

RIVISTA GIURIDICA SEMESTRALE

n. 1 - 2019

BILANCIO COMUNITÀ PERSONA

Editore Associazione

DIRITTO & CONTI
— BILANCIO · COMUNITÀ · PERSONA —

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE E SOCIETÀ AD AZIONARIATO PUBBLICO¹

di Andrea Gemma

Professore ordinario Università Roma Tre

La genesi storica e l'evoluzione del rapporto, sempre elastico e mutevole, tra autoregolamentazione privata e pubblico potere, trova una specifica cifra nelle continue elaborazioni delle SS.UU. sul riparto di giurisdizione² nella materia della responsabilità degli amministratori delle società ad azionariato pubblico.

L'analisi privatistica del riparto di giurisdizione si serve degli strumenti della selezione degli interessi rilevanti – risultando invece del tutto marginale la dimensione dei “rapporti di forza” eterodeterminati dal legislatore –. Ed è ricorrendo a tale metodo che occorre interrogarsi circa il regime giuridico cui sono assoggettate le attività svolte dalla società a partecipazione pubblica – vale a dire l'ente societario di diritto comune di cui lo Stato od altro ente pubblico detiene una partecipazione (totalitaria, di maggioranza o di minoranza, talvolta anche in via indiretta) – ed alle connesse questioni in materia di giurisdizione.

La dottrina ha da tempo sottolineato³, ribadendolo anche da ultimo⁴, la difficoltà di elaborare una “metrica universale” per decretare la prevalenza del diritto comune sul diritto pubblico e viceversa; la soluzione, secondo attenti lettori, appare ricavabile solo *in parte qua*, vale a dire senza assolutezza tassonomica, *ergo* caso per caso in relazione a specifici profili. Ne risulta un quadro frammentario finalisticamente orientato, ma privo di un'architettura strutturale.

La complessità del tema della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica è tale da aver generato, nel corso del tempo, un fiorire di opinioni che esibiscono formule diverse; v'è, infatti, chi ipotizza l'esistenza (i) di un diritto comune di parte speciale per le società pubbliche⁵ – richiamando a tal fine anche la relazione al codice civile⁶ che legittima le deroghe alla disciplina comune in ragione della finalità pubblica – ovvero, (ii) di società di diritto comune per la gestione e l'esercizio di funzioni pubbliche, dove l'esistenza di norme speciali che regolano la costituzione della società⁷, ovvero la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione degli organi “...non incidono sul modo in cui essa opera sul mercato né possono comportare il venire meno

¹ Articolo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

² Da ultimo nella manualistica si veda L. Giampaolino, P. Della Ventura, *Il riparto di giurisdizioni*, in *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, a cura di E. F. Schlitzer e C. Mirabelli, Editoriale Scientifica, 2018. E' utile il quadro di sintesi proposto da T. Miele, *Introduzione*, in *Atti dell'Incontro di Studio organizzato dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione e dall'Associazione Magistrati della Corte dei Conti sul tema “Le società pubbliche: il difficile equilibrio fra le giurisdizioni”*, svoltosi a Roma, presso l'Aula Magna della Corte di Cassazione, l'8 aprile 2013, edito dal Seminario di formazione permanente della Corte dei Conti nel novembre 2013.

³ Cfr. A. Corpaci, *Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici*, in *Le responsabilità pubbliche (civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale)*, a cura di D. Sorace, Padova, 1998.

⁴ Da ultimo A. Nicodemo, *Imprese pubbliche e settori speciali*, Torino, 2018.

⁵ Cfr. M.T. Cirenei, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle S.p.A.*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1992; nonché, G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.

⁶ Nella Relazione al codice civile dove si legge che: “...in questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge della società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, salvo che norme speciali non dispongano diversamente”.

⁷ Cfr. M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi AA., Torino, 2008.; nonché, M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, 2010.

delle ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi contraenti contemplate dalla disciplina privatistica”⁸.

Sotto un altro e concorrente profilo, si è pragmaticamente proposto un ragionamento che sottolinea come sia il mercato a determinare la forma di operatività dell'impresa pubblica,⁹ assegnando un ruolo pivotale al principio unionista della concorrenza perché in grado di conformare l'ordinamento ed idoneo a guidare la scelta dei moduli organizzativi e delle regole di azione. Concorrenza significa, sotto tale angolo visuale, non solo apertura e pubblica evidenza, ma anche, significativamente, uguaglianza tra imprese sui mercati, parità di mezzi rispetto al fine perseguito, anche per ciò che concerne le forme di organizzazione, i moduli e regimi di azione e l'efficacia della manovra imprenditoriale.

