

16 NOVEMBRE 2018

La responsabilità dei membri degli
organi di *governance* tra diritto pubblico
e privato

di Valentina Guerrieri

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

La responsabilità dei membri degli organi di *governance* tra diritto pubblico e privato *

di Valentina Guerrieri

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. Premessa. 2. Il regime di responsabilità nel diritto societario: i danni al patrimonio sociale e quelli direttamente sopportati dal socio pubblico. 3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità degli amministratori di società pubbliche. 3.1. La giurisdizione applicabile alle società pubbliche. La giurisprudenza ante 2003. 3.2. La fase estensiva della giurisdizione contabile: l'orientamento sostanzialistico. 3.2.1. La qualità del soggetto danneggiato e la natura pubblica delle risorse impiegate. 3.2.2. Il danno finanziario e il rapporto funzionale tra ente e utilizzatore. 3.2.3. L'art. 16-*bis* del d.l. 248/2007: l'esplicito riconoscimento della giurisdizione contabile? 3.3. La fase recessiva della giurisprudenza delle Sezioni unite: il sostanzialismo temperato. 3.4. La posizione di equilibrio nella giurisprudenza delle Sezioni unite. 3.5. Il regime speciale per le società *in house*. 3.6. ...e per quelle di diritto speciale. 4. I più recenti approdi legislativi: la responsabilità degli amministratori nel d.lgs. 175/2016. 4.1. La legge delega 124/2015. 4.2. Il parere del Consiglio di Stato. 4.3. Il d.lgs. 175/2016. 4.4. Criticità e tendenze dell'art. 12 del testo unico. 4.5. Il decreto correttivo (d.lgs. 100/2017): un'occasione mancata per fare chiarezza. 5. Conclusioni.

Abstract [It]: L'intreccio tra norme di diritto privato e di diritto pubblico applicabili alle società pubbliche si è rivelato molto complesso con riguardo al regime di responsabilità degli amministratori di queste società, attesa l'assenza, fino all'adozione del d.lgs. 175/2016, di disposizioni generali in materia. Le criticità conseguenti alla diffusione del modulo organizzativo societario si sono riscontrate anche nelle oscillanti posizioni assunte in tema di responsabilità degli amministratori dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

In questo contesto legislativo lacunoso si inserisce l'art. 12 del d.lgs. 175/2016 che introduce una disciplina (esaustiva) della materia. L'opzione legislativa prescelta sancisce il trionfo del diritto civile su quello "speciale": la responsabilità dei soggetti apicali delle società in mano pubblica è regolata dalle norme di diritto societario, con esclusione delle sole società *in house* alle quali si applica la normativa contabile.

Abstract [En]: One of the most complex issues of the rules applicable to publicly owned companies, which are at the junction of public and private law, involves the liability of the directors of these companies. Until the Legislative Decree 175/2016, there was a lack of general rules on this subject. The unsettled case law of the Italian highest courts (Corte di Cassazione and Corte dei conti) and the doctrine show such difficulties due to the dissemination of companies in the public sector. In this incomplete legislative framework, Article 12 of the Legislative Decree has introduced an exhaustive discipline of directors' liability.

The regulatory option marks the triumph of civil law: the liability of the directors of publicly owned companies is governed by corporate law, excluding *in-house* entities, to which the jurisdiction of the Court of Auditors applies.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa

Il tramonto dell'ente pubblico e la conseguente diffusione del modulo organizzativo societario hanno favorito il trionfo del diritto privato sul diritto pubblico¹. Questa *vis expansiva* delle norme civilistiche derivanti dall'adozione di modelli paritetici è emersa anche con riferimento al regime di responsabilità degli organi di *governance* delle società pubbliche, stante anche l'assenza, fino al d.lgs. 175/2016, di una disciplina esaustiva della materia.

Nel “fenomeno giuridico ibrido”² delle società partecipate la compresenza dell'interesse pubblico e dell'interesse privato ha, infatti, reso l'intreccio tra norme civili e “speciali” più arduo da dipanare, anche perché negli anni più recenti la creazione di società pubbliche è divenuta lo strumento per “assicurare la riserva alla politica”³ che ha “tentato di giocare a due mani cumulando i vantaggi della struttura privata e del radicamento pubblicistico”⁴. Detti profili problematici conseguenti all'adozione del modello societario si sono riverberati sulle oscillanti posizioni assunte in tema di *liability* degli amministratori dalla giurisprudenza ordinaria e contabile, nonché dalla dottrina⁵. Infatti, alcuni pongono l'accento sulla necessità di combattere gli abusi e gli sprechi, insiti nell'utilizzo delle società pubbliche, attraverso la responsabilità erariale che permette di sanzionare il cattivo utilizzo delle risorse pubbliche⁶. Al contempo, c'è chi ritiene la responsabilità amministrativa sia inidonea e insufficiente negli ambiti operativi dell'amministrazione di matrice privatistica⁷.

Le criticità legate alla diffusione di un coacervo di tesi sull'applicabilità della responsabilità civile, o di quella amministrativa, ovvero, della possibile cumulabilità di entrambe sono state acuite dalla perdurante inerzia del legislatore, che – fatta eccezione per un'espressa disposizione in tema di società quotate – non

¹ G. MONTEDORO, *Il regime della responsabilità degli amministratori* in M. VIETTI, *Le società commerciali: organizzazioni, responsabilità e controlli*, Torino, 2014, p. 335.

² G. MONTEDORO, *Il regime*, op. cit., p. 336.

³ L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio* in *Giorn. dir. amm.*, 3/2012, pp. 327-328.

⁴ G. MONTEDORO, *Il regime*, op. cit., p.338.

⁵ L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2/2006, pp. 223 e ss; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 7/2009, pp. 791 e ss; C. IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azioni di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Rivista di diritto civile*, II/2006, pp. 145 e ss; G. ROSSI, *Le società di partecipazione pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2/2006, pp.185 e ss; E. MAURO, *La responsabilità pubblica degli amministratori di s.p.a. “pubblica: profili pubblicistici* in C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI, *Le società pubbliche*, Torino, 2011, pp. 309 e ss; C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 5/2004, pp. 312 e ss; G. F. CARTEI, P. CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2010, p. 935.

⁶ M. MACCHIA, *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2014, p. 384.

⁷ P. COSMAI - R. IOVINO, *Riforma delle società partecipate. Guida operativa al D.lgs. 19 agosto 2016 n. 175*, Milano, 2016, p.163.

ha mai preso posizione sul regime giuridico applicabile ai danni procurati alla società pubblica dagli amministratori.

In questo contesto si inserisce l'art. 12 del d.lgs. 175/2016, che assume notevole rilevanza in quanto positivizza il risultato di numerosi arresti giurisprudenziali e delle indicazioni dottrinali⁸. L'opzione legislativa ha una chiara impronta civilistica⁹: la responsabilità dei soggetti apicali delle società in mano pubblica è regolata dalle norme di diritto societario e le relative azioni sono rimesse al giudice ordinario, data la distinzione patrimoniale e l'autonomia soggettiva delle società rispetto all'ente di riferimento, con esclusione delle sole società *in house* per le quali già la Corte di Cassazione faceva salva la cognizione del giudice contabile.

Al fine di comprendere le ricadute pratiche che deriveranno dall'applicazione del testo unico sulle società a partecipazione pubblica è opportuno, da un lato, ricostruire la disciplina della responsabilità degli amministratori sulla scorta del diritto societario e, dall'altro, ripercorrere le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza in ordine alla questione della responsabilità gestionale degli amministratori degli enti partecipati al capitale.

2. Il regime di responsabilità nel diritto societario: i danni al patrimonio sociale e quelli direttamente sopportati dal socio pubblico

Le continue spinte operate dalla Cassazione a partire dal 2009¹⁰, volte a ricondurre le società pubbliche al modello civilistico degli enti commerciali, rendono necessario analizzare le disposizioni del codice civile che disciplinano la responsabilità degli amministratori nel diritto comune.

A seguito della riforma del diritto societario operata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6¹¹ agli amministratori (di società di capitali) possono essere imputate, per *mala gestio*, tre diverse forme di responsabilità: nei confronti della società; nei confronti dei creditori sociali e nei confronti del socio o del terzo direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori.

La responsabilità nei confronti della società è legata all'adempimento degli obblighi imposti agli amministratori dallo statuto e dall'atto costitutivo con la diligenza professionale, ovvero più precisamente

⁸ G. ASTEGIANO, *Gestione delle partecipazioni pubbliche e responsabilità degli amministratori e dirigenti dell'ente socio*, in *Azienditalia*, 10/2016, p. 937.

⁹ F. VIGNOLI, *Spunti critici e ricostruttivi in tema di Testo unico delle società a partecipazione pubblica*, in *Rivista231*, 1/2017, pp. 9 e ss.

¹⁰ Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

¹¹ "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366" pubblicato in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003 - suppl. ordinario n. 8

– come prevede il testo dell’art. 2392 c.c. – “*con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze*”¹².

La responsabilità *de qua* può discendere anche dalla c.d. *culpa in vigilando*, cioè dalla violazione del dovere d’intervento¹³. Più nel dettaglio, sono solidalmente responsabili verso la società gli amministratori che “*essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli*”, non si siano attivati per evitare o attenuare la portata dei pregiudizi patrimoniali derivanti dall’atto dannoso (art. 2932, comma 2, c.c.)¹⁴. Tuttavia, non tutte le ipotesi di mancato compimento dell’azione dovuta da parte degli amministratori fanno sorgere i presupposti per la responsabilità. Infatti, la società dovrà provare il danno al patrimonio dell’ente, la conoscenza *ex ante* del fatto idoneo a cagionare il pregiudizio e il nesso causale tra la condotta e il pregiudizio, comprovando che l’evento dannoso si sarebbe verificato pur in caso di compimento dell’azione dovuta. Dal canto loro, gli amministratori dovranno dimostrare di aver fatto tutto il possibile per impedire, attenuare o eliminare le conseguenze dannose¹⁵.

Dunque, fanno sorgere responsabilità verso la società azioni od omissioni negligenti e imperite; mentre il semplice *default*, i risultati negativi della gestione – che possono dipendere dall’andamento del mercato – ovvero le scelte speculative, assunte con una consapevole valutazione del rischio, ma rivelatesi erronee,

¹² L’art. 2392, comma 1, c.c. nella formulazione precedente alla riforma del 2003 stabiliva che “*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario*”. Tuttavia, la diligenza a cui si faceva riferimento era quella del *bonus pater familias* di cui all’art. 1176, comma 1, c.c. richiesta per l’adempimento di obbligazioni di mezzi, tra le quali veniva ricondotta quella degli amministratori verso la società. Questo parametro, però, costituendo un criterio di valutazione astratto, indipendente dal grado di diligenza del particolare debitore, appariva insufficiente a configurare la diligenza in relazione alla gestione imprenditoriale di un’attività. Dunque, il paradigma a cui far riferimento non poteva che essere la diligenza professionale di un amministratore di società ricavabile dal comma 2 dello stesso art. 1176 c.c. Questa prospettiva accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza ha trovato definitiva conferma nella novella del 2003, che ha esplicitato il richiamo alla “*diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle specifiche competenze*”, richiedendo agli amministratori una particolare qualificazione professionale propria di chi è chiamato a svolgere funzioni gestorie di un’impresa. C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, p. 123; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 393; N. ABRIANI, *Codice delle società*, Torino, 2016, pp. 1124-1125.

¹³ Il comma 2 dell’art. 2392 c.c. nella formulazione precedente alla riforma del 2003 prevedeva disgiuntamente rispetto al dovere di intervento, un generico obbligo di vigilare “*sul generale andamento della gestione*”. Come sottolinea la relazione illustrativa alla riforma “*la eliminazione dal precedente comma 2 dell’art. 2392 c.c. dell’obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli art. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell’esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall’accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili*”.

¹⁴ Trib. Milano, 11 novembre 1993, in *Fall.*, 1994, 1051.

¹⁵ G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2006, pp. 581 e ss; N. ABRIANI, *Codice, op. cit.*, p. 1126.

non determinano¹⁶ di per sé responsabilità in capo all'organo amministrativo¹⁷. In altri termini, è ormai consolidato il principio secondo il quale all'amministratore di una società non può essere imputato, ex art. 2392 c.c., l'aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, dato che tale profilo valutativo attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può, pertanto, rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore ma non a titolo di responsabilità nei confronti della società¹⁸.

Questa forma di responsabilità ha carattere contrattuale (da inadempimento)¹⁹ e investe solidalmente tutti gli amministratori, anche in presenza di atti individuali, a meno che non si tratti di danni legati all'inosservanza di doveri attinenti ad “*attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*” (art. 2392, comma 1, c.c.)²⁰. È, altresì, escluso il vincolo della solidarietà nei confronti di coloro che, non avendo concorso a integrare l'azione colposa, abbiano “*fatto annotare senza ritardo*” il proprio “*dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale*” (art. 2392, comma 3, c.c.).

L'azione sociale di responsabilità può essere promossa, in primo luogo, dall'assemblea ordinaria che può deliberare di procedere in tal senso quando l'azione sia posta all'ordine del giorno (art. 2392, comma 1, c.c.), ovvero in “*occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materia da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio*” (art. 2392, comma 2, c.c.), e, dunque, quando sia funzionalmente connessa con il rendiconto contabile oggetto di esame²¹. Quando la decisione è presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale importa, *ope legis*, la revoca degli amministratori (art. 2393, comma 4, c.c.).

¹⁶ La costante giurisprudenza è pacifica nel ritenere che “*le scelte gestionali compiute dagli amministratori sono in se stesse insindacabili [...] salvo non si tratti di operazioni che, se valutate ex ante, si rivelino manifestamente avventate ed imprudenti*” Cass. civ., 31 agosto 2016, n. 17441 in senso conforme *ex multis* Cass. civ., 2 febbraio 2015, n. 1783; Cass. civ., 12 febbraio 2013, n. 3409; Cass. civ., 12 novembre 1965, n. 2539.

¹⁷ N. ABRIANI, *Codice, op. cit.*, p. 1120; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 48; F. CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici soci*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2017, p. 158.

¹⁸ G. ROMANO, *Commento all'art. 2392*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2017 pp. 2964 e ss.

¹⁹ Nonostante autorevoli ricostruzioni dottrinali volte a ricondurre la responsabilità verso la società nell'alveo della responsabilità extra-contrattuale, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel riconoscerle la natura contrattuale. In dottrina si segnalano F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, Padova, 2003, pp. 278 e ss.; R. WEIGMAN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1992, p. 103; F. BONELLI, *La responsabilità, op.cit.*, pp. 4 e ss. In giurisprudenza si vedano *ex multis* Cass. civ. 20 settembre 2012, n. 15955; Cass. civ. 11 novembre 2010, n. 22911; Cass. civ. 22 ottobre 1998, n. 10489; Cass. civ. 22 giugno 1990, n. 6278.

²⁰ G. MINERVINI - V. SANTORO - U. BELVISO - A. GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2015, p. 236.

²¹ A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Tratt. Colombo, Portale*, III, Torino, 1994, pp.107 e ss.

La delibera dell'assemblea autorizza esclusivamente all'esercizio dell'azione, ma non ne predetermina il contenuto. È dubbio se questa costituisca un presupposto processuale, oppure una condizione dell'azione che integra la legittimazione. La giurisprudenza maggioritaria sembra propendere per la seconda opzione²².

Tuttavia, nella prassi la necessità della preventiva autorizzazione assembleare, intesa come “consenso” dei soci di cui gli amministratori rappresentano espressione ha, di fatto, sempre limitato l'operatività di questa disposizione²³.

