività di dominio, il comma 6 dell'articolo *de quo* offre un'interpretazione autentica dell'art. 2497, comma 1, c.c. Si ritiene che l'intervento normativo del legislatore risulti controverso, in quanto *in apparentia* formalmente generale, ma in concreto mirato ad una specifica fattispecie ossia al caso della crisi Alitalia, il cui andamento configura una responsabilità da abuso del dominio da parte del

³⁹ A tal proposito, in linea con quanto afferma la recentissima e già cit. giurisprudenza di merito (Tribunale di Napoli, Sez. Impr., 7 novembre 2019 - Pres. D. Raffone - Est. I. Grimaldi - Fallimento Azienda Casertana Mobilità e Servizi S.p.a. c. Provincia di Caserta), il legislatore, come precisato nella relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 6/2003, ha posto a base della responsabilità disciplinata dall'art. 2497 c.c. "il fatto dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento", per cui se tale attività è da intendere come "fatto", il suo effettivo esercizio è di per sé sufficiente a produrre le relative conseguenze giuridiche. «Il fatto è riferibile a una *pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo* idonei ad incidere sulle scelte gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario industriale e commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali». Le parole racchiuse tra virgolette sono di F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*.

⁴⁰ L'art. 2497, comma 1, c.c., 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 direttamente 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". Con riferimento al comma *de quo*, il legislatore ha specificato 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".

Ministero dell'Economia, svolto in violazione dei “criteri di corretta gestione societaria e imprenditoriale e nell'interesse proprio od altrui”⁴¹.

L'attività di dominio genera una forma diretta di responsabilità verso soci e creditori qualora abusiva, ovvero se il *dominus*-ente pubblico la svolge nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui - e non nell'interesse del dominato - e allorquando risulti antitetica ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria.

La responsabilità dell'ente pubblico-*dominus* sorge per effetto dell'inosservanza di un dovere specifico discendente da un preesistente rapporto obbligatorio verso soggetti determinati. Perciò, può sostenersi che essa non derivi dalla violazione del generico dovere del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto dell'ordinamento giuridico.

Per di più, in un'ottica di completezza, alla luce di un'attenta e ponderata analisi interdisciplinare dei reali profili della *quaestio de qua*, che interseca sia l'ambito pubblicistico-amministrativistico che quello privatistico-commercialistico, può agevolmente ritenersi che, sistematicamente, «la responsabilità contrattuale del *dominus* convive con la responsabilità solidale risarcitoria»⁴² di “chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio” *ex art. 2497, comma 2, c.c.*.

Qualora si concretizzi la fattispecie del *controllo “analogo”*, sovente si verifica la violazione, di per sé, delle norme sancite dal codice civile in materia di eterodirezione e coordinamento, ossia il sorgere di

⁴¹ Cfr. le note critiche di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente “a tutto campo” della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 76-77, a cui ci si permette di rimandare altresì per la copiosa dottrina ivi richiamata.

⁴² Illuminante a tal proposito è la ricostruzione tecnico-giuridica integrata offerta da F. FIMMANÒ, *op. ult. cit.*, 77. In particolare, l'Autore, proseguendo nella Sua analisi, rileva, tra l'altro che: «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». Perciò, allorquando l'interesse della controllata diverge da quello del soggetto controllante, in presenza dei presupposti previsti *ex lege*, sorgerebbe la responsabilità della capogruppo indipendentemente dalla sua natura e dall'interesse perseguito in concreto. *Contra*, L. ROVELLI, *Relazione introduttiva a “Le società pubbliche a tre anni dal Testo Unico (d.lgs. 175/2016)”*, in *Diritto dell'Economia*, 2, 2019, spec. 20, per cui: «se il regime del “controllo analogo” è incompatibile con lo schema causale della società di capitali e ciò comporta l'eccezionale configurazione di un rapporto di servizio fra amministratori della società *in house* ed ente pubblico esercitante il controllo analogo, questa contaminazione, pur non potendo far venir meno la soggettività acquisita con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, incide sul regime di separazione patrimoniale. E vi incide, analogamente a quanto avviene in una prospettiva rovesciata nel distinto e più attenuato fenomeno della direzione unitaria nei gruppi, rendendo risarcibile il danno solo indirettamente risentito dal socio-ente pubblico, ma non come deroga alla regola generale di cui agli artt. 2395 e 1223 c.c., ma come eccezionale legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte dell'ente pubblico come socio della controllata; il cui esito andrà pertanto a beneficio della “sedicente” società stessa. Né si verifica, di necessita, la eterogenesi dei fini, paventata da Fimmanò, di responsabilità diretta dell'ente (e dunque di ogni ente pubblico diverso dallo Stato) per debiti contratti dalla società dipendente “se non ed esclusivamente per effetto dell'art. 2497, quando l'azione dell'ente pubblico ha costretto la società ad agire in violazione «dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società dipendente stessa».