Tale linea di pensiero, ormai consolidata, trova conferma nelle deroghe alla disciplina di diritto comune, imposte dalla tutela di superiori interessi pubblici, che tuttavia devono essere selezionati a monte dal legislatore e che postulano un'operatività non espansiva (vale a dire, in primo luogo, non analogica), poiché al contrario si verrebbe a rendere l'impresa partecipata dallo Stato “meno eguale” sul mercato, con conseguenti irrazionali *deficit* competitivi.

Il discorso sul riparto di giurisdizione nella materia della responsabilità degli amministratori di società partecipate dallo Stato o da enti pubblici si giova di recenti riflessioni della dottrina¹⁰ indotte dall'adozione del d.lgs. 175/2016 recante il Testo unico sulle società pubbliche (di seguito, il “TUSP”)¹¹. Si tratta di un corpo normativo organico che, come appresso meglio si dirà, disciplina il riparto di giurisdizione con delle disposizioni che i primi commentatori hanno qualificato come “ricognitive” dell'orientamento tracciato dalla Suprema Corte; tuttavia, le soluzioni normative adottate lasciano insoluti una serie di nodi di grande rilievo¹².

Prima del TUSP le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute copiosamente sul riparto di giurisdizione nelle controversie aventi ad oggetto la responsabilità degli amministratori o dei dipendenti di società partecipate pubbliche per gli atti di *mala gestio*. In particolare, si sono lungamente confrontati orientamenti “panpubblicistici”¹³ in opposizione a visioni “panciviltistiche”¹⁴, basate sull'analisi della natura giuridica e della rilevanza pubblica delle risorse gestite.

In termini cronologici, occorre rammentare un primo indirizzo della S.C. orientato a valorizzare la permanenza della “sostanza pubblicistica” anche dei soggetti c.d. formalmente privatizzati, sicché il *discrimen* tra le due giurisdizioni veniva individuato sulla distinzione tra atti d'impresa ed atti riconducibili all'esercizio di poteri autoritativi ovvero a funzioni pubbliche. In particolare, con la decisione del 22 dicembre 2003, n. 19667 le Sezioni Unite, precisavano che: “...il “*discrimen*” tra le due giurisdizioni risiede infatti unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui esso si avvale avendo il legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente - e così, in definitiva, l'interesse pubblico - con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte 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”¹⁵.

In altri termini, la linea di pensiero proclamava che l'adozione di forme privatistiche per l'organizzazione dell'ente pubblico o per la sua attività non aveva alcuna incidenza sulla natura

⁸ Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209

⁹ G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, 2009.

¹⁰ Cfr. M. Casavecchia, *Le società pubbliche alla luce del TU 175/16*, in *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmano, A. Catricalà, Universitas Mercatorum Press, 2016.

¹¹ Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante il “*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*” (di seguito, “TUSP”), (in Gazz.Uff. 8 settembre 2016, n. 210), come integrato dal decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100, (in Gazz.Uff. 26 giugno 2017, n. 147).

¹² Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione*, in *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, a cura di G. Meo, Bari, 2016.

¹³ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2003, n. 19667.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2015, n. 23306.

¹⁵ Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2003, n. 19667.

pubblica del denaro amministrato, rendendolo “denaro privato”, del cui buon uso sia consentito quindi disinteressarsi. Pertanto, ai fini del radicarsi della giurisdizione contabile risultava dirimente l’oggettivo perseguimento dei pubblici interessi e la qualificazione pubblica delle risorse gestite.

Si tratta di una linea di pensiero condotta fino ai suoi confini più lati dalle Sezioni Unite del 1° marzo 2006, n. 4511, che hanno affermato che anche una minima partecipazione pubblica in una società giustifica l’intervento della Corte dei Conti, poiché il danno ad un soggetto partecipato “*in qualsiasi misura sia estesa detta partecipazione*”¹⁶, produceva necessariamente un danno alle casse pubbliche.

Successivamente detto criterio di riparto – ancorato alla natura, pubblica o privata, delle risorse impiegate e degli scopi con esse perseguiti – è stato profondamente rimeditato dalla stessa Corte che, con la sentenza n. 26806/09¹⁷, ha inaugurato una nuova teorica giurisprudenziale¹⁸ caratterizzata dall’affermazione della giurisdizione contabile nei casi di danno arrecato direttamente sul patrimonio sociale o su quello del socio pubblico¹⁹.

La S.C. adotta una “nuova metrica” che formula un importante criterio di generale applicazione in materia di società a partecipazione pubblica: spetta 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, qualora non sia 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. Nel giustificare il mutato orientamento la S.C. afferma che la partecipazione pubblica al capitale sociale non è di per sé 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.

