



15 GIUGNO 2022

La responsabilità degli amministratori
nelle società partecipate e il riparto di
giurisdizione tra la Corte dei Conti e il
Giudice Ordinario

di Federica Lorenzetti
Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

La responsabilità degli amministratori nelle società partecipate e il riparto di giurisdizione tra la Corte dei Conti e il Giudice Ordinario*

di Federica Lorenzetti

Dottoranda di ricerca in Giurisprudenza
Università degli Studi di Catania

Abstract [It]: Il contributo indaga il regime di responsabilità degli organi delle società partecipate alla luce dell'art. 12 d.lgs. n. 175 del 2016, esaminando in particolare il problema del coordinamento tra il giudizio contabile e il giudizio civile risarcitorio. Preliminarmente all'analisi dei dati normativi contenuti nel testo unico, l'elaborato si concentra sull'acceso dibattito sviluppatosi in giurisprudenza e in dottrina antecedentemente all'emanazione del decreto Madia. Successivamente, dopo aver esaminato la soluzione adottata dal legislatore delegato, l'elaborato si sofferma sul regime di responsabilità erariale introdotto per le società *in house* e sulla natura giuridica di quest'ultime, la quale, a ben vedere, costituisce il *core* del problema.

Title: The liability of directors in investee companies and the division of jurisdiction between the Court of Auditors and the ordinary courts

Abstract [En]: The paper investigates the liability regime of the Public companies in the light of Article 12 of Legislative Decree no. 175 of 2016, examining in particular the problem of coordination between the accounting judgment and the civil compensation judgment. Before analysing the legal framework contained in the Consolidated Law, the paper focuses on the heated debate that developed in jurisprudence and doctrine prior to the issuance of the Madia Decree. Then, after examining the solution adopted by the delegated legislator, the paper focuses on the system of public liability introduced for in-house companies and on the legal nature of the latter, which, ultimately, constitutes the heart of the problem.

Parole chiave: società pubbliche, società in house, azione di responsabilità verso gli amministratori, giurisdizione ordinaria, giurisdizione contabile

Keywords: public companies, in-house company, liability actions against directors, ordinary jurisdiction, accounting jurisdiction

Sommario: **1.** La genesi del nuovo regime delle azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica. **2.** L'evoluzione giurisprudenziale antecedente all'emanazione del d.lgs. n. 175 del 2016. **3.** La "soluzione" adottata dal Testo Unico. **4.** Danno erariale e rapporto di servizio. **5.** Il "caso" delle società *in-house* e il difficile coordinamento dei regimi di responsabilità civile ed erariale. **6.** Alcune considerazioni conclusive.

1. La genesi del nuovo regime delle azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica

L'art. 12 del d.lgs. 175/2016¹, emanato in attuazione dell'art. 18 della legge agosto 2015, n. 124 (deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), è intervenuto in materia di

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per un primo commento al testo si rinvia a C. Ibba, *La responsabilità*, in C. Ibba-I. Demuro (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Milano, 2018, pp. 165-190.

“Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate”. Tra i principi e i criteri direttivi della legge delega vi era infatti sia quello di fornire una “precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate”, sia quello di eliminare “le sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo”². Attraverso quest’intervento normativo il legislatore delegato ha dunque cercato di operare un riordino della disciplina preesistente, provando altresì a risolvere l’annosa questione circa i criteri relativi al riparto di giurisdizione.

In conformità quindi con quanto stabilito nella legge delega, l’articolo 12 del Testo Unico dispone che “I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell’esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

Questa disposizione rappresenta la cristallizzazione di una complessa opera di elaborazione giurisprudenziale, dovuta soprattutto alla costituzione di un numero eccessivo di società pubbliche³ che aveva, di fatto, finito per complicare il quadro in cui gli interpreti si erano trovati ad operare. Proprio per questo motivo, appare utile ripercorrere, preliminarmente all’analisi della disciplina normativa introdotta, il cammino seguito dalla suprema Corte di Cassazione per risolvere la questione relativa al riparto di giurisdizione in materia di azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica.

² Vedi art. 18 comma 1 lett. c e h, d.lgs. 175/2016

³ Cfr. tra i tanti M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; C. IBBA; I. DEMURO; F. BARBAGALLO. *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*. Bologna: Zanichelli, 2018; G. MEO; A. NUZZO. *Il testo unico sulle società pubbliche: commento al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175*. Bari: Cacucci, 2016; 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 *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. FIMMANÒ, 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 *Federalismi.it*, 12. V. DONATIVI. *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”*. Assago: Wolters Kluwer, 2016.

2. L'evoluzione giurisprudenziale

Come anticipato, il tema della responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate è stato oggetto di numerose pronunce della Suprema Corte di Cassazione, aventi soprattutto come obiettivo quello di definire il riparto di giurisdizione. È noto infatti che tale questione fosse quella, *ab origine*, più controversa: ci si domandava infatti se fosse configurabile o meno la giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori e degli altri dipendenti della società in termini di “danno erariale”.

A tal proposito giova ricordare che, ai sensi dell'art. 103 Cost. comma 2, “La Corte dei Conti⁴ ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”. L'espressione “materie di contabilità pubblica” fa riferimento all'origine della giurisdizione della Corte, la quale ha sempre svolto, fin dalla sua istituzione, avvenuta con legge 14 agosto 1862 n. 800, funzioni giurisdizionali in materia di giudizi di conto e di responsabilità dei contabili ed altri agenti pubblici per i “valori” perduti per loro colpa e negligenza.

Invero, fino agli anni Novanta la giurisdizione contabile in materia di responsabilità amministrativa⁵ era ancorata ad un presupposto c.d. “organico”⁶ in quanto postulava la sussistenza di un vero e proprio rapporto di impiego. Infatti, ai sensi dell'art. 13 del r.d. 12 luglio 1934, n. 121, “*la Corte dei Conti giudica sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni*”. Tuttavia, a partire dagli anni Novanta, si è assistito ad un cambio di rotta, in quanto sono stati introdotti, con la legge 8 giugno 1990, n. 142 (che riguardava esclusivamente i dipendenti degli enti locali) e, soprattutto, con leggi n. 19, n. 20 del 1994 e le ulteriori integrazioni apportate dalla legge 20 dicembre

⁴ L'istituzione di quest'organo si era resa necessaria, secondo la storica affermazione di Cavour, a causa della “*assoluta necessità di concentrare il controllo preventivo e consuntivo in un magistrato inamovibile*”⁴. Le linee fondamentali del suo ordinamento sono state fissate nel testo unico approvato con regio decreto 12 luglio 1934, n.1214. La Corte dei Conti, oltre ad essere un organo ausiliario (di rilevanza costituzionale) del Governo e del Parlamento, è anche titolare della giurisdizione contabile, al cui interno è ricompreso sia il contenzioso contabile che quello pensionistico. Da un punto di vista “giurisdizionale”, essa risulta essere caratterizzata dalla pienezza dei poteri, dalla esclusività (potendo conoscere sia degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi) e della sindacatorietà del proprio apprezzamento, non essendo la Corte vincolata nel giudizio dalle richieste delle parti e potendo altresì conoscere di tutte le questioni sollevate in via pregiudiziale o incidentale, ad eccezione della querela di falso. Si possono distinguere diversi tipi di processo: giudizio di conto, giudizio di responsabilità amministrativa, giudizio per resa di conto, giudizio pensionistico e giudizio ad istanza di parte.