responsabilità diretta verso soci e creditori ai sensi dell'art. 2497 c.c., nonché 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” *ex art. 2497, comma 2, c.c.*

Anche laddove si verifichi l'ipotesi di *controllo esterno*, l'abuso di dipendenza economica può concretarsi, *in re ipsa*, in abuso dell'attività di direzione e coordinamento, con la discendente responsabilità delineata dalla giurisprudenza già antecedentemente agli interventi legislativi⁴³.

L'abuso di eterodirezione⁴⁴ causa altresì l'inosservanza delle *regole di contabilità pubblica*, in relazione all'assunzione indiretta di spese di importo indeterminato quale quella discendente dalla responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.

Pertanto sussiste la responsabilità dell'ente pubblico per abuso del dominio, dei suoi amministratori e dirigenti per la medesima ragione nonché per aver violato le norme di contabilità, esponendo l'ente a spese indiscriminate e, contestualmente, degli amministratori e dirigenti della società partecipata per aver concorso alla realizzazione del fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, per averne intenzionalmente tratto beneficio⁴⁵. Qualora la responsabilità consista nel depauperamento del

⁴³ Cfr. Corte conti reg. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015, che in relazione al vecchio regime dell'art. 2362, c.c., ha sostenuto che allorché il capitale azionario è interamente posseduto dal comune, e perciò a carico di quest'ultimo sussiste un'illimitata responsabilità patrimoniale, 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 sostanzia in un rapporto di sovraordinazione, a prescindere dal *nomen juris*, ovvero dalla qualificazione giuridica, non ci si trova di fronte ad una società per azioni ma ad un organismo ausiliario dell'ente. V. a tal proposito la nota di M. DUGATO, *La responsabilità dei comuni nelle S.p.A. totalitarie con socio unico*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 235 ss..

⁴⁴ F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*, nota a sent. Tribunale di Napoli, Sez. Impr., 7 novembre 2019 - Pres. D. Raffone - Est. I. Grimaldi - Fallimento Azienda Casertana Mobilità e Servizi S.p.a. c. Provincia di Caserta, analizza, in tema di società a partecipazione pubblica, la rilevante *quaestio* della responsabilità risarcitoria della P.A. per abuso di eterodirezione, in virtù delle regole di diritto societario comune. L'Autore rileva che il “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (l'u.s.p.) tenta di ricondurre a sistema un coacervo di norme ed orientamenti degli ultimi 25 anni ma non determina effetti enucleativi di un “tipo” a sé stante. In tal senso, l'art. 4, comma 13, D.L. n. 95 del 2102 (c.d. *spending review*) dettava una norma generale di rinvio alla disciplina codicistica “emblematica”, secondo cui “le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali”. La norma ha avuto “funzione di interpretazione autentica e di chiusura”, anche sulla base dei lavori preparatori e delle circolari applicative, 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”.

Tra le regole di diritto comune ha un ruolo centrale il sistema della responsabilità da eterodirezione nella fenomenologia delle società partecipate da enti pubblici. «Al contrario un certo orientamento pubblicistico, del tutto ignaro delle complessità sistematiche, partendo dal *principio della neutralità della forma giuridica rispetto alla natura dello scopo*, era arrivato in passato ad attribuire alle società partecipate una connotazione pubblicistica nel senso di una riqualificazione del soggetto giuridico. Tale impostazione ha generato una grave confusione 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 prevista dall'art. 2247 c.c., con la conseguente emersione normativa di un tipo con causa pubblica non lucrativa».

⁴⁵ Cfr. D. MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica nel testo unico*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, *Le società pubbliche*, cit., 605-644.

patrimonio dell'ente causato dalla lesione patrimoniale ossia dal danno al patrimonio della società partecipata e dominata, gli amministratori di quest'ultima saranno responsabili solidalmente come quelli dell'ente-*dominus* per aver partecipato al fatto pregiudizievole.

L'art. 12 del T.U.S.P. riproduce, in chiave erariale, lo stesso meccanismo civilistico laddove offre il dato definitorio per cui “*danno erariale*” è “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 riconosce *expressis verbis* la giurisdizione per tale danno sugli organi controllanti nonché in solido sui controllati, in assenza dei quali i primi sarebbero impossibilitati nello svolgimento dei poteri *de facto*.

