

22 NOVEMBRE 2017

L'evoluzione della giurisprudenza ed i
recenti interventi del legislatore in
materia di responsabilità degli
amministratori delle società a
partecipazione pubblica

di **Andrea Napolitano**

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

L'evoluzione della giurisprudenza ed i recenti interventi del legislatore in materia di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica *

di Andrea Napolitano

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi di Napoli Federico II

Sommario: 1. L'evoluzione della giurisprudenza sulla responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica 1.1. La sentenza della Corte di Cassazione n°26806/09 e le sue conseguenze sul riparto di giurisdizione. 1.2. L'intervento della Corte di Cassazione in materia di società *in house providing*: la sentenza n° 26283/13. 2. La recente evoluzione normativa: l'articolo 12 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. 3. Brevi conclusioni.

1. L'evoluzione della giurisprudenza sulla responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica

Il tema della responsabilità degli amministratori e degli organi di gestione delle società a partecipazione pubblica¹, in particolare quelle *in house providing*², è stata oggetto, come è noto, di una importante

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Le società a totale o parziale partecipazione pubblica rientrano, come è noto, soprattutto a partire dai primi anni novanta, nella categoria dei modelli che le amministrazioni pubbliche utilizzano per gestire ed erogare i servizi pubblici locali. Cfr. tra i tanti M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; M. Clarich, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corr. Giur.*, 2007, 895; M.A.Sandulli, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in www.federalismi.it, 3, 2012; M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2013, 855; M. Casavecchia, *Le società pubbliche alla luce del TU 175/16. Riflessioni su costituzione e statuti*, in F.Fimmano, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016, 345; A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, Editoriale, 2 novembre 2016, in www.federalismi.it, 12.

Per un'approfondita e completa analisi sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali e dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia cfr. M.A. Sandulli, *Servizi pubblici e ruolo del privato tra istanze solidaristiche e mercato concorrenziale*, in *Atti del convegno Italo-Spagnolo su "le esternalizzazioni"*, Genova, 25-27 maggio 2006, Bologna; A. Lucarelli, *La riforma dei servizi pubblici locali. I modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 3-4, 2008, 389; A. Lucarelli, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Modelli alternativi: per un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2010; A. Lucarelli, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 6, 4645, 2010; A. Lucarelli, *Prime considerazioni a margine della sentenza n° 325/2010*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2010; M.A.Sandulli, *Affidamenti dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforme dei servizi pubblici locali*, in www.federalismi.it, 2010, 13, 10; A. Lucarelli, *La sentenza della Corte Costituzionale n° 199/12 e la questione dell'inapplicabilità al patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed aziende speciali*, in www.federalismi.it, 26 settembre 2012, n. 18; G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2012; A. Lucarelli, (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Studio sulla trasformazione della società per azioni in azienda speciale. Analisi, criticità, proposte*, Torino, 2014; L. Longhi, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015.

² Lo strumento dell'*in house providing* rappresenta una esplicitazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover far ricorso al mercato

elaborazione giurisprudenziale basata sull'analisi della natura giuridica e della rilevanza pubblica delle risorse gestite dalle stesse, che ha legittimato, per questo motivo, la giurisdizione della Corte dei Conti³.

Come è noto, inoltre, la costituzione di un numero eccessivo di società pubbliche, connotate da una sorta di inafferrabile trasformismo, ha senza dubbio complicato il quadro di riferimento per gli interpreti del settore⁴.

Per questo motivo, quindi, visto l'indebolimento della tutela dell'interesse pubblico, dovuto all'utilizzo smisurato del modello privatistico, la Corte di Cassazione ha, in più occasioni, avvalorato tre presupposti

attraverso procedure ad evidenza pubblica che non può inoltre essere identificato con l'organismo di diritto pubblico in quanto contraddistinto da requisiti più rigorosi. Come è stato più volte sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa mentre tutte le società *in house providing* sono organismi di diritto pubblico non può sostenersi il contrario. Secondo i giudici del Consiglio di Stato, infatti, “ *se dunque è vero-come è vero- che l'organismo in house rappresenta sotto ogni aspetto un'articolazione in senso sostanziale dell'amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l'applicabilità al caso in esame dei richiamati articoli 1 comma 2 e 63 comma 4, con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all'amministrazione pubblica di riferimento.*” Cfr. Consiglio di Stato, 11 dicembre 2015 n°5643 in *Foro amm.*, 2015, 12,3101. Per una esaustiva analisi della materia si rinvia a M.A. Sandulli, *L'evoluzione dell' in house providing*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016.

3 Come è noto, infatti la giurisdizione del giudice contabile si giustifica ai sensi dell'articolo 103 della Costituzione, in considerazione dell'interposizione del legislatore ordinario, e dell'esistenza di un rapporto privilegiato tra il soggetto agente e la Pubblica Amministrazione, che non deve focalizzarsi sul rapporto di impiego in senso stretto, ma deve consistere in un più ampio *rapporto di servizio* inteso quale inserimento funzionale nell'organizzazione della stessa. Ciò è implicitamente dedotto anche dalla previsione legislativa secondo cui la giurisdizione contabile sussiste anche nell'ipotesi di danno erariale cagionato nei confronti di un'amministrazione diversa da quella di appartenenza. Cfr. sul punto: A. POLICE, *Commentario all'art. 103 1° e 2° co. Costituzione*, in A. CELOTTO, R. BIFULCO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione della Repubblica Italiana*, Torino, 2006, III, 1987. Inoltre, lo statuto della responsabilità amministrativo-contabile, originariamente rinvenibile nell'art. 13 del R.D. 12 luglio 1934, n° 1214 è oggi contenuto nell'art. 1. Della legge 14 gennaio 1994, n° 20 il cui articolo 1 comma 4 prevede che “ *La Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza*”. Per un'analisi completa sul concetto di *rapporto di servizio* si veda A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 245.

4 Per un'analisi più approfondita si veda R. Rordorf, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le società*, 2005, 423; G. Sala, *La società “pubblica” tra diritto privato e diritto amministrativo: la specialità delle società ad azionariato pubblico con particolare riferimento ai servizi pubblici locali*, in *Dir. e processo amm.*, 2007, 897. Sul punto, si ricorda, inoltre, come la giurisprudenza costituzionale abbia affrontato la questione mediante la riqualificazione del concetto di società pubblica, affermando non solo l'applicazione di norme pubblicistiche a società di diritto privato, ma ritenendo, al tempo stesso che in presenza di specifici requisiti la stessa può essere qualificata quale ente pubblico. Cfr. Corte Costituzionale 28 febbraio 1993, n° 466, in *Foro amm.*, 1995, 298. In questa occasione i giudici hanno stabilito che “ *il controllo esercitato dalla Corte dei conti in base all'art. 12 l. 21 marzo 1958 n. 259, in attuazione dell'art. 100 cost., permane anche dopo la trasformazione degli enti pubblici economici (Iri, Enel, Ina) in società per azioni (art. 15 d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella l. 8 agosto 1992 n. 359), fin quando rimane inalterato l'apporto finanziario dello Stato. Invero il mutamento della veste giuridica di tali organismi non importa una modifica sostanziale nell'imputazione del patrimonio, tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato*”. Cfr. inoltre Consiglio di Stato, 20 marzo 2012, n°1574, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3, 696 e Consiglio di Stato, 11 gennaio 2013, n° 122, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 3, 814. Per un'analisi accurata si rinvia a S. Salvato, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2010, 630; L. Salvato, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, 2015, 8.

necessari rinvenibili nel diritto di informazione, nella disciplina degli appalti e nella giurisdizione della Corte dei Conti⁵ nei casi di *mala gestio*.

L'orientamento dei giudici di legittimità sul punto è stato definito, da attenta dottrina, “consolidato e fermissimo”⁶ nel legittimare la giurisdizione del giudice ordinario per i danni cagionati dai comportamenti degli amministratori o dei dipendenti delle società riconducibili allo svolgimento dell'attività imprenditoriale⁷, ed, al tempo stesso, quella del giudice contabile nei casi di esercizio, da parte degli stessi, di attività organizzative o aventi carattere autoritativo⁸.