⁵ Tradizionalmente, quando si parla di “responsabilità amministrativa”, si fa riferimento non solo alla responsabilità diretta della pubblica amministrazione, ma anche a quella del funzionario pubblico suo dipendente, in forza del disposto di cui all'art. 28 Cost., ove si afferma che “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”. Si tratta di una disposizione la cui ratio è sicuramente quella di agevolare il soggetto danneggiato, soprattutto ai fini di un più celere ottenimento del risarcimento del danno

⁶ Cfr. D. MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative alle società a partecipazione pubblica*, in FIMMANÒ, CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, Giapeto, 2017.

1996 n. 639, diversi elementi innovativi, tali da determinare un ampliamento della disciplina relativa alla responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte.

All'interno di questo nuovo quadro normativo, la giurisdizione della Corte dei Conti risultava ancorata non più al presupposto c.d. "organico", bensì a quello "funzionale"⁷, derivante a sua volta dalla riscontrabilità di un "rapporto di servizio." Infatti, ai sensi dell'art.1 comma 4 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 *"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 i fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge"*.

Attraverso questo intervento normativo il legislatore, attuando il secondo comma dell'art. 103 Cost., che, come è noto⁸, impone di trovare il fondamento della giurisdizione della Corte dei Conti, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, in una specifica disposizione di legge, ha ampliato e definito i caratteri della "responsabilità per danno erariale".

Grazie a questo mutamento legislativo è stato così superato il tradizionale orientamento della Suprema Corte di Cassazione, che configurava la giurisdizione del giudice contabile esclusivamente nei confronti dei dipendenti e degli amministratori di enti soggetti alle regole di contabilità pubblica, ovvero di soggetti statali e di enti pubblici non economici. Dalla Giurisdizione della Corte dei Conti, infatti, esulavano le azioni di responsabilità promosse contro gli amministratori e i dipendenti degli enti pubblici economici e delle società pubbliche, come del resto risulta dal fatto che, in diverse occasioni, la Suprema Corte di Cassazione aveva affermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di responsabilità degli amministratori di un'azienda municipalizzata.⁹

È solo nel 2003, a quasi 10 anni di distanza dall'entrata in vigore della legge n. 20 del 1994, che si assisterà ad un *revirement* giurisprudenziale, operato con l'importantissima pronuncia del 22 dicembre 2003, n. 19667, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avranno modo di estendere la giurisdizione della Corte dei Conti anche ai giudizi di responsabilità amministrativa, per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art.1 ultimo comma della legge n. 20 del 1994, nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici.

Si afferma infatti che *"Il discrimen tra le due giurisdizioni risiede 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*

⁷ D. MORGANTE, *op. cit.*

⁸ Cfr. sent. Cass. Sezioni Unite, n.26283 del 2013, ove si ricorda che *"l'art. 103 Cost., comma 2, impone, al di fuori delle materie di contabilità pubblica, di trovare il fondamento della giurisdizione della Corte dei conti in una specifica disposizione di legge (rinvenibile all'origine nella previsione del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, art. 13, secondo cui la Corte dei conti giudica sulla responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni, con il successivo ampliamento dovuto alla L. 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, comma 4, che ha esteso il giudizio della stessa Corte dei conti alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza)"*.

⁹ Cfr. tra le tante, Corte di Cassazione, 11 febbraio 2002, n° 1945, in *Foro it.*, 2002, I, 1408,

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 dei conti, presso la quale (a differenza di quanto invece avviene, salvo eccezioni che qui non interessano, per il giudice ordinario), è istituito il procuratore regionale abilitato a promuovere i relativi giudizi nell'interesse generale dell'ordinamento giuridico (Cass. n. 12827/82 e 9780/98)". Questo arresto giurisprudenziale sarà successivamente confermato dalla Suprema Corte con riferimento ad analoghe fattispecie. Con una serie di pronunce successive, infatti, la giurisdizione contabile sarà estesa, dalle Sezioni Unite, anche ai giudizi di responsabilità amministrativa promossi contro gli amministratori e i dipendenti delle aziende municipalizzate e delle società a partecipazione pubblica.¹⁰

Tuttavia, fino al 2009, non vi era univocità di vedute circa il criterio da utilizzare per fondare il riparto di giurisdizione e si erano andati affermando due diversi orientamenti giurisprudenziali. Da un lato, infatti, una parte della giurisprudenza di legittimità, tra cui si segnala l'ordinanza Cass., Sez. Un., n. 3899 del 26 febbraio 2004, continuava a ritenere necessario, ai fini della configurazione della giurisdizione contabile per responsabilità amministrativa, la sussistenza di un rapporto di servizio tra il soggetto pubblico e il soggetto responsabile. Dall'altro, invece, vi era chi riteneva che ormai la responsabilità erariale si fosse evoluta in "responsabilità finanziaria"¹¹, facendo leva sul criterio della "natura del denaro e degli scopi perseguiti".¹²

Proprio con riferimento a quest'ultimo orientamento, le Sezioni Unite della Cassazione, con l'ordinanza 1 marzo 2006, n. 4511, avevano affermato come ormai il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si fosse spostato *"dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché 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 perseguito, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al Giudice contabile (ex plurimis Cass. sez. un. n. 8450/98, 926/99, 11309/95)".*¹³

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2004, n. 3899; 3 maggio 2005, n.9096; 27 settembre 2006, n.20886; C. conti, sez. giur. Reg. Lombardia, 22 febbraio 2006, n.114; id. 5 settembre 2007, n. 448.

¹¹ D. MORGANTE, *op. cit.*

¹² Cfr. Cass., Sez. Un., 1° marzo 2006 n. 4511.

¹³ Cfr., sul punto Miele Tommaso, *La Responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche* in F. FIMMANÒ, A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, Giapeto editore, 2019

Il punto di svolta si ebbe però con la sentenza della Corte di Cassazione n° 26806/09, che, inaugurando un nuovo filone giurisprudenziale, aveva introdotto la centrale distinzione tra enti pubblici economici da un lato e società partecipate dall'altro.