4. La coesistenza di due forme di responsabilità concorrenti e settoriali: quella “civilistica di diritto comune” e quella “pubblicistica erariale”

Antecedentemente all'intervento del legislatore, la posizione della giurisprudenza in tema di giurisdizione sulle società *in house providing* è stata originata dallo stimolo offerto dalle Procure contabili⁴⁶ che hanno rilevato come influenze di natura politica condizionino il rigore di un'eventuale iniziativa degli enti locali orientata a sanzionare gli organi societari controllati di fronte al giudice ordinario, causando di fatto un esonero da responsabilità di soggetti che in realtà provocano danno a società sostanzialmente pubbliche, poiché partecipate *in toto* dalla pubblica amministrazione⁴⁷, di cui rappresentano una *longa manus* ai fini dell'attuazione delle connesse decisioni strategiche ed operative. Il percorso logico-giuridico *de quo* ha portato a considerare “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*”⁴⁸.

⁴⁶Ricostruisce correttamente tale aspetto F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*: «L'azione della procura contabile era stata esercitata in un momento storico in cui non si era ancora delineata sul piano normativo e giurisprudenziale una legittimazione ad una azione erariale assimilabile a quella di cui all'art. 2497 c.c., anche se basata sulle medesime ricostruzioni fattuali e probatorie».

⁴⁷ G. NAPOLITANO, *Pubblica Amministrazione in Italia*, 2009, in www.treccani.it.

⁴⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 3 maggio 2013 n. 10299, con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società pubbliche”*, in *Società*, 2013, 974 ss.; v. altresì l'analisi approfondita da ID., *Il macroproblema irrisolto della responsabilità dell'ente pubblico-socio per abuso del dominio della società partecipata*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ, *Le società pubbliche*, cit., spec. 85. In particolare, la Corte dei conti ha sovente continuato a radicare la propria giurisdizione con riferimento a tali società, sostenendo che rappresentino 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. V. a titolo esemplificativo Corte conti, Sez. I App., 22 luglio 2013, n. 568. L'opzione giurisprudenziale *de qua* è stata ritenuta in linea con i principi costituzionali e del diritto comunitario, nello specifico con la valorizzazione dell'interesse dei cittadini e delle imprese contribuenti ad una gestione

Può agevolmente ritenersi che l'emersione *ictu oculi* dello stravolgimento giurisprudenziale operato a partire dalle Sezioni Unite del 2013 ha determinato la necessità delle puntualizzazioni recate dalle Sezioni Unite del 2018⁴⁹.

Autorevole dottrina, contestualmente alla pubblicazione della c.d. sentenza *Rordorf*, aveva già assunto una posizione critica, specificamente in relazione all'operazione di "estrapolare-decontestualizzando" stralci di tale noto orientamento giurisprudenziale, per di più riprodotto in settori diametralmente differenti rispetto all'ambito della giurisdizione⁵⁰.

La Cassazione, pur riconoscendo la giurisdizione della Corte dei Conti, aveva fissato un limite alla c.d. *riqualificazione*, ossia all'attribuzione alla società partecipata dello status di ente pubblico⁵¹, al fine di

delle risorse pubbliche trasparente, efficiente ed economica. V. per tutte Corte conti, Sez. giur. Reg. Veneto, 28 settembre 2012, n. 749.

⁴⁹ "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". Cfr. la già cit. Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406.

⁵⁰ Cfr. ancora Cass., SS.UU., 25 novembre 2013, n. 26283 - Pres. Rovelli - est. Rordorf, in *Le società*, 2014, 55 ss. con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, cit., 60 ss. Difatti una parte della giurisprudenza di merito ha interpretato l'impostazione delle Sezioni Unite proprio come una "riqualificazione", sostenendo che la società *in house* rientra tra i soggetti non assoggettabili alle procedure concorsuali di cui all'art. 1 l. fall., ovvero tra gli enti pubblici. Peraltro, esonerare dal fallimento le società a partecipazione pubblica insolventi potrebbe causare una forte alterazione del mercato e della concorrenza ed altresì una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private, in violazione dell'art. 106, commi 1 e 2 del Trattato U.E., in quanto, per tale via, potrebbero continuare ad operare in perdita sul mercato, quantomeno fino a che i soci non decidano autonomamente di porle in stato di liquidazione oppure gli amministratori non accertino l'esistenza di una causa di liquidazione o non venga loro revocato l'affidamento del servizio pubblico. V. sulla tematica *de qua* 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 ss.