Per porre rimedio a questa situazione il legislatore della riforma del 2003 ha tentato di superare l'obbligo di preventiva delibera dell'assemblea riconoscendo in capo a una maggioranza qualificata di soci “*che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo*”, la possibilità di esercitare l'azione *de qua* (art. 2393-bis c.c.). La *ratio* della novella legislativa si rinviene, all'evidenza, nella necessità di evitare che agli amministratori, designati dalla maggioranza dei soci, possano essere avallati comportamenti scorretti o negligenti. Si noti, però, che come contrappeso alla mancanza di un'autorizzazione dell'organo assembleare viene introdotta una significativa partecipazione sociale per evitare che i titolari di quote minime agiscano in giudizio esclusivamente per fini “ricattatori”²⁴.

L'azione di responsabilità in esame può essere, altresì, esperita a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti (art. 2393, comma 3, c.c.); dall'amministratore giudiziario nominato dal tribunale (art. 2409, comma 5, c.c.), nonché dal curatore fallimentare nelle procedure concorsuali (art. 2394-bis c.c. e art. 146 l. fall.), dal commissario liquidatore nella liquidazione coatta amministrativa ovvero dal commissario straordinario nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi²⁵.

Quanto al termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria la norma individua il limite temporale in cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. La formulazione letterale del comma 4 dell'art. 2393 c.c. lascia emergere una certa difficoltà²⁶ nel ricondurre il termine alla fattispecie della prescrizione ovvero della decadenza²⁷.

²² G. ROMANO, *Commento art. 2393, op. cit.*, pp. 2967 e ss.

²³ N. ABRIANI, *Codice, op. cit.*, p. 1131.

²⁴ G. MINERVINI - V. SANTORO - U. BELVISO - A. GRAZIANI, *Manuale, op. cit.*, p. 236.

²⁵ F. CERIONI (a cura di), *Le responsabilità, op. cit.*, p. 160.

²⁶ C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1985, pp. 624 e ss.

²⁷ In favore della tesi della prescrizione sembrerebbe deporre la lunghezza del termine che troverebbe perfetta coincidenza con la previsione dell'art. 2409 *sexies* c.c., che fissa in cinque anni il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti del revisore contabile, facendolo decorrere dalla cessazione degli amministratori dalla carica. F. VASSALLI, *Commento all'art. 2393*, in G. NICCOLINI - A. STAGNO

Nella prassi, come già si è avuto modo di accennare, al di fuori delle ipotesi di dissesto e conseguenti procedure concorsuali²⁸, in un numero molto esiguo di casi questa tipologia di responsabilità è stata fatta valere in sede civile anche per la mancanza di indici precisi circa la quantificazione del danno subito dall'ente. Quest'ultimo, secondo un primo orientamento, deve essere parametrato al "deficit fallimentare", attraverso la comparazione dei netti patrimoniali individuati nei diversi momenti dell'evoluzione dell'attività sociale vietata²⁹; mentre un diverso filone interpretativo lo ritiene determinabile in via equitativa *ex art. 1226 c.c.*³⁰.

L'azione sociale di responsabilità può essere oggetto di rinuncia o transazione da parte della società approvata con espressa deliberazione assembleare e "*purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'articolo 2393-bis*" (art. 2393, comma 6, c.c.).

La norma appena richiamata opera un coordinamento tra l'azione di responsabilità esercitata su delibera della società *ex art. 2393 c.c.* e quella esercitata "dai soci" in base al successivo art. 2393-*bis*, attribuendo valenza preclusiva alla rinuncia ovvero alla transazione in presenza di voto contrario della minoranza dei soci che sarebbero legittimati ad agire con l'azione sociale di responsabilità³¹.

Oltre alla società, dall'operato degli amministratori possono essere pregiudicati anche i creditori sociali, i quali hanno come garanzia il patrimonio della società. Pertanto, se l'integrità di quest'ultimo viene meno per colpa degli amministratori e diviene insufficiente per soddisfare le esigenze creditorie, si concretizza la responsabilità dei soggetti preposti all'amministrazione della società (art. 2394 c.c.). In altri termini, gli amministratori sono (solidalmente³²) responsabili per il danno causalmente connesso alla violazione

D'ALCONTRES (a cura di), *Commentario*, II, Napoli, 2004, pp. 690 e ss.; L. NAZZICONE, *Commento all'art. 2393*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, Società per azioni*, V, Milano, 2003, p. 196. In favore della decadenza milita l'argomento letterale per cui il termine di cinque anni dalla cessazione della carica è individuato come limite termine ultimo per l'esercizio dell'azione, non del diritto, come sarebbe in ipotesi di prescrizione. P. MONTALENTI, *La riforma del diritto societario: profili generali*, in S. AMBROSINI, *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 15 e S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nelle società per azioni*, in S. AMBROSINI, *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina, op.cit.*, p. 68.

²⁸ R. RORDORF, *Dell'amministrazione e del controllo, Introduzione* in G. BONFANTE - D. CORAPI - G. MARZIALE - R. RORDORF - V. SALAFIA, (a cura di), *Codice commentato delle nuove società*, Milano, 2004, p. 392.

²⁹ Trib. Torino, 6 maggio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 1858; Trib. Genova, 24 novembre 1997, in *Fall.* 1998, 843.

³⁰ Trib. Milano, 11 novembre 1993, *cit.*

³¹ D. MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica nel testo unico*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, p. 612

³² Anche se l'avverbio non è riportato l'opinione che la responsabilità sia solidale è opinione pacifica. G. BIANCHI, *Gli amministratori, op.cit.*, p. 724; N. ABRIANI, *Codice, op. cit.*, p. 1143.

dell'obbligo di conservare il patrimonio sociale, dal quale deriva l'impossibilità di soddisfare le rispettive ragioni di credito³³.

Non si registrano uniformità di vedute in dottrina e giurisprudenza circa la natura dell'azione di responsabilità dei creditori sociali: si discute se sia un'azione autonoma³⁴ avente natura extracontrattuale, ovvero un'azione surrogatoria³⁵ di natura contrattuale.

Il problema non ha rilevanza meramente teorica in quanto incide sull'individuazione del "destinatario" del risarcimento del danno. Infatti, se si riconosce la natura di azione autonoma il ristoro del pregiudizio sarà dovuto ai creditori; mentre se si ritiene che abbia natura surrogatoria il risarcimento sarà predisposto a favore della società³⁶.

Il novero dei soggetti tutelati dalla disciplina sulla responsabilità degli amministratori, tuttavia, non si esaurisce nella società e nei creditori, perché l'offensività delle condotte può colpire direttamente un singolo socio o un terzo, estraneo alla compagine sociale (art. 2395 c.c.)³⁷.

L'azione individuale del socio o del terzo³⁸ si colloca in una "norma di chiusura" del sistema normativo della responsabilità civile degli amministratori. Il carattere residuale che deriva dal dato testuale svincola l'azione verso i soci o i terzi dalle altre ipotesi di responsabilità. Infatti, l'insorgere della responsabilità verso la società e i creditori sociali non impedisce che venga in rilievo, altresì, quella nei confronti di soci o terzi, ai quali l'ordinamento riconosce uno specifico rimedio sanzionatorio solo se il danno incide direttamente sul loro patrimonio³⁹. Da ciò consegue che, da un lato, non potrà essere risarcibile nessun danno al patrimonio sociale, anche qualora questo si rifletta indirettamente sui soci⁴⁰ e, dall'altro, l'azione di cui all'art. 2395 c.c. sarà svincolata dalle regole di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. e, dunque, potrà essere proposta dal socio o dal terzo anche in pendenza di una procedura concorsuale.

Il presupposto intorno al quale ruota l'azione in argomento è, quindi, l'incidenza diretta del pregiudizio sul patrimonio del socio o del terzo e non come mero riflesso del danno sociale. In altre parole, l'azione individuale di responsabilità si differenzia dall'azione sociale dell'art. 2393 c.c. e da quella proposta dai creditori sociali *ex art.* 2394 c.c. proprio in virtù della necessità del danno diretto subito dal socio ovvero

³³ Cass. civ., 3 dicembre 2002, n. 17110; Cass. civ., 6 dicembre 2000, n. 15487.

³⁴ Cass. civ., 28 febbraio 1998, n. 2251; Cass. civ., 28 novembre 1984, n. 6187.

³⁵ Cass. civ., 3 giugno 2010, n. 13465; Cass. civ., 14 dicembre 1991, n. 13498.

³⁶ G. MINERVINI -V. SANTORO - U. BELVISO - A. GRAZIANI, *Manuale, op. cit.*, 236.

³⁷ G. ROMANO, *Commento art. 2395, op. cit.*, pp. 2977 e ss.

³⁸ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003 pp. 163 e ss.

³⁹ Cass. civ., 11 dicembre 2013, n. 27733, Cass. civ., 25 luglio 2007, n. 16416; Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10271; Cass. civ., 21 maggio 1999, n. 4943

⁴⁰ S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. dir. comm. Cottino*, IV, Padova, 2010, pp. 667 e ss.

dal terzo⁴¹. L'avverbio “direttamente” inserito nel testo dell'art. 2395 c.c. svolge la funzione di delimitare l'ambito di operatività dell'azione individuale di responsabilità. Infatti, se il danno lamentato costituisce solo il riflesso di quello cagionato al patrimonio sociale, si è al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2395 c.c., in quanto, come già precisato, tale norma richiede che il danno abbia investito direttamente il patrimonio del socio o del terzo⁴².

Alla luce di quanto precede, è evidente che l'azione individuale del socio ovvero del terzo potrà trovare applicazione solo quando la violazione di un diritto soggettivo patrimoniale di questi ultimi si ponga in rapporto causale diretto con gli atti colposi o dolosi degli amministratori⁴³. Pertanto, seguendo le coordinate della giurisprudenza di legittimità, l'azione individuale non può essere esperita per ottenere il risarcimento dei danni che rappresentano un mero riflesso del pregiudizio arrecato alla società. Tuttavia, un danno non può considerarsi riflesso quando è collocato in un rapporto di consequenzialità diretta e costituisce il risultato della violazione di un obbligo giuridico, che pone in capo agli amministratori un vincolo di comportamento nei confronti del danneggiato⁴⁴. Si allude, precisamente, ai pregiudizi arrecati alla sfera personale del socio o del terzo (es. diritto all'onore o alla reputazione) ovvero quando riguardi danni patrimoniali (ad esempio quelli derivanti dalla perdita di opportunità personali, economiche e lavorative, o dalla riduzione del c.d. merito creditizio) che devono essere necessariamente risarciti al socio o al terzo dal soggetto responsabile⁴⁵.

Nonostante le enunciazioni di principio fornite in sede interpretativa non è sempre agevole, a livello pratico, distinguere i danni subiti direttamente dal socio o dal terzo da quelli che realizzano una semplice ripercussione economica del danno arrecato al patrimonio sociale. Queste difficoltà hanno fortemente limitato il numero delle azioni proposte *ex art.* 2395 c.c., nonostante l'enucleazione di ipotesi tipiche (che assumono valore esemplificativo e non esaustivo) tra cui possono essere richiamati i casi in cui l'amministratore induca mediante la redazione di bilanci falsi i soci o i terzi alla sottoscrizione o all'acquisto di azioni a prezzo sproporzionato, ovvero quando, attraverso bilanci artefatti, spinga i

⁴¹ La giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. 23 giugno 2010, n. 15220; Cass. civ. 22 marzo 2010, n. 15220; Cass. civ. 25 luglio 2007, n. 16416; Cass. civ. 3 aprile 2007, n. 8359; Cass. civ. 5 agosto 2008, n. 21130) ha chiarito che “*mentre l'azione sociale è finalizzata al risarcimento del danno al patrimonio sociale, che incide soltanto indirettamente sul patrimonio dei soci per la perdita di valore delle loro azioni, e l'azione dei creditori sociali mira al pagamento dell'equivalente del credito insoddisfatto a causa dell'insufficienza patrimoniale causata dall'illegittima condotta degli amministratori, e quindi ancora una volta riguarda un danno che costituisce il riflesso della perdita patrimoniale subita dalla società, l'azione individuale in argomento postula la lesione di un diritto soggettivo patrimoniale del socio o del terzo che non sia conseguenza del depauperamento del patrimonio della società*”.

⁴² Cass. civ., 25 luglio 2007, n. 16416; Cass. civ., 3 aprile 2007, n. 8353; Cass. civ., 5 agosto 2008, n. 21130.

⁴³ N. ABRIANI, *Codice, op. cit.*, p. 1158; M. GABELLI (a cura di), *Società*, Milano, 2017, p. 84.

⁴⁴ *Ex multis* Cass. civ., 23 ottobre 2014, n. 22573; Cass. civ., 10 aprile 2014, n. 8458; Cass. civ., 22 agosto 2013, n. 19391; Cass. civ., 5 aprile 2013, n. 8416.

⁴⁵ Cass. civ. 12 dicembre 2013, n. 27733.

fornitori a stipulare contratti con la società. Vi rientrano, poi, le ipotesi di distrazione di somme versate da un socio successivamente chiamato a un nuovo pagamento ovvero quelle di forniture e finanziamenti ottenuti conoscendo lo stato di dissesto della società. Ancora, la giurisprudenza ha ricompreso anche i casi di irregolarità amministrative o di *mala gestio*, come l'illegittima esclusione del socio dalla distribuzione degli utili ovvero la mancata convocazione di un socio per la partecipazione all'assemblea che doveva deliberare sullo scioglimento anticipato della società, quando il voto avrebbe mutato l'esito della votazione⁴⁶.

3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità degli amministratori di società pubbliche

3.1. La giurisdizione applicabile alle società pubbliche. La giurisprudenza ante 2003

Il problema della giurisdizione applicabile alle società partecipate risulta una delle questioni più dibattute degli ultimi anni attesa la "natura camaleontica e anfibia"⁴⁷ delle stesse da cui deriva un diverso regime pubblicistico o privatistico a queste applicabili a seconda che si prendano in considerazione aspetti di natura formale di matrice civilistica ovvero profili di natura sostanziale di stampo pubblicistico.

Infatti, le società in mano pubblica hanno innegabilmente natura privata, dalla quale discende l'applicabilità delle norme del codice civile, ma al contempo usufruiscono di risorse pubbliche derivanti dalla quota del socio pubblico, che possono alterare la natura dell'organismo societario e il relativo statuto in ordine a profili di natura sostanziale o formale, quale, appunto, la giurisdizione. Pertanto, in una cornice normativa lacunosa rispetto alla proliferazione degli enti destinati al perseguimento di interessi collettivi un ruolo fondamentale nella delineazione delle fattispecie di responsabilità degli amministratori e degli enti soci è stato svolto dalla giurisprudenza.

Insufficiente a colmare gli ambiti operativi dell'amministrazione attraverso articolazioni di diritto privato, si è rivelata la strada dell'ampliamento della giurisdizione della Corte di conti ai sensi del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 che originariamente⁴⁸ aveva ad oggetto solo la responsabilità contrattuale per danni arrecati

⁴⁶ F. jr FERRARA - F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, pp. 630 e ss.; G. SPATAZZA - C. SILVETTI - G. CAVALLI - C. SASSO, *Le società per azioni: Gli organi e il controllo giudiziario*, Torino, 1972, p. 432; N. ABRIANI, *Codice, op. cit.*, pp. 1158-1159.

⁴⁷ T. MIELE, *La responsabilità, op. cit.*, pp. 545-546.

⁴⁸ L'art. 13 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 dispone che "La Corte in conformità delle leggi e dei regolamenti (...) giudica sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni". L'art. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 prevede che "i funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del

all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni è stata estesa⁴⁹ alla responsabilità aquiliana di amministratori e dipendenti per i danni cagionati a enti diversi da quelli di appartenenza⁵⁰. Più nel dettaglio, si è passati da una giurisdizione della Corte di conti ancorata a un vero e proprio rapporto d'impiego⁵¹ a una giurisdizione legata alla riscontrabilità di un rapporto di servizio.