Con riferimento ai primi si è infatti osservato come *“a partire dal 2003, le sezioni unite abbiano ritenuto spettare alla Corte dei conti, dopo l'entrata in vigore della L. n. 20 del 1994, art. 1, u.c., la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la responsabilità di privati funzionari di enti pubblici economici (quali, ad esempio, i consorzi per la gestione di opere) anche per i danni conseguenti allo svolgimento dell'ordinaria attività imprenditoriale e non soltanto per quelli cagionati nell'espletamento di funzioni pubbliche o comunque di poteri pubblicistici (Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667)”*¹⁴.

Sempre con riferimento agli enti pubblici economici la Corte ha affermato, superando il suo tradizionale orientamento che *“si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato; con la conseguenza - si è precisato - che, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della corte contabile è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno (Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973; 20 giugno 2006, n. 14101; 1 marzo 2006, n. 4511; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3367)”*. Di conseguenza, secondo il ragionamento seguito dai giudici di legittimità, gli enti pubblici economici restano nell'alveo della pubblica amministrazione anche quando operano imprenditorialmente con strumenti privatistici. La situazione cambia nel diverso caso della responsabilità di amministratori di società di diritto privato partecipate da un ente pubblico: si afferma infatti che una società non perde la sua natura di ente privato per il sol fatto che il suo capitale è alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. Si osserva infatti come il codice civile dedichi un solo articolo, l'art. 2449, alle s.p.a. a partecipazione pubblica e che la scarna disciplina ivi contenuta non è certamente in grado di configurare *“uno statuto speciale per dette società (spesso, viceversa, interessate da norme speciali, non sempre tra loro ben coordinate), salvo per i profili inerenti alla nomina e revoca degli organi sociali, specificamente ivi contemplati”*, né tantomeno di investire *“il tema della responsabilità di detti organi, che resta quindi disciplinato dalle ordinarie norme previste dal codice civile a questo riguardo”*¹⁵. Ebbene nel caso oggetto della sentenza in esame la Suprema Corte circoscrive la giurisdizione contabile alla sola ipotesi in cui, l'azione del procuratore contabile, sia volta 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.

¹⁴ Si ricorderà infatti come, antecedentemente alla sentenza del 2003 ivi citata, la Corte fondasse il suo ragionamento sulla distinzione tra atti inerenti all'esercizio dell'attività di impresa e atti relativi all'espletamento di pubbliche funzioni.

¹⁵ Cfr. Sez. Un., n. 26806 del 19 dicembre 2009.

Di conseguenza, secondo i giudici di legittimità, la giurisdizione della Corte dei Conti dovrebbe essere esclusa nell'ipotesi in cui l'azione sia stata proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio e alla redditività della società. Infatti, da un lato “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 lesa dall'atto di mala gestio”, dall'altro non sussisterebbe neppure “un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della suindicata società sia socio”. Quello che rileverebbe, secondo la Corte, è soltanto il danno “diretto” arrecato al patrimonio dell'ente pubblico socio, mentre dovrebbe considerarsi irrilevante, in tema di responsabilità erariale, il danno c.d. “riflesso”. Infatti, sebbene sia vero che il danno sofferto dal patrimonio della società sia destinato a ripercuotersi sui soci, non può non considerarsi, ad avviso dei giudici, che lo stesso diritto societario, con riferimento a società interamente partecipate da privati, distingue “i danni arrecati direttamente al patrimonio del socio o del terzo da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società”¹⁶. Pertanto, conclude la Suprema Corte, “Si capisce, allora, come 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 eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei 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”.

La tappa successiva di questa evoluzione giurisprudenziale è segnata dall'ordinanza 22 dicembre 2009, n.27092, con cui è stata riconosciuta la giurisdizione contabile nei confronti delle azioni di responsabilità promosse nei confronti di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto è soggetto a regole legali *sui generis* e dalla sentenza del 25 novembre 2013, n.26283¹⁷, con cui è stata affermata la giurisdizione della Corte dei Conti nell'ipotesi in cui l'azione del Procuratore contabile sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*¹⁸.

Nel primo caso le Sezioni Unite hanno riconosciuto alla Rai, sulla base di speciali indici, nonostante l'ambito formale che riveste di S.p.A., “natura sostanziale di ente assimilabile ad una amministrazione pubblica”, da cui discenderebbe la “qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti

¹⁶ Cfr. sentenza ivi menzionata

¹⁷ Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. comm.*, II, n. 2, 2015, p. 236, con nota di E. CODAZZI, *La giurisdizione sulle società cd. “in house”: spunti per una riflessione sul tema tra “anomalia” del modello e (in)compatibilità con il diritto societario*. Alla pronuncia *de qua* sembrerebbe essersi conformata la giurisprudenza successiva antecedente all'emanazione del testo unico. In tal senso, vedi Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936; Cass., Sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5491; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7177

¹⁸ Cfr., da ultimo, E. CODAZZI, *Le società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018.

pubblici suoi azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa del giudice contabile?

Con riferimento invece alla sentenza del 2013, la Corte di Cassazione ha affrontato il problema della “sostanza pubblicistica”¹⁹ della società *in house*, arrivando a ricomprendere nella giurisdizione contabile anche la cognizione del danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti di tale società. Infatti, secondo i giudici della Suprema Corte, le società *in house* hanno della società solo la forma esteriore in quanto in realtà costituiscono delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi.

Di conseguenza, “*gli organi di tali società, assoggettati 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*”.²⁰

Tali organi sono infatti preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, motivo per cui gli stessi, ad avviso della Corte, sono ad essa personalmente legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non diversamente da quanto accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.

Pertanto, non essendo possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, la Corte conclude affermando 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. Ne deriva che “*il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità*”.²¹

3. La soluzione adottata dal Testo Unico

L'art. 12 del d.lgs. 175/2016²², rubricato «Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate», va ad attuare, come anticipato sopra, l'art. 18 comma 1 lettera c) della legge delega, che prescriveva come principio e criterio direttivo quello di fornire una «precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate».

¹⁹ Cfr. D. MORGANTE, *op. cit.*

²⁰ Cfr. massima sentenza in *neldiritto.it*

²¹ Cfr. nota precedente.

²² A. BAUDINO, *La responsabilità degli amministratori delle società a capitale pubblico e misto dopo il D. Lgs. n. 175/2016 (di riordino della disciplina in materia di partecipazione pubblica)*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, n. 10, 2017, pp. 1226-122

Si può innanzitutto osservare come il legislatore delegato, accogliendo le osservazioni formulate dal Consiglio di Stato nel parere n. 968 del 2016,²³ si sia posto in una sostanziale linea di continuità con gli orientamenti a cui era giunta la suprema Corte di Cassazione. La norma dispone al primo comma che «I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2».

