

LA RESPONSABILITÀ PER DANNO ERARIALE: L'IRRISOLTO CONFLITTO CON L'AZIONE CIVILE E GLI ULTIMI APPRODI IN MATERIA DI SOCIETÀ *IN HOUSE*

AVV. GIANMARCO POLI E DOTT. SSA TIZIANA VENTRELLA

Sommario: 1. *Introduzione all'analisi della sentenza SSUU civili n. 26283 del 25 novembre 2013: una questione di giurisdizione* - 2. *L'ambito "soggettivo" della responsabilità erariale e la sua progressiva estensione* - 3. *Il potenziale conflitto tra giurisdizioni sull'azione sociale di responsabilità: il riparto tra giudice ordinario e giudice contabile s'incardina sulla natura del soggetto (amministratore privato o pubblico funzionario) o del danno (sociale o erariale)?* - 4. *Lo "squarcio del velo" della personalità giuridica affermato dalla sentenza a sez. un. civili n. 26283 del 25 novembre 2013* - 5. *La (incerta) qualifica di in house esclude l'autonomia patrimoniale: una categoria definitoria troppo labile che implica conseguenze dirompenti.*- 6. *Lo "squarcio del velo" oltre le finalità del controllo contabile. Possibili risvolti in tema di fallibilità e responsabilità verso i terzi* - 7. *Il danno erariale nell'ulteriore accezione di danno "non patrimoniale": le aree grigie tra giurisdizione ordinaria e contabile.*- 8. *Danno erariale come risarcimento o come misura afflittiva: la cumulabilità dell'azione civile con l'azione contabile alla luce del divieto della duplicazione delle poste di danno.*

1. Introduzione all'analisi della sentenza SSUU civili n. 26283 del 25 novembre 2013¹: una questione di giurisdizione.

La pronuncia oggetto della presente disamina fornisce occasione e stimolo per operare una ricognizione dell'attuale assetto dei rapporti tra giurisdizione civile e contabile nell'ambito della responsabilità degli amministratori di società pubbliche.

La tematica, su cui si segnala l'estrema prolificità di dottrina² e giurisprudenza³, viene in questa sede affrontata privilegiando un percorso argomentativo il più possibile aderente

¹ In *Fallimento*, 2014, 33, nonché in *Società*, 2014, 55 ed in *Urb. e app.*, 2014, 395.

² Tra gli Autori che affrontano diffusamente il tema della responsabilità amministrativo-contabile si segnalano, senza pretesa di esaustività, TENORE V. (a cura di), *La nuova corte dei conti: responsabilità, pensioni, Controlli*, Milano, 2013; GARRI F., DAMMICO G., LUPI A., DELLAVENTURA P., *I giudizi innanzi alla Corte dei Conti. Responsabilità, conti, pensioni. Istituti e rassegna della giurisprudenza*, Milano, 2007; SCIASCIA M., *Manuale di dritto processuale contabile*, Milano, 2003; SAITTA F., *L'istruttoria del processo contabile nello spirito del novellato art. 111 della*

alle peculiarità del caso concreto, tentando, al contempo, di ridefinire la trama dei principi generali su cui intessere l'analisi specifica.

Ripercorrendo, dunque, la storia recente del riparto del contenzioso tra le due giurisdizioni, si cercherà di definire, alla luce dei più recenti principi affermati dalle Corti, l'ambito (tutt'ora sfumato) di giurisdizione della Corte dei Conti sul contenzioso ingenerato dalla gestione delle società pubbliche.

Successivamente, si passerà a verificare come la sentenza a SSUU n. 26283 del 25 novembre 2013 si inserisca nel quadro tracciato, quali criticità interpretative ne derivino

Costituzione in Riv. Corte Conti, 2005, n. 6, 345 ss., VERDE G., *Il giudizio di responsabilità amministrativa: lineamenti di una riforma alla luce dei principi del giusto processo*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (Ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006. Per un'ampia disamina delle specificità della giurisdizione contabile rispetto alla giurisdizione amministrativa *stricto sensu* si rinvia a PAJNO A., *Il riparto di giurisdizione* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, vol. 5, II ed., Milano, 2003. Sulla configurazione della responsabilità amministrativo-contabile come responsabilità finanziaria si veda SANTORO P., *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 88 e ss. Evidenzia il ruolo del principio del buon andamento dell'amministrazione, quale cardine dell'azione di responsabilità contabile, TIGANO F., *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008, 162 e ss.

³ Per limitarsi ad alcune delle pronunce più recenti, la maggior parte delle quali costituiranno oggetto di più approfondita analisi nel prosieguo della trattazione, si veda, ad es., Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giur. Comm.*, 2011, II, 315 e ss., con nota di FIORANI L.E., *Le azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica* e in *Foro Amm. CDS*, 2010, 59 e ss., con note di TENORE V., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica* e SINISI M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*; Cass. civ., Sez. un., 15 gennaio 2010, n. 519, in *Società*, 2010, 803 e ss. con nota di GHIGLIONE P. e BIALLO M., *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU.*; Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309 in *Foro It.*, 2010, I, 1775, con nota di CAPONI R., DALFINO D., PROTO PISANI A., SCARSELLI G., *In difesa delle norme processuali*; Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655, in *Foro Amm. CDS*, 2011, 2299; Cass. civ., Sez. un., 7 luglio 2011, n. 14957, in *Foro It.*, 2012, I, 831 (ove il danno consisteva nella perdita di valore di una quota di partecipazione in società poi dichiarata fallita); Cass. civ., Sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941, in *Foro It.*, 2012, I, 831; Cass. civ., Sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Foro Amm. CDS*, 2012, 1498, con nota di NICODEMO G.F., *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le Sezioni Unite della Cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*; Cass. civ., Sez. un., 23 marzo 2013, n. 7374, in *Guida Dir.*, 2013, 23, 57; Cass. civ., Sez. un., 5 aprile 2013, n. 8352, in *Foro Amm. CDS*, 2013, 1836; Cass. civ., Sez. un., 3 maggio 2013, n. 10299, in *Società*, 2013, 974, con nota di FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società pubbliche"*; e, da ultimo, Cass. civ., Sez. un., 2 settembre 2013, n. 20075, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 1079, con nota di LIMENTANI M. e VERONELLI M., *Responsabilità contabile*. Con una più spiccata propensione ad estendere i confini della giurisdizione contabile anche nei confronti di amministratori di enti privati, si segnalano, *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 9 aprile 2010, n. 8429, in *Società*, 2010, 1177 con nota di CAPRARÀ A., *Sul d.g. di società in mano pubblica decide la Corte dei Conti se il patrimonio danneggiato è pubblico*; Cass. civ., Sez. un., 15 febbraio 2007, n. 3367, in *Foro Amm. CDS*, 2007, 1373; Cass. civ., Sez. un., 9 maggio 2011, n. 10063, in *Foro It.*, 2012, I, 832; Cass. civ., Sez. un., 27 settembre 2006, n. 20886, in *Foro It.*, 2007, I, 2484, con nota di D'AURIA G., *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite*.

e quale contributo la medesima sentenza apporti nella ricostruzione sistematica della responsabilità gravante sull'amministratore di società con partecipazione pubblica, specie nell'ottica del riparto di giurisdizione tra giudice civile e giudice contabile.

2. L'ambito "soggettivo" della responsabilità erariale e la sua progressiva estensione.

La responsabilità per danno erariale presuppone, a monte, un'attività di controllo e di monitoraggio svolta dalla Corte di Conti sulla gestione finanziaria della società.

Posto che la pubblicità dell'ente costituisce il «naturale presupposto del controllo della Corte dei Conti condotto ai sensi dell'art. 100 2° comma»⁴, si dà atto di come la giurisprudenza della Cassazione⁵, come del Giudice Contabile⁶, sia progressivamente giunta ad attribuire la qualifica di pubblico ad un soggetto, a prescindere dalla presenza o meno di una legge, o di altro atto di diritto positivo, che espressamente riconoscesse detta pubblicità.

In un primo momento, le Sezioni Unite avevano affermato che il requisito della natura pubblica dell'ente dovesse riferirsi unicamente agli enti pubblici non economici, poiché gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato e, in tale svolgimento, sono inevitabilmente soggetti alla disciplina privatistica dell'imprenditore⁷. Riteneva la Cassazione che

⁴ Cfr. CASSETTA E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2013, 95.

⁵ Cfr. le pronunce indicate alla nota 3.

⁶ Tra le decisioni più significative con cui la Corte dei Conti ha teso ad allargare sensibilmente l'ambito della propria giurisdizione, si ricorda Corte conti, sez. I, App., 3 novembre 2005, n. 356, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 3432 e ss. con nota di VENTURINI L., *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, il quale rileva come i processi di "privatizzazione" dei moduli di azione della P.A., innescati nell'ottica di incrementarne l'efficienza, non hanno ridimensionato la giurisdizione della Corte dei Conti ma, al contrario, ne hanno cagionato un maggior radicamento, correlato alla sussistenza di un soggetto pubblico anche nelle nuove forme (privatistiche) che questo può rivestire, dovendo adottarsi quale criterio distintivo l'elemento, oggettivo, del fine ultimo perseguito. Nello stesso senso, Corte conti, sez. Lombardia, 4 marzo 2008, n. 135, in www.corteconti.it; Corte conti, sez. Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 22, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 280; Corte conti, sez. Trentino Alto Adige, 1 giugno 2006, n. 58, in www.corteconti.it; Corte conti, sez. Lombardia, 5 settembre 2007, n. 448, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 2921.

⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 1 luglio 2001, n. 9649, in *Foro It.*, 2001, I, 2790, in cui si legge che, rispetto agli enti pubblici economici, sussiste giurisdizione contabile limitatamente agli atti che si configurino come espressione di poteri autoritativi di natura pubblicistica. Pertanto, con riguardo ad illeciti commessi dagli amministratori e dai dipendenti nell'ambito dell'esercizio dell'attività imprenditoriale, l'accertamento della relativa responsabilità risarcitoria confluisce necessariamente nell'alveo della giurisdizione ordinaria. In senso sostanzialmente conforme, già Cass. civ., Sez. un., 12 giugno 1999, n. 334, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 1344.

l'imprescindibile rigore del controllo riservato alla contabilità pubblica mal si attagliasse alla natura, agli scopi ed al modo di operare, degli enti pubblici economici⁸ e che pertanto detti enti, per la loro intrinseca affinità con i soggetti privati, non potevano che essere sottratti al controllo della Corte dei Conti.

L'orientamento è poi mutato sulla scia delle numerose pronunce della Consulta in materia di servizi pubblici⁹. Tali sentenze, preso atto dell'evoluzione dello Stato contemporaneo nel senso di un utilizzo crescente di moduli di azione e di organizzazione propri del diritto privato, hanno valorizzato un atteggiamento del legislatore propenso a delineare una nozione di servizi pubblici in chiave non soggettiva (ossia incardinata sulla natura dell'ente) ma oggettiva (basata sulla natura dell'attività), quali servizi caratterizzati dall'elemento funzionale del soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale; finalità che – e in ciò consiste l'elemento di innovazione – può essere perseguita dall'ente pubblico anche attraverso (e non solo accanto a) un'attività negoziale di diritto privato¹⁰.

L'evoluzione in materia di servizi pubblici, riverberandosi sulla distinzione tra enti pubblici economici (in cui l'attività di diritto privato si affianca all'esercizio di funzioni amministrative *stricto sensu*) e non economici (caratterizzati dall'esclusivo svolgimento di funzioni istituzionali), ha reso la differenza estremamente impalpabile, con l'effetto di mettere in discussione il criterio tradizionalmente utilizzato per operare il riparto di giurisdizione, tra giudice ordinario e contabile, sull'azione di responsabilità degli amministratori di enti *lato sensu* pubblici.¹¹

⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 1 luglio 2001, n. 9649, cit.

⁹ Si veda, tra le prime in tal senso, Corte cost., 5 febbraio 1992, n. 35, in *Giur. Cost.*, 1992, 178 e ss., in cui la Consulta riconosce la rilevanza di un nuovo modulo di azione della P.A., che consiste nell'inserire, all'interno dell'organizzazione pubblica, delle strutture privatistiche al fine di realizzare, in via indiretta, finalità pubbliche connesse all'esercizio delle proprie competenze.

¹⁰ Come è noto, l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato. Così, tra le altre, Cass. civ., Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Foro Amm. CDS*, 2004, 693, con nota di URSI R., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*; Cass. civ., Sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25268, in *Foro Amm. CDS*, 2009, 74.

¹¹ La definizione del soggetto pubblico in ragione dell'attività svolta piuttosto che della forma giuridica adottata, aveva reso necessaria un'ulteriore distinzione, volta a circoscrivere i casi in cui la costituzione e la partecipazione in società private costituiva nient'altro che una «scelta organizzativa» dell'ente pubblico, finalizzata alla esternalizzazione di attività strumentali (c.d. modulo della gestione diretta), rispetto alle ipotesi in cui la forma societaria rappresentava il mezzo adoperato dall'ente pubblico per lo svolgimento di attività di impresa in un mercato concorrenziale. Si veda, in particolare, Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, in *Giornale Dir. Amm.*,

Difatti, persa oramai la valenza della distinzione tra attività istituzionale e privatistica nell'ambito della nozione di soggetto pubblico, le Sezioni Unite Civili¹² hanno riconosciuto l'estensione dell'azione di responsabilità contabile anche agli amministratori di enti pubblici economici, sulla base dei seguenti presupposti: 1) ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici svolgono anch'essi attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato; 2) il testo dell'art. 1 legge n. 20 del 1994, sull'azione di responsabilità per danno erariale, individua il presupposto essenziale da cui scaturisce la giurisdizione contabile nell'evento – danno ad un'amministrazione pubblica e non (o non più) nel quadro di riferimento (attività di diritto pubblico o privato) in cui si colloca la condotta produttiva del danno stesso.¹³ A conferma della bontà di tale assunto, la dottrina ha acutamente rimarcato il dato letterale (art. 1 comma 4) della legge n. 20 del 1994, il quale, definendo danno erariale anche il danno provocato dal funzionario ad un ente diverso da quello di appartenenza, sembra ancorare la giurisdizione della Corte dei conti ad una clausola generale, parametrata sull'ampio concetto dell' «utilizzo delle risorse pubbliche»¹⁴. Il *quid* pubblicistico che fonda la giurisdizione contabile non è

2009, 11, con nota di URSI R., *La corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del Decreto bersani*. La Corte costituzionale ha ricondotto le norme dirette «a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato», «alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile» e «in materia di tutela della concorrenza»: si veda in proposito Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, in *Giur. Cost.*, 2009, 1598, con nota di BOTTINO G., *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*. In realtà si ritiene che, indipendentemente dalla natura dell'attività svolta, la società a partecipazione pubblica sia per l'ordinamento un imprenditore commerciale e, come tale, vada assoggettato al relativo statuto, a cominciare dalle procedure concorsuali: cfr. FIMMANÒ F., *La società in mano pubblica, anche se in house, è soggetta alle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2013, 1290. Nello stesso senso, IBBA C., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, I, 365.

¹² Cass. civ, Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, cit.

¹³ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, cit., anche in *Giur. It.*, 2004, 1834 e ss., con nota di ASTEGIANO G., *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, il quale evidenzia come, fino a prima della sentenza in commento, la Cassazione adottasse un criterio di riparto di giurisdizione basato sulla "sfera" di attività, distinguendo tra illeciti compiuti nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, conoscibili dal giudice ordinario, ed illeciti commessi nell'esercizio di poteri pubblici o di organizzazione dell'ente, sindacabili dal giudice contabile. L'applicazione pratica del criterio, risentiva peraltro della notevole difficoltà di distinguere, in concreto, fra atti inerenti all'esercizio dell'impresa e atti che incidono sull'organizzazione dell'ente.

¹⁴ Cfr. ASTEGIANO G., *op. cit.*, secondo cui tale ricostruzione implica evidentemente una interpretazione più estesa dell'art. 103, 2° comma, Cost., che riconosca la giurisdizione della Corte dei conti in tutti i casi nei quali nello svolgimento di un'attività pubblica (da intendersi in senso lato) vi sia l'impiego di fondi pubblici, indipendentemente dalle modalità con le quali viene

dunque configurabile, a monte, nella qualifica del soggetto o dell'attività, ma interviene, a valle, in base alla natura del pregiudizio, consistente nel dispendio di denaro pubblico. Dalla breccia aperta con la suddetta sentenza, che scardina l'azione contabile dal soggetto e la fonda sull'effetto della condotta, la Cassazione è in breve tempo pervenuta ad un'ulteriore estensione soggettiva della responsabilità erariale, affermando la giurisdizione della Corte dei Conti anche sulle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci di società (quindi, persona giuridica di diritto privato ma) a partecipazione pubblica¹⁵.