Al riguardo si ricorda come la Corte abbia in più occasioni evidenziato la distinzione tra atti inerenti l'esercizio di attività di impresa e quelli riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero a funzioni pubbliche svolte in sostituzione di soggetti statali o di enti pubblici non economici, prevedendo, solo per queste ultime, l'assoggettamento alla giurisdizione del giudice contabile⁹.

5 La Corte dei Conti, nell'analizzare la questione inerente la configurabilità della responsabilità degli amministratori delle società, ha ritenuto irrilevante la natura privata o pubblica del soggetto, in considerazione del fatto che, l'utilizzo di risorse pubbliche, a prescindere dallo strumento al quale si ricorre, risulta essere requisito necessario ed essenziale per la configurazione della giurisdizione della Corte dei Conti. Cfr. sul punto Corte dei Conti, sez. giur. Reg. Sardegna, 16 maggio 2008, n°1181, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 10, 2150; Corte dei Conti sez. giur. centr. App, 5 agosto 2008 n°361, in *Foro amm. CDS* 2008, 7-8, 2246; Corte dei Conti sez. giur. Reg. Friuli Venezia Giulia, 18 giugno 2009, n° 204, in *Riv. corte conti* 2009, 3, 154.

6 Cfr. A. CORPACI, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in D. SORACE, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche (civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale)*, Padova, 1998, 247.

7 Cfr. sul punto F. Fimmano', *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in F. Fimmano'(a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 57-70; A. Bucarelli, *Il sistema della responsabilità amministrativa e civile nelle società di capitale pubbliche*, in F. Fimmano'(a cura di), *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 403, 445.

8 Alla giurisdizione della Corte dei Conti era inoltre attribuita la competenza in materia di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di enti pubblici non economici, fondata sulla nozione di “contabilità pubblica” individuata dalla compresenza di due elementi, il primo di carattere soggettivo riferito alla natura pubblica del soggetto legato da rapporto di impiego o di servizio con il soggetto agente, il secondo di carattere oggettivo riconducibile alla qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale verifichi l'evento dannoso. Cfr. sul punto Corte di Cassazione, 5 febbraio 1969, n° 3636, in *Rassegna avv. dello Stato*, 1969, 113; Corte di Cassazione, 18 luglio 1979, n°4244, in *Foro amm.*, 1982, 111; Corte dei Conti Lombardia, 22 febbraio 2006 n° 114, in *Riv.civ. prev.*, 2007, 2, 448; Corte dei Conti Lombardia, 4 marzo 2008 n°135, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 172.

9 Cfr. tra le tante, Corte di Cassazione, 11 febbraio 2002, n° 1945, in *Foro it.*, 2002, I,1408, con la quale i giudici hanno stabilito la competenza del giudice ordinario in materia di responsabilità degli amministratori di un'azienda municipalizzata, per il danno da essi arrecato al comune come conseguenza della percezione di tangenti in occasione dell'aggiudicazione di appalti per la costruzione di un'opera pubblica. Questo orientamento “restrittivo” in merito alla giurisdizione dei giudici contabili è stato giustificato dal carattere tendenziale e non assoluto della stessa e dall'autonomia patrimoniale, contabile e finanziaria dell'ente pubblico economico. Per una più attenta analisi dell'evoluzione giurisprudenziale Cfr. R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Giur.it.*, 2004, 10, 1830; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 4, 74; C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società a mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 2, II, 154; G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizione nel tempo delle riforme*, in *Giur.comm.*, 2006, 3, I, 478; L.

Come è noto tale impostazione è stata in parte superata da una importante decisione degli stessi giudici¹⁰ basata sull'accoglimento di una nozione di pubblica amministrazione comprensiva anche degli enti pubblici economici e, quindi, sulla conseguente estensione della responsabilità amministrativa per danno erariale anche nei confronti di amministratori e dipendenti considerati soggetti pubblici per definizione¹¹. Al tempo stesso si è ulteriormente specificata la circostanza secondo la quale non dovesse considerarsi necessaria l'indagine dell'aspetto pubblicistico o privatistico nel quale collocare la condotta dannosa, quanto, piuttosto, il fatto che quest'ultima si fosse verificata in danno della P.A.¹².

In assenza di chiari riferimenti normativi parte della dottrina ha sostenuto che la giurisdizione del giudice contabile fosse esclusiva in base al presupposto che le disposizioni in materia conferivano la titolarità dell'azione al Procuratore della Corte dei Conti tralasciando di disciplinare il rapporto con altre forme di tutela giurisdizionale¹³.

Ad avvalorare tale tesi si ricordano alcune decisioni degli stessi giudici contabili che in numerose occasioni hanno evidenziato l'irrilevanza della natura privatistica dell'ente in questione ai fini della configurazione

TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 2, 233; F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1, 1; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008, 221; A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Giur.comm.*, 2009, 3, I, 532; M. SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm Cds*, 2010, 1, 84-86

¹⁰ Corte di Cassazione, S.U., 22 dicembre 2003, n° 19667, in *Foro it.*, 2005, I, 2676. Cfr. sul punto G. Astegiano, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giust. Civ.*, 2004, 9, I, 2037; G. D'Auria, *Amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.*, 2005, 268; M.A. Visca, *La giurisdizione della Corte dei Conti sull'attività privata di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici*, in *Foro. It.*, 2005, 10, I, 2676.

¹¹Questo nuovo orientamento, basato sullo spostamento dell'attenzione dalla "qualità del soggetto" alla "natura del denaro e degli scopi seguiti" ha indotto parte della dottrina ad ipotizzare un'evoluzione della responsabilità amministrativa in responsabilità "finanziaria", volta ad escludere la qualità pubblica o privata del soggetto responsabile e delle caratteristiche del suo rapporto con la P.A. Cfr. sul punto D. Morgiante, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmano', A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit, 620.

¹²Seguendo questa impostazione si ricorda, inoltre, come gli stessi giudici, nell'analizzare un'ipotesi di responsabilità di amministratori di società a partecipazione pubblica, abbiano successivamente puntualizzato come ai fini della costituzione del rapporto dovesse prescindere dalla natura dell'atto di investitura e dalla natura giuridica del terzo che riceve la stessa, non essendo necessario, ai fini della giurisdizione, l'accertamento del fatto secondo cui il danno fosse stato subito in via diretta dalla società o dall'ente pubblico-socio. Come è noto, infatti, tale considerazione deve essere ricondotta al merito della domanda. Il riferimento è alla sentenza 26 febbraio 2004, n° 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2675, con la quale i giudici hanno affermato la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità degli amministratori di una società partecipata in misura maggioritaria da un comune che svolgeva un servizio pubblico.

¹³Sul punto, inoltre, parte della dottrina ha sottolineato come la crescente commistione tra finalità pubbliche e strumenti privati avesse reso sempre più complessa la definizione di confini precisi tra le diverse competenze e giurisdizioni. Cfr. A. Pajno, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 4, 954 ; P. Novelli, L. Venturini, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008; A. Sau, *La responsabilità amministrativa per danno erariale di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Trim. appalti*, 2009, 3, 684.

della responsabilità amministrativa dello stesso, concentrandosi invece sulla provenienza pubblica delle risorse utilizzate per il finanziamento delle attività¹⁴.

La Corte di Cassazione ha successivamente ritenuto di approfondire la teoria della c.d. responsabilità amministrativa caratterizzata da un rapporto di servizio dipendente tra la pubblica amministrazione ed i soggetti impiegati, a vario titolo, nella società e dalla circostanza secondo la quale potesse considerarsi radicata la giurisdizione del giudice contabile in caso di evento dannoso subito dalla stessa amministrazione, seppur in via indiretta o mediata, a prescindere dalla natura pubblica o privata della condotta illecita¹⁵.

1.1 La sentenza della Corte di Cassazione n° 26806/09 e le sue conseguenze sul riparto di giurisdizione.

Questo orientamento è stato, come è noto, successivamente sconfessato dalla stessa Corte che, con la sentenza n° 26806/09¹⁶, ha inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale¹⁷ caratterizzato dalla

¹⁴ Cfr. Corte Conti Puglia, 12 giugno 2006 n° 615, in *Dir. Giust.*, 2006, 72; Corte Conti, Sez. I giurisd. centrale d'appello, 5 agosto 2008, n°361/A, in *Foro amm. Cds*, 2008, 2246; Corte Conti Sardegna, 16 maggio 2008 n°1181, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, 2150; Corte Conti Sez. I giurisd. centrale d'appello, 3 dicembre 2008 n° 532/A, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 66; Corte Conti Friuli Venezia Giulia, 18 giugno 2009 n° 203, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 3, 185.