Per converso, la S.C. ha affermato la giurisdizione della Corte dei Conti nei casi in cui l’azione di responsabilità trovasse fondamento nel comportamento di chi, quale 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.

¹⁶ Cass. civ., Sez. Un., 1 marzo 2006, n. 4511. Tale sentenza ha confermato pienamente l’orientamento già avviato dalla sentenza della Sezione Giurisdizionale per il Molise della Corte dei Conti, 7 ottobre 2002, n. 234.

¹⁷ Corte di Cassazione, S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giustizia civile*, 2010, 11, I, 2497; C. Ibba, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Giur. Comm.*, 2012, I 641.

¹⁸ Sul punto è stato osservato come l’inversione di tendenza mostrata dalla Corte di Cassazione sia altresì motivata dal “*...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.

¹⁹ I giudici, motivando la propria decisione, hanno 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 la S.C., infatti, “*...tale norma, benché 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*”.

²⁰ 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.

²¹ Questo mutato indirizzo, basato 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*

I giudici di legittimità hanno così stipulativamente affermato che il danno al patrimonio della società possa legittimamente rientrare nella categoria del danno erariale, trattandosi di uno svantaggio al patrimonio della società, in quanto, nonostante si tratti di un patrimonio separato rispetto a quello del soggetto pubblico, un suo depauperamento ridonda automaticamente in un pregiudizio al patrimonio pubblico²². La S.C., basandosi nuovamente sull'alterità della personalità giuridica della società rispetto a 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”²³.

Sebbene alcune non risalenti pronunce²⁴ esibiscano ancora una certa pedissequa osservanza al precedente orientamento, i giudici di legittimità si sono ulteriormente pronunciati evidenziando come il *discrimen* tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile si sia spostato “...dalla qualità del soggetto alla natura del danno e degli scopi perseguiti”²⁵.

Nella decisione n. 26283/13²⁶ si è affermata 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 cd. *in house*, decretando un principio innovativo,

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.

²² Cfr. Corte di Cassazione, 25 novembre 2013, n. 26283; Corte di Cassazione 26 marzo 2014, n. 7177, 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”.

²³ 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”.

²⁴ Il riferimento è all'ordinanza delle Sezioni Unite 3 maggio 2013, n. 10299, in *ForoAmm.* - 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.

²⁵ 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. La Suprema Corte ha 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”.

²⁶ 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 commercialistica. 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.

per quanto in qualche modo presagibile sulla scorta della precedente giurisprudenza²⁷. Infatti, pur senza abiurare i canoni ricevuti²⁸ la S.C. ha chiarito i confini della giurisdizione contabile distaccandosi, al tempo stesso, da schemi “panpubblicistici” fondati su interpretazioni riqualificatorie della natura della società prive di base normativa ed in contrasto con il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge²⁹.

Tale percorso evolutivo si sviluppa in successive pronunce³⁰ che hanno 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”³¹.

Per tali motivi la S.C. ritiene 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 convincenti critiche da parte, per lo più, della dottrina commercialistica³².

A tale ultimo riguardo si ricorda, ancora, come lo stesso giudice contabile abbia più volte affermato³³ la propria giurisdizione nelle ipotesi di società cd. *in house* caratterizzate da una

²⁷ 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. Dacìò 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.

²⁸ La Corte infatti evidenzia come l’indirizzo inaugurato nel 2009 debba “*essere in via generale tenuto fermo, anche alla luce della normativa sopravvenuta*”. La Suprema Corte ha 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.*”

²⁹ 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.

³⁰ Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un., 11 luglio 2014, n. 15943.

³¹ 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*”.

³² Cfr. L. Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2012, 323; 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.

³³ Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. Trentino Alto- Adige, 6 settembre 2011, n. 28, 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”;*

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.

In tale prospettiva, merita un cenno particolare l'ordinanza del 13 novembre 2015, n. 23306 con la quale le Sezioni Unite, in riferimento a condotte di *mala gestio* contestate a presidenti, amministratori delegati, consiglio di amministrazione e dirigenti di Alitalia S.p.A. (società privata a partecipazione pubblica), hanno rilevato che “...*Alitalia svolge la sua attività in regime concorrenziale di libero mercato nazionale e internazionale, avendo perso la sua fisionomia di compagnia di bandiera. ... i finanziamenti erogati nel tempo dal socio pubblico rientrano nel normale procedimento privatistico quali forme di partecipazione al capitale nel quale sono confluiti anche ai fini dell'aumento dello stesso. ... la sua veste giuridica non rappresenta un mero schermo di copertura di una struttura amministrativa pubblica*”. Conseguentemente, è stato affermato che solo il giudice ordinario può conoscere dell'azione di risarcimento del danno subito da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei suoi dipendenti “...*in quanto l'autonomia patrimoniale esclude ogni rapporto di servizio fra agente ed ente pubblico danneggiato. Ergo la giurisdizione non spetta alla Corte dei Conti, ma al giudice ordinario*”³⁴.