⁵¹ Sotto un profilo storico-ricostruttivo, cfr. V. CERULLI IRELLI, G. MORBIDELLI, *"Ente pubblico" ed enti pubblici*, Torino, 1994, *passim.*, per cui specifica attenzione necessita il processo di [privatizzazione](#) che ha coinvolto la categoria degli enti pubblici economici. Essi, aventi per oggetto esclusivo o principale un'attività economica, perseguono un fine pubblico mediante l'esercizio di un'attività imprenditoriale. La normativa applicabile al rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici economici è quella fissata dalle norme del codice civile, e, secondo la Corte di cassazione, non si configurano come atti amministrativi sia gli atti di gestione del rapporto di lavoro sia gli atti organizzativi che ne costituiscono il presupposto (per es., gli atti di approvazione delle piante organiche, la determinazione dei criteri per le promozioni). La *quaestio* della delimitazione della giurisdizione nelle controversie inerenti a tali rapporti di lavoro si è rivelata particolarmente complessa, ed è stata risolta dalla l. n. 533/1973, che ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario. La categoria degli enti pubblici economici è composta essenzialmente da enti che svolgono direttamente un'attività economica di produzione di beni o servizi (Ferrovie dello stato, Poste, ENEL, ecc.).

Il modello organizzativo dell'ente pubblico economico viene fortemente influenzato dal diritto comunitario, nello specifico dal divieto degli aiuti di Stato (art. 107 T.F.U.E.), dall'applicazione delle regole di concorrenza anche alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (art. 106 T.F.U.E.), quali le Ferrovie dello stato, le Poste o l'ENEL nonché dai principi di risanamento della finanza pubblica stabiliti nel patto di stabilità siglato a Maastricht. Gli adempimenti imposti dalle citate disposizioni comunitarie hanno generato un ridimensionamento dell'ente pubblico monopolista ed una politica di privatizzazione che ha consentito di arrivare ad una riduzione del debito tramite dismissione del patrimonio. Pertanto, con alcuni provvedimenti, tra i quali si menzionano il d.lgs. n. 386/1991, convertito dalla l. n. 35/1992, e il d.lgs. n. 333/1992, convertito dalla l. n. 359/1992, gli enti pubblici economici sono stati trasformati in società per azioni (*privatizzazione formale*), ed è stata prevista una successiva cessione del pacchetto azionario dall'azionista pubblico ai privati (*privatizzazione sostanziale*).

arginare erronee deviazioni ermeneutiche orientate, in maniera semplicistica, alla qualificazione della società partecipata da soggetti pubblici quale ente pubblico.

Autorevole dottrina⁵² aveva già avanzato l'idea ricostruttiva di un modello maggiormente in linea sotto un profilo sistematico ed ordinamentale, per cui alla responsabilità degli organi sociali di società sottoposte a *controllo analogo*⁵³ doveva giungersi mediante il diritto comune e non attraverso l'affermazione del radicarsi della giurisdizione contabile per ragioni di immedesimazione organica.

La questione del *vulnus* normativo oggi viene superata sia attraverso la codificazione dell'orientamento giurisprudenziale sulle società *in house*⁵⁴ sia mediante la previsione del legislatore di una giurisdizione contabile sul danno erariale conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o dei titolari del potere decisorio per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione, siano essi amministratori pubblici, dirigenti ed organi sociali della eterodiretta che abbiano concorso, prestandosi a qualche titolo, agli abusi⁵⁵.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, può ragionevolmente ritenersi che attualmente coesistano, a prescindere dall'ambito penalistico, due forme di *responsabilità*⁵⁶ *degli organi amministrativi e di controllo*,

⁵² V. per tutti F. FIMMANÒ, *Le società pubbliche in house providing tra disciplina del soggetto e disciplina dell'attività*, in *Giust. civ.*, 2014, 1135 ss.

⁵³ Emerge *ictu oculi* che il controllo "analogo", che legittima l'affidamento diretto del servizio pubblico, viene sovente esercitato «in funzione degli *interessi istituzionali dell'ente e della collettività* cui viene erogato il pubblico servizio (e non dell'interesse sociale della controllata) e come tale genera la responsabilità *sussidiaria* dello stesso ente». Cfr. le chiare note di ID., *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*.

⁵⁴ V. Cass., SS. UU., 27 dicembre 2017, n. 30978, per cui è possibile ravvisare la natura eccezionale della giurisdizione contabile in caso di società *in house*, in presenza del triplice necessario 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. Nel medesimo senso: Cass., SS.UU., 15 maggio 2017, n.11983; Cass. 20 marzo 2018 n. 6929. Sul tema *de quo* è conforme l'orientamento di Corte dei conti, Prima Sezione Centrale d'Appello n. 105/2018; Corte dei conti, Prima Sezione Centrale d'Appello n. 98/2018; Corte dei conti, Terza Sezione Centrale d'Appello n. 23/2018; Corte dei conti Sezione Appello Sicilia n. 188/2018.