¹⁵ Cfr. Corte di Cassazione 26 febbraio 2004 n° 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2684; Corte di Cassazione 25 maggio 2005 n° 10973, in *Foro it.*, 2005, I, 2674; Corte di Cassazione 22 ottobre 2007 n°22059, in *Corr. Giur.*,2008, 2, 239; Corte di Cassazione 4 dicembre 2009 n° 26280, in *Foro it.* 2010, I, 1502.

¹⁶ Corte di Cassazione, S.U.,19 dicembre 2009, n° 26806, in *Giustizia civile*, 2010,11, I, 2497. Nonostante la Suprema Corte in quell'occasione sia stata chiamata ad analizzare la problematica della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di danno ambientale, è innegabile la portata evolutiva di tale decisione sull'orientamento che si era creato sul punto. Con questa decisione i giudici di Piazza Cavour hanno ristabilito la giurisdizione del giudice ordinario in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica, per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti non essendo, in tal caso configurabile, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Nello stesso modo la Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione di quest'ultima nei casi in cui l'azione di responsabilità avesse fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, avesse colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, comportando un importante pregiudizio per il valore della partecipazione. La stessa ipotesi sarebbe risultata sussistente nei casi di comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio. Per un'analisi più approfondita si veda C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur. comm.*, 2012, I 641.

¹⁷ Sul punto si ricorda come l'inversione di tendenza mostrata dalla Corte di Cassazione sia stata inoltre collegata al “*timore che la protezione del mercato e la conciliazione dei diversi interessi in gioco (in particolare l'iniziativa economica privata e la propensione al rischio) potessero essere meglio soddisfatti tramite il diritto civile ed il diritto penale, piuttosto che in base ad un maggiormente penetrante controllo amministrativo contabile che potrebbe arrivare sino a verificare e sindacare l'efficacia delle singole scelte imprenditoriali*”. Cfr. S. Sardelli, *Danno diretto o indiretto: la Suprema Corte ribadisce il discrimen tra giurisdizione contabile ed ordinaria*, in *Giur. Comm.*, 3, 2015, 464.

affermazione della giurisdizione della Corte dei Conti nei casi di danno arrecato direttamente sul patrimonio sociale o su quello del socio pubblico¹⁸.

In questa occasione i giudici di legittimità, attraverso una particolare interpretazione dell'articolo 16 *bis* del Decreto Legge n°248/07¹⁹, hanno stabilito un importante criterio suscettibile di generale applicazione in materia di società a partecipazione pubblica secondo il quale spetterebbe al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo configurabile né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a legittimare la giurisdizione del giudice contabile.

18 I giudici, motivando la propria decisione, hanno ricordato come una società pubblica non perde la propria natura di soggetto privato per il solo fatto che il suo capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico (a meno che si tratti di società caratterizzate da uno statuto giuridico speciale e che abbiano natura sostanzialmente pubblica). Infatti, com'è noto, il rapporto di servizio può sussistere tra società ed ente pubblico e non tra quest'ultimo e gli amministratori della società e, per questo motivo, il danno a carico della società non può essere configurato quale erariale in quanto non riferibile direttamente all'ente pubblico-socio in considerazione della differente personalità giuridica e autonomia patrimoniale della società rispetto ai soci. La Corte ha inoltre ricordato come tale decisione non potesse essere condizionata da quanto previsto dall'art 16- *bis* del decreto Legge n° 248/07, convertito con legge n° 31/08 in virtù del quale “ *Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario*”. Secondo i giudici, infatti, “ *tale norma, benchè la sua applicazione ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione sia espressamente esclusa, assume un evidente significato retrospettivo, nella misura in cui lascia chiaramente intendere che, in ordine alla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di società a partecipazione pubblica, via sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa da quella ordinaria. Non si capirebbe, altrimenti, la ragione per la quale il legislatore ha inteso stabilire che, per l'avvenire (e limitatamente alle società quotate, o loro controllate, con partecipazione pubblica inferiore al 50%), la giurisdizione spetta invece in via esclusiva proprio al giudice ordinario*”.

¹⁹ Decreto Legge 31 dicembre 2007 n° 248, convertito, con modificazioni, in legge 28 febbraio 2008 n°31, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria*. Si tratta di una disposizione, nata per esigenze di carattere “ contingente ” che si limita a stabilire che la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica minoritaria quotate in borse è regolata secondo le norme privatistiche e che, per questo motivo, le relative controversie sono attribuite in via esclusiva alla giurisdizione del giudice ordinario. Per un'analisi più approfondita della norma si rinvia a punto M.A.SANDULLI, *L'art 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle s.p.a. pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti? (ovvero l'effetto perverso delle norme last minute)*, in www.federalismi.it, 19 marzo 2008; G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in www.giustamm.it; E. F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe*, in www.giustamm.it. Si segnala inoltre come l'esclusione della giurisdizione contabile per le società pubbliche quotate *ex art. 16 bis* della legge 31/2008, implicasse, in senso opposto, il riconoscimento della giurisdizione per le società pubbliche non quotate in borsa. Cfr. sul punto A.A.V.V., *Società in house. Criticità e prospettive. Il controllo analogo e il criterio della prevalenza*, Catania, 2014, 23. Inoltre, i giudici hanno confermato la giurisdizione contabile 1) 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, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione*”; 2) nei confronti degli amministratori e dei sindaci che, compromettendo la ragione stessa della partecipazione dell'ente pubblico, causano un danno direttamente al socio pubblico. In quest'ultimo caso, l'azione per danno erariale davanti alla Corte dei Conti, concorre con l'azione individuale del socio *ex artt.* 2395 cc. e 2476 comma 6 c.c., “ *né di pongono difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati articoli 2395 e 2476, sesto comma, poiché l'una e l'altra mirerebbero al medesimo risultato*”.

Nel giustificare il mutato orientamento, tenendo inoltre conto della distinzione tra la personalità giuridica della società e quella dei singoli soci nonché della perfetta autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri, si è quindi affermato che la partecipazione pubblica al capitale sociale non fosse di per se idonea a “svuotare” la forma giuridica della società di capitali che “ *non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico*”²⁰.

Al tempo stesso la Corte ha stabilito la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi in cui l'azione di responsabilità trovasse fondamento nel comportamento di chi, nella veste di rappresentante dell'ente partecipante o di titolare di un potere decisionale, avesse dolosamente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione o arrecato in maniera diretta un pregiudizio al suo patrimonio, attraverso comportamenti tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'amministrazione pubblica²¹.

Nello specifico, secondo i giudici rientravano nel sindacato del giudice contabile le ipotesi di danni arrecati in via diretta all'ente pubblico partecipante dall'amministratore (o dal componente di organi di controllo), quelle previste dagli articoli 2395 c.c. (per le società per azioni) e 2476 c.c. comma 6 (nei casi di società a responsabilità limitata²²) ed, infine, le questioni inerenti il risarcimento del danno all'immagine subiti dall'amministrazione quale conseguenza di comportamenti illeciti tenuti da amministratori e dipendenti delle società pubbliche²³.

²⁰Cfr. sul punto M. Di Lullo, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giurisdizione della Corte dei Conti: (soltanto) le società “in house” che gestiscono servizi pubblici sono pubbliche amministrazioni?*, in *Foro amm.*, 10, 2014, 4.

²¹Questo mutato indirizzo, basato, a differenza del passato, su un criterio di natura oggettiva legato alla natura pubblica delle funzioni esercitate e delle risorse adoperate, ha portato la giurisprudenza ad evidenziare come “ *ai fini del riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, in ragione del sempre più frequente operare dell'amministrazione fuori degli schemi del regolamento di contabilità di Stato e tramite soggetti in essa non organicamente inseriti, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o un contratto di diritto privato. Il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto - che ben può essere un privato o un ente pubblico non economico - alla natura del danno e degli scopi perseguiti*”. In questo modo Corte dei Conti sez. Liguria, 16 luglio 2008, n°432, in *Foro amm. - Tar*, 2008, 7-8, 2269; Corte dei Conti, sez. Lazio, 8 giugno 2009, n°1075, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 3, 164; Corte dei Conti, sez. Abruzzo, 12 ottobre 2010, n°461, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 5, 127.

