



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto amministrativo I

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI
DELLE SOCIETÀ *INHOUSE*

Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

RELATORE

Chiar.mo Prof. Aristide Police

CORRELATORE

Diletta Cimmarrusti

CANDIDATA

ANNO ACCADEMICO 2024 / 2025

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I.....	6
1.1.CENNI INTRODUTTIVI	6
1.2. Tipologia di società pubbliche	8
1.3. La nozione di controllo	11
1.4. La peculiare figura della società in house	15
1.5. La natura giuridica delle società in house	22
1.6. Il requisito del controllo analogo.	27
1.7. Governance societaria	35
1.8. Ratio delle diverse tipologie di responsabilità	39
1.9. Altri organismi <i>in house</i>	43
CAPITOLO II	50
2.1. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI E GLI OBIETTIVI DEL TUSP	50
2.2. LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELL'IMPIANTO CODICISTICO	53
2.3. ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI ANTERIORI AL TUSP	57
2.4. ORIENTAMENTI DOTTRINALI ANTERIORI AL TUSP	68
2.5. ART 12 TUSP E ITER LEGISLATIVO.....	71
2.6.ART 12 TUSP: RICOSTRUZIONI DOTTRINALI	78
2.7. LA PECULIARE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DEL SOCIO PUBBLICO PER DIREZIONE E COORDINAMENTO	84
2.8. RESPONSABILITÀ DEL SOCIO PUBBLICO PER DIREZIONE E COORDINAMENTO NELLE SOCIETÀ IN HOUSE.....	90
CAPITOLO III	94
3.1. LA PROGRESSIVA ESTENSIONE DELLA GIURISDIZIONE CONTABILE: ORGANI DI CONTROLLO E DANNO OBLIQUO NELLE SOCIETÀ <i>IN HOUSE</i>	94

3.2. IL RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE PRIMA DELL'EMANAZIONE DEL TUSP	97
3.3. IL RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE DOPO L'EMANAZIONE DEL TUSP	101
3.4. L'ATTUALE ASSETTO IN MATERIA DI RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE.....	105
3.5. DOPPIO BINARIO SANZIONATORIO E PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM	108
3.6. PROFILI CRITICI DELL'INTERFERENZA TRA GIUDIZI.....	114
CONCLUSIONI.....	121
BIBLIOGRAFIA.....	126
GIURISPRUDENZA	133

INTRODUZIONE

In un contesto storico caratterizzato da una fase di ripresa economica a livello nazionale, la tutela e la promozione della concorrenza si consolidano progressivamente come principi cardine delle politiche economiche pubbliche.

In tale scenario, le riflessioni sul ruolo delle società *in house* e sulla scelta tra autoproduzione dei servizi ed esternalizzazione si concentrano, in larga parte, sulla natura eccezionale - o meno - dell'affidamento diretto rispetto ai principi del libero mercato.

Il dibattito risulta particolarmente significativo alla luce del fatto che un mercato concorrenziale presuppone la presenza di una pluralità di operatori economici, tale da impedire la formazione di posizioni dominanti.

Quando tale equilibrio viene meno, come nel caso di monopoli, oligopoli o altre pratiche restrittive della concorrenza, o risulta comunque strutturalmente alterato, emergono distorsioni giuridicamente rilevanti accompagnate da significative inefficienze economiche, configrandosi, secondo le teorie economiche ortodosse, un autentico snaturamento del mercato.

Nella cornice del fenomeno *in house* si inserisce l'analisi oggetto del presente elaborato, spostando la lente della riflessione sulla questione, di evidente rilievo sistematico e pratico, relativa all'allocazione, nonché alle peculiarità, della responsabilità degli organi sociali di tali società.

Tradizionalmente considerate come *longa manus* delle amministrazioni pubbliche, le società *in house* rappresentano un fenomeno di matrice pretoria, il cui modello organizzativo si colloca in una linea di confine tra diritto amministrativo e diritto commerciale. Si tratta, infatti, di soggetti che, pur assumendo una veste societaria propria del diritto privato, operano in funzione di un interesse pubblico e sotto il controllo analogo da parte dell'ente pubblico partecipante, realizzando una peculiare forma di auto-organizzazione delle amministrazioni.

Se già l'esistenza stessa di queste società, in quanto *species* ibrida del più ampio *genus* delle società pubbliche, solleva tuttora questioni che controvertono molteplici aspetti, non solo di natura teorica, la questione della responsabilità, anche

nell'accezione della giurisdizione contesa in materia fra le corti, assume particolare rilievo in virtù dell'accentuata incertezza che da sempre l'accompagna.

Per lungo tempo, infatti, si è assistito a un importante dibattito in merito alla ripartizione della giurisdizione tra il giudice ordinario e la Corte dei conti nei confronti dei soggetti che esercitano funzioni gestionali all'interno di tali società e che, in qualità di amministratori, esecutivi o non, vengono chiamati a conciliare le esigenze del socio pubblico con le regole della corretta amministrazione societaria (intesa come *governance*).

L'esigenza di assicurare la tutela dell'interesse pubblico incide in modo profondo sulle modalità di esercizio del potere gestorio e, conseguentemente, sulla configurazione delle loro responsabilità.

Si rileva altresì come l'evoluzione sociale ed economica abbia determinato un mutamento della figura dell'impresa pubblica e del ruolo che essa assume nei vari contesti.

Se in passato il riferimento all'impresa pubblica concerneva soggetti operanti sul mercato secondo criteri economici ma esclusivamente orientati al perseguimento di finalità sociali, oggi la nozione di impresa pubblica include realtà che - pur mantenendo tali obiettivi - agiscono in un contesto aperto alla concorrenza e associano alle finalità sociali anche lo scopo di lucro.

L'indagine condotta in questo lavoro si muove pertanto lungo l'intersezione tra principi del diritto amministrativo e regole di matrice privatistica proprie del diritto societario.

È in tale prospettiva che il primo capitolo si propone di ricostruire la peculiare fisionomia delle società *in house*, offrendo, in una prima parte, un inquadramento generale della loro natura giuridica e del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi intorno alla nozione centrale di controllo analogo.

Nella seconda parte, l'analisi si concentra sulle diverse *rationes* sottese alla responsabilità civile e a quella amministrativo-contabile, nonché sulla possibilità che il fenomeno *in house* assuma configurazioni differenti rispetto a quella societaria, estendendosi, in taluni casi, anche a soggetti giuridici quali associazioni e fondazioni.

Nel secondo capitolo, la ricerca prosegue con l'esame del dibattito dottrinale maturati sia anteriormente che successivamente all'emanazione del decreto legislativo n. 175 del 2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, c.d. "decreto Madia"), intervento normativo di rilievo centrale nella disciplina delle società *in house*.

Particolare attenzione è riservata all'iter legislativo attraversato dal decreto in questione, nonché alle modifiche apportate rispetto al testo originario, nella misura in cui esse risultano significative per cogliere l'evoluzione delle posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa e da quella ordinaria rispetto all'art 12 del TUSP rubricato "Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate".

Il capitolo si conclude con un approfondimento incentrato sulla possibilità - ancora particolarmente controversa - che, nell'ambito del fenomeno *in house*, possa configurarsi una forma di responsabilità in capo al socio pubblico per l'esercizio di attività di direzione e coordinamento nei confronti della società partecipata ai sensi dell'art 2497 c.c.

Il terzo e ultimo capitolo è dedicato all'approfondimento del tema, di particolare rilievo sistematico, relativo al riparto della giurisdizione tra il giudice ordinario e la Corte dei conti in materia, nonché alle problematiche connesse alla possibile coesistenza di responsabilità di natura civile e di natura amministrativo-contabile. L'analisi prende avvio dalla ricostruzione dell'ampliamento progressivo della giurisdizione contabile nei confronti degli organi delle società a partecipazione pubblica, con specifico riferimento alla posizione degli organi di controllo e alla configurabilità del danno obliquo.

Segue l'esame del quadro giurisprudenziale sia anteriore all'adozione del decreto Madia che successivo, con particolare attenzione riservata all'attuale disciplina, specie riguardo ai criteri interpretativi adottati dalla giurisprudenza amministrativa, contabile e ordinaria per l'individuazione del giudice giurisdizionalmente competente.

Il capitolo affronta, inoltre, il tema del doppio binario sanzionatorio e del *ne bis in idem*, soffermandosi sulle interferenze tra responsabilità di diversa natura, anche alla luce dei più recenti arresti della Corte costituzionale.

In via conclusiva, viene dedicata una riflessione sui profili problematici derivanti dalla contemporanea pendenza di giudizi dinanzi a giurisdizioni differenti, nonché in merito alla possibile esistenza di strumenti di coordinamento - anche nei frequenti casi in cui il giudizio non sia instaurato parallelamente - con particolare riferimento al rischio di contrasto tra decisioni, alla compromissione delle garanzie del giusto processo e alla necessità di un coordinamento sistematico volto ad assicurare coerenza e certezza dell'ordinamento giuridico.

CAPITOLO I

SOMMARIO: 1.1 Cenni introduttivi; 1.2. Tipologie di società pubbliche; 1.3 La nozione di controllo; 1.4. La peculiare figura delle società in house; 1.5. La natura giuridica delle società in house; 1.6. Il requisito del controllo analogo; 1.7. Governance societaria; 1.8. Ratio delle diverse responsabilità: civile e amministrativo-contabile; 1.9. Altri organismi in house.

1.1. Cenni introduttivi

Determinare se, nel sintagma "società pubbliche", assuma maggiore rilevanza il sostantivo rispetto all'aggettivo non è una questione meramente teorica. Comune ai vari modelli societari con partecipazione pubblica è l'incertezza che spesso accompagna l'individuazione del quadro giuridico da applicare, di volta in volta, con riferimento a specifici profili riguardanti le società.¹

Le peculiarità di questi istituti hanno da sempre generato difficoltà interpretative e applicative. Non a caso, fino alla metà del decennio scorso l'organizzazione delle società a partecipazione pubblica e la disciplina dei rapporti finanziari e gestionali tra l'ente socio e l'organismo partecipato si sono sviluppate in modo frammentario e disomogeneo, in assenza di un quadro normativo organico e unitario di riferimento.²

Ad oggi il panorama societario "pubblico" presente in Italia è particolarmente articolato sia per la proliferazione delle categorie in cui esse possano essere classificate - ad esempio, quotate o non quotate; *in house* o miste, a seconda della presenza di capitale privato; strumentali, di gestione dei servizi pubblici o di mercato, in base alla loro funzione specifica – sia in virtù della "difficoltà di individuare una definizione giuridicamente soddisfacente di società pubblica che non si traduca nella mera presa d'atto della partecipazione di un ente pubblico, primario o derivato, nel capitale sociale".³

¹ Cerioni F, ed. *Le società pubbliche*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2023.

² Canale A, *La responsabilità per danno erariale*. Bari: Cacucci, 2022.

³ M. Cammelli, *Società pubbliche*, in *Enc.dir.*, Annali, V, Milano, Giuffrè, 2012, 1190.

Se le società pubbliche vengono già spesso definite come un “ossimoro” del diritto amministrativo, trattandosi di istituti di matrice privatistica, seppur appositamente disciplinate in ragione della loro funzione pubblica, le società *in house* si caratterizzano per un grado ancora maggiore di specialità.

La proliferazione normativa e la conseguente incertezza hanno generato – e continuano a generare – inevitabilmente dubbi interpretativi su aspetti di primaria rilevanza, quali la responsabilità degli amministratori delle società pubbliche, in particolare delle società *in house*; il livello di trasparenza richiesto nelle decisioni e nella gestione, nonché la disciplina applicabile al personale e alle attività contrattuali. Su tali questioni, la giurisprudenza e la dottrina sono intervenute a più riprese nel tentativo di delineare soluzioni interpretative più certe ma è stato l'intervento del legislatore a perseguire l'obiettivo di fornire una risposta definitiva a tali incertezze, sebbene permangano margini di interpretazione che continuano ad alimentare il dibattito.

È proprio in questa prospettiva che è intervenuto il Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica (TUSP), con il d.lgs., n. 175/2016 (c.d. Decreto Madia), quale strumento volto a realizzare un'operazione imprescindibile di razionalizzazione e sistematizzazione della materia.