Il concetto di rapporto di servizio - chiarito dall'interpretazione giurisprudenziale sia civile che contabile - non può ritenersi né circoscritto al mero rapporto d'impiego, né riscontrato sulla scorta di elementi necessariamente formali. In altre parole, *“quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte di conti e giudice ordinario, per rapporto di servizio si deve intendere una relazione con la pubblica amministrazione, caratterizzata per il tratto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione, 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, altra persona giuridica o fisica, privata o pubblica”*⁵².

Questa nuova ricostruzione dei confini del “rapporto di servizio” ha condotto a un definitivo superamento della tradizionale ricostruzione che relegava la giurisdizione della Corte di conti ai casi in cui venivano coinvolti gli amministratori ovvero i dipendenti di enti soggetti alle regole di contabilità pubblica, con conseguente esclusione sia degli enti pubblici economici che delle società per i quali, all'evidenza vigono, da un lato, le regole di contabilità civiliste e, dall'altro, quelle proprie dei rapporti di lavoro privato. L'unica eccezione era ammessa per le conseguenze patrimoniali pregiudizievoli derivanti dall'adozione con dolo e colpa grave, *“limitatamente agli atti che esorbitino dall'esercizio dell'attività imprenditoriale propria degli enti medesimi e configurino espressione di poteri autoritativi e pubblicistici”*⁵³.

Sulla scorta dei presupposti appena richiamati, fino al 2003, in virtù di un orientamento “consolidato e fermissimo”⁵⁴ il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e Corte di conti con riferimento alle società in mano pubblica faceva perno sulla natura pubblica o privata dell'atto adottato (escludendo la giurisdizione contabile sui danni derivanti dagli atti di ordinaria gestione rispetto ai quali non si

patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto”.

⁴⁹ Art. 1 comma 4 della l. 11 gennaio 1994, n. 20.

⁵⁰ P. COSMAI, *La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica*, in *Azienditalia* 10/2016, p. 916.

⁵¹ Artt. 82 –83 r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; art. 52 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 cit.; artt. 18-20 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3.

⁵² Cass. civ. Sez. un. 21 settembre 2006, n. 22513; Cass. civ. Sez. un. 30 marzo 1990, n. 2611; Cass. civ. Sez. un. 5 giugno 2000, n. 400.

⁵³ In questi esatti termini Cass. civ. Sez. un. 2 ottobre 1998, n. 9780; in senso conforme Cass. civ. Sez. un. 17 luglio 2001, n. 11560; Cass. civ. Sez. un. 2 luglio 1992; Cass. civ. Sez. un. 4 maggio 1989, n. 2086; Cass. civ. Sez. un. 13 aprile 1988, n. 2911; Cass. civ. Sez. un. 2 marzo 1982, n. 1282; Cass. civ. Sez. un. 1 ottobre 1983, n. 6178.

⁵⁴ A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 247.

configurava alcun rapporto di servizio con lo Stato)⁵⁵. Detto orientamento, tuttavia, come acutamente osservato in dottrina⁵⁶, ometteva di considerare la natura (pubblica) delle risorse gestite dagli amministratori delle società pubbliche, nonché l'attinenza delle fattispecie di danno richiamate con le “*materie di contabilità pubblica*” secondo la lettera dell'art. 103, comma 2 Cost.

3.2. La fase estensiva della giurisdizione contabile: l'orientamento sostanzialistico

3.2.1. La qualità del soggetto danneggiato e la natura pubblica delle risorse impiegate

Una notevole rimediazione dell'orientamento tradizionale è stata operata dalle Sezioni unite della Cassazione con l'ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667 che ha inaugurato il c.d. orientamento sostanzialistico⁵⁷. In particolare, in quella sede, si prende atto del fatto che l'utilizzo, a partire dagli anni novanta, di moduli organizzativi e operativi “paritetici”, tra cui quello societario, ha reso ormai labile il confine tra enti economici ed enti non economici; ben potendo, infatti, l'amministrazione perseguire l'interesse pubblico anche mediante strumenti privatistici⁵⁸. In altre parole, l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti posti dall'ordinamento, realizza le proprie finalità istituzionali attraverso attività che trovano fonte nel diritto privato⁵⁹. Sulla scorta di detti presupposti - e valorizzando l'espresso riconoscimento da parte dell'art. 1, comma 4, della l. n. 20/1994 della giurisdizione contabile in presenza di danno “*cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza*” - il *discrimen* tra la

⁵⁵ F. CERIONI (a cura di), *Le responsabilità*, op. cit., p. 170.

⁵⁶ V. TENORE, *La nuova Corte di conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2008, pp. 31 e ss.; A. BENNATI, *Manuale di Contabilità di Stato*, Napoli, 1990, p. 10; P. NOVELLI - L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008, pp. 143 e ss.; M.R. MORELLI, *Commento art. 103*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 645.

⁵⁷ R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori di imprese pubbliche*, in *Foro Amm.* 3/2004 pp. 693 e ss.; G. MONTEDORO, *Il regime*, op. cit., p. 348.

⁵⁸ M. MACCHIA, *Gli amministratori*, op. cit., p. 385.

⁵⁹ In particolare, l'ordinanza citata afferma che “[...] il provvedimento amministrativo è, oggi, uno solo dei possibili atti che le pubbliche amministrazioni possono adottare per il perseguimento dei propri fini, giacché ad esso si accompagnano modelli procedurali più vicini al diritto privato; è quindi necessario accogliere una nozione oggettiva di attività amministrativa e ritenere che essa si qualifichi tale in quanto consista nello svolgimento di una pubblica funzione o di un pubblico servizio, indipendentemente dalla riconducibilità dell'atto emesso all'ambito del diritto privato o del diritto pubblico; lo strumento del diritto privato consente una maggiore efficienza dell'azione amministrativa; le esigenze del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, come disciplinate dall'art. 97 Cost., riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato, e per conseguenza l'attività amministrativa è configurabile anche quando l'amministrazione persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività sottoposta in tutto od in parte alla disciplina prevista per i rapporti tra soggetti privati come ha affermato anche il Consiglio di Stato (adunanza plenaria n. 4/99 del 22 marzo 1999) (...); nello stesso senso è la sentenza n. 35 del 5 febbraio 1992 della Corte costituzionale; allorché la natura di un ente è pubblica, nel senso di pubblicità del fine perseguito - ed a prescindere dalla veste giuridica adottata -, ed è pubblica la natura dei finanziamenti, lì vi è spazio per le funzioni anche giurisdizionali della Corte di conti?”.

giurisdizione ordinaria e quella della Corte di conti è stato individuato non solo in ragione della qualità del soggetto danneggiato, ma soprattutto avendo riguardo alla natura (pubblica o privata) delle risorse utilizzate⁶⁰.

È dunque, sufficiente, per aversi giurisdizione contabile (e responsabilità amministrativa) che si realizzi un danno - anche indiretto - al patrimonio dell'ente pubblico azionista della società⁶¹. Così, “*l'evento verificatosi in danno dell'amministrazione*” diviene “*il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile*”; al contrario non viene (più) in rilievo “*il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno*”.

Pertanto, il finanziamento pubblico integra l'elemento dirimente a cui ancorare la giurisdizione: non rileva, infatti, più la tipologia di attività svolta né l'utilizzo di un modello societario poiché il danno all'erario si realizza tutte le volte in cui il denaro pubblico viene “distratto” a favore di finalità diverse da quelle richieste per il corretto utilizzo⁶².

In estrema sintesi, le Sezioni unite della Cassazione sono giunte ad affermare la giurisdizione della Corte di conti, in relazione agli illeciti commessi da amministratori e dipendenti che hanno arrecato pregiudizi agli enti pubblici da cui dipendono, argomentando che l'adozione di modelli operativi e organizzativi di tipo privatistico non sono idonei a “trasformare” il denaro amministrato (proveniente dalla finanza pubblica) in somme “private” sull'impiego delle quali non è necessario il controllo⁶³. L'utilizzo di denaro pubblico assume, infatti, “valore sostanziale” e, a fronte di questa “sostanza pubblica”, il modello

⁶⁰ Si legge testualmente nella medesima ordinanza che “*il discrimen tra le due giurisdizioni risiede infatti unicamente nella qualità del soggetto passivo, e, pertanto, nella natura – pubblica o privata – delle risorse finanziarie di cui esso si avvale, avendo il legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente – e così, in definitiva, l'interesse pubblico - con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte di conti [...]* Conclusivamente: così come, con il d. leg. 31 marzo 1998 n. 80 e la legge 21 luglio 2000 n. 205, la giurisdizione amministrativa esclusiva è stata attribuita per blocchi di materia (essendo stato trasferito in criterio di riparto dal soggetto all'oggetto, come queste Sezioni Unite hanno precisato con sentenza n. 40 del 2000), allo stesso modo ha, in definitiva, inteso operare il legislatore relativamente alla giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici, e sia pure attraverso un iter non altrettanto organico, ma al fine di dare concreta e puntuale applicazione al secondo comma dell'art. 103 della Costituzione [...]”.

⁶¹ L. TORCHIA, *Società*, op.cit., p. 325.

⁶² M. T. POLITO, *Il controllo e la giurisdizione della Corte di conti*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, op. cit., p. 522; D. MORGANTE, *Le azioni*, op. cit., p. 620; G. MONTEODORO, *Il regime op. cit.*, p. 340; F. CERIONI, *Le responsabilità*, op. cit., pp. 169-170.

⁶³ A. BUCCARELLI, *Il sistema della responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitale pubbliche*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pp. 450 e ss.; G. ASTEGIANO, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giur. Ital.* 2004, pp. 10 e ss.; M. A. VISCA, *La giurisdizione della Corte di conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Giust. Civ.* 9/2004, p. 2044; M. T. POLITO, *Il controllo*, op. cit., p. 522.

societario assurge a “mera forma” le cui regole civilistiche cedono il passo alle regole speciali e soprattutto rispetto alla responsabilità erariale (che si sovrappone alla ordinaria responsabilità societaria)⁶⁴.

Nel medesimo filone interpretativo si inserisce la successiva sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 26 febbraio 2004, n. 3899 che ha ribadito la giurisdizione contabile⁶⁵ per i danni arrecati da parte degli amministratori di s.p.a. partecipate al patrimonio dell’ente pubblico, ragionando sulla base della sussistenza, tra chi è chiamato in responsabilità e l’amministrazione che ha subito l’indebito esborso, di un rapporto di servizio. Quest’ultimo viene considerato “*ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall’inserimento del soggetto esterno nell’iter procedimentale dell’ente pubblico come compartecipe dell’attività a fini pubblici di quest’ultimo*”.

La predetta linea esegetica della Corte regolatrice della giurisdizione è stata ribadita in pronunce successive delle Sezioni unite⁶⁶, nonché nella giurisprudenza contabile⁶⁷. In definitiva, in virtù della posizione “sostanzialistica”, la giurisdizione della Corte di conti viene riconosciuta ogni qualvolta un soggetto (ancorché privato) sia chiamato a svolgere una determinata attività in favore delle p.a., attraverso l’inserimento nell’organizzazione di quest’ultima e con particolari vincoli e obblighi in relazione alla rispondenza dell’attività alle esigenze di interesse generale a cui è preordinata⁶⁸.

3.2.2. Il danno finanziario e il rapporto funzionale tra ente e utilizzatore

L’orientamento appena ricostruito è stato oggetto di un “salto di qualità” con la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 1 marzo 2006, n. 4511, la quale non ha più ritenuto necessaria la sussistenza di un rapporto di servizio tra l’ente pubblico e l’assegnatario delle risorse pubbliche - che fino al quel momento aveva rappresentato un elemento fondamentale per l’accertamento della responsabilità amministrativa - ritenendo, dunque, “*irrelevante, il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta,*

⁶⁴ L. TORCHIA, *Società, op.cit.*, p. 325. L’Autrice precisa che “*la natura soggettiva – la società – diviene così un mero nome evocativo di una categoria ma non di un regime giuridico. La natura oggettiva – il tipo di attività svolta – diviene irrilevante. L’elemento decisivo - sostanziale - è individuato soltanto ed esclusivamente nella natura pubblica dell’azionista e delle risorse che da esso affluiscono alla società*”.

⁶⁵ L. VENTURINI, *La giurisdizione della Corte di conti sugli amministratori e dipendenti delle società pubbliche*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 10/2006, p. 1127.

⁶⁶ Cass. civ., Sez. un., 19 febbraio 2004, n. 3351; Cass. civ., Sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096; Cass. civ., Sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886.

⁶⁷ Corte conti – Sez. giur. reg. Lombardia, 22 febbraio 2006 (caso EnelPower), n. 114; Corte conti – Sez. giur. reg. Lombardia, 14 luglio 2006, n. 446 (caso Poste Italiane s.p.a.), Corte conti – Sez. giur. reg. Lombardia, 5 settembre 2007, n. 448; Corte conti – Sez. giur. reg. Friuli Venezia Giulia, 30 giugno 2005, n. 467; Corte conti – Sez. giur. reg. Friuli Venezia Giulia, 3 febbraio 2006, n. 32; Corte conti – Sez. giur. reg. Friuli Venezia Giulia, 8 luglio 2006, n. 349; Corte conti – Sez. giur. reg. Friuli Venezia Giulia, 4 agosto 2006, nn. 417 e 418; Corte conti – Sez. giur. reg. Trentino Alto Adige, 18 luglio 2006, n. 58 (caso Autostrade del Brennero).

⁶⁸ M. T. POLITO, *Il controllo, op. cit.*, p. 522.

potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa od in un contratto privato”.

Nel 2006, sembrerebbe, dunque, superato il criterio del rapporto di servizio, come unico presupposto per l’incardinazione della giurisdizione contabile, essendosi, al contrario, affermato un criterio oggettivo della natura pubblica delle risorse finanziarie in relazione alle quali si configura il pregiudizio⁶⁹. Da ciò consegue un’estensione della giurisdizione contabile nei confronti di soggetti, ancorché privati, ma beneficiari di contributi pubblici nazionali ovvero europei “*ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d’essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l’atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l’ente pubblico [...], di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile”.*

Seguendo questa ricostruzione la responsabilità amministrativa, pertanto, si concretizzerebbe a prescindere dalla natura pubblica o privata dell’ente danneggiato, essendo ancorata esclusivamente agli scopi perseguiti dall’amministrazione con l’erogazione del finanziamento, oltre che alla natura del danno. In altri termini, “*il parametro di riferimento della responsabilità erariale (e, quindi, della giurisdizione contabile)*” diviene la “*provenienza dal bilancio pubblico dei fondi erogati e dal dovere facente capo a tutti i soggetti che tali fondi amministrano di assicurarne l’utilizzo per i fini cui gli stessi sono destinati. Il rapporto di servizio, infatti, va considerato non solo in relazione agli effetti che il comportamento degli organi societari procura sul patrimonio della società interessata, fruitrice dei fondi pubblici, ma anche in relazione alla condotta dei soggetti che impersonano detti organi, i quali disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato o ponendo in essere i presupposti per la sua illegittima percezione, provocano la frustrazione dello scopo perseguito dall’amministrazione*”⁷⁰.

Detto orientamento interpretativo ha indotto a mettere in luce la trasformazione⁷¹ del rapporto tra ente e utilizzatore dei finanziamenti pubblici da “formale”, ovvero ancorato a un rapporto di impiego o servizio e collegato alla violazione di obblighi nascenti da questi ultimi, a “funzionale”, cioè nascente da ogni tipo di rapporto da cui scaturisce il maneggio di somme pubbliche, senza che rilevi la sede o la forma dell’utilizzo, poiché il destinatario dei fondi concorre alla realizzazione del programma dell’ente pubblico assumendo, “*ai fini della giurisdizione della Corte di conti, la stessa posizione propria di un dipendente o amministratore*

⁶⁹ T. MIELE, *Danno alla finanza pubblica ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Enti pubblici*, 10/2005, pp. 515 e ss.