²²In questi casi secondo i giudici di legittimità “ *la presenza dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale ed il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l'impiego di pubbliche risorse non può sfuggire agli organi della società e non può non comportare, per loro, una peculiare cura nell'evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell'ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo*”

²³Nel precisare tale punto la Corte ha stabilito come la giurisdizione contabile fosse fondata sul presupposto che l'art.1 del Decreto Legge n° 103/03, secondo cui il danno all'immagine della P.A. è perseguibile unicamente in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna per un delitto contro la stessa amministrazione, non trova applicazione nei casi in cui sia stata già pronunciata una sentenza, anche non definitiva, nell'ambito di un giudizio sottoposto alla cognizione del giudice contabile.

I giudici di legittimità hanno in quell'occasione ulteriormente chiarito come il danno al patrimonio della società potesse legittimamente rientrare nella categoria del danno erariale trattandosi di uno svantaggio al patrimonio della società, in quanto, nonostante rappresentasse un patrimonio separato rispetto a quello del soggetto pubblico, un depauperamento dello stesso avrebbe automaticamente comportato un pregiudizio al patrimonio pubblico²⁴.

In conclusione la Corte, basandosi nuovamente sulla distinzione della personalità giuridica della società da quella dei soci, ha infine stabilito che la giurisdizione contabile sugli organi sociali delle società a partecipazione pubblica “ *potrebbe fondarsi soltanto: o su una previsione normativa che eccezionalmente lo stabilisca, quantunque si tratti di danno arrecato ad un patrimonio facente capo non già ad un soggetto pubblico bensì ad un ente di diritto privato, oppure sull'attribuzione alla stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico*”²⁵.

1.2 L'intervento della Corte di Cassazione in materia di società *in house providing*: la sentenza n° 26283/13.

Tale impostazione è stata, seppur in parte, contraddetta da un'altra decisione della Corte di Cassazione con la quale si è evidenziato come il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile si fosse spostato “ *dalla qualità del soggetto alla natura del danno e degli scopi perseguiti*”²⁶.

24 Cfr. Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n° 26283, in www.dirittodeiserviziubblici.it; Corte di Cassazione 26 marzo 2014, n° 7177, in www.dirittodeiserviziubblici.it con le quali i giudici di legittimità hanno evidenziato che “*La Corte dei Conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, così dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici*”.

25 In merito a quest'ultima considerazione gli stessi giudici hanno sottolineato come, nonostante una riqualificazione generalizzata in termini pubblicistici delle “*società a partecipazione pubblica*” sia impedita dalla previsione di cui all'articolo 4 della legge n° 70/75 con il quale si stabilisce che gli enti pubblici possono essere creati soltanto dalla legge, la stessa potrebbe essere “ *desumibile anche per implicito da una o più disposizioni di legge occorrendo che la volontà del legislatore in tale senso risulti da quelle disposizioni in modo assolutamente inequivoco*”.

26 Cfr. Corte di Cassazione, 9 gennaio 2013, n° 295, in *Foro it.* 2013, 10, 2856. Nel caso di specie, all'amministratore di una società era contestata l'appropriazione indebita di fondi pubblici destinati alla stessa società. I giudici di Piazza Cavour, hanno in quell'occasione stabilito che ai fini del “*riconoscimento della giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale, è irrilevante il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro viene effettuata, potendo esso consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato. Il punto di discriminazione della giurisdizione ordinaria da quella contabile si è, dunque, spostato dalla qualità del soggetto - che può ben essere un privato o un ente pubblico non economico - alla natura del danno e degli scopi perseguiti. Pertanto, il privato fruitore di fondi pubblici, ove per sue scelte incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla P.A. alla cui realizzazione è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da determinare uno sviamento delle finalità perseguite, realizza un danno per l'ente pubblico di cui deve rispondere davanti al giudice contabile*”. Per questo motivo, quindi, “ *il soggetto destinatario dei fondi concorre alla realizzazione del programma della pubblica amministrazione, in modo che tra questa ed il soggetto in questione si instaura un rapporto di servizio, sicchè il beneficiario assume, ai fini della giurisdizione della Corte dei Conti, la stessa posizione propria di un dipendente o amministratore della pubblica amministrazione*”.

Nonostante alcune pronunce²⁷ caratterizzate dall'osservanza del precedente orientamento, i giudici di legittimità si sono ulteriormente pronunciati sul punto nella importante sentenza n° 26283/13²⁸, con la quale si è legittimata la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi in cui l'azione di responsabilità fosse stata diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house providing* decretando, per questo motivo un principio innovativo ma comunque, seppur in via indiretta, annunciato dalla precedente giurisprudenza²⁹.

27 Il riferimento è all'ordinanza delle Sezioni Unite 3 maggio 2013, n° 10299, in *Foro Amm. - C.d.S.* 2013, 7-8, 183, nella quale i giudici di legittimità hanno ribadito l'orientamento inaugurato nel 2009, ritenendo ininfluenti alcune disposizioni invocate dal procuratore contabile. Si tratta: 1) dell'articolo 25, comma 1, n°5-6, del decreto legge 24 gennaio 2012, n°1, convertito con legge 24 marzo 2012, n° 27, il cui articolo 1 prevede la responsabilità amministrativa in caso di stipulazione, da parte di alcune società *in house providing*, di contratti conclusi in violazione delle previste modalità di approvvigionamento; 2) dell'articolo 4, comma 12, del decreto legge 6 luglio 2012, n° 95, convertito con legge 7 agosto 2012, che estende alle società a partecipazione pubblica il potere ispettivo attribuito agli organi statali nei confronti delle amministrazioni pubbliche e prevede che comuni e province alleghino al rendiconto della gestione una nota informativa contenente la verifica dei criteri e dei debiti reciproci tra ente e società partecipate e, in caso di discordanze, adottino senza indugio i provvedimenti necessari ai fini della riconciliazioni delle partite debitorie e creditorie; 3) dell'articolo 3 del decreto legge, 10 ottobre 2012, n°174, convertito con legge 7 dicembre 2012, n° 213, che ha inserito l'articolo 143- *ter* nel testo unico degli enti locali, prevedendo penetranti controlli da parte dell'ente pubblico partecipante ed un bilancio consolidato riguardante le "aziende non quotate partecipate". Nella stessa decisione, i giudici di Piazza Cavour, hanno evidenziato come sarebbe "irragionevole che siano sottoposti alla giurisdizione contabile gli amministratori di un'azienda speciale, quelli di una società concessionaria, la giunta comunale ed i consiglieri comunali che approvano il conto consolidato e controllano la società partecipata e non anche coloro che l'hanno gestita causando direttamente un danno erariale", auspicando una revisione di questo orientamento in riferimento alle società *in house*". Nello stesso modo, la Corte si è pronunciata nell'ordinanza 5 aprile 2013, n° 8352, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2013, 7-8, 1836, non ritenendo che la società potesse rientrare nella categoria delle società *in house* in quanto la "trasformazione" era "avvenuta in epoca successiva ai fatti in causa" e, perchè secondo lo statuto, l'attività della società doveva essere indirizzata verso "attività di impresa esercitate da qualsiasi categorie di società, e dirette all'erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. E da non consentire neppure di inquadrare la STA tra gli organismi di diritto pubblico presi in considerazione da queste Sezioni Unite unitamente ad altri particolari indici rilevatori dell'esercizio di funzioni amministrative allorchè è stata attribuita l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e funzionari di speciali società pubbliche alla giurisdizione della Corte dei Conti".

28 Cfr. Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n° 26283, in *Giur. Comm.* 2015, 2, II, 236. Questa decisione è stata oggetto di importanti critiche mosse soprattutto dalla dottrina commerciale. Per un'analisi più approfondita si veda M. ANDREIS, *Società in house e giurisdizione contabile*, in *Urb. e app.*, 2014, 395; C. IBBA, *Responsabilità erariale e società in house*, in *Giur. comm.*, 2014, 2, 5; K. MARTUCCI, *Impresa pubblica e forma societaria: quale responsabilità per gli amministratori di società in house?*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 2, 259; F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*, cit., 55; G. DONGIACOMO, *Giurisdizione e responsabilità nelle società pubbliche*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2015, 195; M.G. DELLA SCALA, *Società pubbliche*, in www.treccani.it, 2015, 234.