La riorganizzazione della disciplina delle società partecipate risponde, da un lato, all'esigenza di superare le sovrapposizioni tra istituti di matrice pubblicistica e privatistica, accomunati dalle medesime esigenze di controllo e disciplina; dall'altro, si inserisce e cerca di concludere un percorso sul piano normativo, avviato alla fine degli anni Novanta e caratterizzato da numerosi interventi legislativi - spesso di segno contrapposto - finalizzati a razionalizzare le modalità di funzionamento delle partecipate pubbliche, e a ridurre il numero⁴ e gli ambiti di intervento.⁵

⁴ In questo senso, v. C. Ibba, Tramonto delle partecipazioni pubbliche? in cui si evidenzia come le ragioni della grande espansione delle società a partecipazione pubblica negli ultimi trent'anni siano molteplici e, al di là di quelle inconfessate, comprendano il perseguimento di una maggiore flessibilità decisionale e operativa, nonché l'aspirazione a una maggiore trasparenza e distinzione di responsabilità tra politici e gestori.

⁵ In questo senso, v. G. Mocetti, 8.000 a 1.000? razionalizzazione e governance delle società pubbliche / Roma, Sauro in "Economia pubblica: XLVII, 3, 2020, Milano: Franco Angeli, 2020.

Tra i diversi obiettivi dell'intervento, la legge delega n. 124/2015 si proponeva - all'art 18 lettera c) – proprio la definizione di un preciso regime di responsabilità degli amministratori nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate.

Il presente elaborato si concentrerà sull'annosa questione della responsabilità degli amministratori delle società *in house*, tema che si caratterizza per la coesistenza di elementi spesso contrastanti. Da un lato, c'è la necessità di tutelare l'interesse pubblico, che deve orientare l'operato delle pubbliche amministrazioni; dall'altro, la natura giuridica delle società, che impone l'applicazione di logiche tipiche del diritto societario, fondate su principi di autonomia e “*governance*”⁶ societaria.

1.2. Tipologia di società pubbliche

Per una disamina esaustiva delle questioni giuridiche relative alla responsabilità degli amministratori delle società *in house*, è imprescindibile avviare l'analisi attraverso un inquadramento preliminare delle diverse tipologie di società pubbliche. Con l'espressione “società pubbliche”⁷ si fa riferimento alle diverse fisionomie delle società a partecipazione pubblica⁸, tutte caratterizzate da un elemento comune, un c.d. unico denominatore⁹: la partecipazione di un ente pubblico nel capitale sociale.

Tuttavia, all'interno di questa macrocategoria, si individuano diverse sottocategorie societarie, ciascuna delle quali è soggetta a principi e esigenze distinti.

In tal senso, l'art. 18, lettera a) della legge delega al TUSP aveva come uno degli obiettivi principali la distinzione tra i vari tipi di società, in base a criteri quali: (i)

⁶ M. Vietti, La *governance* nelle società di capitali, in cui si evidenzia come il termine “*governance*” abbia un significato ampio, non limitato ai soli modelli di amministrazione e controllo, ma esteso anche a uno degli elementi centrali degli studi di *governance*, tra cui gli *agency problems*, come verrà approfondito nel paragrafo “*Governance* societaria”.

⁷ Il termine viene considerato un “sintagma neologistico” in quanto frutto di una convenzione lessicale tecnicamente impropria ma ritenuta efficace che viene utilizzata anche dal legislatore.

⁸V. Donativi, Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica”, 2016.

⁹ F. Cerioni, ed. Le società pubbliche. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2023.

le attività svolte, (ii) gli interessi pubblici di riferimento, (iii) la misura e la qualità della partecipazione (diretta o indiretta), e (iv) la modalità di affidamento delle attività, sia essa diretta o mediante procedura di evidenza pubblica.¹⁰

Per fornire una panoramica generale delle classificazioni e delle principali caratteristiche delle società pubblica, è utile ricordare che il TUSP distingue diverse tipologie di società. Il TUSP definisce le società a partecipazione pubblica, all'art. 2 comma 1 lett. n), come “le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”.

Le principali categorie individuate dagli articoli 1 e 2 del testo unico sono: le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica, le società *in house*, le società miste e le società pubbliche quotate.

Il legislatore, nel panorama descritto, assoggetta tutte le società al rispetto delle disposizioni del Codice civile, con le deroghe previste nel decreto, che si fanno via via più marcate e specifiche, fino ad arrivare alle società *in house*, per le quali il regime normativo è improntato a un carattere pubblicistico e fortemente derogatorio.

Possiamo definire le società a mera partecipazione pubblica come “le società a controllo pubblico, nonché le altre società a partecipazione diretta da parte di amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico.”

Per quanto riguarda la nozione di società a controllo pubblico, e in particolare per un'analisi più approfondita della definizione del concetto di controllo, si rinvia al paragrafo successivo.

Per società quotate si intende “le società che emettono azioni in mercati regolamentati, alle quali il TUSP si applica solo se espressamente previsto”. Le società *in house*, invece, sono quelle in cui un'amministrazione esercita il controllo analogo, oppure più amministrazioni esercitano un controllo analogo

¹⁰ L'articolo completo proponeva che la distinzione avvenisse in questi termini: a) distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa.

congiunto.¹¹ Essendo l'elaborato incentrato sulla responsabilità degli amministratori delle società *in house*, l'analisi di questa particolare società sarà approfondita in un paragrafo separato.

Per quanto riguarda i modelli societari cui le amministrazioni possono fare ricorso, il TUSP ha circoscritto la possibilità solamente ad alcune tipologie societarie. L'articolo 3, infatti, prevede che “le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa.”¹²

La *ratio* di tali scelte è da individuarsi in logiche e ragionamenti legati sia a tematiche di governance che di responsabilità in virtù della peculiarità della componente sociale in gioco. Ancor prima dell'entrata in vigore del TUSP, il campo d'azione delle amministrazioni pubbliche era già orientato verso tali forme societarie, in ragione della loro compatibilità con le esigenze e gli obiettivi delle partecipazioni pubbliche.

La configurazione del modello societario delle società di persone sarebbe inconciliabile dal momento che il socio pubblico di volta in volta interessato, andrebbe a rispondere illimitatamente per le obbligazioni della società da questo partecipata, in violazione delle regole di contabilità pubblica.¹³

La norma trova giustificazione anche in considerazione del fatto che le società per azioni e le società a responsabilità limitata, grazie al loro modello di amministrazione e controllo maggiormente formalizzato, si prestano in modo più idoneo alla partecipazione della pubblica amministrazione. Infatti, in tali forme societarie il socio pubblico, in quanto amministrazione o ente pubblico, non è chiamato ad assumere un ruolo imprenditoriale con spiccata rilevanza personale,

¹¹ Il controllo analogo congiunto non deve essere considerato quale controllo paritario, ma è sufficiente che vi siano nello Statuto strumenti idonei ad assicurare che ciascuna pubblica amministrazione controllante, assieme alle altre, sia in grado di controllare l'attività del soggetto controllato.

¹² È infatti ormai Pacifico è che nel novero delle società cui è ammessa la partecipazione pubblica rientrano le società consortili (costituite in forma di società per azioni, società a responsabilità limitata o di società cooperativa) e le società cooperative.

¹³ M. Stella Richter, tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 TUSP, pp. 549 559, 2017.

come diversamente sarebbe richiesto dall'utilizzo della tipologia societaria della società di persone.

1.3. La nozione di controllo

Nel definire le società a partecipazione pubblica, il legislatore distingue tra quelle a mera partecipazione pubblica e quelle a controllo pubblico, come già sottolineato. La nozione di controllo è, pertanto, fondamentale per comprendere il c.d. controllo analogo, che caratterizza le società *in house*. Per tale ragione, si ritiene necessario fare preliminarmente una precisazione: la lett. b) dell'art 2 TUSP¹⁴ fornisce una definizione generale di 'controllo', senza stabilire i requisiti che permettono di qualificare una società come società a controllo pubblico. Infatti, per ottenere una definizione di società a controllo pubblico, è necessario fare riferimento alla lett. m) dell'art 2 TUSP, la quale stabilisce che, per integrare la fattispecie, i poteri di controllo di cui alla lett. b) debbano essere esercitati da una o più amministrazioni pubbliche (mentre la lett. b) non fa alcuna menzione di tale requisito).

Questa precisazione risulta necessaria, poiché la situazione descritta nella lett. b) – ossia quella di controllo – può essere integrata sia quando il controllo è esercitato esclusivamente da una pluralità di soci pubblici (o anche da un solo socio pubblico), con la conseguente qualificazione della società come a controllo pubblico ai sensi della lett. m), sia quando il controllo è esercitato da un socio privato o da una o più amministrazioni pubbliche in coordinamento stabile con uno o più soci privati. In quest'ultimo caso, si configurerebbe una situazione di mero controllo, e non di controllo pubblico, in quanto la composizione del controllo coinvolgerebbe una pluralità di soggetti, pubblici e privati.¹⁵

Pare opportuno partire dalla definizione di controllo definita dalla lett. b) dell'art 2 TUSP che si distingue da quella di diritto comune. Infatti, dopo aver richiamato la situazione delineata dall'art. 2359 c.c. la seconda parte della disposizione stabilisce che, ai fini del TUSP, il controllo può essere considerato sussistente anche quando,

¹⁴ L'articolo 2 del TUSP è un articolo definitorio;

¹⁵ In questo senso v. Manuale delle società pubbliche D. Russo 2022 Eutekne.

in virtù di norme di legge, di disposizioni statutarie o di patti parasociali, per l'adozione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale, sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che esercitano il controllo La lett. m), invece, stabilisce che sono "società a controllo pubblico" le "società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b).”

La tecnica normativa adottata richiede un'attenta analisi del rapporto tra la nozione civilistica di controllo, delineata nell'art. 2359 c.c., e quella prevista dal TUSP.

In particolare, la prima parte dell'art. 2, co. 1, lett. b) del TUSP definisce il controllo tramite un semplice rinvio alla disciplina contenuta nell'art. 2359 c.c., che dunque rappresenta il punto di partenza per la ricostruzione della nozione di controllo anche per le società pubbliche.¹⁶

La nozione codicistica di controllo individua tre forme di controllo: (i) il c.d. controllo interno di diritto, ovvero quella situazione in cui un'amministrazione pubblica, in questo caso, dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; (ii) il c.d. controllo interno di fatto, ossia il caso in cui un'amministrazione pubblica dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; (iii) il c.d. controllo esterno di fatto, ovvero la situazione in cui l'amministrazione pubblica può esercitare influenza in virtù di particolari vincoli contrattuali con la società.¹⁷ Risulta opportuno precisare che, secondo l'opinione tradizionale – ancora oggi prevalente – il controllo ex art. 2359 c.c. presuppone sempre l'unicità del controllante e, di conseguenza, l'individualità del controllo.

A tale impostazione aderisce anche la giurisprudenza contabile¹⁸, la quale sottolinea che nella nozione codicistica di controllo si individuino in modo chiaro e univoco fattispecie tipiche di controllo esercitate da una sola società su un'altra. In questo senso, il controllo c.d. congiunto – ovvero la situazione in cui il controllo è esercitato da una pluralità di soggetti, ai quali è attribuito l'esercizio congiunto di un'influenza dominante, in virtù di accordi tra loro intercorrenti¹⁹- risulterebbe

¹⁶ In questo senso v. Manuale delle società pubbliche D. Russo 2022 Eutekne.

¹⁷ V. Lopilato, in Manuale di Diritto amministrativo, 2019, Giappichelli.

¹⁸ Corte dei conti, sez. riun. Giuri. 22.05.2019. n 16.

¹⁹ Direttiva 2001/34/CR all'art 92 col 1 lett d).

incompatibile con la norma codicistica, così come anche il c.d. controllo plurimo disgiunto.²⁰

Il cardine di questa prospettiva si fonda sulla necessità di un potere di supremazia che sembrerebbe ontologicamente incompatibile con forme condivise di controllo societario, in quanto il concetto dell'influenza dominante – fulcro del controllo codicistico – presuppone sempre la solitudine di chi lo esercita.

Altra parte di dottrina, invece, ritiene ormai consolidato che il legislatore abbia inteso ampliare le ipotesi di "controllo", prevedendo espressamente che tale controllo possa essere esercitata congiuntamente da più amministrazioni. È opportuno, a questo punto, esaminare due argomentazioni principali avanzate dalla dottrina a sostegno della possibilità di un esercizio congiunto di tale controllo.