Si tratta evidentemente di una disposizione avente come finalità quella di favorire “(l’) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo”.²⁴

Per questo motivo è stata infatti disposta dal legislatore “la concorrente applicazione della normativa di diritto comune in tema di responsabilità e di quella per danno erariale”.²⁵ Si è inoltre osservato come tale norma abbia finito per cristallizzare le conclusioni a cui era giunta la Suprema Corte con la sentenza 26283 del 2013, venendo estesa la giurisdizione contabile sia alle ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori e dei dipendenti di una società *in house*, sia alla diversa fattispecie di danno erariale nei casi di società miste.

²³ L’iter evolutivo seguito dalla giurisprudenza è stato accolto e condiviso dal Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto delegato, che espressamente definisce come “consolidato” l’esito interpretativo a cui è giunta la Corte di Cassazione, la quale, come è ormai noto, distingue il regime delle società a partecipazione pubblica da quello delle società *in house*. In particolare, in relazione alle prime, il Consiglio di Stato ricorda che l’autonoma soggettività della società impedisce, per mancanza del rapporto di servizio, di radicare la giurisdizione del giudice contabile. Tuttavia, osserva la Commissione Speciale, la Suprema Corte ha individuato due eccezioni a tale principio generale, in relazione alle quali è configurabile la giurisdizione della Corte dei conti. La prima ipotesi riguarda il caso in cui l’azione del procuratore contabile sia volta a far valere la responsabilità dell’amministratore per il danno cagionato “direttamente” all’ente pubblico. La seconda ipotesi si avrebbe invece nel caso in cui l’azione del procuratore contabile sia proposta 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, così pregiudicando il valore della partecipazione. Infine, secondo il Consiglio di Stato, la qualificazione dell’*in house* come articolazione interna della pubblica amministrazione è coerente con il riconoscimento, in tali casi, della giurisdizione contabile. La Commissione Speciale ricorda infatti che se l’attività degli amministratori e degli organi di controllo non è riconducibile ad un soggetto privato dotato di una sua autonoma soggettiva ma ad “organi” di una pubblica amministrazione, è certamente riscontrabile un rapporto di servizio con l’ente pubblico”. Essendo quindi prive *de facto* le società *in house* di soggettività giuridica, in quanto riconducibili ad una articolazione interna dell’amministrazione, il danno arrecato ad esse “è un danno arrecato al patrimonio (separato) dell’ente pubblico, il che giustifica l’attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità”.

²⁴ Cfr. art. 18 comma 1, lettera h), l. 124/2015

²⁵ 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; A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, Maggio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it; M. SCIASCIA, *La giurisdizione della Corte dei Conti nel sistema delle partecipazioni pubbliche delineato dal Testo Unico*, in *Le società pubbliche*, in F. FIMMANÒ (a cura di), Napoli, 2016, 165-175; F. CERIONI, *Le responsabilità degli amministratori degli enti pubblici soci per danno erariale*, in AA.VV., *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017, 149, nonché A. NAPOLITANO, *L’evoluzione della giurisprudenza ed i recenti interventi del legislatore in materia di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2017.

Il comma 2 dell'articolo 12 si preoccupa poi di dare una definizione di danno erariale, inteso come “il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

Salvo quindi le diverse ipotesi delle *società in house* e del danno erariale, le società a partecipazione pubblica sono assoggettate, analogamente a quanto avviene per quelle a totale partecipazione privata, al regime generale di responsabilità previsto dal diritto societario e di cui agli artt..2392 ss c.c.

4. Danno erariale e “rapporto di servizio”

L'art. 12 del d.lgs. 175/2016, nel prevedere come regola generale in materia di responsabilità degli organi delle società partecipate l'applicazione della disciplina ordinaria prevista dal diritto societario, fa salva la giurisdizione contabile sulle controversie in materia di danno erariale, nei limiti della quota di partecipazione pubblica. La definizione di danno erariale è poi data dal secondo comma del medesimo articolo, ove viene definito come “il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”. Nonostante l'intento chiarificatore del legislatore, ad oggi continuano a porsi numerosi problemi interpretativi, in particolare ci si chiede se, ai fini del riparto di giurisdizione tra Corte dei conti e giudice ordinario, sia ancora decisiva la sussistenza di un rapporto di servizio tra l'amministratore o il diverso componente dell'organo della società partecipata e l'ente pubblico partecipante.

Come si è visto infatti, prima dell'entrata in vigore del testo unico, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 26806/2009²⁶, avevano escluso la giurisdizione contabile in assenza di un rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore della società partecipata, non ritenendo configurabile come danno erariale l'atto di *mala gestio* compiuto dagli organi societari. Ad una diversa soluzione erano giunte pochi anni dopo le Sezioni Unite, le quali, con la sentenza 26283/2013, avevano escluso, con riferimento alle società *in house*, un concorso di azioni di responsabilità. La Suprema Corte aveva infatti qualificato in termini di rapporto di servizio il legame tra gli organi di tale società e la Pubblica Amministrazione, ove per rapporto di servizio si intende l'inserimento funzionale del soggetto agente nell'organizzazione dell'ente partecipante.

²⁶ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, IX, p. 935



Il tema è stato poi affrontato dal legislatore delegato con il testo unico sulle società partecipate, il quale ha però omesso di fare un esplicito riferimento al rapporto di servizio²⁷. Ciò nonostante, lo stesso sembrerebbe essere implicitamente invocato, come si vedrà, al primo comma dell'art. 12, laddove viene fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. Con riferimento alle società meramente partecipate, invece, l'individuazione di un rapporto di servizio quale elemento giustificativo dell'attrazione del regime di responsabilità alla sfera pubblicistica sembrerebbe aver perso rilevanza pratica, posto che il comma 2 dell'art. 12 da rilevanza oggettiva, ai fini della configurabilità di una responsabilità erariale, al danno – patrimoniale o non patrimoniale – subito dagli enti partecipanti.

Sull'argomento si è quindi nuovamente soffermata la Suprema Corte di Cassazione con la pronuncia n. 22712 dell'11 settembre 2019. In tale occasione il giudice regolatore della giurisdizione ha innanzitutto ribadito il principio per cui le società partecipate hanno autonoma soggettività giuridica rispetto al socio pubblico, con autonomia giuridica e patrimoniale rispetto a quest'ultimo. Ne deriva che esse non perdono la propria natura di ente privato per il solo fatto che il capitale sia alimentato da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, ma conservano la loro natura privata derivante dal modello societario prescelto. Conseguentemente, il danno al patrimonio di una società a partecipazione pubblica derivante da una “mala gestio” da parte degli amministratori (o dei componenti dell'organo di controllo) non può essere qualificato in termini di danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della detta società sia socio. In tal senso depongono sia la distinzione in termini di alterità tra la società di capitali e i singoli enti soci, sia la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi: di talché non appare configurabile né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione né, in ipotesi di danno al patrimonio della società causato da atti di “mala gestio” posti in essere dagli amministratori o dai dipendenti, un danno erariale diretto che si produca immediatamente nella sfera giuridico-patrimoniale del socio. Il rapporto di servizio, infatti, può configurarsi nel caso di società meramente partecipate esclusivamente tra società ed ente pubblico e non già tra quest'ultimo e gli amministratori della prima. Di conseguenza, il danno eventualmente arrecato dagli amministratori al patrimonio della società non può essere qualificato come erariale perché non riferibile direttamente all'ente pubblico socio.