29 Sul punto i giudici hanno evidenziato come, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, il fondamento della giurisdizione della Corte dei Conti potesse essere giustificato dall'articolo 1 comma 4 della legge n°20/94 che ha esteso il giudizio del giudice contabile alla responsabilità degli amministratori o di enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, ed, al tempo stesso, trovare legittimazione nell'articolo 103 della Costituzione, tenendo presente che il perseguimento delle finalità istituzionali della P.A. si realizza anche mediante attività di diritto privato. Da ciò ne deriva, quindi, che il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico della stessa amministrazione e non dal quadro di riferimento- pubblico o privato nel quale si colloca la condotta produttiva del danno. Cfr. M.C. Lenoci, D. Galli, D. Gentile, *Le società partecipate dopo il correttivo 2017*, Roma, 2017.

Infatti, non sconfessando in modo totale la precedente impostazione³⁰, la Corte ha chiarito i confini della giurisdizione contabile negando, al tempo stesso, la validità di ricostruzioni “*panpubblicistiche*” fondate su interpretazioni riqualificatorie della natura della società prive di base normativa ed in contrasto con il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge³¹.

Tale dettato è stato ulteriormente chiarito³² dagli stessi giudici che hanno successivamente specificato come la giurisdizione del giudice ordinario per i danni sofferti “*da un soggetto privato (la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non ai singoli soci è ispirata dall’esigenza di ricondurre la soluzione del problema di giurisdizione entro un quadro coerente di principi giuridici che sono a fondamento del sistema ordinamentale*”, evidenziando, inoltre come “*la disciplina speciale dettata per le cosiddette società pubbliche 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*”³³.

30 La Corte infatti evidenzia come l’indirizzo inaugurato nel 2009 debba “*essere in via generale tenuto fermo, anche alla luce della normativa sopravvenuta*”. I giudici di Piazza Cavour hanno approfondito l’analisi sugli interventi normativi in materia di società pubblica, sottolineando la non corretta linearità, e negando che gli stessi siano stati artefici di “*un sistema conchiuso a sé stante*”, evidenziando, inoltre che “*la giurisdizione della Corte dei 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 la stabilisca, oppure sull’attribuzione alla stessa società partecipata della qualifica di ente pubblico*” bollando quest’ultima alternativa come “*difficilmente praticabile*”. Nello stesso hanno enunciato il principio in base al quale sarebbe rinvenibile la giurisdizione del giudice contabile nei soli casi in cui l’azione fosse diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*, senza che questo orientamento comporti una riqualificazione della natura giuridica delle stesse.

31 Cfr. L. SALVATO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, cit., 18. Di particolare importanza in questa pronuncia è stato il distacco consapevole delle società a partecipazione pubblica da quelle disciplinate dal codice civile al punto che, gli stessi giudici, hanno stabilito che “*l’uso del vocabolo società qui serve solo allora a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario*” nei casi in cui si tratti “*di una società di capitali intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponde un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare*”. Cfr. inoltre Corte di Cassazione, 5 aprile 2013, n° 8352, in *Giust. civile Massimario, 2013*; Corte di Cassazione, 3 maggio 2013, n° 10299, in *Giustizia civile Massimario, 2013*.

32 Cfr. Corte di Cassazione, S.U., 11 luglio 2014, n° 15943, in www.dirittodeiservizi pubblici.it.

33 Nelle proprie motivazioni i giudici hanno ritenuto queste deroghe non idonee a fondare una riqualificazione che trova “*un solido ostacolo nel disposto della legge 20 marzo 1975, n° 70 a tenore del quale occorre l’intervento del legislatore per l’istituzione di un ente pubblico, esprimendo un principio di ordine generale, ove si consideri la natura pubblica di un ente*” e, quindi, “*se in via di principio può ammettersi che un siffatto riconoscimento sia desumibile anche per implicito da una o più disposizioni di legge, occorre nondimeno che la volontà del legislatore in tal senso risulti da quelle disposizioni in modo assolutamente inequivoco*”. In conclusione, quindi, “*fino a quando non si arrivi a negare la distinzione stessa tra ente pubblico partecipante e società di capitali partecipata, e quindi tra la distinta titolarità dei rispettivi patrimoni, la giurisdizione della Corte dei Conti in tema di risarcimento dei danni arrecati dai gestori dagli organi di controllo al patrimonio della società potrebbe fondarsi o su una previsione normativa che eccezionalmente stabilisca, quantunque si tratti di danno arrecato ad un patrimonio facente capo non già ad un soggetto pubblico bensì ad un ente di diritto privato- previsione certo possibile, ma che allo stato non appare individuabile in termini generali nell’ordinamento, ovvero 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*”.

Allo stesso modo si è inoltre sottolineato³⁴ come la partecipazione pubblica totalitaria non potesse considerarsi l'unico requisito per la definizione della giurisdizione contabile nelle ipotesi di responsabilità degli amministratori, ribadendo e precisando come la verifica dei c.d. requisiti "Teckal" dovesse essere compiuta tenendo conto delle previsioni dello statuto nel momento del compimento della condotta illecita e non in quello della proposizione della domanda di responsabilità da parte del Procuratore Generale presso la Corte dei Conti³⁵.

Per questo motivo si è quindi ritenuta corretta l'applicazione della normativa pubblicistica e non necessaria la riqualificazione del soggetto come ente pubblico, ipotesi, quest'ultima, che è stata come è noto oggetto di accese critiche da parte soprattutto della dottrina commerciale³⁶.

Sul punto si ricorda infine come lo stesso giudice contabile abbia più volte avuto occasione di pronunciarsi³⁷ legittimando la propria giurisdizione nelle ipotesi di società *in house* caratterizzate "da una

34 È il caso ad esempio, della decisione n° 5491/14, nella quale, delineando i presupposti identificativi della società *in house* per i giudici è 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, con la conseguente configurabilità di un danno erariale che giustifica l'attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità". Corte di Cassazione, 10 marzo 2014 n° 5491, in *Foro amm.*, 2014, 5, 1391.

35 Cfr. Corte di Cassazione, 21 luglio 2015, n° 15199, in *Diritto & Giustizia* 2015, 87.

36 Cfr. L. Salvato, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, cit., 23; L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2012, 323. Cfr. inoltre C. Ibba, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur.comm.*, 2012, 648. L'Autore da ultimo citato ha sottolineato che, agendo il procuratore contabile a tutela ed a favore dell'erario, il risarcimento per i danni arrecati al patrimonio sociale dovrebbe andare a vantaggio del socio pubblico e non della società. Inoltre, l'azione del procuratore contabile, stante la mancanza dell'alterità dei soggetti (puntualmente evidenziata dalla sentenza in esame), dovrebbe, infatti, avvantaggiare la società e, quindi, le somme ottenute all'esito dell'esperimento dell'azione, dovrebbero rifluire nel patrimonio.