Una prima, basata sulla riconducibilità della figura del controllo congiunto all'art. 2341-bis c.c. che ricadrebbe così nell'ambito applicativo dell'art. 2359 c.c. L'interpretazione dell'articolo che permetterebbe la configurazione del controllo congiunto si basa, in particolare, su una lettura della lettera c), che si riferisce ai patti – stipulati in qualsiasi forma – che, al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società, prevedano o abbiano come effetto l'esercizio, anche congiunto, di un'influenza dominante su di essa. In tal modo, si sottolinea che tale esercizio di influenza possa avvenire in modo congiunto tra più soggetti.

In questo senso, la possibilità di riferire la relazione a uno o più soggetti non compromette l'unità della nozione. Infatti, che l'esercizio avvenga in modo solitario o congiunto non influisce sull'intensità del potere di influenza che la pubblica amministrazione deve esercitare.

Una seconda interpretazione emerge valorizzando l'elemento testuale della lettera m) dell'art. 2, comma 1, del TUSP, che stabilisce che i poteri di controllo possano essere esercitati da una o più amministrazioni pubbliche. Letta in questo senso la formulazione amplierebbe l'ambito di applicazione dell'articolo, proiettando tale alternativa su tutta la gamma delle fattispecie considerate nella prima parte della lettera b).

²⁰ Per controllo plurimo disgiunto si intende la situazione in cui due o più soci dispongano di un reciproco potere di veto. In assenza di un coordinamento nell'esercizio di tale potere, questo si traduce in uno strumento di reciproca interdizione, impedendo l'esercizio individuale di un'influenza dominante; In questo senso v. Manuale delle società pubbliche D. Russo 2022 Eutekne.

Nell'ambito di questa seconda interpretazione, si delineano anche posizioni considerate più estreme²¹, che sembrerebbero ammettere il riconoscimento del controllo congiunto, anche in assenza di un vincolo legale, contrattuale, statutario o parasociale tra le parti. In altre parole, secondo questa visione, il controllo congiunto potrebbe essere desunto anche da comportamenti concludenti, senza necessità di un coordinamento formalizzato, basandosi su una presunzione iuris et de iure derivante dalla mera detenzione cumulativa della maggioranza del capitale.²²

Al contrario, la posizione delle Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti, nonché l'attuale orientamento della giurisprudenza amministrativa, si collocano invece al polo opposto rispetto a questa interpretazione; essi cercano, infatti, di ridimensionare la portata del controllo. Ciò avviene sulla base del rinvio diretto alla disposizione codicistica e, quindi, tramite una lettura autonoma della lettera b, che porta a escludere l'accoglimento dell'opzione accanto alle tre fattispecie di controllo solitario, di altrettante fattispecie di controllo congiunto e dunque plurisoggettivo.²³

L'unico elemento di specialità rispetto alla disciplina codicistica risiederebbe nella locuzione "anche quando", che, secondo tale interpretazione, dovrebbe essere intesa non già come l'introduzione di una ulteriore fattispecie di controllo plurisoggettivo, bensì come l'individuazione dell'unica fattispecie di controllo congiunto rispetto alle ipotesi di controllo ricavabili ex art. 2359 c.c.²⁴

Da questa prospettiva, si potrebbe così delineare una lettura distintiva dell'art. 2, comma 1, lett. b) del TUSP e della nozione di controllo pubblico, articolata nei seguenti termini: (i) la situazione di controllo pubblico descritta dall'art. 2359 c.c. si configurerebbe esclusivamente nel caso in cui un'amministrazione pubblica eserciti un controllo di diritto su una società, sia nel caso di controllo di fatto che in

²¹ La ricostruzione descritta è, per larghi tratti, sovrapponibile a quanto puntualizzato dall'orientamento del MEF, il quale si fonda su una lettura anche della ratio della riforma, finalizzata all'uso ottimale delle risorse pubbliche e al contenimento della spesa.

²² Camera dei deputati. Le società in house: profili generali e disciplina applicabile, 2024.

²³ Corte dei conti, Sez. Riun. Giurisdizionali, 16/2019; Corte dei conti, Sez. Riun. Giurisdizionali, 25/2019. Per la giurisprudenza amministrativa, tra gli interventi più recenti, si veda: TAR Marche, 6.12.2021, n. 840 e 841; Cons. di Stato, n. 578/2019, Sez. V.

²⁴ D. Russo in Manuale delle società pubbliche 2022 Eutekne.

quello di controllo contrattuale; (ii) diversamente, più amministrazioni potrebbero esercitare un controllo congiunto ai sensi del secondo periodo della lett. b), allorché, in virtù di disposizioni legislative, statutarie o di patti parasociali, le decisioni strategiche di rilevante importanza per la vita sociale della società richiedano il consenso unanime delle amministrazioni pubbliche coinvolte.

1.4. La peculiare figura della società in house

Tra le diverse tipologie di società pubbliche, come già in precedenza sottolineato, un ruolo peculiare è rivestito dalle *società in house*, caratterizzate da un regime giuridico derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria dell'evidenza pubblica.

La nascita dell'istituto è da trarsi nella giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia, più precisamente nella sentenza *Teckal* che per la prima volta individua i presupposti necessari per il riconoscimento di un affidamento diretto da parte dell'ente pubblico.²⁵

In realtà la giurisprudenza della Corte di Giustizia interviene su un concetto che entra a far parte del mondo giuridico europeo, dapprima, nel c.d. Libro bianco del 1998, documento successivo al libro verde sulla stessa materia presentato nel 1996, in cui la Commissione europea definisce il modello di affidamento dell'*in house providing*²⁶ come “quelli aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata”.

Questa forma di organizzazione suscitò grande interesse per due motivi principali: se da un lato poteva riflettere un'istanza di libertà organizzativa della pubblica amministrazione, dall'altra in qualche modo andava comprimere la concorrenza e dunque necessitava specifici interventi a tutela della stessa. Se la sentenza *Teckal* ha posto le basi per il riconoscimento dell'affidamento diretto, l'evoluzione

²⁵ Sentenza *Teckal* del 1999 (C-107/98), che individua i seguenti presupposti: (i) partecipazione interamente pubblica, (ii) l'esercizio da parte dell'amministrazione di un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, (iii) lo svolgimento dell'attività prevalentemente a favore dell'amministrazione.

²⁶ F. Caringella, 'L'affidamento in house', in Garofoli, R. e Sandulli, M.A. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*. Milano, 2005.

giurisprudenziale ebbe il merito di definire e dare il decisivo contributo alla definizione dell'istituto cristallizzandone i requisiti fondamentali: il c.d. controllo analogo e della c.d. destinazione prevalente.²⁷ Secondo tali requisiti, una società potrà considerarsi *in house* se svolge, infatti, la propria attività nell'interesse dell'ente affidante e se è sottoposta al controllo analogo dell'ente pubblico. In particolare, con riferimento al controllo analogo, che verrà trattato in un apposito paragrafo, si presupponeva un rapporto così intenso tra l'ente affidante e l'affidatario, da poter essere considerato come una relazione intraorganica tra soggetti formalmente distinti.

Tuttavia, si necessitava, in modo sempre più preciso, una definizione dei requisiti la cui sussistenza esonerava un'amministrazione aggiudicatrice dall'obbligo di osservazione delle regole comunitarie di concorrenza. Ciò in virtù del fatto che, sebbene l'Unione Europea mantenga una posizione neutrale riguardo alla natura privata o pubblica di un'impresa, resta comunque estremamente attenta al rispetto dei principi di concorrenza e del mercato. Non a caso, gli appalti *in house* sono considerati secondo la direttiva comunitaria, l'estrema propaggine della pubblica amministrazione.²⁸

Questo rispetto diventa ancora più necessario se l'analisi parte dalla peculiarità della gestione *in house*, che consente l'affidamento diretto di un servizio senza l'espletamento di procedure concorsuali, mettendo in relazione una pubblica amministrazione con un'impresa operante sul mercato. Infatti, in assenza di norme e requisiti precisi, tale impresa risulterebbe ingiustamente avvantaggiata rispetto alle altre, violando così le regole della concorrenza, nonché le dinamiche concorrenziali del mercato.

²⁷ N. Landi – A. Papi Rossi, L'affidamento *in house* nella giurisprudenza comunitaria e nazionale, in I contratti dello stato e degli enti pubblici.

²⁸ V. M. Clarich, La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo, a cura di V. Domenichelli, in cui si evidenzia come l'*in house* rappresenti la "negazione" della concorrenza e, pertanto, non possa essere considerato un meccanismo ottimale. Tuttavia, il diritto comunitario rispetta l'ambito del potere di autorganizzazione delle amministrazioni, e con l'*in house* si resta all'interno del perimetro della pubblica amministrazione.

Le successive battute della giurisprudenza comunitaria in materia si ebbero, tra le altre, con la Sentenza Brixen²⁹ e con la sentenza Caboteremo.³⁰

Con la prima, la Sentenza Brixen, si evidenziava un iniziale incompatibilità – ormai, superata – della compresenza di un socio privato con il requisito del controllo analogo.

Analizzando il caso di specie, la corte si trovò dinanzi ad una struttura societaria caratterizzata da alcune peculiarità che indussero i giudici ad escludere l'esistenza del requisito del controllo analogo in virtù del fatto che nonostante sulla società il comune fosse titolare dell'intero capitale, vi fossero ulteriori elementi da tenere in considerazione, fra cui - ma non solo – il fatto che vi fosse un'apertura obbligatoria della società, nel breve termine, ad altri capitali e che il consiglio di amministrazione fosse dotato da dei poteri di gestione molto ampi esercitabili autonomamente.

L'orientamento pretorio riteneva che la presenza di un socio privato all'interno della compagine societaria fosse, di per sé, ostativa alla effettiva sussistenza del requisito. Nel caso di specie, la corte escludeva la ricorrenza della configurazione del regime *in house* in ragione del margine di autonomia dell'ente, desumibile dagli elementi emersi e posti in rilievo. Necessario osservare che per partecipazione pubblica si intende non soltanto quella diretta dell'amministrazione aggiudicatrice, ma altresì quella indiretta ovvero mediata dalla partecipazione di un ulteriore ente anche privato, controllato dall'Amministrazione stessa.³¹

Questa incompatibilità tra capitale privato e capitale pubblico viene superata dapprima dalle direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE³², che ammettono forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, come prescritto dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità ai trattati, e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. Successivamente, tale principio viene recepito dall'art. 16, comma 1, del TUSP, che prevede la partecipazione di capitali privati, seppur in via eccezionale e con

²⁹ Causa C-458/03, Parking Brixen.

³⁰ Corte di Giustizia, Sent. 11 maggio 2006, causa C-340/04 ma anche Consiglio di Stato, II sez.,

³¹ art. 12, par. 1, dir. 2014/24UE; art. 5, comma 2, d.lgs.50/2016).

³² Le direttive indicano anche, in modo più puntuale, il limite superiore dell'80% per l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica.

specifiche limitazioni. In questo senso, la partecipazione privata al capitale della società rimane un'ipotesi eccezionale, mentre il requisito del capitale pubblico resta regola generale.

La seconda, la Sentenza Cabotteremo, andò ad affermare che il controllo analogo richiede prerogative speciali in termini di diritto di voto o di poteri di controllo, atte a ridurre i margini di gestione ordinaria e straordinaria normalmente attribuiti al consiglio di amministrazione. Infatti, il consiglio di amministrazione delle società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli esercitati in base al diritto societario da parte della maggioranza sociale. Le decisioni più importanti, inoltre, devono essere sottoposte preventivamente al vaglio dell'ente affidante, tanto che se il consiglio di amministrazione dispone di poteri ordinari, non può ritenersi sussistente il requisito del controllo analogo.³³

Il requisito del controllo analogo sarà trattato in modo specifico, ma emerge immediatamente una criticità, desumibile da quanto finora esposto, che riguarda una apparente – nonché iniziale - contraddizione: la natura stessa delle società di capitali, le quali, per effetto della personalità giuridica loro riconosciuta, si distinguono dai soggetti che operano al loro interno e tramite i quali esercitano la propria attività, incontra una situazione in cui manca un potere decisionale autonomo. Quest'assenza si verifica a causa del totale assoggettamento degli organi della società al potere gerarchico dell'ente pubblico partecipante.