Il passaggio logico-argomentativo può essere così sintetizzato: una volta riconosciuto che la società partecipata svolgeva attività di servizio per la collettività, con caratteri e modalità di marca pubblicitaria, la Cassazione afferma che la personalità giuridica di diritto privato (s.p.a) non è più elemento sufficiente ad arginare il controllo della Corte dei Conti sugli organi sociali. In particolare, anche laddove si escluda che la società «agis[ca] come *longa manus* del Comune e quindi in una situazione di compenetrazione organica, non può certamente negarsi che tra la suddetta società e l'ente territoriale si [sia] stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione

svolta l'attività e dalle forme adottate dal soggetto agente. L'Autore tiene tuttavia a precisare che tale criterio (generale) attributivo della giurisdizione al giudice contabile può essere applicato «solo agli agenti degli enti che siano controllati in modo pieno ed esclusivo dallo Stato o da altro ente pubblico e non ai dipendenti od amministratori di enti aventi natura societaria, che vedano la partecipazione al capitale sociale di soci non pubblici»: per le c.d. società miste resterebbe dunque applicabile il criterio di ripartizione enucleato dalla precedente giurisprudenza, basato sulla sfera di attività, imprenditoriale o amministrativa, in cui si colloca l'illecito. Di diverso avviso è, invece, URSI R., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche, cit.*, ad avviso del quale l'ineludibile oggettivizzazione del concetto di attività amministrativa ha portato ad una progressiva inconsistenza del requisito (soggettivo) della natura pubblica dell'ente.

¹⁵ Si veda Cass. civ., Sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro It.*, 2005, I, 2675, con nota di D'AURIA G., *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale revirement della cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?* Sottolinea l'Autore come «l'ancoraggio della responsabilità amministrativa alla natura oggettivamente pubblica dell'attività o del servizio da esse svolto», richiami necessariamente «il collaudato e pragmatico criterio di collegamento costituito dal rapporto di servizio tra la figura soggettiva privata e l'amministrazione o ente pubblico». Al di fuori di tale rapporto di servizio, le società partecipate non sono soggette alla giurisdizione del giudice contabile, «benché finanziate da bilanci pubblici». Circostanza che dovrebbe rendere insignificante la partecipazione maggioritaria o minoritaria dell'Amministrazione al capitale della società, «con la conseguenza che tali figure in nulla differiscono, ai fini di cui si tratta, da tutti gli altri soggetti privati». Tra le decisioni successive conformi si segnalano, *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 5, e Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2009, n. 23332, in *Foro It.*, 2010, 5, 1534, con cui la Suprema Corte ha affermato la giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità promossa nei confronti di amministratori di una società privata a cui un ente pubblico aveva affidato la gestione del proprio patrimonio immobiliare.

(non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo».¹⁶

Se, dunque, nel caso degli enti pubblici economici la responsabilità degli amministratori e dipendenti s'inquadra *tout court* tra le materie di contabilità pubblica, su cui la Corte dei Conti ha giurisdizione *ex art. 103 Cost.*, in quanto il rapporto (di servizio) tra la persona fisica e l'ente pubblico è diretto e immanente, nella diversa ipotesi delle società partecipate, la responsabilità dei dipendenti ed amministratori diventa responsabilità erariale solo quando la società stessa, che si interpone tra la persona fisica e la P.A., operi nell'ambito di un rapporto di servizio con pubbliche amministrazioni per lo svolgimento di loro compiti istituzionali.¹⁷

Pertanto, è nella sussistenza del rapporto di servizio tra ente pubblico e società partecipata, conseguente allo svolgimento di attività di servizio pubblico da parte di quest'ultima, che si giustifica l'assoggettamento dell'amministratore (privato) alla giurisdizione (pubblica) della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale, «non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione»¹⁸.

3. Il potenziale conflitto tra giurisdizioni sull'azione sociale di responsabilità: il riparto tra giudice ordinario e giudice contabile s'incardina sulla natura del soggetto (amministratore privato o pubblico funzionario) o del danno (sociale o erariale)?

La decisione da ultimo citata aveva, dunque, definito l'ambito soggettivo del controllo contabile, finalizzato ad accertare eventuali episodi di responsabilità amministrativa; ambito che, potenzialmente, comprendeva sia enti pubblici sia soggetti privati, ma che, rispetto a questa seconda categoria, era circoscritto ai casi in cui l'attività esercitata costituisse svolgimento di un rapporto di servizio intercorrente con l'ente pubblico¹⁹.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, *cit.*, che ha ravvisato detti caratteri nell'impianto ed esercizio di mercati anonari all'ingrosso di Milano.

¹⁷ Cfr. D'AURIA G., *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale revirement della cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, *cit.*

¹⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, *cit.*

¹⁹ La dottrina, peraltro, non ha mancato di segnalare i limiti di tale ricostruzione alla luce del comma 4, art. 1, della legge n. 20 del 1994, norma che configura come soggetto passivo di responsabilità amministrativa anche colui il quale abbia arrecato danno ad un'amministrazione diversa da quella di appartenenza (c.d. danno "trasversale" o "obliquo"). Fattispecie, come si

L'orientamento inaugurato dalla sentenza a sez. un. n. 3899 del 2004, teso evidentemente ad ampliare l'ambito del controllo contabile al fine di assicurare un oculato impiego del denaro pubblico, non ha, peraltro, mancato di suscitare perplessità in dottrina, segnatamente sotto il profilo del difficile raccordo (e della potenziale sovrapposizione) tra l'azione della Procura contabile e i classici rimedi civilistici nelle mani del socio.

Difatti, l'aver esteso l'ambito del rimedio contabile per la riparazione del danno erariale anche nei confronti di soggetti formalmente privati, poneva un problema di concorso di più azioni, idonee a far valere il medesimo danno nei confronti di autorità giudiziarie diverse: la circostanza che la società fosse partecipata da un socio pubblico non escludeva, infatti, che quest'ultimo potesse esercitare, nei confronti dell'amministratore, le azioni di responsabilità esperibili dal socio privato (artt. 2393, 2393-bis e 2395 c.c.)²⁰.

La dottrina aveva, in un primo momento, tentato di risolvere l'antinomia ricorrendo all'argomento della natura della responsabilità amministrativo-contabile. Più precisamente, ora affermando, ora negando la natura ripristinatoria/risarcitoria del rimedio contabile (in contrapposizione alla funzione afflittivo/sanzionatoria), era possibile alternativamente ammettere, ovvero escludere, il possibile concorso con l'azione di responsabilità civilistica, trattandosi di rimedi solo in un caso concorrenti, in quanto assistiti da una distinta funzione giuridica²¹.

L'accennata proposta dottrinale, tuttavia, non ha incontrato il favore della Cassazione che, con sentenza a sez. un. civili n. 26806 del 19 dicembre 2009²², ha risolto il potenziale conflitto tra azione di responsabilità contabile e civile non in ragione della

intuisce, nella quale non è ravvisabile alcun rapporto di impiego o di servizio tra soggetto danneggiante ed ente pubblico danneggiato. In questi termini, SALVAGO S., *La giurisdizione della corte dei conti in relazione alla posizione dei soggetti responsabili ed a quella degli enti danneggiati*, in *Giust. Civ.*, 2010, 2497.

²⁰ Si veda PIGA E., *Giurisdizione della corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione* in *Foro Amm. CDS*, 2007, 2669, il quale, in merito alla questione relativa al se anche gli amministratori della società pubblica (in particolare, della società *in house*) debbano rispondere nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c. davanti al giudice ordinario, rileva che sarebbe ingiusto comprimere il diritto del creditore sociale solo perché, in tale tipo di società, appaiono assorbenti gli interessi generali di carattere pubblicistico. In senso sostanzialmente analogo, IBBA C., *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*. in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, 145 e ss.

²¹ Sulla specifica tematica vedi, più diffusamente, *infra*, par. 8

²² In *Foro Amm. CDS*, 2010, 59.

funzione/natura del rimedio, ma valorizzando il profilo della diversa natura del danno (pubblico-erariale nella prima, privato-sociale nella seconda) che ciascuna di esse mira a riparare²³.

Con la pronuncia in esame, la Suprema Corte chiarisce in primo luogo che occorre distinguere tra la responsabilità della persona giuridica (società in mano pubblica) e la responsabilità della persona fisica (amministratore della società pubblica). Nel primo caso, infatti, la s.p.a. pubblica è il soggetto responsabile del danno erariale: danno che sarà la stessa società a dover risarcire con il proprio patrimonio sociale. Viceversa, nel secondo caso, il soggetto danneggiato è la stessa società, il cui patrimonio deve essere reintegrato dall'amministratore persona fisica²⁴.

²³ La soluzione raggiunta, comportando un'evidente compressione della giurisdizione contabile, è stata oggetto di vivace critica da parte di TENORE V., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 92 e ss., il quale ha ritenuto che devolvere il prevalente contenzioso sui danni a società a partecipazione pubblica al giudice «ordinario si tradurrà, fatalmente, in un numero minore di azioni risarcitorie nei confronti dei vertici gestionali non essendo il giudice civile titolare di azione obbligatoria e officiosa come la Corte dei conti, e potendosi l'a.g.o. attivare solo su citazione di soci sovente latitanti, pavidì o talvolta (non è da escludere) collusi con i vertici gestionali autori di illeciti». Favorevole, per contro, alla tesi della Cassazione, è SINISI M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 77 e ss., che ha messo in luce come i due rimedi, civile e contabile, siano perfettamente coordinabili, in quanto, nelle società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle azioni civili a ciò preposte.

²⁴ Sul punto, la ricostruzione su cui poggia la decisione di legittimità aderisce alla tesi prospettata da IBBA C., *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, cit. (posizione ribadita con analoghe argomentazioni anche nel successivo contributo *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della corte dei conti* in *Giur. Comm.*, 2012, 641), il quale, con l'obiettivo di verificare se e in che misura la responsabilità amministrativa fosse conciliabile con la disciplina civilistica della responsabilità societaria, ipotizza una «conclusione differenziata a seconda che il comportamento lesivo degli amministratori avesse colpito il patrimonio del socio pubblico o il patrimonio della società». Sostiene l'Autore che, nel primo caso, la tutela della finanza pubblica possa essere perseguita esclusivamente davanti alla magistratura contabile, senza che ciò interferisca con la tutela di altri interessi; nel secondo caso, invece, il risarcimento non può che avvenire a beneficio della società, in quanto solo una volta che risulti reintegrato il patrimonio sociale (direttamente danneggiato dall'amministratore) sarà riparato anche il pregiudizio subito (indirettamente) da soci e creditori. In sostanza, è la stessa esigenza di tutelare i diritti dei creditori sociali e di eventuali soci privati a escludere l'ammissibilità dell'azione amministrativa per questo secondo tipo di danno; il che, si badi bene, vale anche nell'ipotesi in cui il risarcimento sia liquidato dalla Corte dei Conti a beneficio della società e non dell'Erario. La responsabilità amministrativa, difatti, ha presupposti e conseguenze che limitano l'effetto riparatorio della misura rimediale, «sicché ammetterla equivarrebbe a menomare le finalità di riequilibrio patrimoniale proprie della responsabilità civilistica (ovvero a costringere a una "moltiplicazione dei giudizi", ove si ritenesse configurabile una successiva azione in sede civile per il danno residuo)».

Ai fini della giurisdizione contabile, incardinata sull'elemento del rapporto di servizio con la P.A., la Corte sottolinea che il predetto rapporto fa capo solo alla società, mentre agli amministratori, che non s'identificano con la società, non è possibile riferire, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio di cui è parte quest'ultima²⁵.

Tuttavia - ed è qui il passaggio giuridico fondamentale - la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori privati non risulta preclusa *tout court*, dovendo a tal fine richiamarsi la distinzione tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società (per le spa, artt. 2393 e 2393-bis c.c.) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o dei terzi (art. 2395 c.c.).

L'azione di responsabilità del procuratore contabile è, pertanto, configurabile anche nei confronti dell'amministratore o del componente di organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico, ma solo quando quest'ultimo sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, ossia, quando il danno subito dal socio pubblico non s'identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale²⁶. Tipico esempio - come si vedrà meglio in seguito - è il danno all'immagine derivante da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata, danno che può eventualmente prodursi non (o non solo) sulla società, ma (o ma anche) immediatamente in capo all'ente pubblico, per il fatto stesso di partecipare in una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati²⁷.

²⁵ La Cassazione chiarisce, peraltro, che il limite alla giurisdizione contabile, applicabile nei confronti degli amministratori di s.p.a. pubblica, non sussiste, invece, per le ipotesi di 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. Infatti, i predetti enti «restano nell'alveo della pubblica amministrazione pur quando eventualmente operino imprenditorialmente con strumenti privatistici».

²⁶ «Ad opposta conclusione si deve invece pervenire nel caso in cui l'azione sia proposta per reagire ad un danno cagionato al patrimonio della società. [...] Dei danni diretti, cioè di quelli prodotti immediatamente nella sfera giuridico - patrimoniale del socio e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società, solo il socio stesso è legittimato a dolersi; di quelli sociali, invece, solo alla società compete il risarcimento, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio». Così, testualmente, Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806 cit.

²⁷ Peraltro, resterebbe in ogni caso garantita la facoltà, per il procuratore, di esercitare l'azione di responsabilità contabile anche a fronte di un danno al patrimonio sociale, ancorché esclusivamente nei confronti di chi, all'interno del socio/ente pubblico, abbia omesso di esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori infedeli, con conseguente danno alla società partecipata e, in via riflessa, all'ente pubblico stesso. In argomento, cfr. SINISI M., *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della*

In altri termini, secondo le SS.UU. del 2009, il danno erariale, quale presupposto necessario della giurisdizione contabile, deve essere inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che sia socio della società partecipata. Ogniqualevolta, invece, il danno sia arrecato direttamente al patrimonio sociale (e si ripercuota solo indirettamente sul patrimonio dell'ente attraverso la partecipazione) lo stesso non sarà qualificabile come danno erariale, e sarà possibile dolersene solo dinanzi al Giudice ordinario, con il rimedio civilistico dell'azione sociale di responsabilità.²⁸

4. Lo “squarcio del velo” della personalità giuridica affermato dalla sentenza a sez. un. civili n. 26283 del 25 novembre 2013

La sentenza delle sez. un. civili n. 26283 del 25 novembre 2013, collocandosi in un'ottica di discontinuità con le ultime pronunce “contenitive” della giurisdizione contabile, impone di riverificare la sostenibilità della complessa architettura sinora prospettata in

Corte di Cassazione, cit., la quale sostiene che nel caso in cui si ometta l'esercizio delle azioni di responsabilità civilistica, e da tale omissione l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile, non già nei confronti dell'amministratore della società partecipata, bensì nei confronti di chi, «in qualità di rappresentante dell'ente partecipante, o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia in tal modo pregiudicato il valore della partecipazione».

²⁸ In questo senso, cfr. già Cass. civ., Sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 745, e in *Dir. e Giust.*, 2006, 15, 91, con nota di OLESSINA A., *Come cambia la giurisdizione contabile - la competenza cresce a macchia d'olio - conta la natura degli obiettivi, non la qualità dei soggetti*. La Cassazione, pur decidendo con riguardo ad un'ipotesi differente, riconosce che la giurisdizione della Corte dei conti in tema di danno erariale non dipende dalla natura o qualità del soggetto che ha causato il danno, ma da quella di chi l'ha patito. Conformemente, Cass. civ., Sez. un., 3 marzo 2010, n. 5019, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 528; Cass. civ., Sez. un., 12 luglio 2010, n. 16286, in *Foro It.*, 2011, 509, che, rimarcando la distinzione tra danno sociale e danno erariale, riconosce la giurisdizione del giudice civile in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti dalla società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite dei suoi dirigenti, mentre assegna alla Corte dei conti la giurisdizione sull'azione di responsabilità che, nei confronti dei medesimi soggetti, trovi fondamento nel danno all'immagine subito dallo Stato o da enti pubblici azionisti della società; Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655, in *Giust. Civ.*, 2012, 1287; Cass. civ., Sez. un., 7 luglio 2011, n. 14957, e Cass. civ., Sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20901 e 20941, tutte in *Foro It.*, 2012, 831; Cass. civ., Sez. un., 25 marzo 2013, n. 7374, in *Guida Dir.*, 2013, 23, 57. In dottrina, evidenzia la necessità di distinguere le perdite conseguenti al normale rischio d'impresa da quelle propriamente qualificabili come danno erariale SINISI M., *Questioni di responsabilità amministrativa nell'ambito dell'impresa pubblica: vecchi e nuovi dubbi*, in *Foro Amm. CDS*, 2009, 2986, allo scopo di evitare che qualunque riduzione del patrimonio sociale, anche quelle ricadenti nell'alea dell'attività imprenditoriale, possa essere fonte di responsabilità amministrativa.

termini di riparto di giurisdizione²⁹. In estrema sintesi, con la decisione in commento, la Suprema Corte ha escluso che i limiti alla giurisdizione contabile, delineati con riferimento alle società partecipate da enti pubblici, si applichino nei confronti di quella particolare tipologia di società pubbliche qualificabili come *in house providing*.³⁰

Limitandoci solo ad accennare quali siano i requisiti necessari affinché una società pubblica possa farsi ricondurre al fenomeno dell' *in house*, la giurisprudenza più recente ci ricorda che debbono concorrere essenzialmente tre elementi. Deve, più dettagliatamente, sussistere una la totale partecipazione pubblica al capitale sociale; la possibilità che l'ente pubblico eserciti sulla società un controllo analogo a quello che l'ente o gli enti esercitano sui propri servizi (cd. controllo analogo), nonché la circostanza per cui la realizzazione della parte più importante della attività svolta dalla società affidataria, avvenga con l'ente o gli enti che la controllano (cd. dedizione prevalente)³¹.