⁷⁰ In questi esatti termini Cass. civ., Sez. un., 3 marzo 2010, n. 5019; in senso conforme *ex multis* Cass. civ., Sez. un., 5 giugno 2008, n. 14825; Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2009, n. 23332; Cass. civ., Sez. un., 7 giugno 2012, n. 9188; Cass. civ., Sez. un., 2 dicembre 2013, n.26935; Cass. civ., Sez. un., 9 gennaio 2013, n. 295; Cass. civ., Sez. un., 7 gennaio 2014, n. 70; Cass. civ., Sez. un., 21 aprile 2015, n. 8077; Cass. civ., Sez. un., 8 marzo 2016, n.12086.

⁷¹ L. VENTURINI, *Corte di Cassazione e giurisdizione della Corte di conti in questo primo scorcio dell’anno: in particolare la sentenza n. 4511 del 1 marzo 2006*, in www.amcorteconti.it; M. PERIN; *I recenti orientamenti della Cassazione sui confini della giurisdizione contabile di responsabilità amministrativa* in www.lexitalia.it, 3/2006; M. ANDREIS; *Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?*, Milano, 2009, pp. 255 e ss.

della pubblica amministrazione⁷². Precisamente, parte della dottrina e della giurisprudenza – enucleando l'autonoma categoria del “danno finanziario” inteso quale pregiudizio nascente dallo “sviamento del contributo dalle finalità per il quale è stato erogato”⁷³ – hanno parlato della responsabilità amministrativa come responsabilità c.d. “finanziaria”, che prescinde dalla natura del soggetto responsabile e delle caratteristiche del rapporto, con la conseguenza che qualunque soggetto avrebbe potuto essere chiamato dalla Corte di conti a rispondere di danno alla finanza pubblica⁷⁴.

3.2.3. L'art. 16-bis del d.l. n. 248/2007: l'espreso riconoscimento della giurisdizione contabile?

Nel quadro giurisprudenziale appena ricostruito è intervenuto il legislatore che con l'art. 16-bis del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248⁷⁵ – ancora vigente – ha stabilito, con esclusivo riferimento alle “società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate” che la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme di diritto civile e le relative controversie rientrano nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario.

Gli orientamenti maggioritari⁷⁶ (avallati anche dalla giurisprudenza contabile⁷⁷), argomentando *a contrario*, hanno ritenuto, dunque, la predetta disposizione una conferma, seppur indiretta, della giurisdizione contabile nei confronti delle società partecipate diverse da quelle indicate dalla norma, ovvero le società pubbliche (anche quotate) a partecipazione dello Stato o di altre amministrazioni o enti pubblici superiore al 50 per cento del pacchetto azionario.

In altri termini, l'art. 16-bis del d.l. 248/2007 è stato considerato una norma derogatoria volta a limitare parzialmente l'ambito naturale della giurisdizione contabile, da considerarsi in linea con il disposto dell'art. 103 Cost.. Quest'ultima disposizione, considerata dalla Corte costituzionale “immediatamente

⁷² In questi esatti termini *ex multis* Cass. civ., Sez. un., 9 gennaio 2013, n. 295; Cass. civ., Sez. un., 3 marzo 2010, n. 5019.

⁷³ F. CERIONI, *Le responsabilità*, op. cit., p. 175.

⁷⁴ D. MORGANTE, *Le azioni*, op. cit., p. 620; T. MIELE, *La responsabilità contabile concorrente degli amministratori delle società partecipate in caso di insolvenza*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, p. 464; C. ARRIGONI, *Responsabilità “amministrativa”*, in F. FIMMANÒ (a cura di), *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011, pp. 627 e ss.

⁷⁵ Inserito dalla legge di conversione 28 febbraio 2008 n. 31.

⁷⁶ E. F. SCHLITZER, *L'oscillante ambito della giurisdizione contabile sulle s.p.a. partecipate pubbliche* in www.corteconti.it, 11 marzo 2010; C. PETTINARI, *Gli incerti confini della giurisdizione contabile in tema di responsabilità: note a margine della giurisprudenza più recente in tema di società cc.dd. “in mano pubblica”*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2013, pp. 1255-1256; C. IBBA, *Questioni in tema di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 1-2/2014; D. U. SANTOSUOSSO, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazione e giurisdizione)*, in *Riv. dir. soc.*, 1/2009, pp. 47 ss.

⁷⁷ Corte conti - Sez. giur. centr., 3 dicembre 2008, n. 532.

precettiva”⁷⁸, sancisce la generalità della giurisdizione della Corte di conti “*nelle materie di contabilità pubblica*”. Il relazione alla portata di detta categoria la Corte costituzionale⁷⁹ ha espressamente chiarito che vi rientrano “*giudizi di conto e di responsabilità (...) i quali sebbene distinti per l’oggetto (responsabilità contabile e responsabilità amministrativa in senso stretto), e altresì, entro certi limiti, per i soggetti (agenti contabili ed impiegati amministrativi), hanno tuttavia entrambi lo scopo di tutelare il pubblico danaro mediante la reintegrazione dei danni subiti dall’erario per irregolarità di gestione o per comportamenti imputabili agli agenti ed agli impiegati medesimi. (...) Deve in sostanza trattarsi di un’attività, la quale abbia ad oggetto beni che sono già entrati nella disponibilità del soggetto pubblico, e che dia luogo essenzialmente, a rapporti di servizio fra il soggetto pubblico e i titolari di suoi organi, siano o meno legati da rapporto di pubblico impiego*”.

Il riferimento alle “*materie*” di contabilità permette alla Corte costituzionale di estendere la giurisdizione della Corte di conti a settori ispirati dalla medesima *ratio* di quelli strettamente contabili, salvo che non si rinvenivano nell’ordinamento specifiche disposizioni che attribuiscono la giurisdizione ad altro giudice specificatamente individuato, ovvero che il riconoscimento della giurisdizione contabile si ponga in contrasto con norme o principi di rango costituzionale⁸⁰.

Più prudentemente altri autori hanno inteso l’intervento legislativo del 2007 quale “*primo passo verso la rimozione di un doppio sistema di responsabilità, civilistica e amministrativa*”, atteso che “*la responsabilità amministrativa per chi opera sul mercato (...) può disincentivare l’assunzione di rischi che sono ragionevoli in un’ottica di mercato, ma potrebbero essere considerati eccessivi in quella di tutela delle risorse pubbliche tipica della magistratura contabile*”⁸¹.

3.3. La fase recessiva della giurisprudenza delle Sezioni unite: il sostanzialismo temperato

I profili critici legati all’orientamento sostanzialistico - che ha portato a estendere “oltre ogni limite la portata del danno all’amministrazione”⁸² - sono stati immediatamente scandagliati nel dibattito dottrinale⁸³. In particolare, è stata messa in luce la possibile duplicazione di responsabilità in capo agli

⁷⁸ Corte cost. 26 giugno 1970, n. 110; Corte cost. 30 dicembre 1972, n. 211; Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641.

⁷⁹ Corte cost. 5 aprile 1971, n. 68; Corte cost. 17 novembre 1982, n. 185.

⁸⁰ A. POLICE, *Commento all’art. 103, 1° e 2° comma*, in A. CELOTTO – R. BIFULCO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione della Repubblica*, Torino, 2006, pp. 1997 e ss.

⁸¹ M. A. SANDULLI, *L’art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte di conti? (ovvero: l’effetto perverso delle norme last minute)*, in www.federalismi.it, 22 febbraio 2008.

⁸² L. TORCHIA, *La responsabilità*, op.cit., p. 796.

⁸³ C. IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azioni di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2006, pp. 145 e ss.; G. F. CARTEI, P. CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 9/2010, pp. 935 e ss.; E. MAURO, *La responsabilità*

amministratori di società pubbliche, stante l'eventuale concorrenza tra responsabilità erariale e quella societaria in relazione al danno arrecato al patrimonio sociale. Si tratta, infatti, di azioni che sono basate su presupposti differenti, che perseguono finalità distinte, che sono fatte valere con modalità diverse – l'una è rimessa alla volontà degli azionisti, mentre l'altra è esercitata obbligatoriamente dal procuratore della Corte di conti – e in processi, quello civile e quello contabile, che hanno gradi di sviluppo e articolazione diversi⁸⁴. Senza contare, poi, i profili problematici legati al rapporto tra l'azione di responsabilità amministrativa e quella sociale e, conseguentemente, all'individuazione del giudice munito di giurisdizione⁸⁵.

Proprio gli appena richiamati aspetti di “ibridazione del pubblico con il privato”⁸⁶ hanno posto le basi per una nuova stagione della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione. Il mutamento di indirizzo si è concretizzato a partire dalla sentenza del 19 dicembre 2009, n. 26806 – sostanzialmente confermata dall'orientamento successivo salvo qualche rara eccezione⁸⁷ – che ha negato la giurisdizione contabile sull'azione di responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica per i danni a quest'ultima cagionati⁸⁸. La Corte regolatrice ha, infatti, individuato quale criterio di riparto di giurisdizione la natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie utilizzate, dovendosi vagliare in concreto l'esistenza di un rapporto di servizio tra l'agente e la p.a., il quale “*può intendersi anche una relazione con la pubblica amministrazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto, altrimenti estraneo all'amministrazione medesima, del compito di porre in essere in sua vece un'attività, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura - provvedimento, convenzione o contratto - né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona giuridica o fisica, privata o pubblica*”.

Pertanto, le Sezioni unite hanno escluso la giurisdizione del giudice contabile a favore di quello ordinario con riguardo all'azione di risarcimento dei danni subiti da società pubbliche per effetto di condotte illecite dei membri degli organi di *governance* societaria poiché “*non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di mala gestio, ma neppure sussiste in tale ipotesi un danno qualificabile come danno erariale, inteso*

pubblica degli amministratori di s.p.a. “pubblica”: profili pubblicistici, in C. IBBA – M. C. MALAGUTI – A. MAZZONI, *Le società pubbliche*, Torino, 2011, pp. 309 e ss.

⁸⁴ L. TORCHIA, *Società*, *op.cit.*, pp. 325-326

⁸⁵ T. MIELE, *La responsabilità*, *op. cit.*, p. 570.

⁸⁶ G. MONTEDORO, *Il regime*, *op. cit.*, p.341.

⁸⁷ Cass. civ., Sez. un., ord., 9 maggio 2011, n. 10063; Cass. civ., Sez. un., ord., 9 aprile 2010, n. 8429; Cass. civ., Sez. un., ord., 3 marzo 2010, n. 5032. La dottrina ha messo in luce che “*l'impostazione fatta propria dalla sentenza n. 26806 del 2009 [...] sembra ormai penetrata nella giurisprudenza successiva*”. C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte di conti*, in *Giur. comm.*, 1/2012, p. 641.

⁸⁸ L. SALVATO, *Riparto della giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali delle società in house*, in *Fall.*, 1/2014, p. 38.

come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio. La ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato”.

In altri termini, le società in mano pubblica non perdono la loro natura di soggetti privati “*per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico*”. Questa impostazione – secondo le Sezioni unite – non verrebbe contraddetta neanche dall’art. 2449 c.c., che non vale a configurare uno statuto speciale delle società a partecipazione pubblica “*salvo per i profili inerenti alla nomina e revoca degli organi sociali, specificamente ivi contemplati, né comunque investono il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme previste dal codice civile a questo riguardo, com'è confermato dalla immutata indicazione del comma 2 del citato art. 2449, a tenore del quale anche i componenti degli organi amministrativi e di controllo di nomina pubblica ‘hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall’assemblea’*”.

La Corte ha, dunque, affermato la sostanziale omogeneità di regime giuridico in relazione alla responsabilità degli organi societari, indipendentemente dalla provenienza pubblica o privata del capitale. In questo quadro, assume particolare rilevanza la distinzione tra danno al patrimonio sociale e danno afferente al patrimonio dell’ente partecipante⁸⁹.

Ciò chiarito, ai fini della spettanza dell’azione risarcitoria verso amministratori e dipendenti acquista rilievo decisivo il fatto che il danno sia “*diretto, o meramente riflesso, rispetto a quello arrecato al patrimonio sociale*”. Questa ricostruzione delle Sezioni unite appare conforme⁹⁰ agli orientamenti affermatasi nel diritto societario, di cui si è già dato atto, nel cui ambito si distingue tra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società per il danno arrecato direttamente al patrimonio perseguibile con l’azione sociale di responsabilità⁹¹ e la responsabilità degli amministratori verso i singoli soci o i terzi per i pregiudizi arrecati direttamente al patrimonio individuale, che ricadono, invece, nell’are dell’azione individuale di responsabilità⁹².

In particolare, in relazione ai danni “*prodotti immediatamente nella sfera giuridico - patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio*”. Pertanto, “*il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all’azione sociale di responsabilità ed*

⁸⁹ F. CERIONI, *Le responsabilità*, op. cit., p. 178.

⁹⁰ D. MORGANTE, *Le azioni*, op. cit., p. 622.

⁹¹ Artt. 2393, 2393-bis, 2394, 2476 commi 1, 3, 4, 5 c.c.

⁹² Artt. 2395 e 2476 c.c.

eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte di conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale”.

In altre parole, la Corte di Cassazione, partendo dai predetti presupposti, esclude la giurisdizione contabile con riferimento al danno arrecato al patrimonio della società a partecipazione pubblica (anche totalitaria) affermando la piena applicabilità dello statuto ordinario civilistico, con la conseguente operatività degli strumenti di tutela apprestati dal diritto societario.

L'alveo della giurisdizione della Corte di conti, viene, dunque, circoscritto al solo danno direttamente cagionato all'ente pubblico. Infatti, l'azione individuale del socio pubblico e quella del procuratore contabile non sono esperibili nei confronti dell'organo di amministrazione della società pubblica quando il pregiudizio non si riverbera direttamente nel suo patrimonio, ma costituisce solo un riflesso del danno al patrimonio sociale, poiché l'art. 2395 richiede che il singolo sia stato “*direttamente danneggiat(o) da atti colposi o dolosi degli amministratori*”.

Più nel dettaglio, “*la configurabilità dell'azione del procuratore contabile, tesa a far valere la responsabilità dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico quando questo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, non incontra particolari ostacoli (né si pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati [art. 2395 c.c.](#) e [art. 2476 c.c.](#), comma 6, poiché l'una e l'altra mirerebbero in definitiva al medesimo risultato) [...]. Quel che appare certo è che la presenza dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale e 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”.* Un tipico esempio è rappresentato – secondo le Sezioni unite – dal danno all'immagine dell'ente pubblico “*che derivi da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata: danno che può eventualmente prodursi immediatamente in capo a detto ente pubblico, per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati, e che non s'identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale (indipendentemente dall'essere o meno configurabile e risarcibile anche un autonomo e distinto danno all'immagine della medesima società)”.*

In definitiva, la pronuncia del 2009 segna il punto di svolta rispetto alla giurisprudenza precedente, poiché permette di identificare con nettezza i presupposti necessari per poter imputare la responsabilità

amministrativa, ovvero la sussistenza di un rapporto di servizio e la necessità che il danno provocato sia direttamente riferibile al patrimonio della p.a.

Come attentamente osservato in dottrina, il rapporto di servizio configurabile tra la società e l'azionista pubblico non può essere traslato in capo all'amministratore della società, così come il danno al patrimonio della società non può valere come danno al patrimonio dell'azionista. In altre parole, la distinta personalità e l'autonomia patrimoniale della società rispetto ai soci implica che i danni arrecati a questa da atti di *mala gestio* degli organi sociali non integrano gli estremi del danno erariale, poiché si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società e non su quello del socio pubblico.