I principi e i requisiti esposti a livello pretorio comunitario, che individuano le modalità di affidamento *in house* vengono recepiti dapprima nella giurisprudenza amministrativa e successivamente dal diritto nazionale che, attualmente, delinea gli elementi costitutivi delle società *in house* all'art 2 comma 1 lett o) TUSP: controllo analogo; attività prevalente; partecipazione pubblica totalitaria.³⁴

³³Ascione, M. R., & Camuto, D. Responsabilità degli amministratori delle società in house. Osservatorio per la Legislazione e l'Innovazione (OLI), Regione Lazio.

³⁴ L'articolo dispone che si considerino società in house “le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3;”.

Occorre dunque analizzare il requisito dell'attività prevalente, avendo già analizzato il requisito della partecipazione pubblica totalitaria e avendo già sottolineato la distinta trattazione del requisito del controllo analogo.

Ad oggi, il requisito dell'attività prevalente è disciplinato dall'art. 16, comma 3, del TUSP, il quale dispone che gli statuti delle società *in house* debbano espressamente prevedere che almeno l'ottanta per cento del loro fatturato sia realizzato nello svolgimento dei compiti affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci. Il successivo comma 3-bis ammette la possibilità di una produzione ulteriore rispetto a tale limite, purché finalizzata al conseguimento di economie di scala o di altri recuperi di efficienza rispetto all'attività principale della società.

Il mancato rispetto del limite quantitativo previsto dal comma 3 configura una grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 15 del TUSP. Tuttavia, la norma prevede un meccanismo di sanatoria, consentendo alla società di regolarizzare la propria posizione entro il termine di tre mesi dalla manifestazione dell'irregolarità. A tal fine, la società deve rinunciare a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, sciogliendo i relativi contratti, ovvero rinunciare agli affidamenti diretti ricevuti dagli enti pubblici soci, procedendo allo scioglimento dei relativi rapporti contrattuali.

L'inosservanza del limite quantitativo, qualificata come grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c., determina l'attivazione del controllo ispettivo da parte del Tribunale ordinario e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, con la possibile nomina di un amministratore giudiziario. Parte della dottrina³⁵, sottolinea come questo elemento sembrerebbe presupporre una gestione della società *in house*, comunque, secondo la logica efficientistica tipica delle attività imprenditoriali volte al perseguimento di un fine di lucro.³⁶

³⁵ E. Codazzi in *Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i. grandi cantieri aperti*". Roma, 17-18 febbraio 2017.

³⁶ In questo senso V. Calandra Buonauro, *Responsabilità sociale dell'impresa e dovere degli amministratori*, in cui si evidenzia l'assenza nel diritto societario italiano, di una definizione normativa generale dei doveri degli amministratori e dell'interesse che essi sono tenuti a perseguire. Tale lacuna è stata frequentemente interpretata come un implicito riconoscimento dell'obbligo, in capo agli amministratori, di perseguire l'interesse dei soci, qualificato dallo scopo lucrativo (o mutualistico) per cui la società è stata costituita.

Prima di affrontare alla trattazione del tema della natura giuridica delle società *in house*, utile alla comprensione degli sviluppi giurisprudenziali in materia di responsabilità dell'organo gestorio, è necessario fornire un'ultima riflessione generale sulle loro caratteristiche. In particolare, anche per le società *in house* si applicano le regole generali stabilite dagli articoli 3 e 4 del TUSP, riguardanti il vincolo di scopo e di attività, nonché il limite tipologico già trattato.

Il vincolo di scopo, disciplinato dall'art. 4, comma 1, implica che l'oggetto sociale debba essere limitato alla produzione di beni e servizi strettamente necessari al perseguimento delle finalità istituzionali indicate nell'articolo. Per quanto riguarda il limite di attività, disposto dal comma 2 dello stesso articolo, si intende la restrizione delle attività che le società pubbliche possono svolgere, limitandole esclusivamente a quelle previste dalla normativa vigente.

In base a tale disciplina, le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività indicate alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2 ovvero potranno essere volte alla (a) produzione di un servizio di interesse generale; (b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; (c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato; infine (e) potranno svolgere attività di committenza, incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016.

Da ultimo, il parere del Consiglio di Stato n 282/2017, sottolinea che l'accertamento dei requisiti per la configurazione di una società come *in house*, deve essere svolto in concreto, in capo al singolo soggetto e tenendo conto delle specificità e delle geometrie ormai variabili che assumono i soggetti che si legano alle Amministrazioni sulla base di tale rapporto.

A tale proposito, le "geometrie variabili" a cui fa riferimento il parere trovano concreta applicazione nel TUSP, che recependo gli orientamenti giurisprudenziali nazionali ed europei, disciplina diverse tipologie di affidamento *in house*, oltre alla forma tradizionale. Nello specifico, si distinguono le seguenti varianti di società *in*

house: a. *in house* frazionato o pluri-partecipato; *In house* invertito o capovolto; *In house* orizzontale e *In house* a cascata o indiretto.³⁷

In ciascuna delle suddette varianti di affidamento *in house*, il controllo sull'ente affidatario si esercita in modalità differenti (i) Nell'*in house* frazionato o pluri-partecipato, il controllo è congiunto tra più amministrazioni, che influenzano strategicamente la società affidataria al ricorrere di determinate condizioni³⁸; (ii) Nell'*in house* invertito o capovolto, il soggetto controllato, essendo un'amministrazione aggiudicatrice, affida l'appalto al proprio controllante; (iii) Nell'*in house* orizzontale, un'amministrazione controlla due società, consentendo l'affidamento diretto tra loro; (iv) Nell'*in house* a cascata o indiretto, il controllo si trasmette lungo più livelli, da un'amministrazione a una società intermedia e da questa all'affidataria, mantenendo un'influenza analoga a quella diretta. In sostanza, l'Amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su un ente che a propria volta esercita un controllo analogo sull'organismo *in house* ed anche se tra la l'Amministrazione aggiudicatrice e l'organismo *in house* non sussiste una relazione diretta è comunque ammesso l'affidamento diretto.

³⁷ Per una trattazione più approfondita delle tipologie di affidamento *in house* si veda Deliberazione n. 182/2021 Corte dei conti, Sezione Regionale di Controllo Veneto.

³⁸ Si considera legittimo un affidamento *in house* se le determinate condizioni vengono soddisfatte congiuntamente. Tra queste condizioni, ricordiamo: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

1.5. La natura giuridica delle società in house

Al fine di comprendere in maniera completa il dibattito attuale sulla responsabilità degli amministratori delle società *in house*, risulta imprescindibile affrontare uno dei nodi interpretativi più complessi che da sempre accompagna questo istituto: la sua natura giuridica. Appare opportuno, sebbene tali implicazioni saranno oggetto di un approfondimento nei capitoli successivi, evidenziare sin d'ora la necessità di questa analisi, in quanto la responsabilità degli amministratori risulta strettamente connessa alla qualificazione dell'istituto, che oscilla tra una lettura privatistica e una pubblicistica.

Mentre in passato era più agevole distinguere tra l'agire pubblico e l'agire privato, l'evoluzione dell'assetto normativo ha progressivamente avvicinato l'azione pubblica alle logiche della gestione privata. Come visto, questo fenomeno si è manifestato principalmente attraverso l'affidamento a soggetti privati di compiti tradizionalmente pubblici, rendendo più sfumata la linea di demarcazione tra pubblico e privato.³⁹

La questione si inserisce ai confini del diritto amministrativo, i cui limiti, sempre più sfumati, si sovrappongono – per quanto riguarda l'ambito di nostra analisi – con il diritto commerciale. Tale materia è spesso definita come una "marca di confine"⁴⁰ del diritto, caratterizzata da una frontiera in continuo mutamento, soggetta a incessanti infiltrazioni.

Il dubbio rispetto alla natura giuridica della società *in house* nasce in virtù dell'adozione di un modello organizzativo caratterizzato da deroghe molto incisive al regime societario di diritto comune. Queste deroghe, infatti, provocano uno stravolgimento del regime ordinario conducendo ad una profonda spaccatura della dottrina in argomento,⁴¹ ed è in virtù di questa complessità fenomenica che negli

³⁹ M. R. Ascione, & Camuto, D. Responsabilità degli amministratori delle società in house. Osservatorio per la Legislazione e l'Innovazione (OLI), Regione Lazio.

⁴⁰ V. M. Antonioli, Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile (2008), e ancora A. Mignoli, Società e giurisprudenza, in Riv. Societaria.

⁴¹ V. Donativi, Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica", 2016,

ultimi anni è stata riservata maggiore attenzione da parte degli operatori a queste società.⁴²

Può essere utile ricordare che il dibattito sulla natura giuridica e sul regime normativo delle società pubbliche precede persino l'emanazione del Codice civile. Già in sede di relazione al codice, infatti, si privilegiò una visione privatistica sottolineando che “lo Stato si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di altri enti pubblici, senza eccezioni, salvo che norme speciali non dispongano diversamente”⁴³.

Per quanto riguarda invece le configurazioni più recenti di questo dibattito, queste possono essere compendiate in due principali orientamenti esposti nel parere del Cons. St., n. 438 del 16 marzo 2016.⁴⁴ In sede di adunanza della Commissione speciale il Consiglio di Stato ha infatti ricordato l'esistenza di due principali orientamenti.

Il primo orientamento qualifica la società *in house* ad una mera articolazione interna della pubblica amministrazione assoggettandola – seppur con i necessari adattamenti – al regime delle pubbliche amministrazioni. Nello specifico, si ritiene che la società *in house* non si possa configurare come un vero e proprio soggetto giuridico distinto in virtù dell'assenza del requisito dell'alterità soggettiva rispetto all'amministrazione pubblica.⁴⁵

Nel parere si sottolinea, a sostegno di questa tesi, come risulti particolarmente difficile conciliare 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, con la totale assenza di un potere decisionale suo proprio, in

⁴²C. Pecoraro, *Le società in house: profili societari*, in *Ibba Carlo, Demuro Ivan, Le società a partecipazione pubblica*, 2018.

⁴³ Relazione al Codice civile, par. 998, artt. 2458 e ss. c.c. del testo previgente, visionabile in *Per maggiori approfondimenti in merito si rinvia a F. FIMMANÒ, L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. Fimmanò, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 15 ss.

⁴⁴ Nel parere del Cons. St., comm. spec., n. 438 del 16 marzo 2016.

⁴⁵ Questo orientamento, fino al 2019, è stato quello prevalente della Corte di Cassazione; v. anche *Cass. Civ. Sez. Un. n. 26283/2013*.

conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale. Ciò che sarebbe difficile sarebbe collocare la società *in house* come un'entità al di fuori dell'ente.

Questo primo orientamento spinge “*longa manus* della pubblica amministrazione” talmente in avanti che non si può neppure configurare l'affidamento pubblico mediante *in house* contact come un rapporto contrattuale intersoggettiva. Così che l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa con la configurabilità di un patrimonio separato nell'ambito di un'unica persona giuridica pubblica.

Seguendo questa visione, la società *in house* avrebbe della società solamente la forma esteriore costituendo, in realtà, un'articolazione in senso sostanziale della pubblica amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo.

Ancora, la società *in house* sarebbe stata evidentemente concepita alla stregua di una unità operativa interna all'amministrazione aggiudicatrice, alla quale resterebbe coerentemente avvinta da una relazione essenzialmente inter-organica. Nota e frequentemente citata è l'affermazione della Cassazione secondo cui “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”, con configurabilità soltanto, come già accennato, di un patrimonio separato nell'ambito di un'unica persona giuridica pubblica.”⁴⁶

Il secondo orientamento, c.d. privatistico, invece, diametralmente qualifica la società come persona giuridica di diritto privato affermandone la riconducibilità al regime privatistico, riconoscendo comunque le deroghe operanti per tutte le società partecipate. Tale orientamento si avvale di diversi argomenti a sostegno, tra cui, fra gli altri, l'acquisizione della personalità giuridica al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2331 c.c., la possibilità di assoggettamento delle società pubbliche a procedure concorsuali, nonché l'esigenza di garantire la

⁴⁶ In questo senso Cass. civ., S.U., 25 novembre 2013, n. 26283; 10 marzo 2014, n. 5491; 26 marzo 2014, n. 7177; 9 luglio 2014, n. 15594; 24 ottobre 2014, n. 22609; 24 marzo 2015, n. 5848; Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1.

tutela dei terzi e dei creditori che instaurano rapporti giuridici con la società, sulla base del presupposto della sua autonoma soggettività.