²⁷ Cfr, M. PASSALACQUA, *Il regime delle responsabilità nelle società partecipate alla luce del principio europeo di neutralità nei rapporti Stato-mercato* in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2, 2020, secondo cui l'individuazione nella novella disciplina delle società partecipate di una duplice ipotesi di responsabilità erariale richiede di saper andare oltre il rapporto di servizio che lega l'amministrazione alla società, divenuto peraltro sempre meno rilevante anche negli orientamenti della giurisprudenza civile, indagando più a fondo struttura, natura e ratio di tale rapporto.

5. Giurisdizione contabile e società *in house*

L'art. 12 del d.lgs. 175/2016 fa salva in materia di responsabilità, come anticipato sopra, “la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*”.

Nonostante la sua sinteticità, tale disposizione apre le porte ad interrogativi non molto agevoli da sciogliere. In particolare, ci si è chiesti se per “danno erariale” si debba intendere quello di cui al secondo comma del medesimo articolo, definito come “il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti (...)” o se invece si debba fare riferimento ad una diversa definizione. Il problema non è di poco conto, soprattutto ai fini del radicamento della giurisdizione, posto che, qualora si decida di accogliere la prima tesi “ne conseguirebbe che non competono alla giurisdizione contabile le azioni volte a risarcire il danno subito direttamente dal patrimonio della società *in house*, trattandosi di danno *non* erariale poiché non *direttamente* arrecato al patrimonio dell'ente pubblico socio”.²⁸ Dovrebbero quindi di conseguenza essere sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario sia l'azione sociale di responsabilità, sia l'azione esperibile dai creditori sociali e di cui all'art. 2394 c.c. Secondo un diverso filone interpretativo invece, la clausola di salvezza appena menzionata dovrebbe essere intesa come avulsa del restante disposto di cui all'art. 12 del T.U.

Più precisamente, ci si chiede se il legislatore abbia inteso qualificare come “sempre erariale” il danno cagionato al patrimonio della società *in house*, sulla scia di quanto affermato in via giurisprudenziale a partire dalla più volte menzionata pronuncia Cass. civ., Sez. un., n. 26283 del 25 novembre 2013, o se invece l'espressa attribuzione alla Corte dei Conti delle azioni di responsabilità per danno erariale lascia intendere che possa configurarsi, a carico del patrimonio della società, anche un danno “diverso”, la cui azione volta ad ottenere il ristoro dovrebbe essere intentata davanti al giudice ordinario. Si ricorderà infatti che con la pronuncia del 2013 la Suprema Corte aveva affermato, con riguardo alle società *in house*, la sostanziale identità tra il patrimonio sociale e il patrimonio dell'ente pubblico, configurando la separazione giuridica derivante dalla veste societaria come una mera “formalità”. Secondo l'orientamento della Corte era quindi configurabile, nei confronti di tali società, la sola giurisdizione contabile, in quanto arrecare un danno al patrimonio sociale significava cagionare un pregiudizio al patrimonio dell'ente pubblico e quindi un danno erariale.

Il problema è tutt'altro che teorico, posto che, escludendo per le società *in house* la configurabilità di una responsabilità civile concorrente a quella erariale si rischia di generare conseguenze ben più ampie di quelle attinenti al riparto di giurisdizione. In questo modo infatti si avvalorerebbe la tesi di coloro che

²⁸ Cfr. M. PERRINO, *Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*, in *rivista di diritto societario*, n.1, 2019, p.15

continuano a inquadrare le società *in house* in chiave pubblicistica, nonostante la loro veste “societaria”. Ulteriori profili problematici deriverebbero poi dall’azione di responsabilità promossa dai creditori sociali, la quale, come è noto, ha natura autonoma rispetto a quella “sociale” ed è volta a risarcire quest’ultimi da una lesione cagionata all’integrità del patrimonio sociale. Poiché il giudizio contabile è volto tendenzialmente a risarcire i danni subiti dall’ente pubblico, ammetterne la sua esclusività significherebbe negare la tutela giurisdizionale ai creditori sociali, i quali non avrebbero così a disposizione alcuno strumento per far valere le proprie pretese.²⁹

Per contro, vi è chi ha aggirato il problema sostenendo che i creditori sociali potrebbero comunque intervenire nel processo, instaurato davanti alla Corte dei Conti dal PM contabile, ai sensi dell’art. 3 del d.lgs. 174/2016³⁰, il quale sancisce il c.d. principio di concentrazione. Questa teoria³¹ non appare però soddisfacente, in quanto continuerebbe ad essere negato ai creditori sociali il diritto ad una tutela giurisdizionale diretta ed effettiva.

Infatti si è sottolineato che³² l’azione intrapresa dal procuratore contabile : 1) può essere esperita solo da quest’ultimo ed è volta a risarcire il danno erariale, ovvero il danno subito dal socio pubblico e non dall’intero patrimonio sociale; 2) può comportare l’attenuazione della condanna³³ rispetto all’entità del danno accertato; 3) sarebbe limitata ai comportamenti illeciti causativi del danno erariale caratterizzati da dolo o colpa grave; 4) sarebbe esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del danno esclusivamente nel caso di indebito arricchimento³⁴; 5) e infine escluderebbe³⁵ la solidarietà passiva tra i compartecipi alla condotta illecita, a differenza di quanto previsto dagli artt. 2392, 1° comma, 2407, 2° comma, 2489, 2° comma e 2491, ult. comma, c.c., per la responsabilità civile di amministratori, sindaci e liquidatori di s.p.a. (nonché, più in generale, per tutti i condebitori, ai sensi dell’art. 1294 c.c.). Si deve inoltre osservare che, interpretare il fenomeno dell’*in house* in chiave pubblicistica, per quanto attinente ai profili della “responsabilità”, si pone in aperto contrasto con quanto previsto in materia di

²⁹ Si noti che la questione era largamente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza ancor prima dell’emanazione del testo unico. In tal senso, vedi C. TEDESCHI, *La responsabilità degli amministratori delle società in house e la tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 3, p. 405 ss.