Il danno erariale – come chiariscono espressamente le Sezioni unite per evitare di creare vuoti nella tutela delle risorse pubbliche riconducibili all'ente – può eventualmente legittimare l'azione del procuratore contabile nei confronti del e rappresentante dell'ente partecipante che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione.

L'approccio seguito dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione a partire dal 2009 può essere definito un "sostanzialismo ben temperato"⁹³, poiché la società per azioni riacquista sostanza e spessore giuridico e si ristabilisce il nesso causale tra condotta produttiva del pregiudizio, il danno e il patrimonio sul quale quest'ultimo si riverbera.

Tale posizione interpretativa è stata confermata dalla prevalente giurisprudenza successiva⁹⁴, la quale ha ritenuto che la semplice partecipazione societaria dell'ente pubblico non costituisce un criterio sufficiente ai fini del radicamento della giurisdizione contabile con riguardo agli illeciti degli amministratori di una società in mano pubblica⁹⁵. In altre parole, l'orientamento della Corte regolatrice afferma che una società (anche pubblica) non può essere ridotta a mero segno formale, essa porta con sé un regime giuridico tipico, che può essere parzialmente modificato da norme speciali, ma non relegato nell'indifferenza: non

⁹³ L. TORCHIA, *Società, op.cit.*, p. 327.

⁹⁴ Cass. civ., Sez. un., 15 gennaio 2010, n. 159; Cass. civ., Sez. un., ord., 3 marzo 2010, n. 5019; Cass. civ., Sez. un., ord., 5 luglio 2011, n. 14655; Cass. civ., Sez. un., ord., 12 ottobre 2011, n. 20941; Cass. civ., Sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20940; Cass. civ., Sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692; Cass. civ., Sez. un., 31 luglio 2012, n. 13619; Cass. civ., Sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3038. In senso parzialmente difforme vanno segnalate Cass. civ., Sez. un., 9 maggio 2011, n. 10063 (che affermando la giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica sulla scorta della giurisprudenza delle Sezioni unite del 2003 ha colto l'occasione per chiarire che "il problema va risolto esaminando caso per caso se la società per azioni sia un soggetto non solo formalmente ma anche 'sostanzialmente' privato ovvero se essa sia un mero modello organizzatorio del quale si avvalga la p.a. al fine di perseguire le proprie finalità") e Cass. civ., Sez. un., ord., 30 dicembre 2011, n. 30786 sempre favorevole all'affermazione della giurisdizione contabile "partendo dal presupposto che interpretazioni restrittive delle disposizioni che fissano l'ambito della giurisdizione del giudice contabile appaiono tanto meno giustificabili quanto più siano suscettibili di risolversi nella restrizione del numero degli obbligati a risarcire il danno in definitiva provocato all'intera comunità, addirittura per scopi criminosi".

⁹⁵ P. DELLA VENTURA, *Formulario del processo contabile*, Milano, 2012, pp. 139-140.

può, infatti, “confondersi”⁹⁶ la personalità giuridica della società partecipata e quella del socio partecipante, con la conseguenza che i due soggetti non possono essere sottoposti allo stesso regime giuridico⁹⁷.

3.4. La posizione di equilibrio nella giurisprudenza delle Sezioni unite

Un ulteriore arresto particolarmente significativo si è realizzato con la sentenza delle Sezioni unite 25 novembre 2013, n. 26283⁹⁸. In particolare, la pronuncia in analisi ripercorre, dapprima, la giurisprudenza inaugurata nel 2009 chiarendo che questo orientamento⁹⁹ deve “essere in via generale tenuto fermo anche alla luce della normativa sopravvenuta”¹⁰⁰. Tuttavia, la frammentarietà della disciplina e le contingenti esigenze alla

⁹⁶ Si legge testualmente nella già richiamata ordinanza 5019/2010 che “la pubblica provvista confluisce in tal caso nel capitale sociale, presidiato da regole che non si collocano sul piano di un rapporto intersoggettivo tra pubblica amministrazione che conferisce il denaro e la società, ma su quello dell'ordinamento interno dell'ente di diritto privato e dunque della responsabilità degli organi che la governano verso la società stessa. La responsabilità degli amministratori è allora regolata dal diritto civile perché gli atti di costituzione e di investimento stanno prima e sono esterni all'ordinamento sociale”. Anche la già citata sentenza 20940/2011 precisa che “non compete al giudice contabile di pronunciarsi su un danno inferto al patrimonio di una società per azioni, che resta un soggetto di diritto privato pur quando sia partecipata da un ente pubblico”.

⁹⁷ M. T. POLITO, *Il controllo*, op. cit., p. 524; L. TORCHIA, *Società*, op.cit., p. 327.

⁹⁸ G. ASTEGIANO, *Gestione*, op.cit., p. 940; G. ASTEGIANO, *Società pubbliche - Insolvenza e Responsabilità*, Milano, 2015.

L. SALVATO, *Riparto*, op.cit., p. 43.

⁹⁹ Si legge testualmente nella citata sentenza che “la società si configura come un soggetto di diritto pienamente autonomo e distinto, sia rispetto a coloro che, di volta in volta, ne impersonano gli organi sia rispetto ai soci, ed è titolare di un proprio patrimonio, riferibile ad essa sola e non a chi ne detenga le azioni o le quote di partecipazione. Pertanto, non solo risulta impossibile imputare personalmente agli amministratori o ad altri soggetti investiti di cariche sociali la titolarità del rapporto di servizio intercorrente tra l'ente pubblico e la società cui sia stato affidato l'espletamento di compiti riguardanti un pubblico servizio, ma soprattutto non può dirsi arrecato alla pubblica amministrazione il danno che gli atti di mala gestione, posti in essere dagli organi sociali, abbiano inferto al patrimonio della società. La responsabilità nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere che grava sugli organi sociali, assoggettati alle medesime norme sia quando designati dai soci secondo le regole generali dettate in proposito dal codice sia quando eventualmente designati dal socio pubblico in forza dei particolari poteri a lui spettanti (art. 2449 cit., comma 2), opera quindi sempre nei termini stabiliti dall'art. 2392 c.c. e segg., non diversamente che in qualsivoglia altra società privata. Di conseguenza il danno cagionato dagli organi della società al patrimonio sociale, che nel sistema del codice civile può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte di conti: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci - pubblici o privati - i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nel patrimonio sociale medesimo. [...]”.

¹⁰⁰ Si allude, in particolare, all'inclusione - operata dall'art 2 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (convertito con modificazioni dalla l. 6 luglio 2012, n. 94)- delle società a partecipazione pubblica nel novero delle amministrazioni pubbliche cui si estende l'opera di supervisione, monitoraggio e coordinamento nell'approvvigionamento di beni e servizi, demandata al commissario straordinario nominato dal Governo, nonché all'assoggettamento delle società partecipate ai vincoli del c.d. patto di stabilità e ai conseguenti maggiori controlli imposti dall'art. 147 quater del testo unico enti locali (articolo introdotto dal d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, convertito con modificazioni dalla l. 7 dicembre 2012, n. 213). Nello stesso solco si ineriscono le disposizioni contenute dall'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, (convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135), che nel dettare regole particolari in tema di nomina e di compensi spettanti ai componenti dei consigli di amministrazione e ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica, non si discostano dalla logica da cui è già ispirato il citato art. 2449 c.c. e, ribadendo,

base della stessa *“impediscono di assumere una valenza sistematica, che vada oltre il dettato della singola disposizione, onde parrebbe quanto mai azzeccato il voler trarre da essa argomenti di ordine generale, tali da incidere sui principi giuridici su cui è basata la citata giurisprudenza di questa corte in materia, o anche solo indici dell'esistenza di principi in tutto o in parte diversi da quelli. La disciplina speciale dettata per le cosiddette società pubbliche - come anche la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare - non ha tuttora assunto le caratteristiche di un sistema conchiuso ed a sé stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale, sia pure con ampio ambito di applicazione”*.

Pertanto, secondo l'impostazione della Corte di Cassazione – non essendo rinvenibile nell'ordinamento una disposizione che permette di distinguere tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata e affermare la distinta titolarità dei patrimoni – *“la giurisdizione della Corte di conti in tema di risarcimento dei danni arrecati dai gestori o dagli organi di controllo al patrimonio della società potrebbe fondarsi soltanto: o su una previsione normativa che eccezionalmente lo stabilisca [...] oppure sull'attribuzione alla stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico, onde il danno arrecato al suo patrimonio potrebbe qualificarsi senz'altro come danno erariale”*. Tuttavia, con riguardo alle società a partecipazione pubblica, non si ravvisano *“disposizioni normative che inequivocabilmente attribuiscono loro la qualifica di ente pubblico”*. Inoltre, il legislatore risulta che si sia preoccupato di ribadire, *“in via generale e fatta salva l'applicazione di singole regole speciali, l'assoggettamento alla disciplina dettata dal codice civile per le società di diritto privato”*, con le naturali conseguenze in punto di riparto di giurisdizione.

In definitiva, anche la sentenza delle Sezioni unite del 2013 ritiene sussistente la giurisdizione contabile quando l'azione illegittima dell'amministratore abbia arrecato direttamente danno all'ente pubblico, essendo solo in tal caso configurabile un vero e proprio danno erariale, ossia *“un danno provocato dall'agente al patrimonio dell'ente pubblico, come ad esempio accade nel caso del danno all'immagine della pubblica amministrazione”*. Un'ulteriore ipotesi di danno diretto perseguibile dalla Corte di conti appare *“configurabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione”*¹⁰¹.

inoltre, che alle società a partecipazione pubblica il comma 13 dello stesso art. 4 ribadisce che, *“per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”* (comma 13 dello stesso art. 4).

¹⁰¹ Si noti che quest'ultima espressione è stata ripresa per la definizione del danno erariale contenuta nell'art. 12 comma 2 del t.u. società partecipate.

3.5. Il regime speciale per le società *in house*

L'orientamento inaugurato a partire dal 2009 appariva abbastanza consolidato, ma, non erano mancati elementi che potevano far presagire una parziale messa in discussione del principio enunciato quattro anni prima. Infatti, due pronunce dei primi mesi del 2013¹⁰², nonostante l'espressa adesione all'orientamento affermatosi a partire dalla sentenza delle Sezioni unite 26806/2009, hanno fatto emergere degli spiragli favorevoli a una correzione dell'orientamento precedente, almeno con riguardo alle società *in house*. Anche la giurisprudenza contabile¹⁰³, dal canto suo, ha continuato a rivendicare la propria giurisdizione con riguardo a queste ultime. Infatti, facendo leva su alcune incertezze emergenti dalla giurisprudenza delle Sezioni unite i giudici contabili hanno ritenuto che *“la natura pubblica o privata di una società partecipata da una pubblica amministrazione non risiede soltanto nella forma civilisticamente assunta ma deriva essenzialmente dalla particolare e specifica tipologia dei rapporti che legano la società al soggetto pubblico”*. In altre parole, la società *in house* dà vita a *“una sostanziale immedesimazione organica della società stessa con la pubblica amministrazione per la quale opera, onde i relativi danni ad essa provocati sono perseguibili con l'azione contabile”*¹⁰⁴. Questa tipologia di società, in virtù di un rapporto di compenetrazione organica tra la società e l'ente pubblico, rappresenta un *“modello organizzatorio della p.a., sia pure per certi versi atipico”*, con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di questa dovrà qualificarsi come erariale.

La scelta di rimeditare le consolidate coordinate interpretative cristallizzatesi a partire dal 2009 è stata, altresì, indotta dalla necessità di rendere la soluzione relativa alla responsabilità degli amministratori delle società *in house* coerente con la nozione di organismo di diritto pubblico individuata a livello europeo, nonché con i principi costituzionali e del diritto euro-unitario, atteso che quest'ultimo valorizza l'interesse degli operatori del mercato e dei cittadini a una gestione delle risorse pubbliche in conformità ai principi di trasparenza efficienza ed economicità¹⁰⁵. In altri termini, sia il diritto nazionale che quello sovranazionale comportano l'inquadramento della società *in house providing* in una derivazione operativa dell'ente stesso, formalmente strutturata come compagine sociale, ma sostanzialmente dipendente per le scelte gestorie dai soggetti pubblici che ne detengono il capitale¹⁰⁶.

¹⁰² Cass. civ., Sez. un., 9 gennaio 2013, n. 295; Cass. civ., Sez. un., 5 aprile 2013, n. 8352; Cass. civ., Sez. un., 3 maggio 2013, n. 10299.

¹⁰³ Corte conti - Sez. I App., 22 luglio 2013, n. 568; Corte conti - Sez. III App., 19 luglio 2011, n. 582; Corte conti - Sez. giur. reg. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626.

¹⁰⁴ Corte conti - Sez. giur. reg. Marche, 15 luglio 2013, n. 80; Corte conti - Sez. giur. Lazio, 24 febbraio 2011, n. 339; Corte conti, Sez. giur. Lazio, 23 febbraio 2011, n. 327.

¹⁰⁵ L. SALVATO, *Riparto*, *op.cit.*, p. 43.

¹⁰⁶ F. FIMMANO, *La società in house tra giurisdizione, responsabilità ed insolvenza in Crisi d'impresa e fallimento*, www.ilcaso.it, 8 aprile 2014.

Partendo da detti presupposti, dunque, le Sezioni unite della Cassazione con la già richiamata sentenza 26283/2013 – utilizzando il medesimo approccio stanziale che ha condotto a definire, come già chiarito, i contorni della giurisdizione della Corte di conti nei confronti degli amministratori pubblici – hanno affermato la giurisdizione contabile con riguardo alle società *in house*. In particolare si è valorizzata la mancanza di autonomia gestionale degli organi di *governance* societaria, soggetti a un penetrante controllo dell'ente che costituisce il più evidente tratto di specialità del fenomeno dell'*in house providing*¹⁰⁷.

Più nel dettaglio, la Cassazione prende preliminarmente atto che è possibile “*considerare ormai ben delineati nell'ordinamento i connotati qualificanti della società in house*” che si caratterizza per la contemporanea presenza dei noti tre requisiti: la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione a un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici. In particolare, viene focalizzata l'attenzione sull'ultimo dei richiamati elementi che si concretizza nel caso in cui “*l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica*”.

Le caratteristiche appena descritte – e soprattutto la terza – “*bastano a rendere evidente l'anomalia del fenomeno dell'in house nel panorama del diritto societario. È già anomalia non piccola il fatto che si abbia qui a che fare con società di capitali non destinate (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, così da dover operare necessariamente al di fuori del mercato [...]. Ma ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale*”.

Dunque, attesi gli elementi costitutivi della società *in house* è necessario – secondo l'iter argomentativo della Cassazione – vagliare se possa trovare spazio il concetto di “alterità soggettiva” tra socio pubblico e società.

Quest'ultima viene negata qualificando il genere di società in analisi come una mera articolazione interna della p.a., al punto tale che non si configura un rapporto intersoggettivo, dato che l'ente *in house* non potrebbe ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma dovrebbe considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa. Pertanto, “*il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società*

¹⁰⁷C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. Comm.*, 1/2014, p. 13; E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società c.d. in house: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*, in *Giur. Comm.*, 2/2015, p. 236; M. DI LULLO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte di conti: (soltanto) le società in house che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro Amm.*, 10/2014, p. 2498; F. VESSIA, *Società in house providing e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2/2015, p. 10142; F. CERIONI, *Le responsabilità*, *op. cit.*, p. 188.

è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva”. Si arriva, dunque, a definire l’in house come una *longa manus* degli enti pubblici controllanti in cui non sono rintracciabili soggetti giuridici ad essa esterni e da questa autonomi. Da dette affermazioni “*consegue che gli organi di tali società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essendo essi preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio [...]* D'altro canto, se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società in house che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, 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 di conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità”.