²⁹ In senso confermativo della sentenza in commento, in punto di giurisdizione, si veda da ultimo Cass. civ., Sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

³⁰ Tra i contributi più recenti sulla figura della società *in house* si può citare MENTO S., *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 495, il quale definisce l'affidamento *in house* come modalità di assegnazione ad un soggetto giuridico di attività di rilievo pubblico, rispondente all'esigenza ed alla volontà delle amministrazioni di realizzare le funzioni ad esse demandate dalla legge rivolgendosi non al mercato (inteso quale platea indistinta di operatori che possono fornire le utilità di cui ha bisogno la pubblica amministrazione), ma avvalendosi di peculiari strutture societarie talmente compenstrate con l'apparato burocratico da risultare una *longa manus* dell'ente pubblico; MAZZAMUTO M., *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"* (nota a Corte giust. CE 19 dicembre 2012, n. 159), in *Giur. It.*, 2013, 1415, che chiarisce come l'autoproduzione pubblica possa assumere diverse forme, per il tramite: a) di un servizio interno alla stessa P.A. (c.d. aziende-organo) o, con la nuova terminologia, di un *in house* in senso stretto; b) di un ente distinto controllato dalla P.A. (*in house* in senso ampio); c) di un ente distinto controllato insieme ad altri soggetti pubblici (*in house* in senso ampio a controllo congiunto); d) di un rapporto contrattuale con altri soggetti pubblici (Partenariato Pubblico-Privato).

³¹ In questo senso, di recente, Cass. civ., Sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177, *cit.*, che ribadisce come per società *in house* debba intendersi quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici. La nozione di società *in house* ha, dunque, carattere funzionale, in quanto elaborata esclusivamente ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza in materia di commesse pubbliche. Il carattere funzionale della nozione emerge sin dalla prima sentenza della Corte di giustizia CE in materia, Corte giust. CE, 18 novembre 1999, causa C-107/98, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2000, 1399 e ss., con commento di GRECO G., *Gli affidamenti «in house» di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in cui si afferma che l'applicazione delle disposizioni sui contratti pubblici richiede la presenza di un rapporto di alterità tra le parti del contratto affidato, situazione che non si verifica nel caso della società *in house*. Nello specifico, l'affidamento del servizio pubblico ad una tale società integra una forma di delegazione interorganica (non intersoggettiva) per lo svolgimento del servizio stesso, in presenza della quale eccezionalmente si ammette la deroga all'applicazione dei principi e del

Ora, a mente del nuovo orientamento giurisprudenziale, in caso di società caratterizzata dai tre requisiti appena enunciati, avviene che lo schermo della persona giuridica privata venga meno e, con esso, l'ostacolo formale alla configurabilità di un rapporto di servizio diretto tra ente pubblico e amministratore.

Infatti, la società *in house*, diversamente da tutte le altre società partecipate, non è idonea a collocarsi come entità posta al di fuori dell'ente pubblico (il quale ne dispone come di una propria articolazione interna) ma va, piuttosto, considerata quale modulo organizzativo dello stesso ente, rispetto al quale, pertanto, non sussiste un rapporto di reale alterità intersoggettiva (che intercorre, ad esempio, tra l'ente ed una società terza), bensì di compenetrazione interorganica (che caratterizza i rapporti tra l'ente ed i propri organi).

Il corollario che la Corte ricava da detta conclusione è tanto banale quanto denso di implicazioni problematiche. A giudizio del Collegio, infatti, venendo meno la stessa distinzione soggettiva tra il partecipante ed il partecipato, la separazione patrimoniale tra socio pubblico e società partecipata non può che scomparire, ineluttabilmente travolta dall'avvenuta confusione tra le due entità. In questo modo, è stato agevole per i giudici di legittimità affermare che il danno al patrimonio della società è sempre qualificabile come danno erariale, suscettibile, in quanto tale, di rientrare nell'ambito di giurisdizione del Giudice Contabile³².

metodo competitivo utilizzati per l'affidamento di lavori, forniture o servizi da parte di soggetti pubblici o organismi di diritto pubblico. Va, peraltro, sottolineato che il Giudice comunitario, il quale inizialmente aveva richiesto i soli requisiti del controllo analogo e della dedizione prevalente per legittimare la deroga alle regole sulla concorrenza, ha successivamente preteso l'ulteriore condizione dell'appartenenza pubblica dell'intero capitale sociale; requisito non derogabile neanche in presenza di partecipazioni private minoritarie (cfr. Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Statd Halle*, in *Giur. Comm.*, 2007, 60, con nota di OCCHILUPO R., *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*); in parziale difformità, cfr. Corte giust. CE, 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 2004, con nota di GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, secondo cui l'affidamento diretto di servizi (c.d. affidamento senza gara o *in house*) a società miste (che dunque non presentino il requisito della totale partecipazione pubblica al capitale) è ammissibile solo nel caso in cui l'ente societario sia stato costituito a quello specifico scopo, in quanto il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento sarebbe già garantito dall'espletamento della procedura di gara per l'individuazione del socio privato (diversamente, nel caso di affidamento successivo del servizio a società miste già costituite; in tale ultimo caso, infatti, non sarebbe mai possibile procedere all'affidamento senza gara).

³² «D'altro canto, se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione

Le conclusioni cui addivene la Cassazione si pongono, *ictu oculi*, in una prospettiva di superamento del criterio di riparto tra giurisdizioni faticosamente enucleato nell'arresto del 2009. Piuttosto che approdare ad un autentico *revirement* giurisprudenziale, la decisione del 2013 sembra, tuttavia, essere meglio rappresentata da un'altra immagine, meno dirompente ma parimenti evocativa: quella del "*detournement*".

La falsificazione del precedente schema della ripartizione, incardinato sulla natura del danno è, infatti, affermato dalle Sezioni unite non *tout court*, ma con esclusivo riferimento ad un'unica tipologia di società a partecipazione pubblica: la società *in house*. Come da ultimo ribadito con la sentenza a sez. un. del 26 marzo 2014, n. 7177, la Cassazione precisa che è solo in questa peculiare ipotesi di partenariato con il privato che la distinzione tra patrimonio sociale e patrimonio dell'ente pubblico finisce con l'evaporare, portandosi dietro un bagaglio di criticità che non si può trascurare di evidenziare³³.

Nelle pagine che seguiranno, per ciò, si tenterà di affrontare due tra le più rilevanti problematiche sollevate dalla sentenza a sez. un. del 25 novembre 2013, ponendo attenzione, in particolare, agli effetti scaturenti, ai fini della disciplina societaria applicabile, dalla negazione di una sostanziale autonomia patrimoniale perfetta nei confronti della società *in house*, per poi concentrarsi sulla questione della potenziale sovrapposibilità dell'azione civile e dell'azione contabile nei confronti dell'amministratore di società pubblica. Tema, quest'ultimo, apparentemente risolto a seguito della sentenza a sezioni unite n. 26806 del 2009 ma che, alla luce dei recenti arresti dell'organo decidente, sembra riproporsi nuovamente all'attenzione.

patrimoniale, ma non di distinta titolarità. Dal che discende che, in questo caso, il danno eventualmente inferto al patrimonio della società da atti illegittimi degli amministratori, cui possa aver contribuito un colpevole difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, è arrecato ad un patrimonio (separato, ma pur sempre) riconducibile all'ente pubblico: è quindi un danno erariale, che giustifica l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità». Con queste parole, Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *cit.*

³³ La Suprema Corte ha ritenuto di dover dare seguito ai recenti pronunziati delle Sezioni Unite, le quali, chiamate a stabilire se sussista, ed eventualmente entro quali limiti, la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di soggetti che abbiano svolto funzioni amministrative o di controllo in società di capitali costituite e partecipate da enti pubblici, «hanno statuito, all'esito di una complessa analisi della giurisprudenza inaugurata dalla nota decisione 26806 del 2009, la permanente validità del generale principio formulato da tale decisione ma, al contempo, hanno preso atto della specificità di una peculiare vicenda giuridica», costituita, appunto, dall'amministrazione di una società *in house* (Cfr. Cass. civ., Sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177, *cit.*).

5. La (incerta) qualifica di *in house* esclude l'autonomia patrimoniale: una categoria definitoria troppo labile che implica conseguenze dirompenti.

La premessa fondamentale da cui si snoda il percorso argomentativo della Cassazione è l'assoluta «anomalia del fenomeno dell' *in house* nel panorama del diritto societario»³⁴. In sostanza, è la qualifica di *in house* dell'ente che trascina con sé una serie di deviazioni dal modello codicistico, tali da risultare inconciliabili con la stessa configurazione della società di capitali. In particolare, la Corte sottolinea che se è possibile transigere sulla circostanza che una società di capitali non sia destinata (se non in via del tutto marginale e strumentale) allo svolgimento di attività imprenditoriali a fine di lucro, dovendo operare necessariamente al di fuori del mercato³⁵, «ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale»³⁶.

È dalla totale assenza di autonomia decisionale dell'ente *in house*, corollario imprescindibile del requisito del controllo analogo, che la Corte fa discendere il dissolvimento dell'autonomia patrimoniale e, con essa, dei limiti alla giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di società pubbliche.

La società *in house* costituirebbe nient'altro che un «patrimonio separato» all'interno dell'ente pubblico³⁷; una separazione che, non ponendosi in termini di alterità soggettiva, determina la totale equiparazione dell'amministratore della società *in house* al funzionario di un qualsiasi ente pubblico.

Ictu oculi, le affermazioni della Suprema Corte non possono che suscitare perplessità.

³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *cit.*

³⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *cit.* Afferma la Corte che «[...] entro certi limiti una siffatta anomalia la si potrebbe ancora giustificare, in un contesto storico nel quale la causa lucrativa delle società di capitali è andata via via sbiadendosi in favore di una concezione che vede in quelle società dei modelli organizzativi utilizzabili per scopi diversi».

³⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *cit.*

³⁷ Si legge testualmente in Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *cit.* che «se non risulta possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità».

In primo luogo, non può condividersi il presupposto secondo cui la configurazione della società *in house* implichi ontologicamente l'assenza di qualsiasi margine di autonomia decisionale in capo agli amministratori dell'ente *in house*. La giurisprudenza comunitaria, difatti, pur avendo sempre ribadito che l'Amministrazione debba avere «un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata», non ha mai smentito l'affermazione secondo cui la sussistenza del controllo analogo deve essere verificata avendo riguardo alle «disposizioni normative nazionali» ed alle circostanze del caso concreto³⁸.

Ciò premesso, passando ai profili di diritto interno, non può seriamente obiettarsi che l'assunzione della veste di socio da parte dell'ente pubblico, nonché il corrispondente esercizio di diritti e obblighi, rientri nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione; attività che, salvo specifiche deroghe di legge, è soggetta alla disciplina di diritto comune³⁹. Il socio pubblico dispone dei diritti e degli obblighi degli altri soci e non può ingerirsi nella gestione dell'impresa, compiendo, nelle società per azioni, «operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale» (art. 2380-*bis* c.c.), specie se si considera che la nomina da parte del socio pubblico non esclude che gli amministratori abbiano «i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea» (art. 2449, comma 2, c.c.)⁴⁰.

³⁸ Cfr. Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Giust. Civ.*, 2006, 13, con nota di IAIONE C., *Gli equilibri instabili dell' in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. evoluzione o involuzione della giurisprudenza comunitaria?*, che, evidenziando come i pubblici poteri siano liberi di decidere se fornire un servizio di interesse generale in prima persona ovvero affidare tale compito a un soggetto terzo, pubblico o privato, afferma che l'*in house providing*, con i suoi rigorosi requisiti, «rappresenta il crinale lungo il quale si determina la legittimità della scelta fra gestione diretta ed esternalizzazione del servizio pubblico, fra autoproduzione e concorrenza».

³⁹ MALTONI A., *Gli atti «prodromici» delle p.a. che incidono sulla struttura e sul funzionamento delle società partecipate: una categoria da definire. considerazioni in tema di limiti dell'autonomia negoziale delle p.a.*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2013, 151, sostiene che le disposizioni che limitano l'autonomia negoziale delle amministrazioni pubbliche, ponendo un divieto di addivenire alla costituzione di determinati tipi di contratti associativi, costituiscono eccezione alla regola secondo cui, nell'ambito dell'attività di diritto privato delle p.a., vi è una generale soggezione al diritto comune.

⁴⁰ In tal senso, ANTONIOLI M., *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto fra le giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 835. Sulla stessa scia si colloca anche DEMURO I., *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 780, secondo cui non è ammissibile un'ingerenza del socio pubblico tale da "imporre" agli amministratori il rispetto delle esigenze proprie della gestione del servizio pubblico, in quanto un simile scenario non tiene conto: a) del potere esclusivo di gestione degli amministratori; b) che l'interesse sociale consiste nella gestione del servizio pubblico, e che qualora esso non venga correttamente perseguito, saranno esperibili gli ordinari rimedi societari. Sulla piena confluenza dell'interesse

Il potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato è peraltro riconosciuto e disciplinato nel codice civile (artt. 2497 e ss. c.c.), ed è nell'ambito di quei limiti che l'ente pubblico può esercitare l'attività (privatistica) di eterodirezione societaria. Pertanto, le direttive rivolte dall'ente pubblico agli amministratori costituiscono formali atti di indirizzo per la realizzazione degli interessi (pubblici) sociali; nondimeno, essi si basano esclusivamente sul rapporto fiduciario esistente tra capitale di comando dell'ente pubblico e l'organo amministrativo⁴¹, ragion per cui «essi non sono in alcun modo vincolanti e gli amministratori se vi si conformano, lo fanno sotto la propria responsabilità, assumendo come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni»⁴². Nel modello spa, il socio non può impartire direttive generali vincolanti né dare specifici ordini circa il compimento di atti d'impresa e neppure sostituirsi in alcun modo ad essi nel deliberarli. In altri termini, un controllo analogo inteso quale assoluta subordinazione gerarchica della gestione alla proprietà, non solo viola il disposto di cui all'art. 2380-bis c.c., ma si riverbera anche sul piano – non, come sembra prospettare la Cassazione, della confusione patrimoniale tra controllante e controllata⁴³, ma sul diverso piano – della responsabilità dell'ente controllante per gli atti di *mala gestio* che siano frutto di eterodirezione abusiva (art. 2497 c.c.)⁴⁴: rimedio

pubblico nell'interesse sociale, si veda l'autorevole opinione di OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 156, secondo cui l'interesse di cui è portatrice la partecipazione pubblica può essere ricondotto alla funzione concreta della società e quindi alla sua "causa" concreta; difatti «l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato, ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale» (cfr. OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 41). Sul punto, si veda anche Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, *cit.*, secondo cui «la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta».

⁴¹ Cfr. PALLOTTA A., *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2008, 191.

⁴² Con queste parole, GALGANO F.- GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. Dir. Comm. e Dir. Pubbl. Econom.*, a cura di Galgano, Padova, XXIX, 2004, 459, in cui si soggiunge che «la gestione dell'impresa sociale è materia nella quale gli amministratori possono legittimamente respingere ogni ingerenza dell'assemblea e disattendere ogni direttiva o istruzione».

⁴³ Confusione, peraltro, affermata (in termini di «identica titolarità») ma poi immediatamente smentita, dall'asserita «separazione» tra i due patrimoni. I giudici di legittimità hanno così coniato in via giurisprudenziale e senza una previsione normativa una sorta di patrimonio separato, destinato ad uno specifico affare (la gestione di un servizio pubblico), a guisa della fenomenologia contemplata dall'art. 2447 bis e ss., c.c. (cfr. FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, in *Società*, 2014, 55 e ss.)

⁴⁴ Si veda FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, op.cit., il quale afferma che laddove si verifichi l'ipotesi di controllo analogo contemplato dalle sezioni unite, ci troviamo di fronte ad un caso di violazione, *in re ipsa*, delle regole dettate dal codice civile in tema di

risarcitorio che tutela proprio quell' autonomia della persona giuridica che la sentenza in commento ha dichiaratamente annichilito.