In tal senso, alla data del 2015 a mente della S.C. la giurisdizione contabile avrebbe ragione di sussistere solo per i casi di danno diretto del socio pubblico – qual è, in verità, solo il paradigma del danno all'immagine³⁵ – ovvero in relazione al rappresentante dell'ente pubblico partecipante che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio pregiudicando il valore della partecipazione. Al contrario, rimarrebbero assoggettate alla giurisdizione contabile le società con statuti *sui generis*, con esclusione delle società quotate.

Tale orientamento trova eco nella giurisprudenza contabile con la sentenza n. 178/2015³⁶, che afferma la propria competenza in un'ipotesi di danno erariale contestata ad amministratori di una spa partecipata al 99% da un Comune. La necessaria presenza di una società cd. *in house*, quale presupposto per il radicamento della giurisdizione contabile, viene così aggiornata, secondo una lettura orientata agli sviluppi della giurisprudenza comunitaria sulle nuove Direttive – in particolare quella appalti 2014/24, che reca i presupposti dell'*in house* e chiarisce che è possibile parlare di *in house* (e, pertanto, di giurisdizione contabile) – anche in caso di partecipazione privata di minima entità. Ulteriormente, la Corte di Conti valorizza la qualificazione pubblica di una società ai fini del conto economico consolidato delle P.A., sulla cui base lo Stato deve conseguire gli obiettivi di congruo rapporto fra debito e PIL.

L'interlocuzione tra la Corte di Cassazione ed i giudici contabili non si arresta ed esibisce un recente ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite (sentenza n. 11983 del 25 maggio 2017) relativa alla vicenda delle Ferrovie del Sud-Est. In tale occasione viene preliminarmente osservato che la Corte dei Conti non è il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici³⁷ e, pertanto, l'affermazione della relativa giurisdizione richiede l'interposizione del legislatore, attraverso norme che prevedono la giurisdizione contabile in fattispecie determinate. La S.C. rileva come la tendenza del legislatore sia volta, già sul piano generale, a riconoscere alle società in mano pubblica lo statuto delineato dal diritto societario, cui consegue l'assoggettamento delle relative controversie alla giurisdizione ordinaria³⁸. In tale alveo concettuale la S.C. conclude affermando che:

Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 7 gennaio 2011; Corte dei Conti, 19 aprile 2011, n. 582; Corte dei Conti, sez. giur. Veneto, 29 settembre 2012, n. 749; Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 19 ottobre 2012, n. 1626; Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 23 ottobre 2012, n. 1629; Corte dei Conti, 22 luglio 2013, n. 568.

³⁴ Cass. civ., Sez. Un., 13 novembre 2015, n. 23306.

³⁵ Cfr., in proposito, M. Perin, *Intervento al Seminario di studi su “Testo unico Società a partecipazione pubblica”*, organizzato da Paradigma s.r.l. e svoltosi a Milano il 22 e 23 settembre 2016.

³⁶ Corte dei Conti, sez. I giur. centr., 20 febbraio 2015, n. 178.

³⁷ Corte cost. 5 dicembre 2010, n. 355.

³⁸ Lo si evince dall'evoluzione partita dal D.L. 31 dicembre 1997, n. 248, art. 13 *bis* introdotto in sede di conversione dalla L. 28 febbraio 2008, n. 31, il quale, sia pure con riguardo alle sole società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, ha stabilito che “*la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è*

“... queste sezioni unite hanno già avuto numerose occasioni per sottolineare che, nella società di diritto privato a partecipazione pubblica, il pregiudizio patrimoniale arrecato dalla mala gestione dei suoi organi sociali di norma non integra il danno erariale, in quanto si risolve in un *vulnus* gravante in via diretta esclusivamente sul patrimonio della società, soggetta alle regole di diritto privato e dotata di autonoma e distinta personalità giuridica rispetto ai soci. L'azione di responsabilità per danno erariale si può, invece, configurare sia quando l'azione di responsabilità miri al risarcimento di un danno che - come nel caso del danno all'immagine - sia stato arrecato al socio pubblico direttamente, e non come mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale conseguente al danno arrecato alla società, sia nei confronti di chi, essendone incaricato, non abbia esercitato i poteri ed i diritti sociali spettanti al socio pubblico al fine d'indirizzare correttamente l'azione degli organi sociali o di reagire opportunamente agli illeciti da questi ultimi commessi (tra varie, Cass., sez. un., ord. 12 ottobre 2011, n. 20941; ord. 3 maggio 2013, n. 10299 e 27 ottobre 2016, n. 21692).