I principi affermati dall'arresto delle Sezioni unite del 2013 sono stati confermati dalla giurisprudenza della Corte regolatrice successiva¹⁰⁸ e dal prevalente orientamento amministrativo-contabile¹⁰⁹. Sulla stessa lunghezza d'onda, la Corte costituzionale con la pronuncia n. 46 del 13 marzo 2013 ha precisato che l'in house configura “*nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo*”.

3.6. ... e per quelle di diritto speciale

Fermo restando l'equilibrio raggiunto dalle Sezioni unite in punto di giurisdizione per le azioni contro gli amministratori di società in mano pubblica, con la “deroga” prevista per le società *in house*, ben differente è stato il percorso seguito dalla Cassazione per le “*società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali sui generis*”.

¹⁰⁸ *Ex multis* Cass. civ., Sez. un., ord., 15 maggio 2017, n. 11983; Cass. civ., Sez. un., 15 marzo 2017, n. 6820; Cass. civ., Sez. un., ord., 22 dicembre 2016, n. 26644; Cass. civ., Sez. un., ord., 1° dicembre 2016, n. 24591; Cass. civ., Sez. un., ord., 8 luglio 2016, n. 14040; Cass. civ., Sez. un., ord., 24 marzo 2015, n. 5848; Cass. civ., Sez. un., ord., 26 marzo 2014, n. 7177; Cass. civ., Sez. un., ord., 2 dicembre 2013, n. 26936.

¹⁰⁹ *Ex multis* Cons. St., sez. V, 21 giugno 2017, n. 3033; Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820; Corte conti, Sez. I App., 20 febbraio 2015, n. 178; Corte conti Sicilia, Sez. giur., 1° settembre 2015, n. 778. Si segnala che Consiglio di Stato già nell'ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1 affermava che l'espressione *in house* richiama “*una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica*”.

Infatti, per queste ultime – come si legge nella sentenza delle Sezioni unite 22 dicembre 2009, n. 27092 resa con riguardo alle condotte degli amministratori della RAI s.p.a. – *“data la natura sostanziale di ente assimilabile a una amministrazione pubblica [...] nonostante l’abito formale che riveste di società per azioni [...]; ne discende la qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all’azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile”*.

L’arresto appena richiamato rappresenta l’avvio di una nuova stagione giurisprudenziale relativa ai soggetti che formalmente sono società ma che per le loro specificità sono assimilati a veri e propri enti pubblici. In questi casi, dunque, la Corte regolatrice ha seguito un approccio “sostanziale-funzionale” volto a valutare, *case by case*, se una società possa essere assimilata a un ente pubblico attraverso l’individuazione e la combinazione di precisi “indici sintomatici di pubblicità” tra i quali assumono rilevanza – seguendo l’elaborazione dottrinale – il perseguimento di interessi generali, la previsione di un finanziamento pubblico stabile, la costituzione da parte di un soggetto pubblico, il potere dello Stato di nomina e revoca degli amministratori, il potere di controllo sul funzionamento degli organi ovvero su determinati atti, la sottoposizione ai controlli della Corte di Conti, l’utilizzo di pubbliche potestà e l’inclusione nell’elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni¹¹⁰.

In particolare, la pronuncia della Corte regolatrice del 2009 appena richiamata, al fine di affermare la giurisdizione della Corte di conti sulle azioni di responsabilità per gli atti dei membri del Consiglio di amministrazione, focalizza l’attenzione sui caratteri peculiari della RAI s.p.a. la quale: *“è designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell’essenziale servizio pubblico radiotelevisivo, [...] è sottoposta, per la verifica della correttezza dell’esercizio di tale funzione, a penetranti poteri di vigilanza da parte di un’apposita commissione parlamentare, [...] è destinataria, per coprire i costi del servizio, di un canone di abbonamento, avente natura di imposta; è compresa tra gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, sottoposti pertanto al controllo della Corte di conti, [...]; è tenuta all’osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell’affidamento di appalti, in quanto “organismo di diritto pubblico” ai sensi della normativa comunitaria in materia”*. La sussistenza delle richiamate caratteristiche particolari *“concordemente e univocamente depongono nel senso dell’inclusione della RAI nel novero degli enti pubblici”*.

¹¹⁰ G. GROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, p. 265; G. D’AURIA, *Ente pubblico*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XII, Roma, 1989, pp. 1 e ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 72; F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir., Annali*, Vol. VII, Milano, 2/2014, p. 411 e ss.; D. DONATI, *Gli enti pubblici*, in G. GARDINI, L. VANDELLI, *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Roma, 2013, pp. 95 e ss.; F. GALGANI, *“Pubblico” e “privato” nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 669; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società come persone giuridiche pubbliche*, Milano, 2004, pp. 105 e ss.

Il passaggio più problematico della sentenza è quello dedicato all'eventuale concorso tra azione contabile e azione civile, ove si esclude ogni incompatibilità, dato che *“il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione ma di proponibilità della domanda”*.

L'esegesi operata nel 2009 dalle Sezioni unite è stata espressamente superata dal legislatore che con l'art. 3 della legge 220/2015 ha introdotto l'articolo 49-bis al d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 il quale dispone che *“l'amministratore delegato e i componenti degli organi di amministrazione e controllo della RAI-Radiotelevisione italiana spa sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali”*, da cui consegue l'attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario.

Alle stesse conclusioni del c.d. caso RAI la Cassazione è giunta con riferimento all'ente nazionale di assistenza al volo (ENAV s.p.a.). Con la sentenza 3 marzo 2010, n. 5032 la Corte regolatrice ha, infatti, riconosciuto la giurisdizione contabile nei confronti dei dipendenti dell'ENAV valorizzando lo statuto speciale della figura societaria in esame ovvero la totale proprietà pubblica delle azioni; il servizio pubblico essenziale prestato dall'ente; la sussistenza del controllo della Corte di conti, nonché l'assoggettamento alle regole in tema di contabilità generale dello Stato.

Un ulteriore caso che si inserisce nel solco dell'orientamento ermeneutico relativo alle società soggette *“a regole legali sui generis”* è quello della società Expo Trieste, oggetto dell'ordinanza delle Sezioni unite 9 maggio 2011, n. 10063 che, in linea con la giurisprudenza già richiamata, precisa che in tema di riparto di giurisdizione per le società pubbliche *“il problema va risolto esaminando caso per caso se la società per azioni sia un soggetto non solo formalmente ma anche “sostanzialmente” privato ovvero se essa sia un mero modello organizzativo del quale si avvalga la p.a. al fine di perseguire le proprie finalità. [...] Nella specie la società consortile per azioni Expo Challenge 2008 è stata costituita da enti pubblici, con capitale interamente pubblico [...], per perseguire finalità proprie di tali enti pubblici [...]. Si tratta, quindi, di una società consortile non avente fine di lucro da considerare come un organismo pubblico. Da ciò consegue la giurisdizione della Corte di conti per i danni subiti dall'ente a causa della ‘mala gestio’ dei suoi organi sociali?”*.

Anche per l'ANAS s.p.a. le Sezioni unite con la sentenza 9 luglio 2014, n. 15594 hanno ricostruito gli aspetti peculiari della società idonei a fondare la giurisdizione erariale. Più nel dettaglio, a sostegno dell'esistenza di uno statuto speciale viene evidenziata *“la genesi stessa dell'ANAS s.p.a., direttamente derivante da un atto normativo [...] Sotto questo profilo appare quindi lecito adoperare, a tal proposito, la definizione di ‘società legale’: società che, perciò stesso, si pone su un piano diverso dal fenomeno negoziale previsto e disciplinato dal codice civile, ancorché possa mutuarne, per espressa previsione di legge, una o più caratteristiche. Non meno indicativa - ed evidentemente correlata al suaccennato carattere legale della società - è la circostanza che il suo statuto e le eventuali successive modificazioni di esso debbano essere approvati con decreto ministeriale, e che sempre con decreto ministeriale sia determinato il capitale*

sociale”. Il permanere dei connotati pubblicistici dell'ANAS è testimoniato anche dal fatto che lo statuto “attribuisce al Ministero dell'economia e delle finanze le azioni sociali” e prevede che “i relativi diritti debbano essere esercitati di concerto col Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per ciò stesso non solo escludendo radicalmente ex lege la possibilità della coesistenza di un azionariato privato, ma improntando l'esercizio dei diritti sociali ad un paradigma - quello del concerto interministeriale - palesemente ispirato al modello dell'agire amministrativo, ben più che negoziale”. Viene, altresì, in evidenza l'attribuzione all'ANAS delle entrate derivanti dall'utilizzazione dei beni demaniali, relativamente ai quali essa esercita i diritti e i poteri dell'ente proprietario in virtù della concessione attribuitale dalla legge; il conferimento di una serie di funzioni di natura pubblica inerenti alle strade statali alle quali è connesso anche l'esercizio di potestà autoritativa; l'assoggettamento al controllo della Corte di conti la possibilità di avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato; la disciplina del rapporto di lavoro del personale dipendente sulla base delle disposizioni proprie dei rapporti di lavoro instaurati con enti pubblici economici. Pertanto, “l'insieme e l'intrinseca reciproca connessione delle suaccennate peculiarità legali [...] vale a persuadere che, per ragioni specificamente inerenti al regime legale suo proprio (al pari della RAI s.p.a. e dell'ENAV s.p.a., analogamente connotate da uno specifico regime legale loro proprio), l'ANAS medesima non può essere assimilata ad una società azionaria di diritto privato, avendo essa conservato connotati essenziali di un ente pubblico, a fronte dei quali risulta non decisiva l'adozione del modello organizzativo corrispondente a quello di una società azionaria per gli aspetti non altrimenti disciplinati in chiave pubblicistica”.

L'orientamento appena ricostruito che mira a ricondurre le società di diritto speciale nel novero degli enti pubblici è stato ribadito anche recentemente con riguardo al caso della S.C.R. Piemonte s.p.a. (centrale di committenza regionale costituita ai sensi dell'art. 1, comma 455, l. 296/2006 – legge finanziaria 2007 e l.r. 19/2007). In particolare le Sezioni unite con l'ordinanza 5 dicembre 2016, n. 24737 hanno chiarito che “si configurano le condizioni per ritenere che si sia in presenza di un soggetto formalmente societario che, sia per le modalità della sua origine e della sua costituzione avvenute per legge, sia per le caratteristiche della sua struttura organizzativa ed operativa, emergente dalla legge regionale che ne dispose la costituzione e dal modo in cui le sue prescrizioni risultano trasfuse nel suo statuto, presenta particolarità strutturali ed operative tali da giustificare la considerazione della sua soggettività, sempre ai soli fini della sussistenza dei presupposti della giurisdizione contabile, come quella di un ente pubblico regionale [...]. Si è in sostanza in presenza di un caso in cui il riconoscimento della qualità di ente pubblico risulta desumibile per implicito dalla legge [...], perché la volontà del legislatore in tal senso risulta in modo assolutamente inequivoco”. La ricostruzione della Cassazione, porta, pertanto, ad affermare anche in questo caso che il patrimonio della società riveste i connotati pubblicistici e, dunque, si concretizza l'indispensabile presupposto per la sussistenza della giurisdizione contabile nei confronti dei soggetti per essa agiscono incidendo sul suo patrimonio.

4. I più recenti approdi legislativi: la responsabilità degli amministratori nel d.lgs. 175/2016

4.1. La legge delega 124/2015

Nel quadro appena delineato – tendenzialmente volto a valorizzare la prevalente impostazione di matrice civilistica, salve le deroghe relative alle società *in house* e quelle di diritto speciale – la dottrina e la giurisprudenza, nonché gli operatori e le amministrazioni hanno messo in luce la necessità di un intervento legislativo in materia.

Le sollecitazioni sono state recepite dapprima nella legge delega 7 agosto 2015, n. 124 e successivamente nel t.u. approvato con il d.lgs. 19 giugno 2016, n. 175. In particolare, la legge delega c.d. Madia nel procedere a una *“profonda riforma della pubblica amministrazione”*¹¹¹ invita il Governo ad adottare *“decreti legislativi di semplificazione”* anche nel settore delle *“partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche”*¹¹². La delega precisa, altresì, all’art. 18 che *“il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche è adottato al fine prioritario di assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza”*.

Il legislatore delegante individua, altresì, i *“principi e criteri direttivi”* che devono guidare l’esecutivo nella razionalizzazione della materia. Tra questi si segnalano, per quanto qui interessa, la necessità di provvedere alla *“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”*¹¹³, oltre che alla *“definizione, al fine di assicurare la tutela degli interessi pubblici, la corretta gestione delle risorse e la salvaguardia dell’immagine del socio pubblico, dei requisiti e della garanzia di onorabilità dei candidati e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, anche al fine di garantirne l’autonomia rispetto agli enti proprietari”*¹¹⁴.

I canoni individuati dal Parlamento appaiono laconici e, pertanto, lasciano un ampio raggio di manovra all’esecutivo per delimitare i confini della responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e l’individuazione del giudice preposto a conoscere delle azioni che coinvolgono questi ultimi.

4.2. Il parere del Consiglio di Stato

L’iter di attuazione della c.d. delega Madia ha avuto uno snodo fondamentale rappresentato dal parere della Commissione speciale insediata presso il Consiglio di Stato reso il 16 marzo 2016 sullo schema di decreto. Il testo dell’art. 12 del decreto nella versione originale disponeva al primo comma che *“i*

¹¹¹ Cons. St., ad. Comm. speciale 16 marzo 2016, parere n. 968/2016 del 21 aprile 2016, p. 3.

¹¹² Art. 16 comma 1, lett. b) l. 7 agosto 2015, n. 124.

¹¹³ Art. 18 comma 1, lett. c) l. 7 agosto 2015, n. 124.

¹¹⁴ Art. 18 comma 1, lett. d) l. 7 agosto 2015, n. 124.

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, salvo il danno erariale”.

La norma, nella formulazione appena richiamata, confermava l'orientamento delle Sezioni unite consolidatosi dal 2009, disattendendo, al contrario, la deroga introdotta nel 2013 per il fenomeno dell'*in house providing*. La soluzione adottata per quest'ultimo dalla Cassazione era, infatti, stata considerata da alcuni non convincente proprio sulla scorta del rapporto esistente tra società ed ente pubblico che è del tutto neutro rispetto alle ragioni dei terzi, le quali non possono essere pregiudicate da scelte “derogatorie” in tema di giurisdizione¹¹⁵.

Il comma secondo, invece, chiariva la portata del pregiudizio all'erario precisando che “*costituisce danno erariale esclusivamente 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 abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione”.*

Il Consiglio di Stato pronunciandosi sulla schema del decreto ha ripercorso l'assetto ermeneutico sorto intorno alle società pubbliche mettendo in luce la natura “cangiante” della disciplina delle società a seconda del contesto¹¹⁶. In particolare – si legge nel parere – la Cassazione “*riconosce la legittimazione del procuratore contabile nei soli casi in cui l'ente pubblico abbia subito un “danno diretto” al proprio patrimonio e non anche un ‘danno indiretto’ quale conseguenza mediata del pregiudizio subito alla propria ‘partecipazione sociale’. Quest’ultimo è, infatti, ‘assorbito’ dall’azione di responsabilità civile promossa nei confronti degli organi di amministrazione e di controllo innanzi al giudice civile. Questo orientamento giurisprudenziale 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. [...] 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 [...]. 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”.*

Sulla scorta della formulazione dello schema di decreto, i giudici di Palazzo Spada ammonivano che l'art. 12, nella versione originaria predisposta dal Governo, poteva “*fare sorgere il dubbio che sussista, invece, la giurisdizione della Corte di conti”* anche nel caso di danno diretto al socio. Dunque, il Consiglio di Stato

¹¹⁵ C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il testo unico*, in NGCC - Nuova giurisprudenza civile commentata, 6/2016, p. 1237.