³⁰ Ai sensi del quale “Nell’ambito della giurisdizione contabile, il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice contabile di ogni forma di tutela degli interessi pubblici e dei diritti soggettivi coinvolti, a garanzia della ragionevole durata del processo contabile”. Cfr., sul punto, M. PERRINO, *op. cit.*; F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, fasc. 3, 2017, p. 383.

³¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 10019/2019, in cui si afferma che “non è dato neppure valorizzabile il principio di concentrazione delle tutele di cui al D.Lgs. n. 174 del 2016, art. 3 (su cui si sofferma anche l’anzidetta memoria), poichè, a prescindere da problemi di ordine processuale, è anche da escludere la possibilità di una pronuncia di condanna da parte della Corte dei conti in favore della società in house anzichè dell’ente socio, così da offrire tutela ai creditori. Sebbene effettivamente sussista l’esigenza di evitare una duplicazione dei risarcimenti, ciò tuttavia involge questioni applicative che non incidono sulla configurabilità della giurisdizione del giudice ordinario sull’azione in esame”.

³² Cfr. Perrino Michele, *op. cit.*, p. 33.

³³ Attraverso il c.d. “potere di riduzione” di cui all’art. art. 1, comma 1°-bis, legge n. 20/1994

³⁴ Cfr. art. 1, 1° comma, legge n. 20 del 1994

³⁵ Vedi art. 1, comma 1°-quater, legge n. 20 del 1994

crisi d'impresa dall'art. 14 del T.U., il quale, risolvendo una volta e per tutte la “*vexata quaestio*” della fallibilità³⁶ delle società pubbliche, sembrerebbe aver assoggettato anche le società *in house* alle procedure concorsuali, come recentemente confermato anche dalla Cassazione³⁷.

Sottoporre quindi le società *in house*, con riferimento alla crisi d'impresa, alla medesima disciplina prevista dal diritto societario per le società private, per poi escluderne l'applicabilità in materia di responsabilità risulta non solo altamente contraddittorio ma anche lesivo dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento.

Il tema è stato recentemente affrontato dalla Suprema Corte con due ordinanze, le n. 22406 del 2018 e n. 10019 del 2019, le cui conclusioni sono state da ultimo rimesse parzialmente in discussione dalla pronuncia n. 614 del 15 gennaio 2021.

La prima pronuncia³⁸ rappresenta il definitivo superamento del modello di responsabilità delineato con la Sentenza n. 26283 del 2013, in quanto si ammette espressamente la possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile. La Corte infatti, richiamando quanto affermato con la decisione n. 26806 del 2009, ritiene che “*laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio*”. Secondo i giudici la specifica attribuzione delle azioni relative al danno erariale alla giurisdizione della Corte dei conti lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, soprattutto in considerazione del fatto che l'azione contabile sarebbe inidonea a ristorare i creditori sociali e conseguentemente non sarebbe in grado di produrre effetti ostativi nei confronti di una eventuale azione proposta davanti al giudice ordinario. Inoltre, pur riguardando gli stessi fatti, la proposizione delle due azioni non viola il principio del *ne bis in idem*, posto che le stesse si differenziano sia con riferimento all'oggetto che avuto riguardo alla diversa funzione dei due giudizi.

Nel motivare le sue conclusioni la Corte fa espresso riferimento a due importanti pronunce, le sentenze n. 24591 del 2016 e n. 7759 del 2017, con cui aveva in passato affermato la giurisdizione del giudice

³⁶ Cfr. V. CHIONNA, *Le soluzioni concordate della crisi delle società pubbliche*, in *Dir. Fall.*, n. 2, 2017, pp. 511ss; G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?* In, *Il Fallimento*, 2009. G. D'ATTORRE, *la fallibilità delle società in mano pubblica*. In “*Il Fallimento*”, n. 5, 2014; F. FIMMANÒ, *Il fallimento delle “società pubbliche”, in crisi di impresa e fallimento*, 13 dicembre 2013; F. FIMMANÒ, *La società pubblica anche se in house, non è un ente pubblico ma un imprenditore commerciale e quindi è soggetta a fallimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 10; PANZANI L., *La fallibilità delle società in mano pubblica*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2013.

³⁷ Cfr. sentenza Cass. Sez. I Civile, n.3196 del 7 febbraio 2017

³⁸ Si noti che la pronuncia in esame è intervenuta a definire una vicenda *ratione temporis* non assoggettata alla nuova disciplina dettata dall'art. 12 d.lgs. n. 175 del 2016. Per un approfondimento sulla vicenda si veda Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22406 (ordinanza), con nota di C. COMMANDATORE, *Le molteplici responsabilità degli organi sociali delle società a partecipazione pubblica*, in *Urb. e app.*, 2019, 2, p. 190, e di V. BONTEMPI, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, p. 217, e di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente “a tutto campo” della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019, 1, p. 67.

ordinario anche con riferimento alle azioni concernenti la nomina e la revoca degli amministratori, essendo atti compiuti dall'ente “*uti socius*” e non “*jure imperii*”.

Centrale è poi secondo le Sezioni Unite quanto affermato con la sentenza del 7 febbraio 2017, n. 3196, in cui si è sostenuto che “*In tema di società partecipate dagli enti locali, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità*”. Nel caso di specie quindi, conclude la Corte, la proponibilità dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, l. fall., che cumula le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore della società e dei creditori sociali, costituisce la necessaria conseguenza del fallimento della società *in house*, ormai pacificamente ammesso anche dalla giurisprudenza. In linea con quanto affermato fino ad ora si pone l'ordinanza n. 10019 del 2019, in cui si è ribadito che la responsabilità contabile non può comportare la paralizzazione dell'attuazione della tutela dei creditori sociali, in quanto una siffatta soluzione interpretativa potrebbe determinare seri dubbi di tenuta costituzionale.

In tale pronuncia si evidenzia infatti che “*La concorrenza di differenti discipline comporta che la società a partecipazione pubblica (anche quando in house) è assoggettabile alle regole concernenti i soggetti pubblici là dove ciò è stabilito ed assume rilievo preminente la natura sostanziale degli interessi pubblici coinvolti; essa resta invece assoggettata nel resto alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento*”. Il problema nascerebbe quindi, secondo i giudici, da una errata interpretazione della sentenza n. 26283 del 2013: in tale occasione infatti l'intenzione della Suprema Corte non era assolutamente quella di negare la tutela giurisdizionale dei creditori sociali che erano entrati in relazione con la società facendo affidamento sulla natura privata del soggetto, bensì quella di preservare l'erario dalla *mala gestio* degli organi sociali delle società “strumento” della P.A. Di conseguenza, con tale pronuncia, non si era affatto voluto introdurre una “giurisdizione contabile esclusiva” in materia di responsabilità degli organi delle società *in house*, ma semplicemente rafforzare il relativo regime di responsabilità.