In alcuni casi particolari, tuttavia, si è affermata la sussistenza della giurisdizione contabile in relazione alle azioni di risarcimento del danno cagionato da componenti del consiglio di amministrazione e da dipendenti, facendo leva, di là dalla forma rivestita di società di capitali, sulla natura sostanziale di ente pubblico, emergente dalla sua struttura organizzativa ed operativa (si veda, al riguardo, Cass., sez. un., ord. 5 dicembre 2016, n. 24737, che ha aggiunto al catalogo dei casi già esaminati da queste sezioni unite, ivi enumerati, quello della centrale di committenza costituita dalla regione Piemonte ai sensi della L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 455).

Accanto a queste ipotesi singolari, la giurisdizione della Corte dei Conti è stata ravvisata anche con riguardo alle azioni di responsabilità proposte nei confronti di organi o dipendenti delle società in house, per tali dovendosi intendere quelle costituite da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, che esplicano la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e che siano assoggettate a forme di controllo della gestione analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici (tra varie, Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283; 10 marzo 2014, n. 5491; ord. 22 dicembre 2016, n. 26643), avuto riguardo alle previsioni contenute nello statuto della società nel momento cui risale la condotta ipotizzata come illecita (in particolare, Cass., sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177)³⁹.

Occorre sottolineare che il primo passaggio motivazionale delle Sezioni Unite del 2017 è fortemente contrastato sia dalla dottrina contabile⁴⁰ sia da talune decisioni della Corte dei Conti⁴¹ che, invece, enucleano dal secondo comma dell'art. 103 della Costituzione un principio generale di tipo programmatico, aperto ed espansivo, finalizzato ad assoggettare alla giurisdizione contabile gli

regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario" e giunta al D.L. n. 95 del 2012, art. 4, comma 13, (cd. *spending review*, poi abrogata dal D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175), *ratione temporis* rilevante, che contiene una norma generale di rinvio alla disciplina codicistica, là dove è previsto che "le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina dettata dal codice civile in materia di società di capitali".

³⁹ Precisano ancora le SS.UU. che "In questo contesto, la circostanza indicata dalla Procura contabile ed anche dalla società, concernente la composizione del collegio sindacale della società come prevista dallo statuto, il quale contempla che l'assemblea possa sceglierne i componenti, quanto al Presidente, tra i magistrati della Corte dei Conti e, quanto agli altri due membri, tra il personale appartenente rispettivamente ai ruoli del ministero dell'economia e delle finanze e del ministero delle infrastrutture e dei trasporti, non contraddice, ma conforta questa ricostruzione, in quanto prevede sì la possibilità d'incisione del socio unico pubblico, ma in seno alle dinamiche della vita sociale, nella fase del controllo affidato al collegio sindacale e per il tramite degli strumenti previsti dal diritto societario, non già *iure imperii*".

⁴⁰ F. Cerioni, *La responsabilità degli amministratori delle società e degli enti pubblici per danno erariale*, in *Le Società Pubbliche nel Testo Unico*, a cura di F. Cerioni, Giuffrè, 2017; C. Pettinari, *Gli incerti confini della giurisdizione contabile in tema di responsabilità: note a margine della giurisprudenza più recente in tema di società cc.dd. "in mano pubblica"*, in *Dir. proc. amm.*, 2013.

⁴¹ C.C. Sez. Autonomie, 17 febbraio 2015, n. 4/2015

amministratori delle società partecipate, con la sola eccezione di quelle società che risulterebbero positivamente escluse da una *lex specialis*⁴².

Peraltro, le Sezioni Unite del 2017 sono intervenute ulteriormente nel tracciare un *distinguo* sul concetto di società cd. *in house*, potendo esservi anche partecipazioni totalitarie o pressoché tali, all'interno della quali il patrimonio resta separato, sebbene riconducibile all'ente pubblico, avendo l'ente controllante escluso la qualifica espressa di società cd. *in house*, e, dunque, sottraendole – per una sorta di non-scelta – alla giurisdizione contabile, nonostante gli amministratori siano tenuti alla corretta utilizzazione del patrimonio per il conseguimento di pubblici interessi.