¹¹⁶ F. VIGNOLI, *Spunti critici e ricostruttivi in tema di testo unico delle società a partecipazione pubblica in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, in www.rivista231.it, 1/2017, pp. 9 e ss.

invitava il Governo, al fine di rendere maggiormente chiara la disposizione, ad “aggiungere prima della parola «subito» l’espressione «direttamente»”.

Inoltre, in sede di parere veniva segnalata la necessità di chiarire la disciplina applicabile alle società *in house*, in relazione alle quali, “*in linea con la indifferenziazione dei modelli*”, sembra configurarsi lo stesso regime previsto per le altre società in mano pubblica. A tal proposito, il Consiglio di Stato rammentava che “*si tratta di un organo privo di soggettività giuridica*”, dunque la giurisdizione spetterebbe sempre alla Corte di conti. Si rimette, però, “*alla valutazione dell’amministrazione proponente la decisione in ordine alla introduzione di un doppio binario alla luce degli orientamenti della Cassazione*”.

Si suggeriva, poi, all’esecutivo di puntualizzare maggiormente “*sia il comportamento sanzionatorio, sia l’elemento del danno determinato all’amministrazione*”, poiché nello schema predisposto dal Consiglio dei ministri venivano presi in considerazione i soli comportamenti omissivi e si richiedeva un danno particolarmente elevato. La Commissione speciale, peraltro, sottolineava che “*non sembrano emergere particolari ragioni per attenuare o limitare notevolmente il perimetro della responsabilità degli amministratori pubblici, tenendo conto dell’indirizzo di fondo perseguito dalla riforma, incentrato proprio sulla moralizzazione e sulla trasparenza del settore connesso alla prevenzione della corruzione*”.

Ancora, le osservazioni dei giudici del Consiglio di Stato riferite all’art. 12 dello schema di decreto ponevano l’accento sulla necessità di chiarire la disciplina della responsabilità dei dipendenti, “*in quanto lo schema di decreto delegato omette ogni specifica indicazione, il che farebbe pensare ad una opzione del legislatore delegato inteso a non introdurre discipline speciali di responsabilità*”. Si chiede, infine, di definire il regime di “*responsabilità dei soci pubblici che, nell’in house, pur non essendo amministratori, svolgono funzioni di gestione nelle penetrante forme del controllo analogo*”.

4.3. Il d.lgs. 175/2016

Le sollecitazioni del Consiglio di Stato sono state solo parzialmente recepite dal Governo nella versione definitiva dell’art. 12 t.u.

La disposizione *de qua* prende atto degli aspetti critici messi in luce nel parere della Commissione speciale e inserisce, espressamente, un riferimento alle società *in house*.

Pertanto, l’attuale formulazione della norma sulla “*responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*” prevede due binari distinti di responsabilità¹¹⁷ disciplinati al primo comma dell’art. 12.

¹¹⁷M. PERIN, *Prime osservazioni sul riassetto della disciplina delle responsabilità nelle Società a partecipazione pubblica con riferimento al nuovo codice del processo contabile*, in *LexItalia*, n. 10/2016.

Il primo, in via generale, precisa 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*”. Il secondo binario, invece, fa “*salva la giurisdizione della Corte di conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*”. Come precisato sempre dal primo comma è, altresì, “*devoluta alla Corte di conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale*”. L’art. 12 si preoccupa, anche, di delineare i contorni del danno erariale, con una definizione su cui si tornerà *infra*.

La disposizione recepisce *in toto*, al comma primo, la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, ripercorsa *supra*, che a partire dal 2009 ha introdotto il principio della generale soggezione dei membri degli organi di amministrazione e controllo delle società pubbliche alle azioni di responsabilità previste dal diritto societario agli articoli 2393-2395 c.c. La scelta dell’esecutivo si pone, altresì, in linea con il criterio di delega sopra richiamato¹¹⁸ volto all’*“eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo”*.

Il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, valorizzando la natura di ente privato della società ha, dunque, comportato – per le società non *in house* – un arretramento della disciplina pubblicistica dando prevalenza al regime civilistico di responsabilità¹¹⁹.

A tal proposito è stato acutamente osservato¹²⁰ che “*la collocazione sistematica delle società a partecipazione pubblica nell’alveo della disciplina privatistica, chiara sin dalla redazione del codice civile e via via ribadita dalla legislazione successiva, è stata richiamata dall’art. 1, comma 3*” del decreto legislativo 175/2016, il quale dispone che “*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 in leggi speciali*”.

Lo spostamento del baricentro della responsabilità verso il diritto civile si inserisce, inoltre, nel solco scavato dalla giurisprudenza¹²¹ della Corte di giustizia dell’Unione Europea, la quale ha affermato il c.d. principio di neutralità delle forme giuridiche¹²², in virtù del quale è ininfluente la proprietà pubblica o privata del capitale sociale.

Il testo originario predisposto dal Consiglio dei ministri, dopo aver previsto la regola generale dell’assoggettabilità dei membri gli organi di *governance* alle azioni civilistiche di responsabilità, si limitava

¹¹⁸ Art. 18 comma 1 lett. h) l. 124/2015.

¹¹⁹ D. MORGANTE, *Le azioni*, *op. cit.*, p. 632.

¹²⁰ Corte conti - Sezioni riunite in sede di controllo Audizione sull’Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati alle Commissioni congiunte 1^a- (affari costituzionali) Senato della Repubblica e 5^a- (bilancio) Camera dei deputati, p. 13.

¹²¹ CGUE 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e 26 marzo 2009, causa C-326/07.

¹²² Il principio di neutralità delle forme giuridiche trova fondamento nell’art. 345 TFUE il quale dispone che “*i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*”.

a far “*salvo il danno erariale*” (definito al comma 2), per il quale si attribuiva la competenza al giudice contabile; senza, tuttavia, fissare alcun criterio di riparto tra giudice ordinario e Corte di conti. Dunque, la previsione dello schema di decreto legislativo lasciava insoluti i tradizionali problemi in tema di riparto di giurisdizione e quelli afferenti alla sua esatta delimitazione in funzione dei diversi tipi di partecipazione pubblica¹²³.

Dopo il passaggio parlamentare¹²⁴, la lettera dell’art. 12, comma 1 è stata modificata e integrata sostituendo la generica locuzione “*salvo il danno erariale*”, con una formulazione più chiara in virtù della quale resta “*salva la giurisdizione della Corte di conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*”.

Nella versione definitiva dell’esecutivo, pertanto, al medesimo primo comma dell’art. 12 del testo unico – nella cornice generale di responsabilità degli amministratori di società pubbliche imperniata sulle regole del diritto civile – viene introdotto uno specifico regime per le società *in house* per le quali la natura sostanzialmente pubblica impone di riconoscere la giurisdizione del giudice contabile.

La “correzione” apportata, con riguardo all’*in house*, pone rimedio alle perplessità sollevate dal Consiglio di Stato circa la possibile configurazione – sulla base della formulazione originaria dell’art. 12 dello schema di decreto – di un “*regime unitario*” di responsabilità “*che comprende anche l’in house*”. La predetta precisazione appare in linea con gli approdi più recenti della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione volta a circoscrivere l’area della giurisdizione della Corte di conti ai casi di responsabilità degli organi sociali per danni cagionati al patrimonio (separato ma non distinto) della società *in house*.

La previsione rappresenta, altresì, l’attuazione del criterio di delega¹²⁵ che ha invitato il Governo a procedere a una “*distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell’affidamento*”, individuando “*la relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica*”.

Pertanto, il dualismo di responsabilità (per le società partecipate e per quelle *in house*) è coerente con lo spirito del codice civile che distingue nettamente tra i danni arrecati al patrimonio del socio da quelli che sono semplicemente il riflesso dei danni sofferti dalla società¹²⁶. Più nel dettaglio – come osservato dal

¹²³ P. COSMAI, *La responsabilità*, *op.cit.*, p. 922.

¹²⁴ Anche a seguito delle perplessità manifestate dall’Associazione magistrati della Corte di conti nell’audizione presso la Commissione 1^a Affari costituzionali del Senato e 5^a Bilancio della Camera, in seduta congiunta, il 7 giugno 2016, nell’ambito dell’esame dello schema di decreto legislativo (A.G. n. 297).

¹²⁵ Art. 18 lett. a), l. 124/2015.

¹²⁶ C. EBERLE, *Le società pubbliche e il Testo unico sulle partecipate*, Milano, 2017 p. 117.

Consiglio di Stato¹²⁷ - “*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?*”.

La separazione tra società *in house* e società partecipate (anche a livello totalitario) risulta, poi, in linea con la disciplina generale prevista dal codice civile che assoggetta anche lo Stato alle regole del diritto societario quando esercita un’attività “imprenditoriale”, nonché alla tendenza legislativa di prevedere vincoli pubblicistici – prevalentemente - per le società *in house*¹²⁸.

Inoltre, a seguito delle sollecitazioni delle Commissioni parlamentari il testo del primo comma è stato ulteriormente arricchito prevedendo espressamente che “*è devoluta alla Corte di conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2*”.

Questa integrazione del secondo periodo dell’art. 12, combinata con la regola generale del primo periodo del medesimo comma, canonizza la dicotomia di fondo – recepita dalla consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite – che distingue tra danno arrecato “direttamente” alla società (sottoposto alla disciplina civilistica e alla giurisdizione del giudice ordinario) e il regime del danno erariale (devoluto, seppur nei limiti della quota di partecipazione pubblica, alla giurisdizione contabile).

Il limite della quota, introdotto *in extremis* dall’esecutivo, ha destato notevoli perplessità – anche se in passato la Corte di conti lo ha utilizzato quale parametro per calcolare il *quantum* del danno erariale¹²⁹ – poiché rende macchinoso il calcolo del pregiudizio complessivo che deve, poi, essere ridotto in percentuale rispetto alla quota detenuta dall’ente pubblico. Questa operazione, però, rischia di non tenere in debito conto che la corrispondenza potrebbe non essere realistica dato che il nocumento potrebbe essere anche maggiore o minore di quello risultante dal predetto calcolo aritmetico¹³⁰.

Il comma secondo dell’art. 12 t.u. fornisce una espressa definizione dei contorni del danno erariale inteso quale pregiudizio “*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*”¹³¹.

¹²⁷ Cons. St., ad. della Commissione speciale del 21 aprile 2016, parere n. 438/2016.

¹²⁸ C. EBERLE, *Le società, op.cit.*, p. 112.

¹²⁹ Corte Corti reg. Lombardia - Sez. giur., 4 marzo 2008, n. 135

¹³⁰ P. COSMAI - R. IOVINO, *Riforma, op.cit.*, p. 177.

¹³¹ Si segnala la soppressione dell’avverbio “*esclusivamente*” che compariva nella prima stesura dell’art. 12 del t. u. escludendo, così, la limitazione dei casi di danno erariale solo alle ipotesi del secondo comma della disposizione relativa alla responsabilità degli amministratori.

L'esplicito richiamo, accanto al danno patrimoniale, del pregiudizio non patrimoniale permette di affermare, conformemente all'orientamento giurisprudenziale consolidato, la giurisdizione contabile sul danno all'immagine dell'ente partecipante.

La definizione di danno erariale fornita dal legislatore delegato rappresenta, dunque, la positivizzazione di una nozione già emersa nel formante giurisprudenziale. In particolare, nell'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione 15 gennaio 2010, n. 159 – e in forma sostanzialmente identica nella già richiamata sentenza Sezioni unite 25 novembre 2013, n. 26283 – si legge che “è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia per ciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte di conti”.

L'esecutivo ha, inoltre, nella versione definitiva, seguito le indicazioni del Consiglio di Stato di definire maggiormente gli elementi costitutivi della responsabilità, soprattutto con riferimento alla condotta e al danno. Dunque, il legislatore ha qualificato il danno erariale come mero effetto pregiudizievole sul patrimonio degli enti partecipati comprendendo anche quello cagionato da condotte inerti, negligenti o colluse dei vertici sociali, rinunciando a relegarlo esclusivamente ai casi di azione od omissione dei rappresentanti degli enti pubblici, limitazione che avrebbe introdotto una nozione di illecito erariale propria del diritto societario¹³². Al contrario, non è stato tenuto in considerazione il suggerimento contenuto nel parere del Consiglio di Stato che aveva sollecitato l'inserimento dell'avverbio “direttamente”, prima della parola “subito”, in modo tale da delimitare la responsabilità erariale al danno diretto subito dal socio pubblico.

Tuttavia, alla luce dell'art. 12 t.u. e in linea con le coordinate ermeneutiche dettate dalla Cassazione (e seguite anche dalla giurisprudenza contabile), può parlarsi di danno erariale solo in caso in cui questo venga arrecato al socio, ovvero, ove sia conseguenza del danno alla società, abbia comportato una lesione diretta e immediata alla sfera giuridica dell'ente partecipante.

Resta, invece, espunto dalla giurisdizione della Corte di conti il c.d. danno diretto al patrimonio ovvero alla redditività della società che rimane azionabile esclusivamente attraverso le azioni previste dagli articoli 2393 e 2394 c.c. Quest'ultima precisazione comporta che, in presenza di una società a partecipazione pubblica (anche maggioritaria o addirittura integrale ma) non *in house*, il procuratore contabile non è legittimato a esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli organi di amministrazione e controllo

¹³² F. CERIONI, *Le responsabilità*, op. cit., p. 200.

perché il pregiudizio “diretto” subito dalla società non può essere ricondotto nell’alveo del “*danno erariale subito dagli enti partecipanti*”¹³³.

In sostanza, il testo unico delimita la giurisdizione contabile ai casi di tutela del patrimonio pubblico, ovvero al valore della quota di partecipazione al capitale sociale dell’ente pubblico, poiché il danno erariale può perpetrarsi nei limiti della perdita di valore assunto dalla partecipazione. La predetta diminuzione di valore, come espressamente chiarito dal comma 2 dell’art. 12 t.u., consegue al mancato esercizio (con dolo o colpa grave) da parte dei rappresentanti degli enti partecipanti ovvero dei titolari del potere di decidere per essi dell’azione di responsabilità nei confronti di coloro che abbiano leso il patrimonio della società e, dunque, indirettamente, pregiudicato il valore della partecipazione pubblica¹³⁴.

La giurisdizione contabile può essere radicata, dunque, oltre che per i rappresentanti delle amministrazioni, anche con riguardo alle condotte dei soggetti “*titolari del potere di decidere*” per l’ente pubblico, ovvero nei confronti di tutti coloro che possono esplicare un effettiva ingerenza nell’“*esercizio dei poteri di socio*” da parte dell’ente partecipante. La sussistenza delle situazioni appena richiamate, connotate dai caratteri di atipicità e fattualità, ne impongono l’accertamento, caso per caso, tenendo conto delle specifiche circostanze della fattispecie concreta. Vi rientrano, infatti, le ipotesi di disposizioni e direttive impartite sia in via di diritto che di mero fatto idonee a orientare in modo determinante le decisioni dell’ente pubblico che detiene partecipazioni nell’utilizzo dei poteri esercitabili nella società pubblica¹³⁵.

4.4. Criticità dell’art. 12 del testo unico

Diverse appaiono le criticità e le “imprecisioni” connesse alla formulazione dell’art. 12 t.u. già ampiamente segnalate nei primi commenti al d.lgs. 175/2016.

In primo luogo, si segnala la discrasia tra la previsione contenuta nell’*incipit* della disposizione in esame, che allude agli amministratori e ai “*componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate*” al fine di assoggettarli alle ordinarie azioni di responsabilità, e l’eccezione, presente nell’ultima parte del medesimo comma, che assoggetta alla giurisdizione della Corte di conti il “*danno erariale causato dagli amministratori e dipendenti delle società in house*”, senza alcun riferimento agli organi di controllo.