⁵⁵ V. SS. UU. Cass. 8 luglio 2016 n. 14040, secondo cui la responsabilità per danno erariale è configurabile non soltanto nei confronti degli organi che hanno potestà decisoria finale, bensì altresì in presenza di un rapporto organico con soggetti che abbiano concorso a vario titolo a determinare il danno. Nello specifico, la S.C. nel 2016, in relazione 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 sostenuto che, in caso di concorso nella causazione del danno erariale di soggetti esterni con gli esponenti aziendali, la giurisdizione della Corte dei Conti può radicarsi, a determinate condizioni, nei riguardi di tutti i soggetti, sia "intraneri" che "extraneri" "il cui apporto possa ritenersi in concreto dotato di valenza co-determinante nella realizzazione dal fatto dannoso". Cfr. le puntuali argomentazioni di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 79.

⁵⁶ «Allo stato esistono due forme di responsabilità degli organi amministrativi e di controllo, *concorrenti e settoriali*, quella civilistica comune per danni, secondo le regole *ex art. 2393 s. c.c.*, e quella erariale, da far valere con l'azione ordinaria per le società *in house* e con quella individuale del socio *ex art. 2395 c.c.* Ed analogamente due azioni concorrenti per 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.

concorrenti⁵⁷ e, parrebbe, settoriali⁵⁸, ossia quella *civilistica comune per danni*, secondo le regole di cui agli artt. 2393 ss. c.c., e quella *erariale nei confronti del socio pubblico*, da esercitare con l'azione ordinaria per le società *in house* e con quella individuale del socio ai sensi dell'art. 2395 c.c., peraltro, non preclusiva della medesima⁵⁹. Del resto, già la Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Friuli Venezia-Giulia, 18 marzo 2009, n. 98, sosteneva che l'azione di responsabilità amministrativa⁶⁰ operasse in concorso con le azioni civili di responsabilità sociale degli amministratori e sindaci della società, non sostituendosi ad esse, rappresentando una forma di tutela aggiuntiva, necessitata dalla doverosa salvaguardia delle funzioni e dei servizi pubblici ai quali la società stessa è preordinata, anche per scongiurare conseguenze pregiudizievoli scaturenti dall'eventuale inerzia dei soggetti legittimati di fronte al giudice ordinario⁶¹.

La Cassazione ha riconosciuto ormai una concorrenza a tutto campo tra la giurisdizione ordinaria sulle azioni classiche contemplate dal codice civile e la giurisdizione contabile sulle omologhe azioni erariali». Delinea chiaramente tale assetto F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*.

⁵⁷ Per la responsabilità concorrente opta, tra gli altri, R. RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le Società*, 2005, 424; per quella alternativa propende 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 ss.; esprime considerazioni perplesse G. ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Le Società*, 2008, 441.

⁵⁸ A tal proposito, pare necessario rilevare che l'estensione della giurisdizione contabile, in assenza di una previsione esplicita, è in contrasto con l'art. 103 Cost., nella parte in cui impone una delimitazione *ictu oculi* dei giudici speciali, considerato che la medesima nozione di materia presuppone una chiara definizione dei suoi argini atteso il suo ruolo discriminante rispetto alla sfera d'azione riservata all'autorità giudiziaria ordinaria. Cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204.

⁵⁹ Cass., SS.UU., 23 febbraio 2010, n. 4309. Sotto tale angolo visuale, l'azione contabile esperita dal procuratore della Corte dei conti non dovrebbe precludere l'azione di cui all'art. 2395 c.c. esperita dal socio innanzi al giudice ordinario, data la differenza sussistente tra i presupposti nonché tra i risultati conseguibili.

⁶⁰ R. MORZENTI PELLEGRINI, *La responsabilità amministrativa tra funzione di deterrenza e di garanzia nelle ipotesi di cattiva amministrazione: un'introduzione*, in *Cattiva amministrazione e responsabilità*, a cura di M. ANDREIS e R. MORZENTI PELLEGRINI, cit., 1-8, rileva, a tal proposito, altresì che la responsabilità amministrativa dovrebbe svolgere una fondamentale funzione di deterrenza e di garanzia nei confronti delle ipotesi di cattiva amministrazione. Tuttavia, sul ruolo di prevenzione e contrasto alla cattiva amministrazione, le posizioni della dottrina risultano divergenti.