Ma vi è un altro spunto problematico su cui pare opportuno soffermarsi.

Va osservato che i requisiti necessari ad integrare la categoria dell' *in house* sono concetti giuridici indeterminati⁴⁵, sull'applicazione dei quali si registrano orientamenti giurisprudenziali oscillanti. In particolare la verifica in ordine alla sussistenza del controllo analogo, scaturisce da un'indagine empirica sul caso concreto, condotta dal singolo Giudice con particolare attenzione alle norme statutarie che regolano i processi decisionali del Consiglio di Amministrazione.

Lo Statuto gioca un ruolo determinante nell'attribuzione della qualifica di *in house*, in quanto è in tale atto che si cristallizzano le procedure per il concreto funzionamento della società e la formazione delle strategie di gestione.

Tuttavia, non può sfuggire all'interprete che il controllo di fatto sulla *governance* societaria può prescindere dal controllo giuridico, quale esso risulta dalle norme statutarie.

Infatti, da un lato la Cassazione ha specificato che, anche nel caso di società partecipata dall'unico socio pubblico, per integrare la nozione di controllo analogo, non è sufficiente un generico potere di controllo, ma occorre che lo statuto preveda una «forma di controllo penetrante e continuo del socio pubblico nella gestione della attività sociale»⁴⁶, che si aggiunga all'(ordinaria) ingerenza riconosciuta all'ente pubblico ex art. 2449 c.c.⁴⁷

direzione e coordinamento, fonte di responsabilità diretta verso soci e creditori ex art. 2497, c.c., di responsabilità risarcitoria aggiuntiva di chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio (art. 2497 comma 2, c.c.); si ricade, pertanto, nell'ipotesi di responsabilità dell'ente pubblico per abuso del dominio.

⁴⁵ Cfr., URBANO G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

⁴⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 2 dicembre 2013, n. 26936, in *Società* 2014, 230, con commento di CARBONE V. e GIUFFRÈ R., *Limiti alla giurisdizione della corte dei conti*.

⁴⁷ L'art. 2449 c.c. costituisce una norma speciale del tipo società per azioni. Difatti, se da diritto comune spetta alla assemblea il potere di nomina dell'organo di amministrazione e di controllo, la disposizione in esame, di contro, consente, quantomeno nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, a che amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza siano nominati al di fuori del procedimento assembleare, in misura proporzionale alla partecipazione che lo Stato o gli enti pubblici hanno nel capitale sociale e qualora lo statuto contenga una apposita previsione in tal senso. Per un approfondimento su *ratio* e finalità della disposizione si rinvia a GALGANO F.- GENGHINI R., *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in op. cit., 461, e ABBADESSA P., *La nomina diretta di amministratori di società da parte dello Stato e di enti pubblici (problemi ed ipotesi)*, in *Impresa Ambiente*, 1975, 377 e ss.

D'altro canto, il controllo (inteso quale influenza dominante sulla società) può promanare anche da soggetti non soci, che lo esercitano tramite mezzi diversi dalla partecipazione societaria e che non è direttamente evincibile dalle norme sul funzionamento del CdA. È l'ipotesi, contemplata all'art. 2359 1° comma n. 3) c.c., del c.d. controllo esterno, che si verifica quando una società esercita un'influenza dominante su un'altra in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa; ad esempio, nelle ipotesi di controllo dovuto a contratti di agenzia, *franchising*, licenza di brevetto, *know-how*, contratti di somministrazione, contratti bancari o, più in generale, quando sussistono rapporti contrattuali le cui prestazioni siano essenziali per l'attività della società sottoposta e dunque per la sua sopravvivenza, così da creare una situazione di dipendenza economica.⁴⁸

All'estrema elasticità della nozione di controllo analogo, si aggiunga l'ineliminabile incertezza dovuta alle diverse interpretazioni che dottrina e giurisprudenza hanno finora adottato della stessa definizione di *in house*: da un lato chi, valorizzando il profilo del rapporto, ossia, dell'affidamento diretto del servizio, ha esteso la nozione di *in house* anche alle società pubbliche con capitale misto⁴⁹; dall'altro chi, dando rilevanza al requisito soggettivo della totale partecipazione pubblica enucleato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza *Stadt Halle*, ritiene che possa parlarsi di società (piuttosto che di affidamento) *in house* solo riguardo a società totalmente "chiuse" ad apporti privati⁵⁰.

La stessa Cassazione, peraltro, pur adottando la nozione restrittiva di *in house* (al cui capitale partecipino esclusivamente enti pubblici) sottolinea chiaramente che l'elemento

⁴⁸ La nozione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. comprende tanto il controllo c.d. "di diritto" (disponibilità della maggioranza dei voti nell'assemblea della controllata), di cui al n. 1, quanto quello c.d. "di fatto", a sua volta articolato in controllo "interno" (o azionario), di cui al n. 2, ed "esterno" (o contrattuale), di cui al n. 3. In entrambe le ipotesi di controllo di fatto, l'ente partecipante è in grado di esercitare una c.d. influenza dominante, che consiste nella possibilità di «orientare, imponendo la propria volontà, le linee di politica aziendale della controllata». Nel caso controllo esterno contrattuale l'esercizio dell'influenza avviene grazie alla sussistenza di relazioni commerciali tali da determinare uno stato di dipendenza economica. In tal senso DONATIVI V., *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, 142; GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, 146.

⁴⁹ In tal senso, ROMANO S.A., *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011, 18 e ss.

⁵⁰ *Ex multis*, GAVERINI F., *Nuove precisazioni in tema di in house providing e di «controllo» sulla partecipazione, non meramente simbolica, degli enti al capitale delle società che gestiscono pubblici servizi*, op. cit.; GIOVANNELLI M., *Verso il tramonto degli affidamenti diretti*, in *Urb. e app.*, 2007, 984. Si segnala peraltro che le ultime proposte della Commissione UE sono orientate nel senso di consentire l'esclusione dalle regole sulla concorrenza anche a fronte di una partecipazione privata, purché essa sia priva di poteri decisionali.

determinate ai fini della fuoriuscita dal *genus* societario e del dissolvimento della personalità giuridica sia proprio il requisito del controllo analogo, inteso quale totale subordinazione gerarchica dell'organo amministrativo dell'ente *in house* al socio pubblico⁵¹. Elemento che, teoricamente, non è escluso dalla partecipazione (meramente patrimoniale) di soci privati privi di potere decisionale (si pensi, ad es., al socio privato che detenga unicamente azioni prive del diritto di voto ex art. 2351 c.c.).

In estrema sintesi, la nozione di controllo analogo, e con essa la stessa definizione di società *in house*, presenta dei contorni fortemente sfumati: non è infatti possibile, ad oggi, ancorare l'istituto dell'*in house* a criteri d'individuazione tassativi.

A fronte di ciò non può non stupire che la Cassazione àncori il presupposto della giurisdizione contabile sulle società *in house*, alla ricorrenza di un "tipo" societario individuato sulla base di caratteristiche «concrete, neppure solo statutarie, ma in parte addirittura fattuali». Per stabilire se c'è (oppure no) giurisdizione contabile occorrerà, preliminarmente, verificare se in una determinata società pubblica esista o meno «un rapporto gerarchico che non lascia spazio a possibili aree di autonomia e di eventuale motivato dissenso»: verifica che, ontologicamente, non può basarsi sul contenuto della domanda, ma implica una valutazione da effettuarsi «caso per caso»⁵².

Il quadro appare difficilmente conciliabile non solo con la nozione stessa di tipo societario, inteso quale insieme astratto di alcuni, determinati componenti, individuati con legge, il cui riscontro è sufficiente ad attrarre il caso concreto⁵³, ma appare anche errato sotto il profilo dei principi generali dell'ordinamento in materia di rapporto tra questioni di rito e questioni di merito, comportando che il rito (giurisdizione) vada deciso sulla base dell'effettivo (quale risulta dall'esame di merito) modo di essere del diritto controverso.⁵⁴

⁵¹ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.: «(..)ciò che davvero è difficile conciliare con la configurazione della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono e per il cui tramite essa stessa agisce, è la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale.»

⁵² Cfr. FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, op.cit.

⁵³ Sul punto si veda VASSALLI G. *Tipicità e corrispondenza al tipo*, voce XLIV, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, 535 «La tipicità è un problema di fattispecie legale, o comunque astratta. Ad essa fa riscontro la corrispondenza o conformità al tipo che è invece problema di fattispecie concreta».

⁵⁴ Cfr. LUISO F. P., *Le questioni di rito in Diritto Processuale civile, I processi speciali*, Milano, 2013, 22, secondo cui «è, appunto, principio generale che il modo di essere della situazione sostanziale dedotta in giudizio si determina, ove sia rilevante per le questioni di rito (giurisdizione, competenza, legittimazione, ecc.) sulla base della domanda e non sulla base dell'istruttoria effettuata ai fini del merito.»

Si ritiene, pertanto, che quando la Cassazione disconosce l'autonomia patrimoniale della società sulla base della riconducibilità o meno alla "categoria"⁵⁵ dell'*in house*, finisca per ricollegare conseguenze giuridiche dirompenti a valutazioni estremamente opinabili, superando l'argine della normativa processuale: un'operazione che pare quantomeno dubbia sotto il profilo della certezza del diritto.

6 (segue) Lo "squarcio del velo" oltre le finalità del controllo contabile. Possibili risvolti in tema di fallibilità e responsabilità verso i terzi

Un ulteriore aspetto critico della sentenza in commento consiste nella difficoltà di individuarne (e circoscriverne) i potenziali effetti nei vari settori dell'ordinamento.

Difatti, le affermazioni della Suprema Corte in tema di autonomia patrimoniale disorientano l'interprete soprattutto in ragione della lapidarietà con cui sono formulate: la Cassazione, riscontrata l'impossibilità di configurare un effettivo rapporto di terzietà fra il socio pubblico e l'ente *in house*, ne fa discendere lo sgretolamento della personalità giuridica di diritto privato, divenuta null'altro che una mera "forma" completamente svuotata della sostanza dell'impresa⁵⁶.

Va segnalato, ad avviso di chi scrive, che la *vis* evocativa delle immagini adoperate rischia di indurre l'operatore a conclusioni assai più audaci di quanto non consenta un'oculata lettura della decisione e dell'imprescindibile contesto normativo.⁵⁷

⁵⁵ Nei limiti in cui si possa effettivamente parlare di categoria e non di mera qualifica.

⁵⁶ «Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva. 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; ma di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è più possibile parlare», così Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

⁵⁷ Il problema delle possibili ripercussioni delle affermazioni della Suprema Corte è ben messo in luce da RORDORF R., *Le società partecipate fra pubblico e privato*, in *Società*, 2013, 1326, il quale, proprio con riguardo alle società pubbliche, evidenzia come le affermazioni su questo specifico terreno sono portatrici di molteplici riflessi - per esempio nella materia del diritto concorsuale ed in quella del diritto del lavoro - dei quali occorre tener conto. Pur se si voglia predicare un approccio eclettico, o meramente funzionale, non si può ignorare che con larghissima probabilità «l'affermazione di un determinato principio ad opera delle sezioni unite della Cassazione, benché magari formulata solo per decidere un regolamento di giurisdizione, è suscettibile di avere un'eco in ambiti diversi, se in quegli ambiti ugualmente ci si trovi poi a discutere della natura giuridica di tali società ed argomentare sull'applicabilità a dette società or di questa or di quella disciplina giuridica generale o di settore».

Tradizionalmente, lo “squarcio del velo” costituisce il correttivo di giustizia sostanziale per fenomeni in cui l’istituto della personalità giuridica, intatto nell’applicazione formale, è sostanzialmente piegato a finalità abusive⁵⁸.

La *ratio* del rimedio è evidentemente la tutela dei terzi che abbiano fatto affidamento sulla sussistenza dei presupposti cui la legge subordina la limitazione di responsabilità. La personalità giuridica, e con essa la separazione patrimoniale, viene meno *erga omnes*, consentendo l’esperimento dell’azione direttamente nei confronti di chi si è servito dello schermo societario per sfuggire alla responsabilità civile.

Nel caso specifico della società in *house*, lo squarcio del velo, determinando il venir meno dell’alterità soggettiva tra socio pubblico e società, comporterebbe la definitiva riqualificazione dell’ente *in house* non -si badi- come nuovo ente pubblico *tout court*, ma come “parte” (nel senso di patrimonio separato) del medesimo ente pubblico già esistente.

Ora, da un lato, che la Cassazione non abbia optato per la strada della riqualificazione pubblicistica del soggetto *in house* è scelta - condivisibile - diffusamente motivata nella stessa sentenza in commento, laddove si afferma che attribuire natura di ente pubblico alla società con partecipazione pubblica trova un «solido ostacolo nel disposto della L. 20 marzo 1975, n. 70, art. 4, a tenore del quale occorre l’intervento del legislatore per l’istituzione di un ente pubblico»⁵⁹. Difatti, è pur vero che il riconoscimento della natura pubblica dell’ente può essere desunta anche per implicito da una o più disposizioni di legge, ma è nondimeno necessario che la volontà del legislatore in tal senso risulti da tali disposizioni «in modo assolutamente inequivoco»: inequivocità che non è certo ravvisabile nelle disposizioni normative relative alla società con partecipazione pubblica, posto che il legislatore si è piuttosto preoccupato di ribadirne, in via generale e fatta salva l’applicazione di singole regole speciali, l’assoggettamento alla disciplina dettata

⁵⁸ L’ abuso della personalità giuridica integra un fenomeno di utilizzazione anormale della struttura societaria da parte dell’imprenditore, il quale dà vita ad una società o addirittura ad un gruppo di società al solo fine di interporre tra sé ed i terzi creditori uno schermo, rappresentato appunto dalla persona giuridica, in grado di garantire il beneficio della responsabilità limitata per le obbligazioni assunte nell’esercizio dell’impresa. Si veda, in tal senso, M. FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, in *Quaderni di Giur. comm.*, n. 195, Milano, 1999, 87.

⁵⁹ Aggiunge la Suprema Corte (Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.) che «pare difficile dubitare che siffatta norma esprima un principio di ordine generale, ove si consideri la molteplicità e la rilevanza degli effetti giuridici potenzialmente implicati nel riconoscimento della natura pubblica di un ente.»

dal codice civile per le società di diritto privato⁶⁰. Se la qualifica di ente pubblico non può inferirsi dalle disposizioni di legge relative alle società con partecipazione pubblica, alle medesime conclusioni deve giungersi con riguardo alla società *in house*, la cui peculiarità è riconosciuta dal legislatore unicamente ai fini dell'applicazione delle procedure di evidenza pubblica⁶¹. Il *quid pluris* dell'*in house*, rispetto alle altre società pubbliche, mantiene dunque una dimensione puramente funzionale, da cui non è desumibile alcuna significativa variazione della *voluntas legis* sotto il profilo della qualificazione soggettiva dell'ente.

La stessa Cassazione riconosce che, nonostante le profonde deviazioni dal modello codicistico, anche per l'ente *in house* il tipo societario resta il criterio di individuazione della normativa di *default*, da applicarsi ogniqualvolta la legge speciale non disponga diversamente⁶².

Ciò che invece non può condividersi, anche sotto il profilo della coerenza interna al percorso logico argomentativo della sentenza in commento, è che la Cassazione finisca

⁶⁰ In tal senso, Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 53, in cui si afferma che è proprio dall'esistenza di specifiche normative di settore che, negli ambiti da esse delimitati, attraggono nella sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato, che può ricavarsi a contrario, che, ad ogni altro effetto, tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica. Nello stesso senso, Cass. civ., Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 21991, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 1385, secondo cui le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Per la dottrina, si veda GIULIETTI W., *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, in www.giustamm.it, il quale sostiene che neppure il rapporto funzionale con l'ente partecipante può riflettersi sulla disciplina normativa applicabile all'organizzazione societaria, che rimane quella ordinaria prevista dal codice civile.

⁶¹ In tal senso si veda Cass. civ., Sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Foro Amm. CDS*, 2012, 1496, con nota di NICODEMO G. F., *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: le sezioni unite della cassazione ritornano sulla questione di giurisdizione*, secondo cui la qualificazione della società come organismo di diritto pubblico, rileva solo sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica, non influenzando minimamente sul diverso piano della responsabilità amministrativa-risarcitoria dell'amministratore o del dipendente nei confronti della società. In senso sostanzialmente conforme, Cass. civ., Sez. un., 7 luglio 2011, n. 14957, in *Foro It.*, 2012, I, 831; Cass. civ., Sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655, in *Foro Amm. CDS*, 2011, 2299. Nello stesso senso, FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, op. cit., secondo cui «una cosa è l'imprenditore commerciale (società a partecipazione pubblica o meno, o concessionaria di servizio beni pubblici), che resta sempre tale ed assoggettato al relativo statuto, ed altra cosa è la sua qualificazione ai fini delle norme cui assoggettare la sua particolare attività.»