Il superiore breve *excursus* giurisprudenziale registra un quadro in costante mutamento ove, prima dell'entrata in vigore del TUSP, i settori di intervento della giurisdizione contabile sono i seguenti: (i) le società *in house* e (ii) una giurisdizione di natura sostanziale limitata dalla quota di partecipazione verso i gestori dei diritti sociali per condotte dolose o gravemente colpose che ne abbiano compromesso il valore; (iii) le società con statuti singolari⁴³; (iv) la responsabilità da danno erariale diretto per tutte le società partecipate (in relazione al paradigma del danno all'immagine conseguente a condotte integranti reati contro la pubblica amministrazione).

Con il TUSP⁴⁴, approvato in attuazione della delega prevista dall'articolo 18 comma 1 lett. H della legge 124/2015, il legislatore si è cimentato nel complesso esercizio dell'eliminazione delle interferenze tra regole ed istituti pubblicistici e privatistici ispirati a medesime esigenze di disciplina e controllo⁴⁵.

Per quanto di interesse, il legislatore ha espressamente previsto la concorrente applicazione della normativa di diritto comune in tema di responsabilità e di quella per danno erariale⁴⁶, disponendo all'art. 12 del TUSP quanto segue: “1. 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*.”

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”.

In tal senso, ribadendo l'assoggettamento alle azioni civilistiche di responsabilità per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, l'art. 12 del TUSP ha confermato la giurisdizione contabile in casi di *mala gestio* di amministratori e dipendenti di

⁴² Cfr. Art. 16 *bis* del D.L. 31 dicembre 2007 n. 248 recante la disciplina della responsabilità degli amministratori di società quotate partecipate da amministrazioni pubbliche per la quale la Corte dei Conti ha giurisdizione limitatamente alle società nelle quali la partecipazione dello Stato o di altre amministrazioni od enti pubblici sia superiore al 50% del capitale sociale.

⁴³ Si veda in particolare l'art. 4 co. 9 del D.lgs 175/2016.

⁴⁴ Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n. 175, Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica. 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.

⁴⁵ Legge 7 agosto 2015, n. 124, Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

⁴⁶ 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.

società *in house*⁴⁷, legittimando, al tempo stesso, una giurisdizione contabile concorrente anche nei casi di danno erariale nei casi di società miste⁴⁸.

La nuova disposizione prevede, quindi, per i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società, un regime misto di responsabilità, caratterizzato dall'applicazione della disciplina ordinaria di diritto comune per le società di capitali, in ragione della natura privatistica delle società stesse, ed, al contempo, di quella volta a sanzionare le ipotesi di danno erariale nei casi in cui venga riscontrata una lesione al patrimonio pubblico⁴⁹.

Tuttavia, la semplicità del dettato normativo è solo apparente perché si è ancora a un dato normativo che, a sua volta, è inespresso ma solo postulato a monte: la nozione di danno erariale. Il legislatore, dettando una norma, ancora una volta priva di fattispecie, si riferisce alla categoria del danno erariale inserendovi 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.

A tale riguardo, parte della dottrina ha chiarito come la giurisdizione contabile sulle "società di diritto speciale" sia stata ulteriormente rafforzata anche in considerazione della carenza di una fattispecie, vale a dire della non tassativa indicazione della fenomenologia che integra il danno erariale e che legittima, quindi, un'individuazione dello stesso da parte dell'interprete anche in considerazione delle circoscritte indicazioni della Corte di Cassazione che, come è noto, si è sostanzialmente limitata al paradigma del danno all'immagine quale conseguenza del pregiudizio subito dal patrimonio di un ente pubblico da imputare agli amministratori delle società⁵⁰.

Si tratta, a ben vedere, di un approdo interpretativo incerto e non soddisfacente.

Ad un'attenta analisi della novella normativa si evidenzia, inoltre, che la nuova norma non trovi applicazione per le società quotate, che restano così assoggettate al riparto di giurisdizione già previsto dalle previgenti 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 investite⁵¹.

Limitatamente ai profili che qui rilevano, appare chiaro che il legislatore abbia affermato la giurisdizione contabile nei casi di danni causati al patrimonio di società *in house providing* da parte degli amministratori; un'affermazione giustificata anche dall'inesistenza di un rapporto di alterità soggettiva tra la società medesima 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.*"; 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.

⁴⁹ 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; Cfr. Corte di Cassazione, S.U., 8 luglio 2016 n. 14040.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

Tuttavia, l'apprezzabile sforzo normativo non chiarisce in maniera definitiva le fattispecie di responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica: l'art. 12 finisce per risultare una norma priva di una chiusura cogente, dal momento che lascia scoperte una cospicua serie di zone grigie connotate da notevole complessità.