Più di recente, la Suprema Corte è di nuovo ritornata sul tema con l'ordinanza n. 614 del 15 gennaio 2021. In tale occasione la Suprema Corte, dopo aver ricordato che per società *in house* si intende un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione da cui promana – e non quindi un soggetto giuridico ad essa esterno ed autonomo – la quale si avvale di tale soggetto per l'autoproduzione di beni e servizi, ha riaffermato il principio per cui l'azione di responsabilità promossa nei confronti degli amministratori per i danni cagionati al patrimonio della società è devoluta alla giurisdizione della Corte

dei Conti solo quando la società *de qua* può essere qualificata come società *in house*. Al di fuori di questa ipotesi, infatti, la mera assunzione della qualità di socio da parte dello Stato o di un ente pubblico non costituisce una ragione sufficiente ai fini della devoluzione dell'azione di responsabilità alla giurisdizione contabile. Il danno subito dalla società a causa della *mala gestio* degli amministratori può essere qualificato come danno erariale solo quando ci si trovi in presenza o di una società *in house*, quale era il caso di specie, ovvero di una società c.d. legale (quella, cioè, attraverso la quale l'ente pubblico svolge un'attività amministrativa in forma privatistica), non essendo riscontrabile, in entrambi i casi, un vero e proprio rapporto di alterità soggettiva tra la società partecipata e l'ente pubblico socio. Del resto una simile affermazione appare coerente con il dettato normativo di cui all'art. 12 del Testo Unico, ove viene fatta "salva" la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno erariale cagionato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. Quanto invece alla circostanza per cui l'esclusione del rapporto di alterità soggettiva tra la società *in house* e l'ente pubblico partecipante condurrebbe all'affermazione di un concorso di azioni davanti a giudici diversi (quello contabile per l'azione di risarcimento del danno erariale e quello ordinario con riferimento all'azione sociale di responsabilità), e quindi ad una duplicazione di giudicati inerenti al medesimo fatto, la Corte evidenzia come la stessa non appaia costituire un ostacolo alla loro coesistenza: in tal senso depongono sia l'indipendenza istituzionale delle due giurisdizioni, sia la tendenziale diversità di oggetto e di funzione dei relativi giudizi, con la conseguenza che il rapporto tra le due azioni non si pone in termini di esclusività, bensì di alternatività. Ne deriva che in una simile ipotesi si potrà verificare non già una questione di giurisdizione quanto piuttosto una questione di proponibilità della domanda, fermo restando in ogni caso il limite – che potrà eventualmente essere fatto valere anche in sede di esecuzione – rappresentato dal divieto di duplicazione del risarcimento, il quale impone a ciascuno dei due giudici di tener conto, in sede di liquidazione, di quanto già riconosciuto nell'altra sede³⁹.

6. Alcune considerazioni conclusive

Come si è avuto modo di vedere nei paragrafi che precedono, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 175 del 2016 i principali problemi interpretativi che si sono posti in materia di responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate hanno riguardato principalmente le società *in house*, complice la clausola di salvezza di cui all'art. 12 primo comma.

Più nel dettaglio, a risultare controverso era il rapporto tra l'azione contabile e l'azione civile risarcitoria, la cui difficile coesistenza fa ancora oggi sorgere diversi dubbi, soprattutto da un punto di vista

³⁹ Cfr., sul punto, Cass., Sez. Un., 17 aprile 2014, n. 8927, secondo cui nel caso di specie si determinerebbe "soltanto un'eventuale preclusione all'esercizio di un'azione quando con l'altra sia già ottenuto il medesimo bene della vita".

processuale. Gli orientamenti seguiti dalla Suprema Corte al fine di coordinare i rapporti tra le due azioni sono stanzialmente due.

Per un primo orientamento, avallato dalle pronunce del 2018 e del 2019 sopra citate, si dovrebbe ammettere il concorso tra le due azioni di responsabilità, stante le diverse funzioni e i diversi presupposti su cui le stesse si basano⁴⁰. Per un secondo orientamento invece, avallato dalla recente pronuncia del 2021, il rapporto delle due azioni si dovrebbe configurare in termini di alternatività, nel senso che una volta instauratosi uno dei due giudizi, l'altro dovrebbe restare precluso, fermo restando in ogni caso il divieto di duplicazione del risarcimento. Quest'ultima soluzione, se da un lato ha sicuramente il pregio di limitare l'entità del risarcimento, dall'altro appare essere poco coerente con il dettato normativo, posto che l'art. 12 del testo unico sembra ammettere espressamente una possibile coesistenza delle due azioni sulla base della diversa natura del danno che viene in rilievo (erariale o non erariale). Inoltre, qualora dovesse essere instaurato per primo il giudizio contabile, i creditori sociali troverebbero sbarrata la strada per poter soddisfare i propri crediti, posto che i privati non possono intervenire autonomamente nei processi contabili. Né ad una diversa conclusione si potrebbe giungere, come eppure alcuni hanno sostenuto⁴¹, facendo applicazione dell'art. 73 del d.lgs. n. 174/2016⁴², il quale permette al Procuratore contabile, al fine di meglio tutelare i crediti erariali, di esperire tutte le azioni previste dal codice civile a favore del creditore.

Infine occorre dare atto che, secondo una parte della dottrina⁴³, l'art. 12 del testo unico non ha fatto altro che positivizzare quanto già affermato in via pretoria con la sentenza n. 26283 del 2013, ovvero che in presenza di danni cagionati al patrimonio di una società in house la sola giurisdizione configurabile è quella contabile. Più precisamente, coloro che sostengono questa teoria abbandonano la tesi c.d. "a doppio binario"⁴⁴ o "dualistica" sull'assunto per cui nelle società in house la distinzione tra socio e società non si realizza più in termini di alterità soggettiva, essendo "squarciato" il velo che normalmente nasconde

⁴⁰ Peraltro si segnala che, secondo alcuni autori, vi dovrebbe essere assoluta incompatibilità tra responsabilità contabile e società, stante la natura privatistica di tale strumento. In tal senso vedi C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in S. FORTUNATO-F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, p. 15 ss.

⁴¹ C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 6, pp. 1244-1245. Secondo i sostenitori di questa tesi la Procura contabile potrebbe agire - in via surrogatoria - ex art. 2392 c.c. nei confronti degli amministratori dell'ente socio la cui inerzia pregiudichi il valore della partecipazione. Si noti inoltre che tale tesi minoritaria ha trovato espresso riconoscimento in Corte App. Napoli, 27 ottobre 2015 in *Giur. comm.*, 2017, p. 128.