⁶² Cfr. Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit. : «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 (..)»

per negare alla società *in house* non solo la personalità giuridica di diritto privato - pur riconoscendo l'applicabilità del relativo modello organizzativo - ma addirittura una qualsiasi soggettività, intesa come *minimum* dell'autonomia patrimoniale, qualificandola come un mero patrimonio (interno all'ente pubblico ma da questo) separato. Difatti, non avendo la Cassazione fornito alcuna specificazione in senso contrario, l'interpretazione letterale, astrattamente ammissibile, porterebbe a ritenere che la mancanza di alterità soggettiva della società *in house* vada intesa come assenza *tout court*, quindi, con effetti - dirompenti - anche negli altri settori dell'ordinamento.

La suddetta interpretazione non pare accoglibile per molteplici ragioni.

In primo luogo, non può non considerarsi che l'ente *in house*, per quanto profondamente compenetrato con il socio pubblico, resti sempre una società iscritta nel registro delle imprese, «sulla cui natura e regime i terzi maturano un legittimo affidamento»⁶³.

In secondo luogo, escludere l'autonomia patrimoniale e la distinta personalità giuridica tra l'ente partecipante e la società, porterebbe ad estendere all'ente pubblico la responsabilità per le obbligazioni contratte dalla società *in house*, in quanto la mera separazione patrimoniale, proprio perché priva del grado di autonomia necessario a fondare la limitazione della responsabilità, non è opponibile ai creditori nella fase di insolvenza⁶⁴.

⁶³ Così, correttamente, GIULETTI W., *Fallibilità, situazione debitoria e responsabilità amministrativa nelle società pubbliche*, op. cit. Nello stesso senso, tra gli altri, ROMAGNOLI G., *La responsabilità amministrativa dei componenti degli organi di gestione delle società a partecipazione pubblica. Tra "brusche frenate" e "annunciate accelerazioni"*, in *RDS*, 2011, 187 e ss; TENORE V., *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 71.

⁶⁴ Sul punto CINTIOLI F., *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *www.giustamm.it*, 2014, secondo cui «Se queste società non sono soggetti giuridici diversi dalla p.a. ed esprimono un fenomeno di autonomia patrimoniale "minore" rispetto a quello della personalità giuridica, ne dovrebbe seguire che i due patrimoni sono destinati a confondersi e che i creditori della società dovrebbero poter aggredire direttamente il patrimonio dell'amministrazione. Il che la sentenza non giunge ancora ad affermare in modo esplicito». Nello stesso senso sembra porsi anche FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, op.cit., il quale equipara la società *in house* all'unica ipotesi di patrimonio separato ammessa dal legislatore in deroga al principio generale di cui all'art. 2740 c.c., ossia, all'istituto del patrimonio destinato ad uno specifico affare (art. 2447-bis). Sottolinea in particolare l'Autore che «anche se per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la Spa risponde nei limiti del patrimonio destinato allo stesso, il legislatore fa salva la responsabilità illimitata del patrimonio generale per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, sorte evidentemente dopo la gemmazione.»

Inoltre, la natura di patrimonio separato sembra stridere con l'imputazione, in altri settori dell'ordinamento, di particolari obblighi giuridici il cui esercizio e adempimento presuppone logicamente, prima ancora che giuridicamente, una forma di autonoma soggettività: basti considerare che nel diritto tributario l'ente *in house* è soggetto passivo d'imposta, con tutti gli obblighi che ne derivano in termini di (autonoma) fatturazione⁶⁵.

L'unica soluzione interpretativa che pare ragionevole, anche se non sono mancate pronunce di segno opposto da parte dei Giudici di merito, è quella per cui il dissolvimento dell'autonomia patrimoniale dell'*in house*, operi solo sul piano della responsabilità contabile, in quanto garantisce che il danno al patrimonio della società *in house* non perda la natura di danno erariale in ragione della personalità giuridica di diritto privato⁶⁶.

La ricostruzione prospettata sembra, peraltro, trovare conforto in un'altra decisione della Suprema Corte⁶⁷ con cui si è escluso che il criterio funzionale dell'attività svolta dall'ente possa essere invocato al di fuori degli ambiti in cui la legge lo prevede e, nel caso di specie, ai fini dell'applicazione della normativa fallimentare⁶⁸.

La questione consisteva nello stabilire se, al ricorrere di indici di pubblicità particolarmente significativi, potesse estendersi a talune società pubbliche, in via analogica, l'esonero dalla fallibilità previsto per gli enti pubblici dall'articolo 1 della legge

⁶⁵ L'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione del 16 aprile 2008 n. 15/E (di recente ribadita anche dalla ris. del 30 maggio 2014 n. 56/E) ha affermato che, sul piano tributario, il modello *in house* è del tutto irrilevante.

⁶⁶ Si veda Trib. Verona, 19 dicembre 2013, in www.ilcaso.it il quale ha affermato che l'esenzione dalle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo prevista per gli enti pubblici dall'articolo 1, comma 1, l. fall. deve essere applicata anche alle società *in house*, così come sancito nella sentenza delle sezioni unite, non essendo configurabile un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società. In senso opposto, cfr., invece Trib. Pescara, 14 gennaio 2014 (che richiama Cass. civ., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799) in www.ilcaso.it, 2014 che ha sancito l'assoggettabilità alla procedura di concordato preventivo delle società *in house* in quanto la legge non prevede alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale. Nello stesso senso Trib. Modena, 10 gennaio 2014 in www.ilcaso.it, il quale ha ammesso una S.r.l. *in house* al concordato, ritenendo che, in difetto di diversa qualificazione legislativa, resti valido il principio generale della assoggettabilità alle procedure concorsuali delle imprese che abbiano assunto la forma societaria iscrivendosi nell'apposito registro e quindi volontariamente assoggettandosi alla disciplina privatistica

⁶⁷ Si veda Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209, cit.

⁶⁸ La Corte (Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209 cit.) afferma che non può condividersi la ricostruzione della ricorrente, secondo «cui la verifica dell'applicabilità alle società in mano pubblica di discipline di settore pubblico o privato, in difetto di specifiche disposizioni normative, va compiuta di volta in volta, a seconda della materia di riferimento ed in vista degli interessi tutelati dal legislatore.»

fallimentare, oppure se al contrario la veste formalmente privata che esse comunque rivestono ne imponesse sempre la soggezione alle procedure concorsuali al pari delle società di diritto comune.

La Corte ha propeso per la seconda soluzione, riconoscendo che nel nostro ordinamento ai fini dell'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale e, dunque, della disciplina concorsuale, rileva la natura del soggetto che esercita l'attività d'impresa (criterio c.d. tipologico) e non l'attività esercitata (criterio funzionale).

A tal proposito, pur considerando che il contesto politico-economico degli ultimi decenni è molto mutato, dando luogo alla costituzione di innumerevoli varianti di società pubbliche, non è invece mutato il quadro normativo generale, in quanto il legislatore ha ribadito la riconducibilità delle società pubbliche fra quelle di diritto comune.⁶⁹ Difatti, «neppure le innumerevoli disposizioni normative speciali che, nel corso degli anni, sono state emanate in tema di società pubbliche, costituiscono un corpus unitario, sufficiente a regolamentarne attività e funzionamento ed a modificarne la natura di soggetti di diritto privato, così da sottrarle espressamente alla disciplina civilistica.»⁷⁰

Ciò premesso, si impone un ridimensionamento delle affermazioni contenute nella sentenza a sez. un. del 25 novembre 2013, attraverso un'interpretazione che qualifichi l'asserito squarcio del velo della personalità giuridica non come "dissolvimento" *erga*

⁶⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 27 settembre 2013, n. 22209 cit., «Va in primo luogo escluso che peculiarità, tali da giustificare l'equiparazione ad un ente pubblico di società a partecipazione pubblica, si rinvercano sul piano del soggetto, ossia dell'ente giuridico "società", e del modo in cui sono disciplinati la sua organizzazione ed il suo funzionamento, e i rapporti esistenti, al suo interno, fra i diversi organi che vi operano. E ciò vale anche nel caso in cui norme legislative o statutarie pongano limiti alla autonomia degli organi deliberativi, posto che la volontà negoziale della società pubblica, pur se determinata da atti propedeutici dell'amministrazione, si forma e si manifesta secondo le regole del diritto privato.»

⁷⁰ Così, Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit. Già prima la Cassazione aveva evidenziato che una società non muta la sua natura di soggetto di diritto privato soltanto perché un ente pubblico è titolare di una parte o della totalità del suo capitale, potendo in tal modo, indirettamente, influenzarne le scelte organizzative ed operative secondo le regole proprie del diritto societario, pur se sulla base di determinazioni adottate dai propri organi secondo le regole proprie del diritto amministrativo, essendo anche in tal caso possibile distinguere la sfera delle situazioni giuridicamente riferibili alla società e/o ai suoi organi da quella delle situazioni giuridicamente riferibili all'ente pubblico e/o ai suoi organi. Cfr., in particolare Cass. civ., Sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Società*, 2006, 870; Cass. civ., Sez. un., 4 marzo 2009, n. 5161, in *Repertorio Foro It.* 2009, voce "Impiegato dello Stato e pubblico", n. 410. *Contra*, Cass. civ., Sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 1186 e ss., con nota di COGLIANI S. e GIARDINO E., *S.p.a. partecipa da soggetti pubblici: l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati*, e di GOISIS F., *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in cui si afferma che la qualificazione di un ente come società di capitali, non è sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso, dovendosi procedere, volta per volta, alla valutazione concreta.

omnes ma, piuttosto, come “diradamento” *inter partes*, in quanto circoscritto ai soli fini del controllo contabile.⁷¹

7. Il danno erariale nell’ulteriore accezione di danno non patrimoniale: le aree grigie tra giurisdizione ordinaria e contabile.

La tecnica giuridica dello squarcio del velo, pur con le suesposte criticità, ha consentito alla Suprema Corte di affermare la giurisdizione contabile in tutte le ipotesi di danno sociale cagionato dagli amministratori di società *in house*. Nello specifico, la Cassazione arriva ad asserire la piena ascrivibilità del danno al patrimonio della società *in house* alla fattispecie del danno erariale – e, per tale via, a giustificare la deviazione dall’ordinario criterio di ripartizione basato sulla direzione del danno –, postulando una configurazione di tale lesione in termini di pregiudizio al patrimonio dell’ente pubblico.

Difatti, secondo la ricostruzione offerta dalla Suprema Corte, il patrimonio della società *in house* è interamente riconducibile alla titolarità del socio pubblico, il che determina che il pregiudizio al patrimonio della società si traduca sempre e inevitabilmente in un danno erariale, in quanto inferto ad un patrimonio – separato, ma pur sempre - giuridicamente riferibile ad un ente pubblico⁷².

Al fine di stabilire se possano comunque residuare spazi di giurisdizione dell’a.g.o, resta allora da verificare se sia plausibile delimitare un’area di danno per il socio pubblico, che non sia “sociale”, nel senso che non transiti obbligatoriamente attraverso il patrimonio della società *in house*. Bisogna, più in generale, domandarsi se il pregiudizio derivante dall’attività illecita dell’amministratore, quando abbia attinto, ancorché di riflesso, ad un bene-interesse diverso dal patrimonio, debba comunque essere considerato un danno che si ripercuote sull’erario, o se, all’opposto, vada qualificata come autonoma voce di

⁷¹ In tal senso si veda FIMMANÒ F., *La giurisdizione sulle "società in house providing"*, op.cit., secondo cui alla sentenza del supremo consesso andrebbe riconosciuta una valenza meramente “settoriale”, che si limiti al profilo della giurisdizione *escludendo qualunque altro profilo che non attenga al rapporto tra partecipante e partecipato*. In altri termini, la personalità giuridica verrebbe meno solo nel rapporto sociale tra società ed ente pubblico ai fini di poter affermare la (piena) giurisdizione della Corte dei Conti sulla società *in house*.

⁷² Precisa, al riguardo, Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, *cit.*, che «[...] la distinzione tra il patrimonio dell'ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità».

danno, direttamente ricadente sul socio pubblico, *sub specie* di danno non patrimoniale, ma che non turba il suo patrimonio⁷³.

L'ipotesi paradigmatica è rappresentata dalla fattispecie della lesione all'immagine dello Stato, che può comportare, «oltre al danno patrimoniale, se verificatosi, e se dimostrato, il danno non patrimoniale costituito - come danno c.d. conseguenza - dalla diminuzione della "considerazione" della persona giuridica o dell'ente».⁷⁴

Può, infatti, accadere che la condotta dell'amministratore, a prescindere dall'aver comportato un depauperamento economico del patrimonio sociale, abbia suscitato un clamore negativo presso la collettività, contribuendo a determinare un'alterazione negativa dell'immagine e del prestigio della Pubblica Amministrazione⁷⁵. Il che ha imposto di chiarire se il danno all'immagine, prodotto dal comportamento

⁷³ Sul concetto di danno non patrimoniale si veda MESSINETTI D., *Danno giuridico*, agg. I, in *Enc. Dir.*, Milano, 1997, 477 e ss., secondo cui l'elaborazione di tale nozione ha «l'effetto pratico di rendere "compatibili", e quindi recepibili nell'ambito delle tecniche risarcitorie, rigidamente strutturate in regole della disciplina normativa (art. 1223, 1225-1227 c.c., con l'estensione prodotta dall'art. 2056 c.c.), taluni risultati della prassi sociale, che non rientrano immediatamente nei modelli dell'appropriazione, presupposti dall'interpretazione corrente del contesto normativo richiamato dalla disciplina in questione»; MAZZAMUTO S., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2012, 437, secondo cui la peculiarità indiscussa del danno non patrimoniale è costituita dalla strutturale irriducibilità di tale perdita ad una misura oggettiva di natura economica; sulla differenza tra danno patrimoniale e non patrimoniale; BILOTTA F., *Dalla tutela della famiglia alla tutela della vita privata e familiare*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, 279, il quale afferma che, se innanzi a un danno patrimoniale la constatazione dell'ingiustizia si accompagna sempre, sul lato della quantificazione del danno, all'esistenza di una valutazione di mercato delle utilità sottratte alla vittima, in presenza di un danno non patrimoniale una tale valutazione non è possibile e sono gli operatori del diritto che devono conferire valore alle utilità di cui il danneggiato è stato privato.

⁷⁴ Il danno non patrimoniale può venire in rilievo «sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca». Così, testualmente, Cass. civ., Sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929 in *Giust. Civ.*, 2008, 1998, con nota di DELLI PRISCOLI L., *Diritti della personalità, persone giuridiche e società di persone*, secondo cui la giurisprudenza e la dottrina hanno svolto un lavoro di adattamento alle persone giuridiche (e, in particolare, alle società) dei diritti della personalità, tradizionalmente riferiti solo a persone fisiche: così, ad esempio, si parla di diritto all'identità commerciale e non semplicemente all'identità, di diritto alla reputazione commerciale e non alla reputazione, di immagine commerciale e non solo di immagine; nello stesso senso, Cass. civ., Sez. III, 12 dicembre 2008, n. 29185, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 1766.

⁷⁵ Sul punto si veda CHINDEMI D., *Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 1166B, secondo cui la lesione dell'immagine deve rilevare come negativo riflesso del comportamento antidoveroso (e doloso) del soggetto incardinato nella struttura della P.A. che deteriora ed offusca l'immagine dell'Amministrazione Pubblica la quale, per definizione, deve possedere, diffondere e difendere valori di onestà, correttezza, trasparenza, legalità ed affidabilità.

dell'amministratore di società pubblica, potesse ricadere nell'ambito del danno erariale, rientrando, per tale via, nell'alveo della giurisdizione contabile.

Ci si è, in altri termini, domandati se si potesse parlare di danno all'erario non solo quando il pregiudizio per l'ente pubblico avesse rivestito carattere patrimoniale (individuabile ad es. nei costi per le attività necessarie al recupero di credibilità dell'ente, alla riorganizzazione dei servizi, alla sostituzione del vertice politico o amministrativo dell'ente stesso, ecc.) ma anche qualora avesse assunto natura non patrimoniale, consistendo, cioè, nella lesione di beni idonei a costituire oggetto di scambio e di quantificazione pecuniaria secondo le leggi di mercato.

Al riguardo, il nodo era stato differentemente sciolto, in via interpretativa, ora estendendo, ora restringendo le maglie del concetto giuridico di "erario". Quest'ultimo, infatti, se recepito in un'accezione esclusivamente patrimoniale – quale complesso di rapporti economicamente valutabili facenti capo all'ente pubblico –, conduceva a ritenere che il danno non patrimoniale, compreso quello all'immagine, non potesse mai essere assimilato al danno erariale, con tutto ciò che ne consegue in termini di giurisdizione. Viceversa, chi ha inteso allargare la nozione di erario, sino a ricomprendervi qualsiasi diritto, anche della personalità, purché suscettibile di essere ristorato mediante l'irrogazione di una sanzione in danaro, ha dovuto concludere, a rigore, che anche il danno non patrimoniale subito dalla P.A. sarebbe refluito nella giurisdizione della Corte dei Conti.