Per completezza espositiva, appare utile richiamare un'argomentazione dei fautori della teoria privatistica che fa leva sull'art. 2331 c.c. per escludere l'applicabilità della ricostruzione pubblicistica. In particolare, si evidenzia come la società *in house* non necessariamente assuma tale qualifica sin dalla sua costituzione. Può accadere, infatti, che il requisito del controllo analogo e le ulteriori condizioni per l'affidamento diretto si concretizzino in un momento successivo. Ne consegue che, al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese, la società abbia già acquisito la personalità giuridica, venendo a esistere come soggetto di diritto autonomo, indipendentemente dalla sua successiva qualificazione come *in house*.⁴⁷

Questo secondo orientamento è stato a più riprese sostenuto da varie sentenze che hanno affermato come la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché l'amministrazione ne possiede, integralmente o parzialmente, le azioni, anche quando costituita o partecipata da un ente pubblico per il perseguimento di un interesse pubblico, la società rimane uno strumento privatistico tipico delineato dal diritto societario.⁴⁸

Sembra ormai essere granitica anche nella giurisprudenza di legittimità che cui le società di capitali con partecipazione pubblica, comprese quelle *in house*, non mutano la loro natura di soggetto di diritto privato solo perché gli enti pubblici ne posseggono le partecipazioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno – per le vicende della società medesima – la persona dell'azionista.⁴⁹

La dicotomia tra istituto pubblico e privato trova una sua definitiva risoluzione con l'art. 1 comma 3 del TUSP che intervenendo in materia sembrerebbe essersi orientato definitivamente a favore del secondo orientamento ascrivendo così le società pubbliche nel novero delle società di diritto privato infatti

⁴⁷ V. Carlo Ibba in Responsabilità erariale e società in house (2014).

⁴⁸ TAR Abruzzo (Sez. Pescara, sentenza n. 1017/2018): il giudice ha confermato la natura giuridica di impresa privata delle società in house; - Consiglio di Stato (Sez. V, sentenza n. 3033/2017): i giudici hanno sottolineato che, sebbene le società siano dei rami, delle articolazioni della pubblica amministrazione, esse rimangono a tutti gli effetti delle società di diritto privato.

⁴⁹ Cass. civ., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 27865.

“Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel Codice civile e le norme generali di diritto privato.”⁵⁰

Questa scelta riprende quanto già contenuto sia pure in ambito più circoscritto nell’art 4 comma 13 d.lgs. 95/2012, assegnando all’intervento di regolazione una valenza prettamente privatistica. Secondo autorevole dottrina, questa decisione pare rispondere ai principi di economicità dell’azione amministrativa e alle esigenze di tutela della concorrenza⁵¹ in quanto la prevalenza del diritto civile postula l’eliminazione dei regimi di esclusiva e la piena espansione della concorrenza nel mercato.⁵²

In virtù di quanto emerge dalla normativa del TUSP, risulta preclusa la possibilità di ricorrere a deroghe implicite o per relationem. Ne consegue che, sul piano del diritto positivo, non sembrano sussistere elementi idonei a negare l’assimilazione delle società a partecipazione pubblica alle altre società di capitali, condividendone la medesima natura giuridica.⁵³

Tuttavia, l’impostazione adottata dal legislatore sembrerebbe - quasi nell’immediatezza - non aver trovato il consenso del Consiglio di Stato che, in sede consultiva ha evidenziato come “qualunque sia la prospettiva che si intenda seguire, la società in house conserva una forte peculiarità organizzativa, imposta dal diritto europeo, che la rende non riconducibile al modello generale di società quale definito dalle norme di diritto privato.”⁵⁴

⁵⁰ Ai sensi dell’art. 1, comma 3, del Testo Unico sulle Società a Partecipazione Pubblica (TUSP).

⁵¹ Tale intento emerge chiaramente anche dalla tipologia di attività che le società a partecipazione pubblica possono svolgere, dovendosi evitare che esse operino in settori in cui il mercato privato è già in grado di offrire beni e servizi. In questo senso v. Clarich M. in *Le società a controllo pubblico: atti del convegno*, Palermo, 25-26 maggio 2018.

⁵² Corte Conti, Sezione delle Autonomie, *Gli organismi partecipati degli enti territoriali*, deliberazione n. 24/2015, 31.

⁵³ Codazzi, E. (2023). *L’esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII. Il diritto dell’economia*, 69(112), 169-204.

⁵⁴ Boccia, E. (2020) *La Natura Privatistica delle Società in house providing: La Responsabilità degli Amministratori e l’assoggettamento alle procedure Concorsuali*.

1.6. Il requisito del controllo analogo.

Il concetto di controllo viene delineato attraverso due distinte definizioni: la prima, già analizzata, rinvia alla nozione di controllo contenuta nell'art. 2359 c.c.; la seconda, prevista all'art. 2, co. 1, lett. c) del TUSP, introduce il concetto di controllo pubblico analogo, qualificandolo come una forma specifica di controllo pubblico qualificato. In questo senso, le società *in house* rientrano tra le società a controllo pubblico, ma se ne differenziano per l'intensità particolarmente marcata del rapporto di controllo esercitato dall'amministrazione partecipante.⁵⁵

La riconducibilità delle società *in house* alla più ampia categoria delle società a controllo pubblico trova conferma altresì nel comma 15 dell'art. 11 del Testo Unico, il quale – nell'ambito della disciplina dedicata a tali società – prevede l'applicabilità agli organi di amministrazione e controllo delle società *in house* del d.l. n. 293/1994, convertito con modificazioni nella l. n. 444/1994. Giova, tuttavia, precisare che non ogni società a controllo pubblico può automaticamente qualificarsi come società *in house*, dovendo a tal fine sussistere i requisiti ulteriori prescritti dalla normativa vigente.

Per completare l'analisi sui requisiti delle società *in house* e ai fini della comprensione del requisito del controllo analogo, l'analisi deve necessariamente, dunque, prendere le mosse dal dato normativo: l'art. 2, lett. c) del TUSP definisce il controllo analogo come quella situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, individuando i risultati a cui l'attività d'impresa deve tendere e che saranno ragionevolmente espressione dell'indirizzo politico dall'amministrazione controllante, che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante.

Il legislatore adotta una declinazione del controllo analogo c.d. "sostanzialistica" richiedendo che per configurare in concreto il requisito l'amministrazione deve

⁵⁵ F. Guerrero, Considerazioni in tema di controllo, controllo congiunto e controllo analogo nella disciplina del TUSP, in Studio n. 228-2017/I, Consiglio Nazionale del Notariato, 3.

essere in grado di esercitare un controllo di carattere sostanziale, tale da assicurare il potere di etero dirigere le vicende societarie dell'ente controllato. Questo potere deve sempre garantire un controllo strutturale, funzionale ed effettivo.⁵⁶

Si tratta, in ogni caso, di un'influenza che si connota per un'intensità superiore rispetto a quella che il titolare di una partecipazione maggioritaria o totalitaria è ordinariamente in grado di esercitare sull'assemblea della società in base al diritto societario. Invero, pur riconoscendo la stretta correlazione esistente tra la nozione di controllo analogo e quella di controllo societario, occorre evidenziare come quest'ultima non implichi necessariamente la sussistenza di una situazione di controllo analogo. In tale ambito, infatti, il concetto di "controllo" non si riferisce a una mera influenza dominante, quale quella esercitabile dal socio di maggioranza, bensì a un'influenza determinante.⁵⁷

Una delle questioni centrali nell'analisi della disciplina delle società *in house* riguarda le modalità di esercizio del controllo analogo, il cui inquadramento, prima della riforma, presentava significative difficoltà interpretative. In particolare, la complessità risiedeva nel bilanciamento tra l'ingerenza dell'ente pubblico nell'attività gestionale della società e l'autonomia decisionale degli amministratori, principio cardine della disciplina delle società di capitali. La necessità di garantire un effettivo controllo da parte dell'ente affidante, senza tuttavia snaturare l'autonomia organizzativa e gestionale della società, ha reso tale profilo oggetto di un acceso dibattito. Da qui la necessità di riempire di contenuto l'espressione del controllo analogo che ha sviluppato orientamenti ermeneutici diversi, tra cui è possibile evidenziare due principali prospettive. la prima, propria della dottrina amministrativistica, che sostiene che il controllo analogo si collochi al di fuori del controllo societario, costituendo una forma sui generis di controllo, e più precisamente sostenendo che si debba intendere il controllo analogo come una forma di subordinazione gerarchica⁵⁸, la seconda sostenuta dalla dottrina

⁵⁶ In questo senso v. R. Garofoli in Manuale di Diritto amministrativo, 2024, Eutekne; Ancora Cort. Giust. C-182/11, 2012, Econord.

⁵⁷ F. Cerioni (2022); Le società pubbliche.

⁵⁸ In questo senso v. Le società pubbliche F. Cerioni (2022) che sottolinea che la nozione di controllo analogo non può esaurirsi in un semplice controllo societario.

giuscommerciale, che tende conservare l'autonomia gestionale in capo agli amministratori;

Rispetto a un primo orientamento della dottrina amministrativistica, avallato anche da alcune pronunce giurisprudenziali, si ricordi la sentenza del Consiglio di Stato, con la sentenza del 25 gennaio 2005, n. 168, quale aveva statuito che: "...il controllo si sostanzia in un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario".⁵⁹

Secondo la dottrina giuscommerciale, invece, l'analisi della nozione di controllo analogo non può prescindere da una lettura in combinato disposto con l'art. 2380-bis c.c., il quale attribuisce agli amministratori delle società per azioni una competenza esclusiva in materia di gestione dell'impresa, delineando così un potenziale profilo di frizione tra l'ingerenza dell'ente pubblico e l'autonomia gestionale degli organi societari.

Di per sé, la nozione di controllo analogo richiede che vengano dati agli enti capacità di controllo reali, anche per mezzo di attività di vigilanza, sull'attività decisionale della controllata. Tuttavia, ove il controllo analogo dovesse essere inteso come significativa limitazione dell'autonomia decisionale dell'organo amministrativo, o addirittura subordinazione gerarchica alla volontà del socio pubblico, vi sarebbe un contrasto con i principi di diritto societario.

In questo senso il controllo analogo rappresenta tanto un presupposto ai fini del riconoscimento dell'*in house* quanto uno strumento, in quanto si configura come controllo di tipo proprietario ed interno sull'organizzazione e sul governo della società.⁶⁰

Non a caso, qualora la limitazione dell'autonomia decisionale dell'organo gestorio raggiungesse un livello tale da assimilare gli amministratori a meri esecutori delle direttive dell'ente pubblico socio, determinando una completa subordinazione ai superiori gerarchici, parte della dottrina ritiene che dovrebbe escludersi in radice

⁵⁹ Consiglio di Stato, con la sentenza del 25 gennaio 2005, n. 168.

⁶⁰ F. Guerrera, Autonomia statutaria e tipologia della società *in house*, in *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*.

una loro responsabilità per i danni arrecati alla società⁶¹. In tale prospettiva, infatti, l'operato degli amministratori si risolverebbe nell'attuazione di decisioni assunte dall'ente pubblico, privandoli di qualsiasi margine di autodeterminazione gestionale e, conseguentemente, di una responsabilità autonoma per la conduzione della società. Sulla base di questi elementi, non potrebbe quindi essere accolta una nozione di controllo analogo tale da declassare completamente la società a mera articolazione interna dell'ente pubblico.

A tale interpretazione osterebbe anche la previsione lessicale, posto che il termine "analogo" non è sinonimo di "identico" e dunque il controllo costituisce piuttosto una forma simile di controllo, caratterizzata da elementi di continuità, seppur con margini di autonomia.

Di recente, anche le Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia n.567/2024 hanno aderito al secondo degli orientamenti trattati escludendo che possa essere accolta una nozione di controllo analogo tale da declassare la società di capitali a mera articolazione interna.