⁶¹ F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, cit., 80, opportunamente, evidenzia che, ad ogni modo, permane, sotto un profilo strutturale per le società *in house* e sotto un aspetto congiunturale per le società 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 T.u.s.p. 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 la giustizia comunitaria e quella amministrativa (Cfr. Corte Giustizia 10 settembre 2009; Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092.) l'avevano enucleato». Per quel che concerne le puntualizzazioni definitorie del dato normativo, si rimanda nello specifico alla nota 50 del Saggio da ultimo citato, per cui: «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 del Codice dei Contratti Pubblici - D.Lgs. n. 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».

Per un esame recente del codice dei contratti pubblici, aggiornato all'ultimo decreto correttivo, ossia al decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - c.d. Decreto *sblocca cantieri* -, convertito in Legge 14 giugno 2019, n. 55 con modificazioni, v. S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2019, 8-216.

Permaneva incertezza, in mancanza di un'esplicita indicazione, sul *modus agendi* ossia se tale giurisdizione “per tipo” operasse in maniera esclusiva o concorrente, ossia potesse coesistere rispetto a quella del giudice ordinario o ne determinasse un'esclusione. Le Sezioni Unite del 13 settembre 2018, n. 22406 paiono confermare la concorrenza di codesta giurisdizione⁶².

In coerenza con quanto enucleato sin qui, può sostenersi che i giudici di legittimità estendono, in un'ottica completa, la concorrenza tra la giurisdizione ordinaria sulle azioni tipiche previste dal codice civile e la giurisdizione contabile sulle corrispondenti azioni erariali, riconosciuta *expressis verbis* dal Testo unico sulle società partecipate. Pare utile precisare che la devoluzione alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, delle controversie in materia di *danno erariale* di cui al comma 2⁶³, sancita dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 12 del T.U.S.P., assurge a principio generale che va a coniugarsi nonché a circoscrivere l'altro principio generale sancito dalla prima parte del primo periodo del comma 1 del medesimo articolo, individuando i regimi concorrenti del “danno arrecato alla società” soggetto alla disciplina societaria ed alla giurisdizione del Giudice ordinario nonché del danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, devoluto alla giurisdizione della Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica.

Può altresì puntualizzarsi che l'art. 12 del T.U.S.P. non opera alcuna individuazione né delimitazione del profilo soggettivo delle figure che possono essere chiamate a rispondere di fronte alla Corte dei conti per aver cagionato un “*danno erariale*”⁶⁴ per come esplicitamente delineato dal legislatore.

Alla luce di quanto sin qui analizzato, emerge *ictu oculi* che nel nuovo assetto organizzativo della pubblica amministrazione, fondato sull'amministrazione di diritto privato e su un sistema decentrato, rispetto alla giurisdizione per danno erariale della Corte dei conti, originatasi in un contesto storico e organizzativo

⁶² La Suprema Corte del 2018 rileva, tra l'altro, che con riferimento alla domanda proposta nei confronti del solo Comune ex art. 2497 c.c., è ribadita la giurisdizione del giudice ordinario, sia in quanto la subordinazione gerarchica degli amministratori della società in house non è incompatibile con l'alterità della società controllata, sia poiché altresì in tal caso, come stabilisce *expressis verbis* la norma pocanzi richiamata, la responsabilità è sancita, oltre che nei confronti dei soci - in relazione all'eventuale azione contabile a norma dell'art. 12 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica -, anche dei creditori sociali per la lesione causata all'integrità del patrimonio societario.

⁶³ P. VALENSISE, *L'esercizio dei diritti del socio pubblico nella prospettiva della responsabilità erariale ex D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175. Spunti di diritto societario*, in *Diritto dell'Economia*, 2, 2019, 95-114, esamina il nesso tra l'esercizio dei diritti del socio pubblico ed eventuali responsabilità per danno erariale ai sensi dell'art. 12, comma 2, T.u.s.p.. Nella prospettiva *de qua*, l'Autore offre alcuni spunti di riflessione in merito all'analisi dell'art. 12, comma 2, T.u.s.p., mostrando, attraverso alcuni casi esemplificativi come l'esercizio o meno di alcuni diritti sociali, con dolo o colpa grave, possa pregiudicare il valore della partecipazione pubblica.