⁴² Il quale dispone che "Il pubblico ministero, al fine di realizzare la tutela dei crediti erariali, può esercitare tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, Titolo III, Capo V, del codice civile"

⁴³ A. NAPOLITANO, *L'evoluzione della giurisprudenza ed i recenti interventi del legislatore in materia degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in *Federalismi.it*, 22, 2017

⁴⁴ F. COSSU, *L'organo di controllo interno delle società a partecipazione pubblica: responsabilità, giurisdizione e funzionamento*, in F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ-R. CANTONE (a cura di), *Le Società Pubbliche – Fenomenologia di una fattispecie*, I, Napoli, 2020, p. 665

il socio dietro la società; di talché la società non può neppure considerarsi terza rispetto all'amministrazione controllante⁴⁵, ma deve considerarsi come una *longa manus*⁴⁶ della stessa. A supporto di tale tesi si afferma che con la disposizione in esame il legislatore delegato ha operato una diversificazione di regime in materia di responsabilità degli organi di amministrazione e controllo a seconda che la società *de qua* sia una società meramente partecipata ovvero una società *in house*. In realtà, a ben vedere, il *core* del problema sembrerebbe essere costituito dalla *vaexata quaestio* della natura giuridica delle società *in house*. Quest'ultime infatti, diversamente dalle società meramente partecipate, per le quali sembrerebbe essere ormai pacificamente acclarata la loro natura privatistica, continuano ad essere assimilate da alcuni agli enti pubblici, i quali ne affermano così la natura pubblicistica nonostante la loro *forma iuris* privatistica.

Si tratta di una tesi che non convince: l'art. 1 comma 3 del testo unico infatti, laddove prevede che per tutto quanto non espressamente derogato dal suddetto decreto si applichino alle società partecipate le norme sulle società contenute nel codice civile e i principi generali di diritto privato, sembrerebbe aver operato una specifica scelta nel senso di ricondurre tutte le società pubbliche al novero delle società di diritto privato, fermo restando alcune specifiche ed espresse deroghe che si giustificano in considerazione della natura pubblicistica del socio.

Del resto, non si capisce per quale motivo si dovrebbero considerare le società *in house* come aventi natura pubblicistica quando le stesse rientrano pur sempre nella macrocategoria delle società a partecipazione pubblica. Inoltre questo modello, non è regolato soltanto dal c.d. Decreto Madia, ma risulta essere disciplinato anche dall'art. 5 del codice dei contratti pubblici⁴⁷, sebbene sotto una diversa prospettiva. Infatti, mentre l'obiettivo di quest'ultimo è quello di regolamentare l'azione della Pubblica Amministrazione, e l'affidamento diretto è dunque concepito come una modalità organizzativa dell'attiva della P.A. stessa, il decreto Madia si occupa dell'affidamento *in house* in una prospettiva soggettivistica. Da quanto precede consegue che le peculiarità delle società *in house* dovrebbero rimanere sul piano dell'affidamento diretto dei contratti pubblici in luogo dell'esternalizzazione, e non già su quello soggettivo. Il fatto che il legislatore abbia consentito il perseguimento di determinati interessi pubblicistici mediante lo strumento privatistico costituito dalle società di capitali comporta infatti che le pubbliche amministrazioni socie si assumano i rischi connessi, pena la violazione del principio di uguaglianza e di affidamento dei soggetti con esse entrano in rapporto.⁴⁸

⁴⁵ Giova ricordare che le società *in house* si caratterizzano per l'esercizio su di esse, da parte dell'amministrazione, di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

⁴⁶ Cfr. Cass. Sez. Un. n. 26283 del 2013.

⁴⁷ Il d.lgs. n. 50 del 2016

⁴⁸ Cfr. Cass. Civ. Sez. I n. 3196 del 7 febbraio 2017

La tesi che appare configurare una “giurisdizione contabile esclusiva” non è quindi condivisibile, non solo perché diversamente opinando si rischierebbe di pregiudicare gravemente il diritto dei creditori sociali ad una tutela giurisdizionale effettiva, ma anche in considerazione del fatto che la stessa appare essere superata dai recenti arresti giurisprudenziali.

Pertanto, la tesi che appare preferibile è quella che ammette il concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile anche nel caso delle società *in house*. In tal senso depone la specifica attribuzione alla Corte dei Conti delle azioni relative al danno erariale - da intendersi quale danno arrecato direttamente al patrimonio del socio pubblico – la quale lascia certamente intendere la configurabilità di un danno diverso (ovvero di un danno non erariale) arrecato direttamente al patrimonio della società. L'azione contabile, del resto, non è idonea, come si è avuto modo di vedere, a ristorare i creditori sociali e, di conseguenza, non può avere alcuna efficacia ostativa alla proposizione dell'azione civile davanti al giudice ordinario. Qualora successivamente alla proposizione delle due azioni si dovesse giungere all'affermazione della responsabilità in entrambi i procedimenti, il problema della duplicazione dei risarcimenti potrebbe risolversi tenendo in considerazione, in uno dei due giudizi, di quanto già eventualmente riconosciuto in altra sede⁴⁹, sebbene, secondo una parte della dottrina⁵⁰ e della giurisprudenza contabile⁵¹, il coordinamento dei due giudizi dovrebbe eventualmente avvenire in sede di esecuzione.

⁴⁹ C. COMMANDATORE, op. cit., p. 200

⁵⁰ F. FIMMANÒ, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali e di chiunque abbia preso parte al fatto lesivo nelle società pubbliche*, in *www.ilcaso.it*, 11 luglio 2019, ove si afferma che “Le due azioni potranno convivere e nessuna prevarrà sull'altra. Laddove nel tempo si formino due diversi titoli da eseguire sui beni dei componenti degli organi sociali, questi seguiranno le normali dinamiche del processo di esecuzione. E se una delle due azioni avrà bruciato sul tempo l'altra evidentemente non avrà esito fruttuoso per la sopravvenuta incapienza. D'altra parte anche l'azione penale può essere una terza incomoda. Ipotizziamo che il curatore preferisca l'azione civile alla costituzione di parte civile per un processo di bancarotta impropria ad opera degli organi sociali della società in house, ed al contempo il procuratore della corte dei conti eserciti l'azione erariale, ciò non toglie che l'eventuale sequestro penale ad esempio per fatti distrattivi si converta in una confisca di beni degli amministratori altrimenti destinati alla massa attiva della procedura concorsuale”.

⁵¹ In tal senso vedi Corte Conti, Lombardia, Sez. reg. giurisd., 1° febbraio 2010, n. 18, in *Leggi d'Italia*; Corte Conti, Lombardia, Sez. reg. giurisd., 13 maggio 2010, n. 235, in *Leggi d'Italia*.