Per dirimere la questione, sottraendo all'incerta definizione di erario il ruolo di fattore discriminante della giurisdizione sul danno all'immagine, è intervenuto il legislatore che, con l'art. 17 comma 30-ter del D.L. 78/2009, ha attribuito alla Corte dei Conti la giurisdizione sull'azione per il risarcimento del danno all'immagine⁷⁶, specificando, tuttavia, che la Procura contabile può esercitare tale azione nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97⁷⁷.

⁷⁶ Senza che rilevi, di volta in volta, il carattere patrimoniale o non patrimoniale della lesione.

⁷⁷ La norma fa riferimento ai reati dei dipendenti della P.a. L'art. 7 (primo periodo) prevede una disciplina specifica per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del c.p. In questi casi il Procuratore contabile, una volta ricevuta comunicazione dell'intervenuta sentenza irrevocabile di condanna, deve promuovere l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato entro trenta giorni dal ricevimento. Viceversa, per gli altri reati (secondo periodo dell'art. 7), non si delinea una disciplina *ad hoc*, ma si rinvia al disposto dell'art. 129 (comma 3) disp. att. c.p.p., secondo cui il P.M., quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'erario, deve informare il procuratore regionale presso la Corte dei Conti, dando notizia della imputazione.

La delimitazione normativa è sembrata, fin da subito, non completamente esaustiva nella sua formulazione. Non è parso chiaro (*rectius*, chiaramente evincibile dal disposto normativo) se, con la previsione in esame, il legislatore abbia inteso introdurre una disposizione regolatrice della giurisdizione, o abbia voluto spingersi oltre, individuando, nella sostanza, le uniche fattispecie di danno non patrimoniale della P.A. suscettibili di tutela riparatoria.

La Consulta, con sentenza n. 355 del 15 dicembre 2010⁷⁸, ha sposato questa seconda lettura, chiarendo fin da subito che, con tale disposizione, il legislatore ha voluto «circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile, sul piano sostanziale e processuale, chiedere il risarcimento del danno in presenza della lesione dell'immagine dell'amministrazione». In sostanza, sostiene la Corte Costituzionale, non è ipotizzabile un'azione di risarcimento del danno all'immagine della P.A. al di fuori dei presupposti tassativamente indicati all'art. 7 della legge 97 del 2001 (*id est*, una sentenza irrevocabile di condanna intervenuta sui c.d. reati propri del dipendente pubblico). Di riflesso, essendo la materia espressamente collocata nell'ambito della giurisdizione della Corte dei Conti, non residuerebbe alcuno spazio per una giurisdizione complementare del giudice ordinario.

⁷⁸ In *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 280, con nota di ZIVIZ P., *L'eco delle sezioni unite risuona alla corte costituzionale*, secondo cui la Corte Costituzionale respinge l'idea che il pregiudizio vada considerato patrimoniale ove commisurato alle spese necessarie per il ripristino dell'immagine dell'ente pubblico, in quanto tale riferimento risulterebbe utile esclusivamente ai fini della quantificazione monetaria del danno. Laddove la P.A. venga effettivamente ad affrontare dei costi per fronteggiare la perdita di prestigio inflitta dall'illecito del dipendente, tale pregiudizio assume necessariamente carattere patrimoniale (così come va considerato patrimoniale il danno corrispondente alle spese mediche sostenute dalla vittima per fronteggiare una lesione all'integrità psico-fisica cagionata da un illecito); per quanto invece concerne la liquidazione delle compromissioni relative all'agire dell'ente, ai fini della quantificazione, potranno essere assunti a riferimento anche indici di carattere patrimoniale che non vanno però a mutare la natura non patrimoniale del pregiudizio (ad esempio, nel caso di danno non patrimoniale da *mobbing* subito dal lavoratore, la giurisprudenza tende a quantificare lo stesso sulla base di un criterio riferito alla retribuzione, il che non viene ad incidere sulla natura del pregiudizio stesso). Nello stesso senso, Corte cost., 28 ottobre 2011, n. 286, in *Giur. Cost.*, 2011, 3701, secondo cui il fatto che l'art. 17 comma 30 *ter* del D.l. n. 78/2009 limiti l'ambito applicativo dell'azione risarcitoria alle ipotesi di sentenze irrevocabili di condanna pronunciate nei confronti dei dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica, per i delitti contro la p.a. previsti dal capo I del titolo II del libro II c.p., non si pone in contrasto con il dettato costituzionale. Il legislatore ha, infatti, ritenuto, nell'esercizio della propria discrezionalità, che soltanto in presenza di condotte illecite che integrino gli estremi di «specifiche fattispecie delittuose, volte a tutelare, tra l'altro, proprio il buon andamento, l'imparzialità e lo stesso prestigio dell'amministrazione», possa essere proposta l'azione di risarcimento del danno per lesione dell'immagine dell'ente pubblico.

Nonostante le nitide asserzioni della Consulta, il conflitto tra giurisdizione ordinaria e contabile in materia di danno non patrimoniale della P.a. è riemerso a fronte delle recenti affermazioni della Cassazione penale, secondo la quale «non vi è dubbio che la domanda di risarcimento del danno per la compromissione dell'immagine dell'amministrazione possa essere proposta anche dinanzi ad un organo giurisdizionale diverso dalla Corte dei Conti e al di fuori di un giudizio per responsabilità amministrativa ai sensi dell'articolo 103 della costituzione».⁷⁹ Ad avviso dei Giudici di legittimità, l'art. 17 comma 30-ter del D.L. 78/2009 andrebbe, cioè, interpretato non come una norma sostanziale, ma come norma eminentemente processuale, che fissa i presupposti al ricorrere dei quali il danno all'immagine della P.A. transiti verso la giurisdizione contabile⁸⁰.

Preliminarmente - premette la Corte -, la disposizione in parola consente di radicare la giurisdizione dei giudici della Corte dei Conti, solo «in presenza di una lesione dell'immagine della P.a. ascrivibile ad un suo dipendente», impedendo al Procuratore contabile di proporre l'azione risarcitoria del danno d'immagine nei confronti di chi non sia qualificabile come dipendente pubblico.

Per converso, come ha sottolineato ulteriormente dalla Cassazione, tale limitazione non si risolve in una *deminutio capitis* delle ragioni di tutela dell'ente pubblico, dal momento che, alla riduzione della giurisdizione contabile (limitata agli illeciti commessi dai dipendenti pubblici), corrisponderebbe un allargamento dell'area di perseguibilità degli illeciti produttivi di un danno all'immagine. L'art. 17 comma 30-ter, infatti, non esclude che il danno all'immagine alla P.a. possa promanare anche dagli altri reati commessi dal dipendente pubblico – non sussumibili alla categoria delitti contro la P.a.⁸¹ – o essere

⁷⁹ Cfr. Cass., Sez. III, 4 febbraio 2014 (ud. 12 dicembre 2013), n. 5481, in *Fisco*, 2014, 1170: «il danno all'immagine della PA, sia esso perseguito dinanzi alla Corte dei Conti o davanti ad altra A.G., va configurato come danno patrimoniale da "perdita di immagine", di tipo contrattuale, avente natura di danno conseguenza (tale, comunque, da superare una soglia minima di pregiudizio) e la cui prova, secondo il costante orientamento di questa Corte in sede civile, può essere fornita anche per presunzioni e mediante il ricorso a nozioni di comune esperienza».

⁸⁰ La Cass., Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5481, *cit.* precisa che il danno all'immagine non appartiene alla giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, potendo essere perseguito dinanzi alla Corte dei Conti o davanti ad altra A.G.

⁸¹ Secondo Cass., Sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5481, *cit.*, «si è ritenuto sussistente il danno all'immagine della PA anche in presenza di reati comuni, sempre, tuttavia, posti in essere da appartenenti alla Pubblica Amministrazione stessa». La Corte, consapevole dello scollamento tra le proprie conclusioni e quanto invece asserito dalla Corte Costituzionale (si allude a Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355, *cit.*) ne dà motivazione soggiungendo che «quella della Consulta è una sentenza di rigetto e pertanto – a differenza di quelle dichiarative di illegittimità costituzionale,

l'effetto di un illecito del dipendente, non costituente reato⁸². Mentre nella prima ipotesi (*i.e.* danno da reato) la previsione in esame manterrebbe salda la giurisdizione del giudice dell'erario, nella seconda (segnatamente, il danno non patrimoniale da illecito comune) si verrebbero a creare le condizioni adatte per riconoscere la giurisdizione sul danno all'immagine al giudice "naturale" del risarcimento: quello ordinario.

Alla stregua dalle citate puntualizzazioni giurisprudenziali, ben si comprende come la sorte della giurisdizione in materia di danno non patrimoniale cagionata dall'amministratore della società *in house*, dipenda, essenzialmente da due fattori. *In primis*, dall'estensione che si voglia dare alla qualifica di dipendente pubblico; *in secundis*, dalla rilevanza penalistica della condotta in cui si è concretata la *mala gestio* dell'amministratore.

Sotto il primo profilo indicato, propendendo per una versione estensiva della nozione in parola, è chiaro che il danno all'immagine dell'Amministrazione resterà appannaggio della sola giurisdizione contabile⁸³; diversamente, se si opta per una interpretazione letterale dell'enunciato. In tale ultimo caso, infatti, del danno non patrimoniale effetto dalla cattiva *governance* della società *in house*, potrebbe avere cognizione soltanto il g.o., non trovando applicazione la norma di cui all'art. 17 (applicabile - è bene ribadirlo -

che hanno invece efficacia *erga omnes*, sulla scorta dell'insegnamento di questa Corte - vincolante (nemmeno in senso assoluto) solo per il giudice del procedimento nel quale la relativa questione è stata sollevata».

⁸² Aderendo, in questo modo, al filone interpretativo già inaugurato da talune pronunce del giudice contabile. In particolare, cfr. le affermazioni contenute in Corte conti, sez. Toscana, 18 marzo 2011, n. 90 e 2 agosto 2011 n. 277, entrambe in www.corteconti.it, secondo cui l'art. 7 della legge n. 97 del 2001 andrebbe letto nel senso che la norma, col primo periodo, mira ad introdurre una nuova disciplina per i danni derivanti dai reati contro la pubblica amministrazione, e si preoccupa, con il secondo periodo, di mantenere ferma, per gli altri reati, la disciplina di cui all'art. 129 (comma 3) *disp. att. c.p.p.* In altri termini, la procura contabile può chiedere il danno all'immagine per entrambe le categorie di reati, ma laddove si tratti di reati contro la P.a., deve attendere la sentenza irrevocabile di condanna e, una volta che questa gli sia stata comunicata, non può più esercitare l'azione dopo che siano decorsi trenta giorni.

⁸³ Non è, infatti, pacifico che l'amministratore della società pubblica, anche *in house*, sia qualificabile a tutti gli effetti come dipendente pubblico. Va, tuttavia, segnalato che la Corte dei Conti propende generalmente per un'interpretazione estensiva della nozione di dipendente pubblico, ritenendo che il rapporto interorganico tra ente pubblico e dirigente non si interrompa in seguito alla nomina di quest'ultimo come amministratore della società (privata) partecipata dall'ente (si veda in proposito Corte conti, Sez. contr. Piemonte, 23 ottobre 2013, n. 359, in www.corteconti.it). Non è stato, per contro, chiarito se possa qualificarsi come dipendente pubblico anche l'amministratore che, al momento della nomina, non fosse già dipendente dell'ente pubblico che lo ha nominato.

ai soli danni d'immagine arrecati da chi, con l'Amministrazione, ha un vero e proprio rapporto d'impiego)⁸⁴.

Minori incertezze applicative, sul versante della giurisdizione, sembra invece produrre l'ulteriore criterio di riparto elaborato dalla Suprema Corte. Conformandosi all'orientamento ora citato, infatti, è ragionevole prospettare che il danno all'immagine, in quanto risarcibile anche al di fuori del perimetro tracciato dal D.l. 78 del 2009, non sia da considerarsi, in casi simili, come danno all'erario, bensì, più propriamente, come danno alla persona, ancorché di diritto pubblico. Con la conseguenza che il relativo giudizio tenderà ad incardinarsi presso il giudice ordinario, anche laddove si reputi, per ipotesi, che l'amministratore della società controllata sia "dipendente pubblico" ai fini della normativa in esame⁸⁵.

La giurisprudenza appena esaminata, sia pur gravitante attorno allo specifico tema del danno all'immagine, ha tuttavia espresso criteri tendenzialmente generali, che sembrano poter abbracciare, in termini analoghi, anche ipotesi di danno non patrimoniale sprovviste di una disciplina speciale, ma comunque derivanti dalla lesione di interessi del soggetto pubblico che, al pari dell'immagine e della reputazione, beneficiano di una garanzia costituzionale⁸⁶.

⁸⁴ Si veda in particolare Trib. Milano, Sez. I pen., 26 ottobre 2012, n. 10956, in *Danno e Resp.*, 2013, 871, con nota di DI VETTA G., *Danno all'immagine della p.a.: funzione punitiva?*, che, a fronte della commissione di reati tributari (*rectius* di frode fiscale) da parte di soggetti anche non appartenenti alla P.a., ha disposto il risarcimento, in favore dell'Agenzia delle Entrate costituitasi parte civile, del danno all'immagine dell'amministrazione finanziaria, di natura non patrimoniale, consistente nell'intervenuta negativa percezione sociale dell'attività dell'amministrazione, nonché nella diminuzione di credibilità, in ambito nazionale ed internazionale, del sistema tributario nel suo complesso, conseguente alla commissione del fatto di reato.

⁸⁵ E ciò, sempreché, in seno alla giurisprudenza della Corte dei Conti, non venga riproposta un'idea di danno all'immagine in termini di danno latamente patrimoniale (e, pertanto, inevitabilmente erariale), da ricomprendere, *ratione materiae*, nella giurisdizione del giudice contabile. Le prime interpretazioni giurisprudenziali della Corte dei Conti (si veda, a titolo di esempio, Corte conti, sez. Veneto, 15 gennaio 1999, n. 15, in *Foro Amm. CDS*, 1999, 2299, e Corte conti, sez. Umbria, 8 marzo 2000, n. 107, in *Riv. Corte Conti*, 2000, II, 133), infatti, avevano sostenuto che il danno all'immagine non è un «danno non patrimoniale, ma un danno patrimoniale, sia pure inteso in senso ampio. Ciò perché quando si parla di danno morale nei giudizi innanzi alla Corte dei Conti, «non si fa riferimento al *cd pretium doloris*, cioè al ristoro di sofferenze fisiche o morali, ma appunto al danno conseguente alla grave perdita di prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità dello Stato, il quale, se anche non comporta una diminuzione patrimoniale diretta è, tuttavia, suscettibile di una valutazione patrimoniale» (così, Cass. civ., Sez. un., 25 giugno 1997, n. 5668, in *Giust. pen.*, 1998, II, 511).

⁸⁶ La cui positiva configurabilità sembra trovare riscontro in alcune interessanti pronunce della Corte di Cassazione la quale ha affermato che anche per le persone giuridiche è configurabile «il danno non patrimoniale che consegue dalla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

Di conseguenza, posto che la più recente giurisprudenza ha assegnato all'art. 17 comma 30-ter, D.l. 78 del 2009, il valore di norma esclusivamente regolativa della giurisdizione, e posto altresì che la disposizione in parola contempla ai suoi effetti solo la fattispecie del danno all'immagine, può ragionevolmente ritenersi che tutte le eventuali e ulteriori ipotesi di danno non patrimoniale riscontrabili a scapito della P.a. debbano confluire nell'ambito di cognizione del Giudice ordinario.

8 (segue) *Danno erariale come risarcimento o come misura afflittiva: la cumulabilità dell'azione civile con l'azione contabile alla luce del divieto della duplicazione delle poste di danno.*

Uno degli obiettivi dell'analisi intrapresa era quello individuare come e in che misura la sentenza a Sezioni Unite del 2013 abbia inciso sulla geometria (già estremamente variabile) delle aree di giurisdizione contabile e ordinaria in materia di responsabilità degli amministratori di società pubbliche.

Avendo circoscritto l'impatto innovativo della decisione *de quo* al modulo organizzativo delle società *in house*, pur con le accennate perplessità in ordine alla capacità assiologica di tale qualifica, resta da sciogliere un'antinomia che l'impostazione delle Sezioni Unite del 2009 sembrava aver accantonato, ma che il nuovo orientamento giurisprudenziale ha riportato prepotentemente alla ribalta. Difatti la Cassazione, riconosciuta l'utilizzabilità dell'azione contabile a fronte di un danno che è a tutti gli effetti sociale, ha fatto sì che riemergesse il tema della potenziale sovrapposizione tra l'azione pubblicistica e il rimedio civilistico – segnatamente l'azione sociale di responsabilità – esercitabile nei confronti degli amministratori di s.p.a., ai sensi dell'art. 2393 c.c.