Posto che la legge delega¹³⁶ imponeva di disciplinare sia “*il regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate*”, come

¹³³ D. MORGANTE, *Le azioni*, op. cit., pp. 634-636.

¹³⁴ T. MIELE, *La responsabilità*, op. cit., pp. 589-591.

¹³⁵ D. MORGANTE, *Le azioni*, op. cit., pp. 642-643.

¹³⁶ Art. 18, comma 1, lett. c), l. 124/2015.

suggerito da qualche autore¹³⁷, si potrebbe ritenere conforme alla *ratio* della delega ricomprendere nella disciplina delegata tutte le tre categorie di soggetti. Tuttavia, rispetto ai dipendenti diversi dai direttori generali, che non sono soggetti alle azioni di cui agli artt. 2392 c.c. e ss., potrebbe porsi il problema di coordinamento tra la responsabilità amministrativo-contabile e quelle civilistiche di tipo risarcitorio che operano nei loro confronti solo in caso di inadempimento.

Di contro, altri¹³⁸ hanno precisato che, anche se in base al diritto societario (art. 2407 cc) “*all'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393-bis, 2394, 2394-bis e 2395*”; la predetta estensione analogica non appare applicabile con assoluta certezza con riferimento alla giurisdizione contabile affermata *ex lege*, in via eccezionale, per le società *in house*. Proprio la natura eccezionale delle disposizioni non permetterebbe, seguendo il dettato dell'art. 14 delle pre-leggi, l'applicazione “*oltre i casi e i tempi in esse considerati*”.

Più agevole, risulta, l'individuazione di una ragione del mancato richiamo nel primo periodo del primo comma dell'art. 12 t.u. ai dipendenti della società a partecipazione pubblica, atteso che questi ultimi non sono soggetti, in base alla normativa di diritto comune, alle azioni di responsabilità previste nel codice civile ma alla normativa gius-lavoristica.

Pertanto, i dipendenti risponderanno davanti al giudice ordinario dei danni cagionati in relazione al rapporto di lavoro ovvero di collaborazione che li lega alla società. Al contrario, sussisterà la giurisdizione della Corte di conti, nei limiti della quota di partecipazione, in presenza di danno erariale sofferto direttamente dagli enti partecipanti, lasciando aperta la possibilità della sussistenza della giurisdizione contabile nel caso in cui i comportamenti di *mala gestio* abbiano integrato un danno erariale patrimoniale o non patrimoniale¹³⁹.

Invece, in presenza di società *in house*, la giurisdizione della Corte di conti si radica per il danno erariale causato sia dagli amministratori che dai dipendenti¹⁴⁰.

Un ulteriore profilo critico si rinviene con riferimento al nodo lasciato insoluto dalla norma relativo alle società a statuto speciale (non *in house*) che il testo unico “dimentica” di prendere in considerazione. Ci si interroga, dunque, se a dette società possa estendersi la regola generale, ovvero l'assoggettamento dei membri degli organi di amministrazione e controllo alla giurisdizione ordinaria, salvo il danno erariale subito dagli enti partecipanti attribuito al giudice contabile.

¹³⁷ C. IBBA, *Crisi, op.cit.*, p. 1239.

¹³⁸ D. MORGANTE, *Le azioni, op. cit.*, p. 640.

¹³⁹ C. D'ARIES - S. GLINIANSKI - T. TESSARO, *Il testo unico delle società partecipate*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 161.

¹⁴⁰ D. MORGANTE, *Le azioni, op. cit.*, p. 641.

Si potrebbe, in via semplicistica, restare ancorati a un'interpretazione letterale e, dunque, ritenere che si applichi la disciplina prevista per le società che non presentano i requisiti dell'*in house*. Tuttavia, a ben vedere, non si può non tener conto della giurisprudenza consolidata attorno alle società di diritto speciale nei già analizzati casi RAI, ANAS, ENAV, Expo Trieste e SCR Piemonte, la quale ha espressamente chiarito che dette realtà societarie in virtù delle “peculiarità legali” che le contraddistinguono non possono essere assimilate a società azionarie di diritto privato, avendo, al contrario, “conservato connotati essenziali di un ente pubblico, a fronte dei quali risulta non decisiva l'adozione del modello organizzativo corrispondente a quello di una società azionaria per gli aspetti non altrimenti disciplinati in chiave pubblicistica”¹⁴¹.

Pertanto, alla luce degli esiti giurisprudenziali consolidati, sembrerebbe arduo ritenere che le società sottoposte a “regole legali sui generis” non rappresentino un'eccezione ulteriore rispetto al fenomeno dell'*in house*, poiché anche in questo caso siamo in presenza di realtà che, pur aventi la veste societaria, sono caratterizzate da una ontologia sostanzialmente pubblica. Questa conclusione indurrebbe a radicare il regime pubblicistico della responsabilità erariale, atteso il rapporto di servizio che lega gli esponenti e i dipendenti alle società a regime giuridico pubblicistico speciale¹⁴².

4.5. Il decreto correttivo (d.lgs. 100/2017): un'occasione mancata per fare chiarezza

La sentenza della Corte costituzionale 251/2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della Legge Madia, poiché non ha ritenuto soddisfatto, per alcune materie di competenza anche regionale – tra cui quella delle partecipazioni azionarie delle amministrazioni pubbliche – il principio di leale collaborazione, che, nell'ambito del procedimento legislativo, deve essere assicurato coinvolgendo le autonomie regionali attraverso lo strumento dell'intesa e non del parere.

Sulla scorta di ciò, si è resa necessaria la predisposizione di un decreto correttivo (d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100) che, facendo proprie le modifiche e le integrazioni su cui è stata raggiunta l'intesa in sede di Conferenza Unificata, ha apportato notevoli modifiche al d.lgs. 175/2016¹⁴³.

Tuttavia, pure avendo la possibilità di incidere sulle ambiguità contenute nell'art. 12 t.u., il legislatore del decreto correttivo (d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100) ha deciso di non intervenire su questa disposizione, nonostante le notevoli perplessità espresse del Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto correttivo¹⁴⁴. Infatti, la Commissione speciale ha “stigmatizzato” la mancata modifica della norma che si

¹⁴¹ Cass. civ., Sez. un., 9 luglio 2014, n. 15594.

¹⁴² D. MORGANTE, *Le azioni*, op. cit., p. 644.

¹⁴³ F. FIMMANÒ, *Atti e Statuti delle società pubbliche alla luce della riforma “corretta”*, in *Notariato*, 4/2017, pp. 372 e ss.

¹⁴⁴ Cons. St., ad. Comm. speciale 8 marzo 2017, parere n. 638/2017 del 14 marzo 2017.

occupa della responsabilità degli amministratori *“pur essendo una di quelle che hanno suscitato, sinora il più ampio dibattito dottrinario, in relazione ai dubbi interpretativi che ne emergono”*.

In particolare, si chiedeva al Governo di definire con maggiore chiarezza le regole che presidiano il “doppio binario” di giurisdizione dipendente dalla natura della società sotto tre profili principali. In primo luogo, la formulazione attuale del comma 1 relativo alle società *in house* rischia di far sorgere dubbi – a detta del Consiglio di Stato - sulla esclusività della giurisdizione della Corte di conti per il danno erariale, poiché la lettera del testo *“potrebbe infatti indurre a ritenere che vi possa essere una concorrenza di giurisdizioni”*. In secondo luogo, per le altre società il Consiglio di Stato chiedeva di espungere il riferimento alla quota di partecipazione pubblica, *“poiché fa intendere che vi possano essere altri ‘danni erariali’ ulteriori rispetto a quello subito dalla quota di partecipazione”*. In realtà – secondo la Commissione speciale- *“non esiste un danno sociale “più ampio” da ridimensionare in proporzione all’entità delle partecipazioni, ma quello alle partecipazioni è l’unico danno erariale configurabile”*.

Infine, i giudici di Palazzo Spada mettevano nuovamente in luce la necessità di chiarire, come già suggerito nel parere del 2016, che l’unico *“danno erariale che viene in rilievo è quello ‘diretto’ al patrimonio nell’ente”* e non anche *“un ‘danno indiretto’ quale conseguenza mediata del pregiudizio subito dall’ente pubblico alla propria partecipazione sociale”*.

L’esecutivo ha ritenuto di non seguire i suggerimenti del Consiglio di Stato e, pertanto, in sede di decreto correttivo ha lasciato immutato il tenore letterale dell’art. 12 t.u. mantenendo insoluti, e forse alimentando, i dubbi interpretativi messi in luce nel dibattito dottrinale successivo all’entrata in vigore del d.lgs. 175/2016.

5. Conclusioni

Dopo aver ricostruito i principali arresti delle Sezioni unite in tema di azioni di responsabilità dei componenti degli organi di *governance*, e analizzato la soluzione prescelta dal d.lgs. 175/2016, è necessario tirare le fila procedendo ad alcune riflessioni di sintesi.

In prima battuta, non può non rilevarsi che l’art. 12 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica ha recepito le conclusioni esegetiche cui erano giunte le Sezioni unite. In particolare, viene riprodotto l’orientamento canonizzato dalla Cassazione sin dal 2009 volto ad assoggettare gli esponenti aziendali, sia di amministrazione che di controllo, alle ordinarie azioni di responsabilità previste dal diritto societario; recependo, altresì, la deroga riconosciuta dalle Sezioni unite del 2013 per le società *in house*. Tuttavia, quest’ultima pronuncia, delimitava il fenomeno in maniera più restrittiva rispetto alla disposizione del testo unico che – in ossequio alla giurisprudenza europea e coerentemente alle direttive

in tema di appalti e concessioni confluite nel nuovo codice appalti – sembra avere un ambito di applicazione soggettiva maggiore. Si pensi, in particolare alla possibile presenza di capitali privati esclusa radicalmente dalla Cassazione e, invece, ammessa dall’art. 16 t.u. ovvero alla più ampia nozione di controllo analogo che supera quella sostanzialmente “gerarchica” ammessa dalla giurisprudenza di legittimità¹⁴⁵.

Dunque, l’approccio seguito dall’esecutivo nell’attuazione della delega contenuta nella legge 124/2015 è di tipo sostanziale e si pone in linea con il quadro giurisprudenziale antecedente al testo unico. E proprio il contesto ermeneutico nel quale è maturato l’art. 12 t.u. rappresenterà il principale riferimento per superare le ambiguità e le criticità testuali sinteticamente richiamate, atteso anche il fatto che le relazioni di accompagnamento¹⁴⁶ al decreto e i pareri¹⁴⁷ resi sullo schema di decreto hanno invitato il legislatore delegato a tenerne conto.

Ciò nonostante, non può negarsi che gli orientamenti giurisprudenziali consolidati rischiano di essere “rimessi in discussione” dalla risultanze del testo normativo, vanificando tutti gli sforzi che la giurisprudenza delle Sezioni unite ha compiuto per giungere a una soluzione che sembrava pacifica in punto di riparto di giurisdizione.

In altri termini, non si può attribuire all’art. 12 del testo unico una funzione meramente ricognitiva degli approdi ermeneutici della Cassazione, in quanto l’inserimento della disposizione *de qua* in un testo normativo organico – volto “*all’efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche [...], nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica*”¹⁴⁸ – contribuisce a spostare nell’ambito del diritto finanziario la materia delle responsabilità di gestione delle società pubbliche. L’approccio più propriamente finanziario sposato dal testo unico è, altresì, coerente con l’obbligo – gravante sulle amministrazioni pubbliche dall’esercizio finanziario 2015 – di presentare il bilancio consolidato “*con i propri enti e organismi strumentali, aziende, società controllate e partecipate e altri organismi controllati*”¹⁴⁹ che impone di qualificare le perdite subite dalle singole partecipate come proprie dell’ente pubblico, superando dunque la teoria dei patrimoni separati elaborata dalla giurisprudenza di legittimità¹⁵⁰.

Nonostante i “buoni propositi” del legislatore delegato, la previsione pressoché esclusiva dell’assoggettamento degli amministratori alle azioni civili di responsabilità (salvo la deroga prevista per

¹⁴⁵ C. IBBA, *Crisi, op.cit.*, p. 1240.

¹⁴⁶ Relazione illustrativa, relazione tecnica, analisi tecnico-normativa e analisi di impatto della regolazione.

¹⁴⁷ Parere della Conferenza Unificata; parere della Commissione 5^a Bilancio della Camera dei Deputati; Commissione 1^a Permanente del Senato della Repubblica; parere del Consiglio di Stato n. 968 del 21 aprile 2016; parere della Corte di conti.

¹⁴⁸ Art. 1, comma 2 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

¹⁴⁹ Art. 11 del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118.

¹⁵⁰ F. CERIONI, *Le responsabilità, op. cit.*, p. 216.

le società *in house*) riduce fortemente l'effettività della tutela. Nella casistica giurisprudenziale, è, infatti, raro l'esperimento delle predette azioni sociali, essenzialmente, subordinate all'attività assembleare.

In particolare, in caso di partecipazione totalitaria, di controllo o dominante dell'amministrazione sociale, le azioni sono rimesse alla volontà del soggetto pubblico. È proprio quest'ultimo ad aver nominato gli amministratori che, successivamente, hanno male gestito la società, cagionando un danno al patrimonio sociale, il quale, con il consolidamento contabile, si riverbera sugli equilibri finanziari dell'ente¹⁵¹.

Per porre rimedio ai forti ostacoli che si incontrano nell'applicazione della normativa societaria sia la giurisprudenza ante 2016, sia il testo unico in commento rimettono l'effettiva tutela delle risorse pubbliche all'azione esperibile dal procuratore contabile nei confronti del rappresentante del socio pubblico che, omettendo di agire verso gli amministratori, sia venuto meno al dovere di diligente cura della partecipazione. Questa soluzione – già prospettata a partire dalle Sezioni unite del 2009 – non appare pienamente soddisfacente, poiché costituisce una “sanzione” indiretta idonea a colpire non gli autori del comportamento causativo del danno, ma solo coloro che non hanno agito per reintegrarlo¹⁵².

In definitiva, dal combinato disposto del primo e secondo comma dell'art. 12 t.u. emerge chiaramente che il legislatore delegato, pur rispettando il regime codicistico delle società pubbliche, non ha attribuito al giudice ordinario la giurisdizione piena ed esclusiva in materia di responsabilità degli amministratori. La disposizione in esame ha posto, altresì, “lacci e laccioli” alla giurisdizione contabile con riguardo alle fattispecie di responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società in mano pubblica, preoccupandosi più di limitare i danni a questi ultimi addebitabili, che di tutelare effettivamente il pubblico denaro coinvolto nella gestione e nel patrimonio delle stesse¹⁵³. Le attese di chi sperava nell'avvio di una stagione legislativa volta a favorire una effettiva tutela dell'erario sono state, dunque, deluse.

Pertanto, è lecito chiedersi fino a che punto le auspiccate finalità del legislatore delegato – di semplificazione normativa, certezza del diritto, definizione precisa del regime di responsabilità, nonché di eliminazione delle sovrapposizioni di regole e istituti ispirati alle medesime esigenze – siano state concretamente realizzate da una norma nella quale continuano a permanere diversi profili problematici, la cui risoluzione è affidata nuovamente all'intervento giurisprudenziale.

¹⁵¹ T. MIELE, *La responsabilità*, *op. cit.*, p. 592.

¹⁵² C. IBBA, *Crisi*, *op.cit.*, p. 1244.

¹⁵³ M. T. POLITO, *Il controllo*, *op. cit.*, p. 538; T. MIELE, *La responsabilità*, *op. cit.*, p. 593.