A questa configurazione si può arrivare anche attraverso un'altra osservazione, mediante una lettura in negativo della norma, che evidenzia come vi siano decisioni che non devono necessariamente rappresentare una traduzione della volontà pubblica. Il riferimento alle decisioni strategiche e significative della società lascia intendere che, al di fuori di queste categorie, permanga un margine di autonomia gestionale per la società e per le sue decisioni intese, perlomeno, come tutte quelle che riguardano la gestione ordinaria e il cd. *day by day management*.

La tensione appena evidenziata, sulla quale si imperniava la presente questione, appare mitigata dall'art 16 comma 2 del TUSP, quale dispone che "a) Gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del Codice civile; b) Gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'art 2468, terzo comma del codice civile; c) In ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti

⁶¹ V. Carlo Ibba in Responsabilità erariale e società in house (2018).

possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'art 2341-bis, primo comma del codice civile.”.

Non a caso, la norma in esame, al fine di garantire l'effettiva sussistenza di tale requisito, consente di assicurare un potere di influenza sulle strategie e sulle decisioni fondamentali della società mediante l'inserimento, negli statuti delle società *in house*, di clausole volte a conferire al socio pubblico prerogative più ampie rispetto a quelle riconosciute ai soci nelle società di capitali disciplinate dal diritto comune.

Occorre una precisazione ulteriore, pur ammettendo espressamente la derogabilità di talune disposizioni codicistiche, la norma deve essere interpretata in coerenza con la prima parte del secondo comma dell'art. 16 TUSP, ai sensi della quale tali deroghe sono ammissibili esclusivamente “ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1”.

Ne discende che la disposizione, in quanto eccezionale rispetto al regime ordinario delle società di capitali e dunque eccezioni a regole generale, è soggetta a un'interpretazione restrittiva ex art. 14 disp. prel. c.c.

In particolare, le deroghe introdotte dallo statuto devono risultare funzionalmente strumentali, nel senso proprio di un rapporto di “strumentalità funzionale”⁶², all'assetto organizzativo delineato dal legislatore per le società *in house*, con l'effetto che ogni modifica statutaria volta ad ampliare i poteri del socio pubblico deve trovare giustificazione nell'esigenza di garantire il controllo analogo.

Sotto il profilo applicativo, il controllo deve essere sugli organi ma anche sulla gestione: da un lato gli enti devono avere il potere di nomina e di revoca degli amministratori; dall'altro gli enti devono autorizzare o vagliare gli atti di gestione che sono strategici e rilevanti per la vita sociale.

Ciò si traduce nella possibilità di prevedere, per le società partecipate da una pluralità di soci pubblici, quorum deliberativi dell'assemblea particolarmente elevati, limitazioni alle prerogative del consiglio di amministrazione ovvero una diversa disciplina in ordine al conferimento e all'esercizio delle deleghe, così da

⁶² Donativi, V. (2016) *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*.

conformare la governance societaria alle esigenze di controllo pubblico richieste dalla normativa vigente e vincolare il consiglio di amministrazione potendo l'ente esercitare anche un potere ispettivo diretto e di controllo su tutta l'attività sociale.⁶³ In questo senso si prevede, secondo parte della dottrina, una sorta di “delega in bianco”, che rimette alle singole società il compito di trovare un equilibrio tra “autonomia” e “strumentalità” nel rapporto dell'organo amministrativo con la pubblica amministrazione.⁶⁴

Le deroghe previste, come già sottolineato in precedenza, non possono comunque in alcun caso spingersi al punto di esautorare⁶⁵ il potere decisionale degli amministratori – questo anche in virtù del principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica di cui all'art. 18, comma 1, lett. a), legge delega. In tale prospettiva già la pronuncia n. 50 del 28 marzo 2013 della Corte costituzionale andava a ribadire quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: il soggetto concessionario deve essere sottoposto a un controllo tale da permettere all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni in modo determinante. Questo controllo deve riguardare tanto gli obiettivi strategici quanto le decisioni rilevanti. Ciò non implica l'annullamento di ogni potere gestionale dell'affidatario *in house*.

In questo senso è intervenuto anche in giurisprudenza il Tribunale di Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018 prevedendo che l'influenza dell'ente pubblico controllante si estrinsechi soltanto al livello della c.d. alta amministrazione della società controllata - senza annullare, cioè, l'autonomia gestionale ed esecutiva del suo organo amministrativo.

Il controllo analogo, infine, non è un controllo assoluto come quello che può essere esercitato su un pubblico ufficio, né un controllo gerarchico, trattandosi di un

⁶³ Anac, vademecum per le società in house nel nuovo codice degli appalti e nel testo unico delle società pubbliche, 2022.

⁶⁴ Codazzi, E. (2023). L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII. Il diritto dell'economia, 69(112), 169-204.

⁶⁵ Sottolinea Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, 2 luglio 2018, cit., come le deroghe statutarie al modello societario sono ammesse nei limiti del rapporto di strumentalità funzionale tra esse e il fine di realizzare il controllo analogo; Si ricordi che in sostanza risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, della totalità degli enti pubblici soci.

controllo di un soggetto esterno e distinto da quello controllato, dotato anche di autonomia patrimoniale perfetta, propria delle società di capitali.

Alla luce di queste considerazioni, emerge opportuno svolgere un'ultima considerazione sulla possibilità di garantire il controllo analogo in forma congiunta, che nell'esperienza comune rappresenta la molteplicità dei casi di società *in house* e tendenzialmente le dinamiche che regolano l'esercizio del controllo analogo da parte di molteplici soggetti sono più complesse e articolate rispetto i modelli che regolano il controllo da parte di un solo Ente.

È già stato sottolineato diversi sono gli strumenti giuridici che consentano di garantirlo, tuttavia, prima dell'entrata in vigore del TUSP, una parte della dottrina⁶⁶ – seppur minoritaria – sosteneva che l'unico strumento giuridicamente percorribile per evitare di alterare i connotati organizzativi essenziali delle società di capitali, e in particolare delle società per azioni, fosse il ricorso ai patti parasociali.

Come noto, questi ultimi rappresentano uno degli strumenti maggiormente utilizzati nella prassi per definire un regolamento negoziale “parallelo”⁶⁷ a quello statutario. Tramite tali patti, alcuni soci, la totalità dei soci o anche gli amministratori possono intervenire al fine di strutturare in modo più efficace la gestione societaria. In questo caso i patti avrebbero lo scopo di disciplinare una collaborazione di attività di interesse in comune fra i vari enti soci. Questa posizione dottrinale si fondava sull'idea che i vincoli necessari a garantire il controllo pubblico sulle società *in house* non potessero essere imposti mediante modifiche statutarie senza compromettere la natura stessa della società di capitali.

Tuttavia, prima della riforma, l'idoneità dei patti parasociali a soddisfare il requisito del controllo analogo, in particolare per garantire un controllo analogo congiunto, era oggetto di forti dubbi. Ciò in ragione della loro natura meramente obbligatoria,

⁶⁶ Donativi, V. (2016) *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*.

⁶⁷ M. Filippelli, *I patti di voto nelle società per azioni. Storia, comparazione, attualità*, Torino, 2024.

e non reale, che, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza europea⁶⁸, non appariva sufficiente a garantire l'effettivo esercizio del controllo richiesto.⁶⁹

Anche sotto tale prospettiva, l'art. 16, comma 2, lett. c) del TUSP introduce un chiarimento normativo, stabilendo che “in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del Codice civile”.

Elemento di effettiva innovazione normativa risiede nella seconda parte della disposizione, che introduce un'espressa deroga all'art. 2341-bis, primo comma, del Codice civile, consentendo ai patti parasociali di avere una durata superiore ai cinque anni. Da ciò ne consegue che è possibile prevedere già nello statuto competenze aggiuntive per i soci, nonché adottare specifici patti parasociali, permettendo così di adattare il modello societario, nella sua configurazione civilistica, alla forma delle società *in house*.⁷⁰

⁶⁸ In tal senso F. Goisis, La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione in materia di contenimento della spesa pubblica, in Riv. Corte Conti, 2013, www.rivistacorteconti.it.

⁶⁹ Bartolini A. in Società in house e patti parasociali (2019).

⁷⁰ ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) e CNN (Consiglio Nazionale del Notariato) (2022) Vademecum per le società in house, 27 maggio.

1.7. Governance societaria

Prima di esaminare il fulcro dell'elaborato – la responsabilità degli amministratori delle società *in house* nelle diverse declinazioni della responsabilità⁷¹ – occorre considerare alcuni aspetti fondamentali della governance societaria.

Con il termine governance societaria si intende il sistema di regole secondo le quali le imprese sono gestite e controllate.⁷²

Come già illustrato in precedenza, la natura giuridica e le peculiarità di questo tipo di società, che pur formalmente private, sono comunque caratterizzate da una compagine sociale pubblicistica, condizionano funzionamento e organizzazione.

Infatti, se già l'agire del socio pubblico si distingue in modo significativo da quello del socio privato, essendo vincolato a finalità di interesse generale, anche la governance societaria deve tenere conto di elementi ulteriori rispetto a quelli tipici dell'impresa privata al fine di poter garantire un equilibrio tra efficienza gestionale e controllo pubblico. L'organo gestorio può svolgere le proprie funzioni in modo corretto ed efficace solo quando è in grado di agire con l'effettività necessaria e quando la sua composizione garantisce il primato dell'interesse sociale; questi principi, proprio in virtù della loro rilevanza, sono stati il fulcro della riforma del diritto societario del 2003, che ha enfatizzato l'importanza di un governo societario in grado di bilanciare gli interessi dei soci con quelli della società nel suo complesso.

I soci, nelle società private, agiscono secondo logiche di profitto e autonomia decisionale, privi di alcun vincolo, differentemente dalla partecipazione pubblica che implica un esercizio dei diritti sociali vincolato al rispetto di finalità pubblicistiche tipiche di logiche d'azione della pubblica amministrazione.

Questo fenomeno determina sovrapposizioni tra i principi di libera iniziativa economica e quelli di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

Per la propria stessa essenza il socio pubblico agisce non secondo regole di “agire libero”, ma secondo regole di “agire funzionale”, con tutti gli stringenti obblighi di

⁷¹ È opportuno sottolineare, in questa fase introduttiva del discorso, che gli amministratori possono essere considerati responsabili nei confronti della società, dei soci, dei creditori sociali e dei terzi.

⁷² Codice di Autodisciplina, Banca D'Italia (2015).

valutazione e di motivazione a ciò correlati: sicché, in tale “combinata” prospettiva, quelli che nel diritto societario comune sono disciplinati come “diritti” del socio sono qui accompagnati, nella dimensione che precede l’esercizio del diritto, da corrispondenti doveri di azione funzionale, sicché quelli che per un socio privato sono diritti ad esercizio per definizione libero (nell’an e nel contenuto) diventano per il socio pubblico diritti ad esercizio vincolato/discrezionale (nell’an e/o nel contenuto).⁷³

In questo senso la dimensione giuridica del socio nelle società in *house*, si articola e si scompone in due piani: il piano rilevante nella prospettiva societaria pura, del diritto soggettivo e quello destinato ad emergere nella prospettiva che accompagna e precede l’esercizio del diritto ma la cui rilevanza può manifestarsi su fronti diversi⁷⁴ qualificabile più propriamente in termini di potere / dovere.

L’esigenza di garantire un bilanciamento tra efficienza gestionale e controllo pubblico trova un’ulteriore manifestazione nell’ambito dei rapporti di agenzia in cui il principale – e dunque il socio pubblico – introduce, come già analizzato, ulteriori elementi di valutazione nell’agire dell’agente.

Per rapporti di agenzia si devono intendere quei rapporti⁷⁵ in cui un soggetto o un ente (*l’Agente*) è in grado di prendere delle decisioni e/o di intraprendere delle attività per conto di un altro soggetto o ente (*il Principale*), ma le due parti (Principale e Agente) hanno interessi divergenti e informazioni asimmetriche (*l’Agente* possiede più informazioni del Principale).

L’interesse sociale, infatti, non ha una connotazione omogenea e unitaria, in quanto confluiscono nell’assetto societario non solo interessi eterogenei che fanno capo ai singoli soci ma anche interessi riferibili a soggetti terzi (i vari *stakeholder*).

⁷³ Donativi, V. (2016) *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*.