37 I giudici contabili hanno giustificato il proprio orientamento in considerazione dei seguenti criteri: 1) perché "qualora si tratti di una società costituita per lo svolgimento di servizi pubblici, o configurata quale *longa manus* dell'ente stesso, con un rapporto di compenetrazione organica tra la società e l'ente pubblico, si è in presenza di un modello organizzatorio della stessa P.A., sia pure per certi versi atipico, con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società dovrà qualificarsi come erariale e la giurisdizione appartenere al giudice contabile" pena la possibilità di eludere la giurisdizione di responsabilità erariale, mediante la costituzione di società di capitali; 2) poiché questa soluzione sarebbe compatibile con l'ampia nozione di organismo pubblico posta dal diritto dell'U.E. e coerente con i principi costituzionali ed europei, andando a valorizzare l'interesse dei cittadini e delle imprese così da avere una gestione delle risorse pubbliche trasparente, efficiente ed economica; 3) dato che solo quando il danno deriva da attività industriali o commerciali non aventi finalità pubbliche non affiora alcun interesse generale ma solo quello tipico della gestione caratteristica della società e del suo fine lucrativo e l'eventuale danno incide esclusivamente sul patrimonio della società, giustificando il riconoscimento della giurisdizione ordinaria davanti alla quale esercitare le azioni di responsabilità disciplinate dal codice civile; 4) per la ragione 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". Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. Trentino Alto-Adige, 6 settembre 2011, n° 28, in www.corteconti.it, secondo cui "il problema va risolto esaminando caso per caso se la società per azioni sia un soggetto non 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". Cfr. inoltre Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 7 gennaio 2011, n°1 in www.corteconti.it; Corte dei Conti, 19 aprile 2011, n° 582 in www.corteconti.it; Corte

sostanziale immedesimazione della società stessa con la pubblica amministrazione per la quale opera, onde i relativi danni ad essa provocati sono perseguibili con l'azione contabile".³⁸

2. La recente evoluzione normativa: l'articolo 12 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Gli orientamenti della giurisprudenza sul punto sono stati oggi cristallizzati nel c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica³⁹, approvato in attuazione della delega prevista dall'articolo 18 comma 1 lettera h della c.d. Legge Madia, che ha assegnato al legislatore delegato il compito di eliminare le sovrapposizioni tra regole ed istituti pubblicistici e privatistici ispirati a medesime esigenze di disciplina e controllo⁴⁰.

dei Conti, sez. giur. Veneto, 29 settembre 2012, n° 749, in www.corteconti.it; Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 19 ottobre 2012, n° 1626, in www.corteconti.it; Corte dei Conti, sez. giur. Campania 23 ottobre 2012, n° 1629, in www.corteconti.it, secondo cui "la prospettiva di un danno erariale nell'ambito delle attività di una società di capitali è ammissibile nelle ipotesi in cui la compagine societaria sia assoggettata a regole statutarie "sui generis" che ne conformino la struttura in termini tali da poterla annoverare tra le pubbliche amministrazioni". Cfr. Corte dei Conti, 22 luglio 2013, n° 568, in www.corteconti.it. *Contra*: Corte dei Conti, sez. giur. Umbria, 18 febbraio 2010, n° 26, in *Riv. corte cont.*, 2010, 1, 147. In questa occasione i giudici hanno infatti ricordato che "in base al recente arresto giurisprudenziale della Corte di Cassazione dato con sentenza n. 26806 del 27 ottobre/19 dicembre 2009, il danno inferto dagli amministratori societari al patrimonio sociale non costituisce danno erariale e deve essere giudicato, conseguentemente, dal giudice ordinario; in tal caso, gli effetti pregiudizievoli sofferti dai soci pubblici, anche per la diminuzione del valore delle loro quote di partecipazione al patrimonio della società, sono effetti riflessi del danno subito dalla società quale soggetto autonomo e distinto dagli enti pubblici soci, dotata di autonomia patrimoniale" Cfr. inoltre Corte dei Conti, 5 aprile 2012, n° 707, in *Dir. Proc. Amm.* 2014, 2, 524, che ha stabilito che "va esclusa la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica e, di conseguenza, l'ammissibilità dell'azione di responsabilità amministrativa per il pregiudizio patrimoniale, arrecato dalla mala gestio ai medesimi imputabile, non suscettibile di integrare un danno erariale, in quanto il vulnus arrecato investe in via diretta il patrimonio della società stessa".

38 Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. Reg. Lazio 23 febbraio 2011, n° 327, in www.corteconti.it; Corte dei Conti, sez. giur. 24 febbraio 2011, n° 339, in www.corteconti.it; Corte dei Conti, sez. giur. Marche, 15 luglio 2013, n° 80, in www.corteconti.it; Cfr. Corte dei Conti per la Puglia, 7 marzo 2016 n° 89, in www.cortedeiconti.it; Corte dei Conti per la Sicilia, 1 aprile 2016, n° 38 in www.cortedeiconti.it Per una più approfondita analisi della giurisprudenza del giudice contabile sul punto si rinvia a A. LUCARELLI, *L'azienda speciale e la legittima circolazione dei modelli di impresa: riflessioni a margine di due pronunciamenti della Corte dei Conti*, in *Foro amm.* V, 1, 2014, I, 345-357.

³⁹ Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

Sul punto si ricorda come nel parere del Consiglio di Stato reso sullo schema di decreto delegato in materia di società a partecipazione pubblica, i giudici amministrativi abbiano integralmente ripreso e condiviso l'iter evolutivo della giurisprudenza in precedenza richiamato, evidenziando la necessità di non discostare la futura disciplina dagli "esiti consolidati" che "distinguono il regime delle società a partecipazione pubblica da quello delle società in house". Nello stesso modo si è ulteriormente ricordato come "la qualificazione dell'in house come articolazione interna della pubblica amministrazione ha indotto la Corte di Cassazione a riconoscere in questi casi la giurisdizione della Corte dei Conti. Se, infatti, l'attività degli amministratori e degli organi di controllo non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una sua autonomia soggettiva ma ad organi di una pubblica amministrazione, è certamente riscontrabile un rapporto di servizio con l'ente pubblico". Cfr. Consiglio di Stato, Parere, 21 aprile 2016, n° 968.

⁴⁰ Legge 7 agosto 2015, n° 124, *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*.

Nello specifico la legge detta criteri di esercizio della delega in riferimento alla a) 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..., e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione

Nello specifico, per la parte che qui interessa, al fine di risolvere i dubbi sul punto, il legislatore ha espressamente previsto la concorrente applicazione della normativa di diritto comune in tema di responsabilità e di quella per danno erariale⁴¹.

Nello specifico, ribadendo l'assoggettamento alle azioni civilistiche di responsabilità per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, la nuova disposizione ha confermato la giurisdizione della magistratura contabile in casi di *mala gestio* di amministratori e dipendenti di società *in house providing*⁴², legittimando, al tempo stesso, una giurisdizione contabile concorrente anche nei casi di danno erariale nei casi di società miste⁴³ (art.12 TU).

La nuova norma prevede, quindi, per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, un regime misto di responsabilità, caratterizzato dall'applicazione della disciplina ordinaria prevista per le società di capitali, legittimata dalla natura privatistica delle società stesse, ed, al tempo stesso, di quella volta a punire le ipotesi di danno erariale nei casi in cui venga riscontrata una lesione al patrimonio pubblico⁴⁴.

e crisi di impresa e della b) eliminazione di sovrapposizioni tra regole ed istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo.

⁴¹ Per un'analisi più approfondita cfr. A. Police, *La responsabilità degli amministratori e soci per cattiva gestione di società a capitale pubblico*, in AA.VV., *Manuale delle società pubbliche*, Torino, 2015, 502; M. Sciascia, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche delineato dal Testo Unico*, in *Le società pubbliche*, in F.Fimmano' (a cura di), Napoli, 2016, 165-175; F. Cerioni, *Le responsabilità degli amministratori e degli enti pubblici soci per danno erariale*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017, 149

⁴² Al riguardo si ricorda inoltre come, anche in considerazione dell'emanazione della c.d. Direttiva Appalti sia stata legittimata la competenza del giudice contabile nei confronti di amministratori e funzionari di società *in house providing* nei casi di risarcimento del danno cagionati nei confronti della stessa società

⁴³ Non aver confermato la precisazione di danno erariale (così come previsto dallo schema del testo unico quale danno esclusivamente patrimoniale o non patrimoniale *direttamente* subito dal socio pubblico) potrebbe di fatto legittimare un'interpretazione estensiva della giurisdizione contabile anche per i danni indiretti subiti dall'amministrazione per la *mala gestio* dei soggetti a ciò preposti. Al riguardo parte della dottrina ha sottolineato come “*resta aperta la possibilità di intervento del giudice contabile per i danni che, ponendo in una situazione di sofferenza il patrimonio societario, solo indirettamente, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della quota di partecipazione sociale si ripercuotono sul patrimonio dell'ente partecipante.*”. Cfr. C. D' Aries, S. Glinianski, T. Tezzaro, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. Commento articolo per articolo del Dlgs 19 agosto 2016 n° 175*, Rimini, 2016, 122.