Sebbene la dottrina abbia evidenziato che previsioni più rigide avrebbero potuto condurre ad un riparto di giurisdizione diverso rispetto da quello già noto in via giurisprudenziale, il risultato di razionalizzazione appare sostanzialmente mancato. Infatti, sebbene nella sua versione finale l'art. 12 non rechi la precisazione di danno erariale "diretto", la norma lascia aperta la porta ad una nuova diatriba interpretativa che potrebbe condurre ad assoggettare alla giurisdizione contabile il danno indiretto subito dal socio pubblico.

In altri termini, la formula legislativa rimane ambigua ed equivoca al punto che appare legittimo chiedersi se, al di là del danno diretto, la norma in discorso abbia superato la posizione della S.C. e, per l'effetto, sussistano indici testuali e non per accreditare la giurisdizione contabile anche nell'ipotesi di danni che, ponendo in una situazione di sofferenza il patrimonio societario, incidono indirettamente sul valore o sulla redditività della quota di partecipazione sociale, con ripercussione sul patrimonio dell'ente che vi partecipa.

Ancora, ed il punto era stato già accennato in precedenza, il secondo comma dell'art. 12 esibisce una nozione di "danno erariale" che non è tipologica, atteso che la norma è priva di fattispecie e postula una categoria di tipo effettuale che non inquadra una condotta determinata, né una speciale relazione tra l'autore del danno e l'ente pubblico – in questo la norma con certezza supera i canoni giurisprudenziali anche in relazione al cd. agente pubblico di fatto – ritenendo sufficiente il mero inserimento, in modalità non qualificata, dell'autore del danno nei meccanismi gestionali dell'ente ("rappresentanti degli enti pubblici partecipanti" o comunque "titolari del potere di decidere per essi").

Una norma che prescrive per categorie ontologiche appare una "cattiva" norma, perché dispositiva di nozioni passibili di arbitrarietà.

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 formalizzata, essendo configurabile a fronte dell'intestazione 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. Tale circostanza deve essere accertata e dimostrata in maniera specifica in riferimento alle caratteristiche del singolo caso e difficilmente, quindi, può ricevere una definizione a livello generale.

Da ultimo, per ciò che concerne le società *in house*, il legislatore – prendendo atto della loro sostanziale differenza sostanziale più volte rimarcata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ne ha sollecitato un regime giuridico *ad hoc* – all'art. 12 conferma la giurisdizione contabile ed all'art. 16 dispone deroghe al diritto comune e, in particolare, alle disposizioni di cui agli artt. 2380-*bis* ("Amministrazione della società"), 2409-*nonies* ("Consiglio di gestione"), 2341-*bis*, comma 1 ("Patti parasociali") del codice civile; prevedendo anche la possibilità che gli statuti delle società a responsabilità limitata possano attribuire ai soci particolari diritti ai sensi dell'art. 2648, comma 3, ("Quote di partecipazione") del codice civile.

Proprio le superiori incertezze interpretative connesse al dettato dell'art. 12 aprono, inevitabilmente, ad una nuova esegesi dei criteri del riparto di giurisdizione che risulta sollecitata anche da ulteriori e recenti pronunce delle SS.UU.

Difatti, 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*”⁵².

Gli stessi giudici di legittimità, hanno ulteriormente statuito come, anche nelle ipotesi di società cd. *in house*, 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 civilistica⁵³.

In via ulteriore, le SS.UU. n. 486 del 10 gennaio 2019 ribadiscono, in una fattispecie assai complessa relativa all'assoggettabilità del contraente generale alla giurisdizione contabile, che presupposto per l'insorgere della responsabilità erariale nonché presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità e per l'assoggettamento alla giurisdizione contabile sia la configurabilità in capo agli amministratori di un rapporto di servizio anche in senso lato.