La soluzione della problematica segnalata, esige un approfondimento del dibattito concernente l'inquadramento giuridico della responsabilità per danno erariale. La

delle libertà fondamentali». Il danno andrebbe individuato nei «disagi e nei turbamenti di carattere psicologico che la lesione di tale diritto solitamente provoca alle persone preposte alla gestione dell'ente o ai suoi membri, e ciò non diversamente da quanto avviene per il danno morale da lunghezza eccessiva del processo subito dagli individui persone fisiche». Così, Cass. civ., Sez. VI, 4 giugno 2013, n. 13986, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013. In senso conforme, Cass. civ., Sez. I, 1 dicembre 2011, n. 25730, *Ivi*, 2011; Cass. civ., Sez. I, 30 agosto 2005, n. 17500, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2006, 281, con nota di PASQUINELLI C., *Legge pinto ed irragionevole durata del processo. La cassazione ammette il danno morale per gli enti collettivi*, che evidenzia come la Cassazione ritiene che lo stato di incertezza e disagio che viene a prodursi nei soci o negli amministratori di una persona giuridica (o di un ente non personificato) sarebbe idoneo a legittimare la liquidazione di un pregiudizio paragonabile al patema d'animo ed alle sofferenze personali in cui un individuo può incorrere a seguito dell'eccessivo protrarsi di un processo.

questione è teorica, ma sottende risvolti pratici rilevanti in termini di reciproco raccordo tra i predetti rimedi, entrambi astrattamente esperibili a fronte di atti di *mala gestio* imputabili all'amministratore della società pubblica.

Pertanto, prima di addentrarsi nell'analisi delle ripercussioni connesse all'adesione all'una o all'altra impostazione, occorre illustrare i connotati salienti delle due macro-aree della tutela giuridica, ossia l'area delle tutele con funzione risarcitoria (di stampo prevalentemente civilistico) e l'ambito dei rimedi a carattere punitivo, tipico del settore pubblicistico.

La necessaria premessa è che tanto la punizione del colpevole in sede erariale quanto la riparazione del danno in sede civile hanno funzione *lato sensu* sanzionatoria, laddove si intenda come sanzione la «conseguenza giuridica sfavorevole prevista per l'inosservanza della norma consistente nella privazione di un bene o di un effetto giuridicamente tutelato».⁸⁷ Difatti, la finalità sanzionatoria è «propria di tutte le norme dettate allo scopo di ripristinare l'ordine violato dall'illecito»⁸⁸.

È evidente che, ricostruite in siffatti termini, le categorie definitorie di risarcimento civilistico e sanzione afflittiva tendono a sfumare, e la linea di reciproca demarcazione diviene estremamente labile. Ricondurre all'una o all'altra tipologia la fattispecie della responsabilità per danno erariale, che si radica nella specificità del diritto amministrativo, è compito arduo per l'interprete. È, dunque, necessario uno sforzo di approssimazione per individuare le caratteristiche che consentano di circoscrivere l'area del risarcimento civile rispetto all'ambito della sanzione afflittiva.

In tale prospettiva, si può asserire che la tutela risarcitoria è funzionalmente rivolta a reintegrare il pregiudizio subito dal bene della vita. La somma di denaro liquidata al termine del giudizio ha, infatti, la principale finalità di "restaurare" la sfera dei rapporti

⁸⁷ Cfr. BIANCA C. M.- PATTI G.- PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, 716. Sul concetto di sanzione si veda in particolare D'AGOSTINO F., *Sanzione (teoria generale)*, *Enc. Dir.*, XLI, 1989, 303 e ss., secondo cui il tema della sanzione si connette direttamente a quello della libertà, «nella forma concreta che essa assume nell'essere dell'uomo, quella della responsabilità; e c'è responsabilità ogni qual volta l'uomo agisce nel mondo, vi interviene cioè seguendo regole e principi, anziché abbandonandosi all'impersonalità dell'accadere naturalistico».

⁸⁸ Cfr. MIOTTO G., *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 188, il quale distingue la funzione (genericamente) sanzionatoria, da quella punitiva/afflittiva la quale, se intesa come mera finalità di colpire l'autore del comportamento illecito, è peculiarità delle sole sanzioni di ordine pubblico (o sanzioni *stricto sensu*).

giuridici del soggetto che ha subito la lesione.⁸⁹ Fulcro della responsabilità civilistica è il danno, inteso quale pregiudizio economicamente valutabile, cui si parametrizza l'entità del risarcimento. La colpa del danneggiante, pur necessaria ad integrare la responsabilità (quanto meno nella misura della colpa lieve), non è elemento determinante ai fini dell'*onus probandi*, essendo sufficiente anche una prova per presunzioni⁹⁰ o per *standard* di comportamento (c.d. responsabilità civile presunta)⁹¹.

Il rimedio punitivo, specularmente, trova il proprio connotato essenziale nella repressione della condotta antigiuridica e nella finalità di deterrenza alla violazione di un precetto. In tale ambito, il ruolo del danno risulta attenuato in favore della centralità dell'elemento soggettivo. Il dolo o la colpa dell'agente diventano i criteri essenziali, non solo per la determinazione della sanzione, ma soprattutto per l'imputabilità del comportamento illecito, dovendo essere positivamente dimostrati ai fini di integrare il *minimum* di consapevolezza che giustifica la rimproverabilità della condotta.⁹²

Al cospetto di detta - sia pur approssimativa - distinzione, si può già cogliere la singolarità della responsabilità per danno erariale. In quest'ultima fattispecie, infatti, è dato riscontrare l'ibridazione di elementi appartenenti tanto allo schema della responsabilità civilistica - risarcitoria, quanto alla struttura di quella pubblicistica - sanzionatoria.

⁸⁹ Si veda Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giur. It.*, 2007, 2724. Afferma la Suprema Corte che «nel vigente ordinamento l'idea della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tende ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito».

⁹⁰ Spetta all'attore dare la prova della colpa di colui che ha cagionato il danno; tuttavia la prova può essere desunta dai fatti e dalle circostanze di causa ed essere anche presuntiva e ben potendosi, a tale ultimo riguardo, assumere un fatto a fonte di presunzioni in base all'*id quod plerumque accidit*: cfr. Cass. civ., Sez. III, 28 ottobre 1980, n. 5795, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1981, 392. In dottrina, si veda per tutti BIANCA M., *La responsabilità*, V, Milano, 1995, 545.

⁹¹ In questo senso SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1998, 170. Nella responsabilità civile, la dottrina dominante accoglie una nozione oggettiva di colpa, che consiste nella inosservanza della diligenza dovuta secondo adeguati parametri sociali o professionali di condotta (BIANCA M., *La responsabilità*, cit., 575; FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004, 147; SALVI C. *op. cit.*, 110). Tale concezione tende a sostituire la nozione soggettiva della colpa, legata alla cattiva volontà del soggetto ed alla sua attitudine ad ammettere lo sforzo diligente dovuto (CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 169).

⁹² In tema di illecito penale (ma il principio è valido per tutto il diritto cd. punitivo), così Cass. pen., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, in *Cass. Pen.*, 2009, 4585.

A fronte di questo evidente “bifrontismo”, parte della dottrina ha risolto il problema della natura giuridica della responsabilità erariale valorizzando alcune specificità della relativa azione, le quali testimonierebbero una assorbente prevalenza della finalità afflittiva⁹³: l’azionabilità del rimedio compete alla Procura contabile, e non avviene per iniziativa del danneggiato⁹⁴; il criterio minimo di imputazione è quello della colpa grave, anziché lieve, ed è, altresì, riconosciuto uno speciale potere di riduzione al giudice contabile con il quale quest’ultimo può modulare l’entità della sanzione posta a carico del convenuto⁹⁵.

Proprio nel potere di riduzione si rinviene, secondo i sostenitori della teoria afflittiva, il maggior ostacolo al riconoscimento di una funzione risarcitoria in quanto, tale potere appare del tutto avulso dalla finalità riparatoria che caratterizza l’azione in sede

⁹³ Aderiscono a questa tesi GIOVAGNOLI R. - FRATTINI M., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009. Nel medesimo senso, ma con un’impostazione critica, MERUSI F., *Pubblico e privato nell’istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta* in *Dir. Amm.*, 2006, 1 ss., secondo cui la responsabilità amministrativa riformata va configurata come «una sanzione pecuniaria personale alternativa e sostitutiva rispetto alla responsabilità patrimoniale di diritto comune», il che la rende, per ciò solo, costituzionalmente illegittima, in quanto la legge non definisce i suoi presupposti, né i criteri per quantificare la sanzione; SALA G., *L’attività istruttoria del procuratore contabile alla ricerca di regole tra (giusto) procedimento e (giusto) processo* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 419, il quale ritiene che la prospettiva di una responsabilità dal prevalente carattere sanzionatorio sia il più corretto paradigma di comprensione dell’istituto, pur ravvisandosi un forte dubbio di compatibilità con il principio costituzionale della riserva di legge nella commisurazione della sanzioni.

⁹⁴ La L. 19 gennaio 1994, n. 20, recante “Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti”, con i correttivi apportati dal successivo D. L. 21 ottobre 1996, n. 543, ha introdotto rilevanti modifiche alla precedente disciplina della responsabilità amministrativa ed al relativo processo, quali l’esclusione della perseguibilità degli illeciti imputabili a colpa lieve del soggetto agente, il riconoscimento della natura parziaria e non solidale dell’obbligazione quando l’illecito sia imputabile a più soggetti (salvo che per i concorrenti che abbiano agito con dolo), l’esclusione della trasmissibilità dell’obbligazione risarcitoria agli eredi, se non nei limiti dell’illecito arricchimento, nonché l’insindacabilità giudiziale delle scelte discrezionali della P.A. Per un completo esame delle caratteristiche dell’azione di responsabilità amministrativa e della riforma operata nel biennio 1994-1996 si rinvia a SCIASCIA M., *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2003; GARRI F., *I giudizi innanzi alla corte dei conti*, cit., 1 e 130 e ss.; AA. VV., *L’evoluzione della responsabilità amministrativa*, a cura di Schlitzer, Milano, 2002; PILATO S., *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/96*, Padova, 1999.

⁹⁵ Il potere riduttivo conferito al giudice dall’art. 52, comma 2, R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 (secondo cui «la Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto») sarebbe una peculiarità esclusiva del giudizio di responsabilità amministrativa, non assimilabile a nessun altro potere del giudice nel contesto civile. La dottrina esclude, infatti, fermamente ogni analogia tra potere di riduzione e potere del giudice ordinario ex art. 1226 c.c., il quale presuppone, invece, un danno indeterminabile nel *quantum*. L’esercizio del potere di riduzione richiederebbe, invece, che la Corte avesse già stabilito l’ammontare del danno e che, poi, lo riduca in ragione delle circostanze oggettive e soggettive che caratterizzano il caso concreto. Sul punto, si veda SANTORO P., *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, cit., 756.

civile. L'esercizio del potere di riduzione opererebbe come una graduazione della responsabilità parametrata alla colpa del convenuto (eventualità non contemplata in ambito civile), equiparando il danno erariale ad una misura pienamente afflittiva⁹⁶. Secondo tale impostazione, il risarcimento del danno non è incompatibile con la finalità sanzionatoria - punitiva, ma costituisce viepiù lo «strumento tecnico mediante il quale si determina la sanzione»⁹⁷. In altre parole, l'entità del danno concretamente prodotto svolgerebbe solo una funzione limitativa, di massimo edittale entro cui calcolare l'entità della sanzione, non potendo il giudice infliggere una pena che sia superiore, nell'ammontare, al valore accertato del predetto danno.⁹⁸

Propendendo per questa ricostruzione, il rapporto con l'azione civile di responsabilità andrebbe necessariamente ricostruito in termini di reciproca cumulabilità. La misura afflittiva e il risarcimento del danno, infatti, essendo rette da due diverse finalità (deterrente e riparatoria), tra loro complementari, permetterebbero, se utilizzate in concorso, di dare una risposta rimediale più completa alla condotta illecita plurioffensiva realizzata dal danneggiante⁹⁹.

Di diverso avviso sono i sostenitori della teoria risarcitoria¹⁰⁰, secondo i quali per configurare una responsabilità amministrativa per danno erariale non sarebbe

⁹⁶ Nel risarcimento civilistico, la liquidazione del danno non prevede alcuna valorizzazione dell'elemento soggettivo. Sul punto, cfr. ALTIERI A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012, 23, che afferma come l'istituto della riduzione della sanzione non può essere considerato come facoltà di «ridurre secondo equità la misura del risarcimento del danno, ma va inteso come potere di determinare in concreto la sanzione pecuniaria rappresentata dal risarcimento del danno, in relazione alla gravità della colpa del danneggiante».

⁹⁷ Cfr. ALTIERI A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale, cit.*, 23-24.

⁹⁸ Sul punto si veda SCHIAVELLO L., *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. III, Milano, 1999, 909 ss. Si tratterebbe, ad avviso dei sostenitori della teoria afflittiva, di una «sanzione con contenuto patrimoniale equivalente, o parzialmente equivalente, al danno imputabile (secondo criteri di imputazione delle categorie civilistiche); sicché, si può anche dire che si tratta di una "sanzione" che ha come tetto massimo il danno imputabile». L'Autore evidenzia l'intrinseca debolezza di questa ricostruzione, riscontrabile anche nel fatto che la sanzione di solito corrisponde a un valore superiore (spesso molto superiore) a quello del bene leso, mentre nella responsabilità amministrativa la somma liquidata corrisponde al danno risarcibile, ovvero ad una parte di questo.

⁹⁹ La plurioffensività dell'evento si realizza in forza della cosiddetta «propagazione intersoggettiva del fatto illecito», e va intesa come la lesione di interessi giuridici riferibili a più titolari tra loro diversi. Cfr. CAMILLETTI F., *Il danno non patrimoniale da fatto illecito verso una nuova definizione*, in *Riv. It. Med. Legale*, 2007, 283.

¹⁰⁰ Tra questi CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 728 e SCOCA F.G., *Fondamento storico e ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa*, relazione al 51^a Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, 1 e ss., per il quale il fatto che il danno, anche se non integralmente risarcibile, costituisca il presupposto di parametrizzazione della condanna da

sufficiente la sola violazione di un obbligo di servizio, essendo altresì necessario dimostrare l'esistenza di un pregiudizio economico scaturente dalla riscontrata violazione¹⁰¹. L'accertamento della violazione dell'obbligo di servizio non determinerebbe, cioè, un danno *in re ipsa*, esigendo il riscontro di un effettivo depauperamento nelle casse dell'Erario che giustifichi la liquidazione di un risarcimento. La somma così ottenuta, inoltre, andrebbe a rimpinguare il patrimonio dell'effettivo danneggiato (anche persona giuridica privata) individuato dal giudice contabile al momento della liquidazione, ad ulteriore conferma della natura risarcitoria della misura¹⁰². Nel caso delle sanzioni pecuniarie, infatti, esse non spettano mai al soggetto offeso dall'illecito, bensì ad un ente pubblico pre-individuato, nel cui bilancio è collocata una specifica voce.¹⁰³

parte del giudice, e quindi della misura del risarcimento, allontana la responsabilità amministrativa dal modello della responsabilità sanzionatoria.

¹⁰¹ Se dalla violazione dell'obbligo di servizio non è derivato un danno economicamente valutabile, non vi sarà responsabilità per danno erariale. Ciò che si richiede, in ogni caso, è che la violazione dell'obbligo di servizio abbia prodotto una ricaduta negativa in termini di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. Cfr. ALTIERI A., *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, cit, 145 e ss; TOMASSINI E., *Il danno da disservizio*, in *Riv. Corte Conti*, 2005, 334. Per la giurisprudenza si rinvia, da ultimo, a Cass. civ., Sez. un., 10 marzo 2014, n. 5490, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, in cui si sottolinea che la presenza di una «specifica e concreta notizia di danno costituisce mera condizione di proponibilità dell'azione di responsabilità erariale».

¹⁰² Si veda, tra le tante, Corte conti, sez. Lombardia, 23 novembre 2011, n. 682, in *Riv. Corte Conti*, 2012, 279, con cui la corte ha condannato al risarcimento dei danni una società concessionaria di un ente pubblico non economico (INPDAP) per violazione degli obblighi derivanti dal contratto di concessione. Nel caso di specie, riguardante un contratto per la gestione del patrimonio immobiliare dell'ente, il danno è stato liquidato dal giudice non in favore dell'erario, genericamente, ma nei confronti dell'INPDAP, in quanto committente. Nello stesso senso, Corte conti, sez. Abruzzo, 27 ottobre 2011, n. 363, in *Riv. Corte Conti*, 2011, 242, in cui il giudice contabile ha condannato il Presidente di una s.p.a. interamente partecipata dalla Regione Abruzzo al pagamento di una somma, a titolo di risarcimento del danno erariale, in favore della S.p.A. privata e non dell'ente pubblico partecipante (la Regione Abruzzo).