⁶⁴ F. GOISIS, *La giurisdizione contabile sulle società in mano pubblica: un presidio per la necessaria redditività dell'investimento pubblico*, cit., spec. par. 4, a tal proposito, rileva che il danno indiretto al patrimonio dell'ente pubblico mediante il danno diretto al patrimonio sociale diviene danno anche diretto ove visto in rapporto al diritto agli utili (che è direttamente in capo all'ente pubblico). Perciò la *deminutio* causata dalla *mala gestio* dell'organo societario patrimoniale pubblica va riferita al diritto agli utili, risultando così certamente *danno erariale* diretto. Ne deriva lo spazio per una diretta soggezione dell'amministratore infedele (rispetto allo scopo di lucro) altresì alla giurisdizione della Corte dei conti.

profondamente differente, viene operata dal legislatore una sorta di riposizionamento per contemperare l'indispensabile prerogativa di neutralità⁶⁵ delle forme di diritto comune con la protezione dell'interesse pubblico rideterminato nell'ente danneggiato.

Certamente, anche in ossequio al principio di legalità e pertanto, specificamente per ragioni di certezza del diritto, non bisogna trascurare che la giurisdizione della Corte dei conti presuppone l'attribuzione per via normativa e non può derivare *naturaliter* dal fatto che entrino in gioco interessi pubblici o un danno *lato sensu* pubblico.

In linea con tale assunto, l'art. 12 del T.U.S.P. codifica la pregressa giurisprudenza di legittimità sulle *società in house*⁶⁶ ed opera altresì un rimando generale alle forme di diritto privato sulle società partecipate. Il sistema *de quo* risulta in linea con la tesi per cui il radicamento della giurisdizione contabile si fonda su un elemento soggettivo, ovvero *il rapporto di servizio*⁶⁷ tra la società e l'ente pubblico controllante ed un elemento oggettivo, ossia il *danno diretto* al patrimonio pubblico.

Difatti, l'art. 12 del T.U.S.P., nel sistema organizzativo della P.A. incentrato sul diritto comune, radica la giurisdizione della Corte dei conti sull'obbligazione risarcitoria che sorge nell'ambito di un rapporto di servizio tra la società partecipata e l'ente pubblico, non più qualificato in termini pubblicistici, bensì seguendo "il criterio del modello civilistico del rapporto di controllo" ai sensi del combinato disposto tra l'art. 2 T.U.S.P. e l'art. 2359 c.c.. L'art. 12 del T.U.S.P. individua altresì il titolo oggettivo della giurisdizione nel "fatto" del danno al "valore della partecipazione". In concreto, la giurisdizione della Corte dei conti

⁶⁵ V. da ultimo il contributo di M. PASSALACQUA, *Il regime delle responsabilità nelle società partecipate alla luce del principio europeo di neutralità nei rapporti Stato-mercato*, 22 Gennaio 2020, in www.federalismi.it, 161-178: l'Autore, indaga la nuova disciplina della responsabilità erariale degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate e degli enti soci con il fine di individuarne i principi fondanti, in maniera sistematica e coerente alla *ratio*. In particolare, in ossequio al principio di neutralità dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea rispetto al regime della proprietà, affinché gli ordinamenti nazionali non producano norme contraddittorie, «occorre trarre tutte le conseguenze dalla circostanza che un'autorità pubblica agisca nell'adempimento di obblighi derivanti dal ruolo assunto in quanto pubblico potere».

⁶⁶ Per un'analisi giuspubblicistica sulla tematica in analisi, cfr. le riflessioni tecnico-giuridiche di F. GOISIS, *La giurisdizione contabile sulle società in mano pubblica: un presidio per la necessaria redditività dell'investimento pubblico*, cit., 42 ss., che, tra l'altro, rileva che il riparto di giurisdizione è fondato sulla distinzione fra il danno arrecato alla società (e quindi solo indirettamente all'ente) ed invece direttamente all'ente, mentre l'elemento dell'insussistenza di un diretto rapporto di servizio tra organo della società ed ente pubblico appare in concreto del tutto secondario in quanto sostanzialmente smentito, dato che si ammette che il danno diretto creato all'ente pubblico, *sub specie* a titolo esemplificativo di compromissione degli scopi della partecipazione pubblica alla società, possa far sorgere una responsabilità erariale diretta.

Tale assetto concentra la maggior parte delle controversie in capo al giudice ordinario, mediante le comuni azioni di responsabilità societaria. Alla netta prevalenza della giurisdizione ordinaria fanno eccezione soltanto le società ritenute sostanzialmente pubbliche (*in house*), o, per altra via, riqualificabili come soggetti pubblici; v. altresì A. GIUSTI, *Giurisdizione contabile ed enti pubblici a struttura di s.p.a.: il caso delle centrali di committenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 679 ss.