⁴⁴ Tale orientamento è stato inoltre confermato da una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha dichiarato la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi di danni arrecati al patrimonio di una società *in house*, ribadendo i presupposti, ormai consolidati, in base ai quali una società può definirsi appartenente a tale modello. Nello specifico i giudici hanno ricordato che la stessa debba essere costituita da uno o più enti pubblici di cui esclusivamente i medesimi possono essere soci, esplicitare statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, essere assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici. Nella stessa decisione, facendo proprio un precedente orientamento si è inoltre ribadito come “*la cosiddetta responsabilità per danno erariale risulta configurabile non solo nei confronti degli organi che hanno potestà decisoria finale, ma anche in presenza di un rapporto organico con soggetti che abbiano concorso a vario titolo a determinare il danno, anzi, addirittura di soggetti esterni che per l'attività svolta continuamente devono ritenersi inseriti, seppur in via temporanea, nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione*” Cfr. Corte di Cassazione, S.U., 8 luglio 2016 n° 14040, in www.cortedicassazione.it

Lo stesso legislatore, inoltre, prevedendo una nozione di danno erariale ha inserito in tale categoria il danno patrimoniale o non patrimoniale subito dagli enti partecipanti in conseguenza della condotta dei rappresentanti che nell'esercizio dei propri diritti abbiano agito con dolo o colpa grave pregiudicando il valore della partecipazione stessa.

Sul punto parte della dottrina ha chiarito come la giurisdizione del giudice contabile sulle “ società di diritto speciale” sia stata ulteriormente rafforzata anche in considerazione della non tassativa indicazione delle fattispecie di danno erariale che legittima, quindi, un'automatica individuazione dello stesso da parte dell'interprete anche in considerazione delle circoscritte indicazioni della Corte di Cassazione che, come è noto, si è più volte limitata a riconoscere il danno all'immagine quale conseguenza del pregiudizio subito dal patrimonio di un ente pubblico da imputare agli amministratori delle società⁴⁵.

Da un'attenta analisi del nuovo dato normativo si è inoltre evidenziato come la nuova norma non trovi applicazione per le società quotate che restano quindi assoggettate al riparto di giurisdizione già previsto dalle precedenti disposizioni, grazie alle quali, nonostante la maggiore autonomia organizzativa e gestionale, viene comunque assicurato il controllo della Corte dei Conti al fine di prevenire eventuali comportamenti idonei a distrarre o dissipare quelle risorse pubbliche investite⁴⁶.

Come è noto il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica è stato interessato, seppur in via indiretta, dalla sentenza della Corte Costituzionale n° 251/16 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della Legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 cost.⁴⁷.

⁴⁵ In riferimento al danno subito da una amministrazione pubblica per effetto della lesione dell'immagine, la Corte di Cassazione ha stabilito che è risarcibile anche qualora derivi dalla commissione di reati comuni posti in essere da soggetti appartenenti ad una pubblica amministrazione. Cfr. Corte di Cassazione, 7 febbraio 2017 n° 29480, in *CED Cass.pen*, 2017.

⁴⁶ Cfr. F. Cerioni, *Il danno erariale come effetto pregiudizievole al patrimonio dell'ente pubblico nell'art. 12 del Testo Unico sulle società pubbliche: rassegna delle condotte dannose e delle connesse responsabilità*, in www.rivistacortedeiconti.it, Convegno “ *Il nuovo Testo Unico sulle società pubbliche*”, Milano, 14 novembre 2016.

⁴⁷ Come è noto la nostra Carta Costituzionale riconosce e promuove, sempre nel rispetto dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica, un'organizzazione policentrica di autonomie territoriali caratterizzate da funzioni e poteri autonomi costituzionalmente garantiti. Con l'entrata in vigore delle disposizioni statutarie delle regioni, prima a statuto speciale e successivamente di quelle ad autonomia ordinaria, questa impostazione si è rivelata insufficiente o quantomeno inadeguata, con conseguenti difficoltà applicative. Sul punto, la Corte Costituzionale, investita della questione, ha da sempre affermato la necessaria esigenza di una stretta collaborazione fra lo Stato e le autonomie regionali, che da mero meccanismo è stata, nel tempo, timidamente innalzata a principio costituzionale. Dopo un primo periodo caratterizzato da una giurisprudenza costituzionale generica sulla natura di *necessaria collaborazione*, il giudice delle leggi ha invece specificato e definito in maniera inequivocabile il contenuto del principio ed il suo ancoraggio all'articolo 5 della Costituzione, stabilendo che “*il principio di leale collaborazione deve governare i rapporti tra Stato e Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi. Tale regola (...) va al di là del mero riparto delle competenze per materia ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze esclusive, ripartite o integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate*”. Cfr. Corte costituzionale 18

Al fine di risolvere le incertezze sollevate da attenta dottrina⁴⁸, il Governo è intervenuto emanando il Decreto Legislativo n° 100/17⁴⁹ grazie al quale si è adeguato il Testo Unico al dettato della sentenza della Corte Costituzionale attraverso l'acquisizione dell'intesa in sede di Conferenza Unificata.

Per la parte che qui interessa si evidenzia come il legislatore, anche nel nuovo testo, abbia confermato il precedente dettato normativo con il quale si legittima la giurisdizione del giudice contabile nei casi di danni causati al patrimonio di società *in house providing* da parte degli amministratori, giustificato anche dall'inesistenza di un rapporto di alterità soggettiva tra la stessa società e l'amministrazione partecipante, e nelle ipotesi di lesioni al patrimonio di una società mista che configurino, al tempo stesso, ipotesi di un danno erariale.

Sulla base della nuova disposizione la Corte di Cassazione ha recentemente chiarito come la società per azioni a partecipazione pubblica non muti la sua natura di soggetto di diritto privato, in quanto l'ente pubblico partecipante non è legittimato ad incidere in maniera unilaterale sullo svolgimento del rapporto e sull'attività della stessa mediante l'esercizio di poteri autoritativi.

Da ciò ne deriva, quindi, l'espressa competenza del giudice ordinario in ipotesi di controversie relative alla nomina degli amministratori della società, da intendersi quale espressione di atti compiuti “*uti socius*” e non “*iure imperii*”⁵⁰.

luglio 1997 n. 242, in www.cortecostituzionale.it. In seguito, grazie alla riforma del Titolo V della Costituzione, il principio di leale collaborazione ha ricevuto la giusta rilevanza costituzionale nell'articolo 120 della Carta, grazie al quale si afferma come lo Stato possa esercitare i poteri sostitutivi purché “nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione”. Il testo costituzionale del 2001, nonostante possa essere definito innovativo per la parte che qui rileva, risulta al tempo stesso limitato sotto il profilo delle forme di raccordo interistituzionale, caratteristica che, ad oggi, non permette una piena e completa attuazione di quel modello di regionalismo cooperativo insito nella Costituzione. Cfr., sul punto, in particolare S. Bartole, *Spunti in tema di collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 55; A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, 1974, 34; G. D'Orazio, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, 43; S. Cassese, D. Serrani, *Regionalismo moderno: la cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni in Italia*, in *Le Regioni*, 1980, 65; A. Anzon, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra competenze statali e competenze regionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, 89; T. Martines, *Dal regionalismo garantista al regionalismo cooperativo, un percorso accidentato*, in AA.VV., *Una riforma per le autonomie*, Milano, 1986, 73; A. Gratterer, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione nel quadro costituzionale*, in *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003, 40; E. Bettinelli, F. Rigano, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, 426; C. Salerno, *Note sul principio di leale collaborazione prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it, 22 luglio 2008, 13.

⁴⁸ Cfr. C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica. Ovvero il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope...allo specchio*, in *Rivista aic*, I, 2017, 12 secondo cui le disposizioni legislative in esame anche se formalmente vigenti dovevano considerarsi nella sostanza potenzialmente inefficaci e quindi a rischio di una definitiva pronuncia di illegittimità

⁴⁹ Decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100, concernente “*Disposizioni integrative e correttive al D.lgs. n. 175/16, recante ‘Testo unico in materia di Società a partecipazione pubblica’*”. Cfr. sul punto G. Caia, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5, 2017, 601.

⁵⁰ Corte di Cassazione, 14 settembre 2017, n° 21299, in *Giustizia civile Massimario* 2017.