⁷⁴ In questo senso ancora Donativi, V. (2016) *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"* che indica che il Primo fronte diverso fra tutti è quello della valutazione del comportamento nell’ambito di possibili giudizi di responsabilità erariale

⁷⁵ JENSEN M., & MECKLING, W. Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), (1976)

Nei vari rapporti di agenzia i conflitti possono sorgere tra proprietari, interessanti alla massimizzazione del profitto, e i dirigenti dell'impresa indifferentemente che si tratti di società private o pubbliche.⁷⁶

La coesistenza di obiettivi economici e finalità pubbliche richiede un sistema di governance in grado di bilanciare efficienza gestionale e controllo pubblico.

In una società, l'attribuzione della gestione, e quindi del potere decisionale, a soggetti distinti da coloro che – secondo una parte della dottrina gius-commerciale, più orientata verso la visione americana – sono i proprietari della società, richiede un adeguato contrappeso: la previsione di una responsabilità per gli organi gestori. Fino alla metà del decennio scorso, anche rispetto all'organizzazione delle società a capitale pubblico e rispetto alla disciplina dei rapporti finanziari e gestionali tra l'ente socio e l'organismo partecipato si erano sviluppati in modo frammentario e disomogeneo una serie di interpretazioni, in assenza di un quadro normativo organico e unitario di riferimento.

Il TUSP interviene in un contesto in cui anche la governance delle società pubbliche presenta profili di criticità, come quelli appena analizzati, specialmente se comparata con quella delle imprese private.⁷⁷

Ed è proprio il TUSP a fare riferimento e dunque a rinviarci, agli articoli 11 e 12, in materia di amministrazione e responsabilità, alle nozioni di azioni di responsabilità degli amministratori disciplinate dal Codice civile. Riconoscere la responsabilità degli organi gestori per gli atti commessi – o per la condotta adottata – a danno della società, nonché dei soci, dei terzi e dei creditori sociali, implica garantire il ristabilimento dell'equilibrio patrimoniale compromesso dal pregiudizio subito.

In materia di responsabilità, la normativa cerca di contemperare due esigenze primarie: se da un lato si deve porre la possibilità di eliminare il danno arrecato nel contesto del rapporto di agenzia; dall'altro non si deve disincentivare l'assunzione

⁷⁶ Shleifer, A., & Vishny, R. W. (1997). A Survey of Corporate Governance. *The Journal of Finance*, 52(2), 737–783. <https://doi.org/10.2307/2329497>.

⁷⁷ Vedi Canale, Angelo et al. *La responsabilità per danno erariale*. Bari: Cacucci, 2022. Print. Ma anche Da 8.000 a 1.000? razionalizzazione e governance delle società pubbliche / Roma, Giacomo; Mocetti, Sauro in "Economia pubblica: XLVII, 3, 2020, Milano: Franco Angeli, 2020.

di rischi da parte di chi è preposto a un'attività per sua natura, come già sottolineato, rischiosa come quella della gestione d'impresa.⁷⁸

La responsabilità degli amministratori è disciplinata dagli articoli 2392, 2393, 2393-bis e 2394 c.c., secondo cui essi sono tenuti ad adempiere ai doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze. Tale parametro di diligenza non si configura come un generico obbligo di diligenza⁷⁹, bensì come un criterio qualificato, correlato alla funzione gestoria e alle relative attribuzioni.

Per una maggiore comprensione degli interessi che il legislatore intende tutelare nell'articolazione della disciplina sulla responsabilità degli amministratori, appare opportuno soffermarsi preliminarmente su un principio fondamentale: gli amministratori non rispondono *ipso facto* per le modalità con cui esercitano le proprie funzioni gestorie.

Nel nostro ordinamento si è ormai consolidata la c.d. *business judgment rule*, principio di matrice anglosassone che, trasposto nel contesto giuridico italiano, sancisce l'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali dell'amministratore, purché adottate con la diligenza qualificata richiesta dal ruolo e in assenza di situazioni di conflitto di interesse.⁸⁰

Tale principio risponde all'esigenza di garantire l'autonomia decisionale agli amministratori, scongiurando il rischio che essi possano essere ritenuti responsabili per gli esiti negativi derivanti da decisioni assunte in un contesto di fisiologica aleatorietà, connaturata all'attività d'impresa.

⁷⁸ Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico / Ibba, Carlo in "Diritto dell'economia: 94, 3, 2017, Modena".

⁷⁹ V. S. Silvestrini, La responsabilità degli amministratori nella società per azioni, in cui si evidenzia come, nella formulazione originaria, il criterio di valutazione della responsabilità degli amministratori fosse la "diligenza del mandatario". Tuttavia, la dottrina prevalente ha ritenuto che il parametro di riferimento non fosse la diligenza del buon padre di famiglia, bensì quella di un amministratore normalmente diligente nelle medesime circostanze, giungendo a tale conclusione sulla base dei principi generali desumibili dall'art. 1176, comma 2, c.c., secondo cui, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve essere valutata in relazione alla natura dell'attività svolta.

⁸⁰ Più precisamente, v. S. Silvestrini, La responsabilità degli amministratori nella società per azioni, in cui si evidenzia che la pretesa violazione del dovere di amministrare con diligenza non può essere desunta unicamente dai risultati negativi della gestione. Inoltre, il giudice non può sindacare nel merito le scelte adottate dagli amministratori, in quanto, per quanto penetrante possa essere il controllo, esso trova comunque un limite nella discrezionalità imprenditoriale.

Tuttavia, nella visione dei rapporti di agenzia delle società pubbliche, ed in particolare delle società *in house* la situazione ha alcune peculiarità: a. le società pubbliche rispondono ad una molteplicità di obiettivi, tra i quali la massimizzazione del profitto è tendenzialmente subordinata al perseguimento di finalità di interesse pubblico (ad esempio, il raggiungimento di obiettivi di politica industriale o la necessità di fornire servizi accessibili all'insieme della collettività); ii) i soggetti pubblici, oltre al ruolo di socio, rivestono anche altre funzioni, quale quella di regolatori o di titolari della funzione di indirizzo della politica economica.⁸¹

1.8. Ratio delle diverse tipologie di responsabilità

Imprescindibile ai fini di una piena comprensione della materia è un approfondimento sulla ratio sottesa ai diversi profili di responsabilità coinvolti, in particolare la responsabilità amministrativo-contabile e quella civilistica, ciascuna con proprie peculiarità e finalità

Nel corso della trattazione, appare opportuno operare una distinzione tra le *rationes* della responsabilità civile e della responsabilità amministrativo-contabile in virtù delle intrecciate implicazioni con la questione del riparto della giurisdizione, che sarà oggetto di specifica trattazione nel terzo capitolo, ma anche alla luce di una possibile convivenza tra i vari modelli di responsabilità in un contesto come quello societario.

L'esistenza nei vari ordinamenti di istituti volti a far valere la responsabilità degli amministratori di società risponde a varie logiche, nel caso della responsabilità civile la logica è di tipo patrimoniale. La responsabilità civile si fonda sulla sussistenza di un pregiudizio di natura patrimoniale e si configura quale strumento di reintegrazione del danno subito dal soggetto leso, piuttosto che come meccanismo sanzionatorio della condotta dell'amministratore. Sebbene l'operatività di tale regime possa produrre, ed è la seconda finalità che persegue, un effetto deterrente nei confronti di comportamenti negligenti, la sua funzione

⁸¹ Da 8.000 a 1.000? razionalizzazione e governance delle società pubbliche / Roma, Giacomo; Mocetti, Sauro in "Economia pubblica: XLVII, 3, 2020, Milano: Franco Angeli, 2020.

primaria rimane quella di imputazione. In tal senso, l'azione di responsabilità civile risponde alla logica dell'imputazione patrimoniale del danno, mirando a trasferirne l'incidenza economica dal patrimonio del soggetto danneggiato a quello del responsabile.⁸²

Per quanto riguarda il sistema di tutele amministrativo, non è possibile parlare di responsabilità al singolare, ma solamente al plurale. Nell'ambito dell'unico *genus* della responsabilità, si distinguono quattro principali tipologie: civile, amministrativa, penale e contabile. Questa classificazione evidenzia la pluralità di profili di responsabilità che possono ricadere su un soggetto, il cui operato, a vario titolo, si riconduce all'attività della pubblica amministrazione.

Appare dunque utile, fra gli esistenti "rimedi di responsabilità" che interessano la nostra trattazione, soffermarsi sulla responsabilità erariale.

Il concetto di responsabilità amministrativo-contabile non si esaurisce nella semplice individuazione di un giudice speciale, quale la Corte dei conti, che si sostituisce a quello ordinario nella decisione della controversia. Esso implica, piuttosto, l'applicazione di un regime giuridico peculiare, distinto da quello proprio del diritto sostanziale e processuale civile.⁸³

La finalità del giudizio di responsabilità amministrativo-contabile, diversamente da quella della responsabilità civilistica – sebbene sul punto permanga un ampio dibattito dottrinale – non risiede nella mera sanzione di illeciti commessi a danno dell'amministrazione, bensì, secondo un consolidato orientamento dottrinale, è assicurare che la più politica delle decisioni venga tutelata in modo che le risorse vengano effettivamente utilizzate per le finalità a cui erano destinate.⁸⁴

Infatti, se fra le varie tipologie di responsabilità (tra cui anche quella penale ma a titolo esemplificativo) la responsabilità penale risponde alla logica sanzionatoria, quella civilistica risponde ad una logica risarcitoria – e riparatoria in quanto serve ad eliminare un danno – quella amministrativa ha una logica ibrida avendo sia

⁸² Torchia, L. (2006). Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione. Servizi pubblici e appalti.

⁸³ A. Canale et al. (a cura di), La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo, Milano, Giuffrè, 2022, 2^a ed.

⁸⁴ Canale, Angelo et al. La responsabilità per danno erariale. Bari: Cacucci, 2022.

carattere risarcitorio che sanzionatorio ed afflittivo, ed essendo a metà strada tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.⁸⁵

In altre parole, secondo una parte della dottrina, la responsabilità patrimoniale amministrativa avrebbe una natura *sui generis*, in quanto istituto di diritto speciale, svolge una funzione preventiva e garantista, finalizzata a tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione. Tale responsabilità si concretizza attraverso una sanzione risarcitoria (di natura patrimoniale), la quale viene modulata in relazione al grado di colpevolezza, evitando un'eccessiva rigidità per non compromettere l'efficacia dell'attività amministrativa. L'elemento risarcitorio, lungi dall'essere secondario rispetto alla finalità pubblicistica, assume invece una funzione strumentale nel perseguimento dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità dell'operato dell'apparato amministrativo.⁸⁶ Proprio in questo senso, l'azione contabile è volta a soddisfare l'interesse di reintegrazione delle finanze pubbliche pregiudicate – per quanto attiene alla nostra trattazione – dalle condotte di cattiva gestione amministrativa.

Non a caso, il giudizio contabile e il giudizio ordinario si connotano per la diversa natura dell'oggetto e per la funzione che sono chiamati a svolgere nell'ordinamento giuridico. Come ribadito dalla Corte di Cassazione nella sentenza 29 settembre 2016, n. 19340, le azioni di responsabilità civile si configurano quali strumenti di reintegrazione del patrimonio sociale, avendo una finalità essenzialmente ripristinatoria del pregiudizio arrecato ed essendo volte alla tutela dell'interesse patrimoniale del soggetto leso. Diversamente, la responsabilità erariale risponde a esigenze di tutela dell'interesse pubblico generale, garantendo il buon andamento della pubblica amministrazione e il corretto impiego delle risorse pubbliche, assumendo in tal senso una connotazione prevalentemente sanzionatoria.

⁸⁵ Clarich, Marcello. Manuale di diritto amministrativo. 6. ed. Bologna: Il Mulino, 2024.

⁸⁶ Crocco Domenico in Responsabilità Patrimoniale amministrativa dinanzi alla Corte dei conti. (2012).

Un'ulteriore particolarità⁸⁷, di assoluta rilevanza, che distingue le due tipologie di responsabilità è rappresentata dallo speciale potere in capo al giudice della responsabilità contabile, il c.d. potere riduttivo.⁸⁸

La Corte dei conti, infatti, ha la facoltà di condannare al risarcimento del danno il cui ammontare viene determinato sulla base di parametri distinti da quelli civilistici. In particolare, essa può disporre il ristoro dell'intero danno accertato oppure ridurne l'entità, esercitando il potere riduttivo nella sua quantificazione.⁸⁹

Al fine di approfondire le questioni oggetto della presente trattazione, si ritiene opportuno esporre un esempio che evidenzia come le logiche alla base dei differenti regimi di responsabilità si intreccino profondamente anche con gli aspetti del riparto della giurisdizione, già accennati in precedenza.