Nel caso esaminato dalla Corte si trattava della richiesta di risarcimento del danno morale ex art. 2059 c.c. nei confronti degli amministratori del contraente generale. Rispetto a questi ultimi la S.C. assume che i contraenti generali non possano essere considerati agenti della P.A. neppure in senso lato, e ciò a dispetto del conferimento di prerogative pubblicistiche individuate, non potendosi postulare un rapporto di servizio neppure in senso ampio e svincolato da un rapporto organico. In particolare, il contraente generale, ricevendo dall'amministrazione l'incarico di realizzare l'opera con qualsiasi mezzo (art. 176 del Codice dei Contratti) nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto redatto dalla stazione appaltante posta a base di gara, pur assumendo su di sé compiti che altrimenti graverebbero sulla stazione appaltante, assume solo in situazioni specifiche e puntuali la veste di soggetto funzionalmente inserito nell'apparato dell'ente pubblico appaltante. Ditalché, secondo le SS.UU., “*qualora si assuma che il danno derivi dalla relazione, da parte di quest'ultimo, del suo dovere (in senso lato) pubblicistico afferente all'attività delle funzioni svolte come agente dell'amministrazione pubblica, la cognizione dell'azione di responsabilità intentata dall'ente pubblico spetta alla giurisdizione della Corte dei Conti ... nel caso in cui, invece, si assume che il danno derivi dall'inadempimento delle obbligazioni posto a carico del contraente generale come “controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica”, così di squilibrare il sinallagma contrattuale, la cognizione dell'azione di responsabilità o risarcitoria spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, in ragione del non venir nel rilievo l'esercizio dei poteri pubblicistici tale da far sorgere un temporaneo rapporto di servizio con l'ente pubblico*”.

Alla stregua di tale ragionamento assume natura dirimente non tanto la specifica qualificazione giuridica della natura del rapporto intercorrente tra stazione appaltante e contraente generale, quanto piuttosto la circostanza che quest'ultimo abbia in relazione allo specifico addebito mosso dalla procura contabile rivestito nell'adempimento del particolare *opus* la veste di agente della P.A. o meno.

La soluzione, quindi, appare di nuovo giacere sul piano concreto della fattuale estrinsecazione delle attività e funzioni svolte dal privato e se queste siano sufficienti a sostanziare un rapporto di servizio idoneo a radicare l'esercizio della giurisdizione contabile, in alternativa a quella ordinaria.

Ancora, le SS.UU. con ordinanza del 18 gennaio 2019, hanno ribadito l'irrelevanza della distinzione tra violazione dell'obbligo contabile ed inadempimento contrattuale allorché entrambe le pretese mirano alla restituzione di importi dovuti in forza di un rapporto pubblicistico. In particolare, la questione nasceva dalla richiesta di restituzione di somme rinvenienti dal rapporto di gestione della tesoreria di un Comune, sicché spetta al solo giudice contabile la verifica dei rapporti di dare ed avere tra l'agente contabile e l'amministrazione comunale.

In tale contesto, il d.lgs. 175/2016 ha, senza dubbio, il pregio di avere affrontato e risolto, espressamente, talune questioni interpretative di rilievo, tra le quali la assoggettabilità di tutte le

⁵² Corte di Cassazione, 14 settembre 2017, n. 21299, in *Giustizia civile Massimario* 2017.

⁵³ Corte di Cassazione 1° dicembre 2016, n. 24591, in *Giustizia civile Massimario*, 2017.

società partecipate, ivi comprese quelle cd. *in house*, a fallimento e, più in generale, alle procedure concorsuali. Soluzione interpretativa, questa, che rappresenta la diretta conseguenza dell'inquadramento sistematico operato, più a monte, dal legislatore, con il d.lgs. in parola, della società partecipate da enti pubblici tra le società di diritto privato.

Tuttavia, se da un lato, la presenza del socio pubblico non vale a mutare la natura giuridica delle società in questione, formalmente confermata come di diritto comune, dall'altro, la stessa incide sotto il profilo del regime giuridico applicabile alle stesse, in quanto connotato dalla presenza, accanto al regime ordinario di diritto privato, di inevitabili "innesti" di natura speciale finalizzati alla tutela degli interessi pubblici veicolati dalla presenza di un socio di natura pubblica e dalla immissione di consistenti risorse dello stesso⁵⁴.

In definitiva, quella certezza auspicata dal legislatore delegante non può dirsi raggiunta e ciò a causa delle oggettive difficoltà di inquadramento sistematico delle società in parola che, sebbene formalmente private, nella sostanza recano una *legacy* esistenziale che non le fa avvertire effettivamente come tali⁵⁵.

⁵⁴ Si consideri, in proposito, la possibilità, ad esempio, disciplinata con la norma di cui all'art. 16, comma 2, e 17, comma 4, d.lgs. 175/2016, cui si è già fatto sopra cenno, di prevedere negli statuti delle società per azioni la formulazione di clausole in deroga all'art. 2380-*bis* e 2409-*novies* del codice civile, in quelli delle società a responsabilità limitata di clausole che prevedano l'attribuzione all'ente socio di particolari diritti ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c.

⁵⁵ Cfr. G. P. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, Convegno di Varenna, 2016.