Gli stessi giudici di legittimità, hanno ulteriormente stabilito come, anche nelle ipotesi di società *in house providing*, le azioni concernenti la nomina o la revoca di amministratori e di sindaci *ex art. 2449 c.c.*, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario essendo atti posti in essere nella fase di scelta dell'utilizzo del modello societario, tenendo inoltre conto del principio stabilito dal legislatore nell'articolo 1 comma 3 dello stesso Testo Unico, secondo il quale per tutto quanto non derogato da specifiche disposizione, le società a partecipazione pubbliche sono disciplinate dalla normativa civilistica⁵¹.

3. Brevi conclusioni

Il dibattito sorto in dottrina e giurisprudenza sulla natura della responsabilità degli amministratori di società *in house providing* ha senza dubbio beneficiato dell'approvazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica che ha assicurato al settore *il bene prezioso di una disciplina unitaria*⁵² volto ad eliminare le storture, le inefficienze e gli abusi del modello societario⁵³.

Il recente testo normativo può quindi essere considerato il giusto approdo dell'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni che ha senza dubbio contribuito a definire importanti aspetti riguardanti il settore in esame e a risolvere, in alcuni casi, i dubbi sollevati dalla dottrina.

Da un'attenta analisi dello stesso può inoltre evidenziarsi come la *voluntas* legislativa, contraddistinta da una decisa riduzione delle partecipazioni statali, sia caratterizzata da uno sfavore nei confronti dell'impresa pubblica in forma societaria che dovrebbe svolgere finalità di interesse pubblico e non attività di impresa, con la conseguente interpretazione pubblicistica delle società partecipate volta a giustificare regole e vincoli idonee ad allontanarle anche concettualmente da quelle private.⁵⁴

⁵¹ Corte di Cassazione 1 dicembre 2016, n° 24591, in *Giustizia civile Massimario*, 2017.

⁵² Cfr. A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 4.

⁵³ L'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica può inoltre essere considerata, inoltre, uno degli elementi più importanti ed attesi dell'intera riforma della Pubblica Amministrazione la cui concreta ed efficace attuazione potrebbe avere uno straordinario impatto nel panorama giuridico nazionale in modo da poter definire, al tempo stesso, il ruolo dello Stato nell'economia che, vista l'attuale crisi finanziaria deve considerarsi di estrema rilevanza. Sul punto parte della dottrina ha sottolineato come l'impostazione del legislatore, proiettata verso una limitazione del principio europeo della libertà di definizione assegnata alle amministrazioni locali e dei principi costituzionali in materia (articoli 5, 43, 114,117,118) potrebbe comportare l'apertura di importanti forme di contenzioso. Inoltre, ricordando come le disposizioni nazionali risultino eccessivamente restrittive rispetto a quelle europee, viene sottolineata la possibilità di appellarsi all'istituto della c.d. *preemption* europea, che prevede, nella sua forma più estrema, un effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme alla normativa europea avente una portata tale da vietare norme statuali che si dimostrino più rigide o più permissive. Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, cit., 16. Cfr. inoltre A. Arena, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, 52.

⁵⁴ Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione*, in G. Meo (a cura di) , *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016, 8.

Per la parte che qui rileva si sottolinea infine come la disposizione prevista nel Testo Unico abbia chiaramente legittimato, per le società miste la concorrente applicazione della normativa di diritto comune in tema di responsabilità e quella sulla responsabilità amministrativa per danno erariale “*nei limiti della quota di partecipazione pubblica*” ed, al tempo stesso la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi di responsabilità degli organi sociali per i danni cagionati al patrimonio di una società *in house providing*⁵⁵.

Nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore che, riprendendo quanto già evidenziato nel corso degli anni dalla giurisprudenza, ha cercato di chiarire in maniera definitiva le fattispecie inerenti le ipotesi di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, non può non tenersi conto delle criticità sollevate dalla dottrina secondo cui la necessaria esigenza di prevedere disposizioni sempre più rigide volte a prevenire ipotesi dissipative di risorse pubbliche, potrebbe condurre ad un riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e contabile diverso rispetto da quello previsto dal legislatore.

A tale risultato potrebbe inoltre concorrere la necessaria razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica dettata da esigenze di riduzione della spesa pubblica ed il deciso riconoscimento del carattere di “specialità” delle stesse, da intendersi elementi capaci di stravolgere il modello tracciato prima dalla Corte di Cassazione e ultimo confermato dal legislatore⁵⁶.

In conclusione, inoltre, devono ulteriormente evidenziarsi delle ambiguità di carattere testuale sollevate da parte della dottrina in riferimento al concetto di “danno erariale” di non semplice ed univoca interpretazione.

⁵⁵ Nonostante la materia in esame non risulterebbe esserne direttamente interessata, si ritiene opportuno ricordare il recente dibattito sollevato dal c.d. *memorandum* sul dialogo tra le giurisdizioni firmato, alla presenza del Capo dello Stato, dai Presidenti della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, che prende le mosse dal tema cruciale della nomofilachia e dell'unità dell'ordinamento. Nello specifico, tra le varie questioni che il documento si propone di affrontare, deve ricordarsi senza dubbio quella inserita nel punto 4 e indirizzata verso un ripensamento culturale volto a rimettere in primo luogo il valore dell'unità dell'ordinamento secondo cui risulta necessario “*valutare previa opportune consultazioni al proprio interno e con i competenti organi di autogoverno, la possibilità di promuovere l'introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni(.....) quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione*”. Per un'attenta analisi del documento si rinvia a B. Caravita, *Memorandum sul dialogo tra le giurisdizioni*, in www.federalismi.it, 31 maggio 2017, 3; C. Consolo, *Il memorandum del 15 maggio 2017: ragionevole sogno o vere linee effettive?*, in *Giorn. Dir.amm.*, 5, 2017, 683; G. Silvestri, *La funzione unificante della cultura della giurisdizione ed il ruolo della formazione*, in *Giorn. Dir.amm.*, 5, 2017, 681. Sul punto l'Autore ha avuto modo di ricordare come tale documento rappresenti un importante passo in avanti per la creazione di una “cultura della giurisdizione” che sia in grado di evidenziare come l'attuale Stato costituzionale sia incentrato non tanto sul fondamento di valore quanto su quello di autorità. Per questo motivo, quindi, l'armonizzazione delle giurisdizioni superiori deve essere letta in un'ottica di tutela dei diritti dei cittadini nel segno dei principi di eguaglianza ed unicità delle giurisdizioni che non impongono una unificazione organizzativa ma che sia sinonimo di coerenza delle garanzie.

⁵⁶ F. Cerioni, *Il danno erariale come effetto pregiudizievole al patrimonio dell'ente pubblico nell'art. 12 del Testo Unico sulle società pubbliche: rassegna delle condotte dannose e delle connesse responsabilità*, cit, 8.

In primo luogo si sottolinea come il concetto di “ *rappresentante dell’ente pubblico partecipante*” sia da considerarsi particolarmente articolato, in considerazione della concreta operatività nella gestione delle partecipazioni societarie da parte di soggetti pubblici che abbiano avuto una significativa rilevanza nell’esercizio dei diritti di socio.

Un altro elemento di criticità può inoltre evidenziarsi, nel secondo comma della disposizione, in merito alla “*condotta*” tenuta da quei soggetti titolari di potere decisionale per conto degli enti pubblici partecipanti.

Si tratta, infatti, di una situazione atipica e non obbligatoriamente formalizzata, essendo configurabile a fronte dell’instaurazione di un formale potere rappresentativo ed in presenza di elementi e circostanze sostanziali volti a manifestare l’effettiva idoneità di un soggetto di indirizzare i processi decisionali riconducibili all’*esercizio del diritto di socio* da parte dell’ente pubblico.

Per questo motivo può essere considerata una circostanza che deve essere accertata e dimostrata in maniera specifica in riferimento alle caratteristiche del singolo caso e che difficilmente, quindi, può ricevere una definizione generica.

Si tratta di dubbi che, nonostante l’intervento di semplificazione normativa auspicato con l’emanazione del Testo Unico, potrebbero nuovamente mettere in discussione, anche in violazione del principio costituzionale del giusto processo, gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza e, successivamente, dal legislatore volti a stabilizzare il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità nei casi di società a partecipazione pubblica⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. sul punto D. Morgiante, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica*, in F. Fimmano’, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, cit.,637.