⁶⁷ Cfr. Cass. civ., SS. UU., sentenza 5 dicembre 2019, n. 31755, secondo cui ai fini del riparto di giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario risulta decisivo il rapporto di servizio tra soggetto e P.a., per cui in caso di danno erariale causato dagli amministratori delle società partecipate, si radica la giurisdizione della Corte dei conti.

in tema di società partecipate rappresenta una “giurisdizione *ex titulo*”⁶⁸, trattandosi di un danno al valore della produzione (*melius*: partecipazione), in un sistema di relazioni organizzative di diritto comune, qualificabile in termini di “controllo”. Una volta sorta tale obbligazione, sotto il profilo del “rapporto”, ad essa si applica la disciplina contenuta nelle norme civilistiche, nell’ambito della concorrenza riconosciuta in tema di giurisdizione dalla Suprema Corte in chiave nomofilattica, sia per quel che concerne le classiche azioni di responsabilità che per l’azione erariale da abuso del dominio⁶⁹.

Conclusivamente, auspicando di aver offerto qualche spunto analitico per una discussione tecnico-giuridica ancora aperta⁷⁰, attualmente può affermarsi che il quadro ricostruttivo risulta più chiaro, sia sotto il profilo normativo che giurisprudenziale, emergendo, per di più, la rilevanza del sistema della responsabilità da abuso del dominio⁷¹ nella fenomenologia delle società pubbliche.

Tra l’altro, l’art. 6 del T.U.S.P. ha introdotto un microsistema di allerta e prevenzione per le partecipate pubbliche, una specie di efficientamento *ex ante* della gestione della crisi che costituisce *un onere* della pubblica amministrazione. Difatti, nelle partecipate pubbliche il rischio è che si prosegua a finanziare

⁶⁸ La norma *de qua*, come rilevato, individua il titolo oggettivo della giurisdizione nel “fatto” del danno al “valore della partecipazione”. La giurisdizione contabile in tema è una *giurisdizione ex titulo* in quanto una volta sorta, tale obbligazione, sul piano del “rapporto”, segue la normativa sancita dalle disposizioni civilistiche, nell’ambito della concorrenza delle giurisdizioni riconosciuta dalla Cassazione. V. le puntualizzazioni sistematiche di F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-bolder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*.

⁶⁹ Acutamente, in un’ottica di completezza, conducendo un’analisi sistematica del dato normativo, aggiornata ai recentissimi orientamenti giurisprudenziali, F. FIMMANÒ, *op. ult. cit.*, rileva che: «Sulla base della medesima impostazione è stata ora codificata la responsabilità contabile, in passato riconosciuta solo *là dove ed in quanto* si arrecasse un danno erariale *diretto* all’azionista pubblico 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* e l’una non esclude l’altra anche per quanto riguarda quella derivante dall’abuso del dominio».

⁷⁰ C. IBBA, *Società pubbliche e responsabilità degli amministratori: alcuni spunti per una discussione ancora aperta*, in *Il Diritto dell’Economia*, 2, 2019, 39-50, offre alcune riflessioni sul tema, tradizionalmente dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, della giurisdizione applicabile alle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a partecipazione pubblica. In particolare, l’Autore, evidenzia che nonostante la legge delega avesse demandato al testo unico il compito di prevedere 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», e la «eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo», il legislatore delegato ha, invece, introdotto una norma (l’art. 12 T.u.s.p.) «contraddittoria e fonte di contrasti interpretativi, anche rispetto a questioni su cui la giurisprudenza aveva trovato un assestamento».

⁷¹ Pare opportuno evidenziare che la già cit. e recentissima sentenza del Tribunale di Napoli, Sez. Impr., 7 novembre 2019, trovi “conferma *fattuale*” degli abusi dell’ente provincia nella gestione della crisi (e delle rispettive soluzioni da adottare) e “conferma *normativa*” dell’illegittimità del comportamento dalle disposizioni del T.u.s.p. (anche se non applicabile alla fattispecie *ratione temporis*) laddove all’art. 14, comma 5, vieta alle pubbliche amministrazioni di effettuare “conferimenti, erogare finanziamenti e rilasciare garanzie alle società partecipate che operino strutturalmente in perdita, salvo che la crisi non sia reversibile, ma in tempi abbastanza brevi e certi, attraverso comunque la predisposizione di un piano di risanamento approvato dall’autorità di regolazione del settore e comunicato alla Corte dei Conti per il raggiungimento dell’equilibrio finanziario”.



“abusivamente” la società, ritardando il momento di emersione della crisi, violando per tale via i principi pubblicistici di equilibrio di bilancio⁷².

⁷² Per cui, alla luce della recentissima giurisprudenza di merito, i conegni attivi contrari agli obblighi di comportamento, od anche meramente omissivi, possono configurare un abuso “tipizzato” dell’attività di direzione e coordinamento. Cfr. *funditus*, F. FIMMANÒ, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*, cit., *passim*.