¹⁰³ Si consideri, a titolo di esempio, il Quadro delle Entrate del bilancio statale in www.rgs.mef.gov.it. La sanzione amministrativa, ad es., comminata dal Garante per la protezione dei dati personali, è contemplata in un capitolo di entrata unitario, interamente pre-assegnato al dipartimento del tesoro: pertanto, l'Autorità garante, nel momento in cui commina la sanzione, non deve stabilire il soggetto (Regione, ente pubblico, società privata) che sarà destinatario della somma. Viceversa, le entrate spettanti allo Stato a titolo di danno erariale (oltre a non essere qualificate come sanzioni ma come «recupero dei crediti e di ogni altra somma connessa ai medesimi, di pertinenza del ministero X, liquidati dalla corte dei conti con sentenza o ordinanza esecutiva, a carico di responsabili per danno erariale») sono contemplate in tanti capitoli quanti sono i Ministeri potenziali danneggiati. Infatti, solo l'opera di liquidazione della Corte dei Conti, basata sul giudizio che accerti il soggetto effettivamente inciso il danno (Ministero, Regione, ente locale, società partecipata, ecc), consente di individuare, concretamente, la pertinenza delle somme *de quo*.

Adottando questa seconda impostazione, come si intuisce, risulta oltremodo difficile ammettere, in via di principio, la contestuale esperibilità dell'azione civile senza, al contempo, violare la regola, costantemente ribadita dalla Suprema Corte, del divieto di duplicazione delle poste di danno¹⁰⁴.

Il dibattito, non meramente teorico, ha suscitato l'interesse anche degli organi giudiziari, riversandosi inevitabilmente nelle aule dei tribunali. Al riguardo, si ravvisa che la giurisprudenza della Cassazione, per quanto oscillante, ha teso a valorizzare i profili di diversità tra l'azione di responsabilità erariale e l'azione risarcitoria di diritto comune, enucleando una sempre più spiccata funzione afflittivo-sanzionatoria dell'azione contabile¹⁰⁵. Alla stregua di tale impostazione i due giudizi, civile e contabile, scorrerebbero su due binari paralleli, configurando solo un falso problema di interferenza tra contenziosi perfettamente autonomi e legittimamente concorrenti.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Alla stregua di tale principio, la liquidazione del danno deve ricomprendere tutti i pregiudizi concretamente patiti dalla vittima, purché ciò non comporti una duplicazione delle voci di danno a cui corrispondono pregiudizi nominalmente diversi ma nella sostanza identici. Tra le più recenti in materia, Cass. civ., sez. lavoro, 17 dicembre 2013, n. 28137, in *Dir. e Giust.*, 2013 e Cass. civ., Sez. III, 28 gennaio 2014, n. 1762, *ivi*, 2014.

¹⁰⁵ «L'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali contemplate dal codice civile: basta dire che l'una è obbligatoria, le altre discrezionali; l'una ha finalità essenzialmente sanzionatoria (onde non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito dal patrimonio danneggiato dalla *mala gestio* dell'amministratore o dall'omesso controllo del vigilante), le altre hanno scopo ripristinatorio; l'una richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del danno; per le altre è sufficiente anche la colpa lieve ed il debito risarcitorio è pienamente trasmissibile agli eredi». Con queste parole, Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, *cit.* Nello stesso senso si veda, anche, Cass. civ., Sez. un., 4 gennaio 2012, n. 11, in *Foro Amm. CDS*, 2012, 262, secondo cui la giurisdizione civile da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra i relativi giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità da far valere davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo ad una questione di giurisdizione; Cass. civ., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6581, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 1742; Cass. civ., Sez. un., 21 ottobre 2005, n. 20343, *ibidem*, 74. In dottrina, cfr. TENORE V. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2013, 38.

¹⁰⁶ Aderisce alla tesi della concorrenza dei rimedi, RORDORF R., *Le società «pubbliche» nel codice civile*, in *Società*, 2005, 42. Nello stesso senso, anche se in una prospettiva problematica, ROMAGNOLI G., *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. Comm.*, 2006, 473, secondo cui la tesi del concorso di responsabilità resta la più plausibile, in quanto la non coincidenza degli interessi tutelati dalle due azioni emerge dalla distinta natura, rispettivamente compensativa e sanzionatoria, della responsabilità civile e di quella contabile. Nella seconda è, peraltro, prevista la possibilità di attenuare la condanna rispetto all'entità del danno accertato, concordando, in fase di appello, il pagamento di una somma non superiore al terzo della condanna di primo grado ex art. 1, comma 231, L. n. 266/2006. Tale, ulteriore beneficio, conferma la inidoneità del processo contabile, da solo, ad appagare le esigenze di

La Corte dei Conti, viceversa, attribuisce all'azione della Procura una connotazione eminentemente risarcitoria, sottolineandone la precipua finalità di riparazione del pregiudizio subito dal patrimonio sociale¹⁰⁷. In aderenza a tale orientamento, taluni Autori hanno prospettato un rapporto di alternatività tra le due azioni, invocando ad ulteriore supporto della convinzione maturata, il carattere di esclusività che contraddistingue tradizionalmente la giurisdizione contabile.¹⁰⁸

Si può, quindi, comprendere come, specie alla luce delle precisazioni fornite dalle stesse sezioni unite nel 2013, mostrare una preferenza per l'una o per l'altra ricostruzione divenga, sul versante operativo, un momento ineludibile¹⁰⁹. Nel caso di società pubblica *in house*, infatti, venuta meno la "superficie riflettente" della personalità giuridica, la distinzione tra azione sociale e azione del singolo socio scompare, sicché tutti i danni al patrimonio sociale diventano anche, ineluttabilmente, danni diretti al patrimonio pubblico.

reintegrazione del patrimonio sociale, costituenti, per contro, l'oggetto principale delle tutele apprestate dal diritto societario.

¹⁰⁷ «L'azione dell'attore pubblico non ha funzione direttamente sanzionatoria di una condotta *contra legem*, ma risarcitoria di un danno suscettibile comunque di valutazione economica, a prescindere dal suo carattere patrimoniale o non patrimoniale»: così, Corte conti, Sez. III, App., 22 luglio 2013, n. 522, in *Danno e Resp.*, 2013, 1010. Nello stesso senso si veda, *ex multis*, Corte conti, sez. Puglia, 6 luglio 2010, n. 444, in *Riv. Corte Conti*, 2010, 118; Corte conti, sez. Sicilia, 2 dicembre 2003, n. 242, *ivi*, 2003, 6, 91; Corte conti, sez. Umbria, 12 ottobre 2009, n. 122, *ivi*, 2009, 5, 109, che afferma come la violazione delle norme sulla scelta del contraente, per assumere rilievo di danno erariale, non può prescindere da un effettivo e provato pregiudizio patrimoniale subito dalla finanza pubblica, «salve le ipotesi codificate di responsabilità sanzionatoria che prescindono dal danno e puniscono la mera condotta».

¹⁰⁸ Così, VENTURINI L., *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 3432, secondo cui è innegabile che nell'ipotesi in cui il socio danneggiato sia l'amministrazione o l'ente pubblico proprietario della quota totalitaria o maggioritaria del capitale azionario, la relativa azione risarcitoria, assumendo caratteri sanzionatori e deterrenti, sia - per coerenza logico-giuridica e per evitare una parziale sovrapposibilità contro il principio del *ne bis in idem* - emarginata dalla sfera di competenza della autorità giudiziaria ordinaria e rientrare invece nella giurisdizione della Corte dei conti. Nello stesso senso, RISTUCCIA M., *La responsabilità per danno erariale*, in AA.VV., *La responsabilità dei magistrati*, a cura di Volpi, Napoli, 2009, 221.

¹⁰⁹ Come visto in precedenza, secondo l'impostazione adottata dalla Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, *cit.* - tuttora valida con riferimento alle società pubbliche non *in house* - l'azione della Procura della Corte dei Conti non può sovrapporsi all'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 del codice civile, in quanto ciascuna di esse mira a reintegrare una diversa tipologia di danno. Il danno lamentato con l'azione contabile è esclusivamente un danno diretto al patrimonio del singolo socio, non potendosi estendere anche ai danni che rappresentano il mero "riflesso" dalla lesione al patrimonio della società. Quest'ultimo, invece, per il principio dell'autonomia patrimoniale perfetta, può essere fatto valere esclusivamente con l'azione di responsabilità esercitata dall'assemblea.

Esaminando le diverse prospettazioni illustrate, la tesi risarcitoria sembra poggiare su argomenti di difficile confutazione. E ciò, specie ove si consideri l'aspetto pratico del rimedio, che finisce per andare a ristorare le casse della società mal gestita. Pare, in estrema sintesi che, specialmente nel caso dell'*in house*, un'entità patrimoniale diretta a rimpinguare specificamente il patrimonio del soggetto danneggiato (avente, nel caso di specie, natura privatistica), mal si concili con la logica della sanzione, istituto, quest'ultimo, che risponde ad esigenze di tutela indifferenziata della collettività e che, per tale ragione, può essere comminata a prescindere dall'individuazione di un effettivo depauperamento patrimoniale.

Ciò nondimeno, si impone una precisazione. Specie in assenza di una legge che disponga espressamente in tal senso, non sembra che il propendere per la funzione risarcitoria della responsabilità contabile implichi un'esclusione *sic et simpliciter* dell'azione civile in materia. Potrebbe, infatti, trovare maggiori consensi una ipotesi di lettura intermedia che, ricostruendo il rapporto tra le due azioni in chiave di sussidiarietà e non di reciproca esclusione *tout court*, consenta di conciliare la funzione riparatoria del rimedio contabile con il divieto di duplicazione delle poste risarcibili.¹¹⁰

Posto che il risultato cui mirano le due azioni è il medesimo (reintegrare il patrimonio della società *in house*) sia pur con modalità di perseguimento in concreto differenti, taluni autori hanno ipotizzato un utilizzo dell'azione civile in funzione complementare ed ancillare rispetto all'azione contabile¹¹¹.

¹¹⁰ In questo senso pare porsi PAJNO A., *Il rapporto con le altre giurisdizioni, concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 954, secondo il quale fra le diverse tutele e le diverse forme di responsabilità esiste, comunque, una relazione tale per cui «l'avvenuto esercizio dell'azione di responsabilità costituisce un fatto che il giudice successivamente adito deve necessariamente tener presente». Dello stesso avviso MONTEDORO G., *Il regime della responsabilità degli amministratori nelle società pubbliche*, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 3589, dove si afferma che una possibile compatibilizzazione tra i due rimedi potrebbe consistere nell'individuare la natura residuale della responsabilità contabile, destinata a scattare quando le altre forme di responsabilità non abbiano adeguatamente funzionato o siano intervenuti illeciti penali. *Contra*, IBBA C., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della corte dei conti*, in *Giur. Comm.*, 2012, 641, che afferma la necessaria esclusione dell'azione contabile, in quanto ammetterla equivarrebbe a menomare le finalità di riequilibrio patrimoniale proprie della responsabilità civilistica «ovvero a costringere a una "moltiplicazione dei giudizi", ove si ritenesse configurabile una successiva azione in sede civile per il danno residuo».

¹¹¹ Corte conti, sez. Lombardia, 25 gennaio 2005, n. 22, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 280. La giurisprudenza ha più volte chiarito che l'iniziativa diretta, transattiva, recuperatoria o risarcitoria promossa dall'amministrazione danneggiata innanzi al Giudice ordinario non ha effetti preclusivi sull'azione della Procura contabile «ma al limite riduttivi in sede di statuizione sul *quantum debeatur*». Difatti, la Corte riconosce che il divieto di duplicazione di condanna per il medesimo

Nel dettaglio, si è fatto notare che, qualora il danno al patrimonio sociale, per le particolari caratteristiche del giudizio innanzi alla Corte dei Conti¹¹², non sia stato interamente riparato in sede contabile, il socio pubblico potrebbe sfruttare l'azione civile di cui all'art. 2393, c.c., per ottenere la piena reintegrazione del pregiudizio economico subito. Il rimedio dell'azione di responsabilità civilistica costituirebbe, in definitiva, lo strumento per rivalersi, innanzi al giudice ordinario, dei danni cagionati al patrimonio dell'ente pubblico, in via residuale.

Tale evenienza potrebbe astrattamente verificarsi, ad esempio, quando la sanzione comminata dal giudice contabile, specie se consequenziale all'esercizio di un potere di riduzione, non sia integralmente riparatoria del pregiudizio effettivo subito dalla società *in house*. In tal caso, infatti, non parrebbero sussistere ostacoli normativi o di principio alla proponibilità di un'azione sociale nei confronti dell'amministratore, chiamato a rispondere in sede civile, della quota-parte del risarcimento mancante per ottenere un pieno ristoro del pregiudizio subito.

Analoga soluzione può assistere la società *in house* nel caso in cui l'illecito dell'amministratore sia maturato al di fuori del rapporto di servizio con detto ente, trattandosi di condotte con un impatto negativo sul patrimonio sociale, ma il cui compimento non si connette al rapporto di impiego o di servizio con l'ente pubblico, neppure in base al nesso (minimo) di occasionalità necessaria¹¹³.

fatto costituisce «circostanza eccezionale in sede di esecuzione e di opposizione all'esecuzione, ove potrà evidenziarsi da parte dei convenuti l'intervenuto parziale saldo, in sede civile, penale o transattiva (o di dazione risarcitoria stragiudiziale), degli importi oggetto di condanna definitiva in sede giuscontabile)». Nello stesso senso, Corte conti, Sez. I App., 13 giugno 2011, n. 256, in www.corteconti.it, in cui si afferma che soltanto la definitiva conclusione della vicenda processuale in sede civile potrebbe comportare la preclusione dell'azione di responsabilità amministrativa e solo in ordine al medesimo fatto per il quale fu definito quel giudizio.

¹¹² La responsabilità erariale, a differenza dell'azione civile di danno, esige la dimostrazione del dolo o quantomeno della colpa grave. Inoltre, la Corte dei Conti non può liquidare un danno che si discosti *in pejus* dall'importo contestato dalla Procura, ma deve limitarsi all'importo richiesto in citazione (cfr., in particolare, la sentenza della Corte conti, sez. Abruzzo, 27 ottobre 2011, n. 363, cit.). Si consideri, infine, che la Corte dei Conti può esercitare un potere di riduzione del danno liquidato, che consente di dare rilevanza a tutti quei fattori (disorganizzazione, urgenza, difficoltà interpretative, prassi) che sono tipiche della sfera amministrativa.

¹¹³ In ipotesi simili, infatti, la Corte dei Conti ha ritenuto insussistente la propria giurisdizione su specifiche poste del danno erariale complessivamente contestato dalla Procura, in quanto difettava un rapporto qualificato (d'impiego o di servizio) con l'ente di riferimento. Cfr., al riguardo, Corte conti, sez. Lombardia, 27 gennaio 2012, n. 31, in *Riv. Corte Conti*, 2012, 1-2, 297, con riferimento al danno derivante dall'illecito svolgimento di rapporti lavorativi non autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. La Corte ha argomentato la propria decisione affermando che i presupposti per radicare la propria giurisdizione si «fondano sul verificarsi di un danno erariale, cagionato da un soggetto vincolato da un rapporto di servizio, inteso anche in senso

La prospettata complementarietà tra azione civile e contabile, riconducendo nell'alveo della giurisdizione ordinaria quelle condotte che sono pubbliche solo negli effetti (*ex post*), ma hanno causa e fondamento (*ex ante*) in moduli di azione esclusivamente privatistici, potrebbe auspicabilmente contemperare due diverse esigenze. Da un lato, garantire che la P.a. ottenga il ristoro dell'intero pregiudizio cagionato dall'amministratore, e non solo della parte di danno accertabile nei limiti strutturali dell'azione contabile; dall'altro, far sì che il giudizio contabile non divenga un "sostituto emergenziale" della tutela (generale) civilistica, ma mantenga l'ambito di cognizione (speciale) che gli è proprio, ossia, accertare e quantificare un danno che, per la peculiarità del soggetto da cui promana (dipendente pubblico) e su cui impinge (erario), giustifica il ricorso alla particolare "sensibilità" del Giudice dell'erario.¹¹⁴

lato, con la p.a., e sulla circostanza che il danno sia stato determinato nell'esercizio delle funzioni alle quali il dipendente è stato preposto».

¹¹⁴ «La giurisdizione della Corte dei Conti trova infatti il proprio fondamento nella peculiarità dell'interesse pubblico ad una corretta gestione delle risorse da parte dei dipendenti pubblici, in mancanza del quale perde ogni giustificazione la stessa configurazione di una tutela diversa da quella ordinaria». Cfr., PAJNO A., *Il rapporto con le altre giurisdizioni. Concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, op. cit., 989.