Nell'ipotesi in cui venga esperita un'azione sociale di responsabilità innanzi al giudice ordinario, l'eventuale risarcimento del danno, avendo natura reintegratoria, sarà destinato alla ricostituzione del patrimonio sociale, in quanto direttamente pregiudicato dalla condotta lesiva dell'organo gestorio. Di converso, nell'ipotesi in cui l'azione venga incardinata –unicamente - dinanzi alla giurisdizione contabile, il ristoro patrimoniale conseguente a una pronuncia di condanna avrà quale destinatario l'Erario, in quanto soggetto titolare dell'interesse protetto nell'ambito della responsabilità amministrativo-contabile.⁹⁰

Tuttavia, la maggiore compressione di tutela – nel caso in cui non dovesse essere il patrimonio sociale ad essere reintegrata – sarebbe verso i creditori sociali. I creditori sociali, infatti, hanno come unica garanzia il patrimonio sociale: se l'integrità di questo viene meno per colpa degli amministratori, ed esso non è più capace o

⁸⁷ Sul punto Carlo Efsio Marrè Brunenghi, in Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale – Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che ricalca le ulteriori particolarità della responsabilità erariale: principio di intrasmissibilità agli eredi salvo il caso di illecito arricchimento doloso, solidarietà passiva nelle ipotesi di concorso doloso, limitazione della responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave, compensatio etc.

⁸⁸ Torchia, L. (2006). Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione. Servizi pubblici e appalti.

⁸⁹ Questo anche al fine di trovare un punto di equilibrio per evitare la c.d. burocrazia difensiva.

⁹⁰ Ibba Carlo (2017) in Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico «Il diritto dell'economia».

sufficiente alla soddisfazione dei creditori, e non viene reintegrato, i soggetti maggiormente lesi saranno i creditori.⁹¹

Le due giurisdizioni, e dunque le due tipologie di responsabilità, devono essere considerate reciprocamente indipendenti sotto diversi profili: da un lato, per quanto riguarda gli aspetti istituzionali, in quanto ciascuna agisce nell'ambito delle proprie competenze specifiche; dall'altro, per la diversità di oggetto e di funzione che caratterizza i rispettivi giudizi. In tale contesto, il rapporto tra le due azioni non può e non deve essere inteso in termini di esclusività, bensì di alternatività nel senso che l'esercizio di una non esclude la possibilità di ricorrere all'altra.⁹²

1.9. Altri organismi *in house*

Appare opportuno concludere il presente capitolo richiamando, sia pur sinteticamente, l'esistenza – ancorché rara – di organismi *in house* diversi dalle tradizionali società *in house*, cui si è finora rivolta l'attenzione. La rilevanza di tale richiamo risiede, in primo luogo, nella scelta operata dal legislatore nazionale con il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), che, discostandosi dalla più ampia formulazione delle direttive europee – le quali parlano genericamente di organismi *in house* – ha limitato il proprio riferimento alle sole società *in house*, omettendo di considerare le altre forme giuridiche. In particolare, l'art. 7 - rubricato “Principio di auto-organizzazione amministrativa” - circoscrive l'ambito soggettivo dell'affidamento diretto alle sole società *in house*.

In secondo luogo, la rilevanza della questione emerge anche sotto un profilo interpretativo di non trascurabile rilievo: se da un lato, infatti, la compatibilità del modello *in house* con le *associazioni* è generalmente riconosciuta in dottrina, come anche dimostrato nella prassi⁹³, dall'altro, la configurabilità di fondazioni *in house* appare ben più controversa, nonostante alcune esperienze pratiche ne attestino l'esistenza. La riflessione, perciò, pur non costituendo il nucleo tematico del presente lavoro, merita menzione quale elemento utile a delineare la varietà degli

⁹¹ Manuale di diritto commerciale A. Graziani 2023.

⁹² In questo senso, v. R. Garofoli, Manuale di diritto amministrativo, Nel diritto Editore, 2024.

⁹³ In tal senso si veda il caso *Formez*.

strumenti organizzativi impiegati dalle amministrazioni pubbliche nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali, in particolare in un'ottica di auto-organizzazione delle stesse.

Sul punto, parte della dottrina⁹⁴ si era pronunciata ancora prima dell'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici, specie in relazione all'attività di verifica demandata all'ANAC mediante la tenuta dell'Elenco *in house*, previsto dall'art. 192 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Tale strumento, concepito al fine di assicurare adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici, rileva – all'interno del più ampio panorama delle società a partecipazione pubblica – quella specifica categoria di affidamenti riconducibili a organismi qualificabili *in house*, in quanto dotati di tutti i requisiti prescritti dalla normativa nazionale e sovranazionale.

Tale estensione, peraltro, sembrava meglio aderire alla volontà sia del legislatore delegante che del Consiglio di Stato. La prima, espressa nella legge n. 11 del 2016, la quale, all'art. 1, comma 1, lett. e), nel definire i criteri di delega per la riforma della disciplina degli appalti pubblici, faceva riferimento in termini generali agli “affidamenti tra enti nell'ambito del settore pubblico”, senza circoscriverli alla sola forma societaria. La seconda, del Consiglio di Stato, era espressa nel parere n. 855 del 1° aprile 2016 – reso sullo schema del decreto legislativo poi divenuto il d.lgs. n. 50/2016 – ed aveva espressamente richiamato l'esigenza di impiegare, nel testo normativo, una terminologia più ampia e coerente con il diritto comunitario, sollecitando l'uso del termine “soggetto” in luogo della più limitativa espressione “società *in house*”. La scelta da parte dell'autorità trovava giustificazione anche nel più ampio processo di deformalizzazione della pubblica amministrazione, inteso quale strumento funzionale a garantire adeguati livelli di pubblicità, trasparenza e tracciabilità nell'ambito dei contratti pubblici.⁹⁵

Ancora, secondo questo orientamento, il criterio societario individuato all'interno del TUSP, non poteva e non può ancora considerarsi come elemento sufficiente a imporre alla P.A. di perseguire i propri interessi – indifferentemente che questi

⁹⁴ Sul punto si veda D. Usai in Elenco delle società *in house* – essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune.

⁹⁵ Sent Cass. Sez. Unite n. 19667/2003.

siano commerciali o meno – esclusivamente con il modello societario. Questo infatti risulterebbe contrario al principio di autonomia degli enti locali che nell'organizzazione delle proprie funzioni sono liberi di autodeterminarsi ai sensi dell'articolo 117, co 4 e 6 della Costituzione.⁹⁶

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, appare dunque opportuno soffermarsi brevemente su alcune esperienze applicative che dimostrano come, nella prassi amministrativa, l'istituto dell'*in house providing* sia stato talvolta declinato anche mediante forme organizzative diverse da quella societaria, come associazioni e fondazioni, non soffermandoci tuttavia sulle relative modalità di esercizio del controllo analogo.

In primo luogo, in relazione alla configurabilità delle fondazioni quali organismi *in house*, la giurisprudenza nazionale di legittimità si è espressa, con orientamento prudente, già nel 2018, delineando una posizione che si poneva in tensione – se non in vero e proprio contrasto – con l'interpretazione più aperta accolta in sede comunitaria.

Sul punto, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2584/2018, avevano adottato un'impostazione particolarmente restrittiva, escludendo *a priori* la possibilità che una fondazione possa qualificarsi come organismo *in house*.⁹⁷ In particolare, la Corte ha affermato che: “La figura dell'affidamento *in house* trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tale ambito può trovare spazio l'analisi dell'ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti economici: situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione, di non perseguire fini di lucro.” Per il Collegio, la Fondazione ove creata da enti pubblici, ha comunque natura di persona giuridica privata ed è dotata di un proprio patrimonio nel quale sono semplicemente confluite risorse pubbliche.

⁹⁶ Anche lo stesso TUSP all'articolo 1, comma 4, lett. b) fa salva la normativa riguardante la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni.

⁹⁷ Si veda sul punto Cfr. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Le fondazioni pubbliche.

In controtendenza rispetto all'approccio restrittivo adottato dalle Sezioni Unite, la giurisprudenza comunitaria, considerata il c.d. demiurgo ⁹⁸ degli organismi *in house*, si è costantemente orientata verso una lettura sostanzialistica dell'istituto, ammettendo la possibilità di affidamenti diretti anche a soggetti privi di scopo di lucro e perciò anche a enti *no profit*. In tale prospettiva, la forma giuridica dell'aggiudicatario è ritenuta irrilevante ai fini dell'applicazione delle norme dell'Unione in materia di contratti pubblici, così come della relativa giurisprudenza sulla deroga rappresentata dalle operazioni *in house*. Non viene, infatti, escluso che anche soggetti *no profit* possano svolgere un'attività economica, purché sussistano in concreto i requisiti strutturali richiesti, ovvero il controllo analogo e la destinazione prevalente.⁹⁹

Di recente, anche la Corte dei Conti¹⁰⁰, Sezione giurisdizionale per la Lombardia, ha richiamato l'orientamento già espresso dalla Corte di Cassazione confermandone l'impostazione restrittiva in merito alla configurabilità delle fondazioni quali organismi *in house*. In particolare, nella sentenza n. 221/2024, la Corte dei Conti rinviene una "inconciliabile diversità della fondazione rispetto ai veicoli operativi tipologicamente strutturati come società e, in definitiva, l'insussistenza dell'identità di ratio tra quei modelli [il che] esclude che dalla disciplina delle società *in house* possano essere importati, attraverso il canale dell'analogia, elementi di orientamento". Una conclusione, a livello pretorio, alla quale sembra pervenire anche il Consiglio di Stato nella recente sentenza Sez. V, 22 aprile 2024, n. 3659. Ancora una volta si allinea alla medesima posizione espressa dalla sentenza del 2018, già analizzata, sottolineando come neppure l'art. 113-bis del D.Lgs. n. 267/2000 – che consente agli enti locali di affidare direttamente servizi culturali ad associazioni o fondazioni da essi costituite o partecipate – è idoneo a fondare la

⁹⁸ In questo contesto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea viene talvolta figurativamente definita come demiurgo *dell'in house providing*, in quanto ha delineato per prima – a partire dalla sentenza *Teckal* – i tratti strutturali essenziali dell'istituto, ben prima che fosse tipizzato nei testi normativi degli Stati membri. Sul punto si veda D. Usai in *Elenco delle società in house* – essenza del controllo analogo nelle società di diritto comune.

⁹⁹ Corte di Giustizia U.E. C-574/12/2014 punto 33 o ancora sentenze *Sea*, C 537/07, EU:C:2009:532, punto 41, e *CoNISMa*, C 305/08, EU:C:2009:807, punto 45.

¹⁰⁰ In realtà, fra i giudici contabili non si rinviene un orientamento unico.

qualificazione *in house*, trattandosi di soggetti che, non perseguendo fini di lucro, non agiscono secondo criteri imprenditoriali e concorrenziali.

A livello normativo, tuttavia, non sussistono preclusioni espresse rispetto alla configurabilità di una fondazione *in house*, in relazione tanto alla gestione di servizi pubblici privi di rilevanza economica, quanto – almeno in astratto – alla gestione di servizi pubblici di rilevanza economica non locale. Sul punto, autorevole dottrina¹⁰¹ rafforza l'ammissibilità di questo organismo *in house* con la presa in considerazione dell'ormai consolidata definizione comunitaria di "impresa" fondata sul criterio dell'economicità e sull'esercizio – anche occasionale – di un'attività economica¹⁰². Occorre soffermarsi su un ulteriore profilo. Trattandosi di ente costituito per la destinazione di un patrimonio al perseguimento di uno scopo di utilità sociale, la fondazione pubblica – diversamente dalle società - non può essere istituita al fine esclusivo di gestire un solo e determinato contratto destinato a essere direttamente affidato dall'amministrazione controllante.

Pertanto, ove si prospetti l'ammissibilità di un affidamento *in house* mediante fondazione, il contratto che ne è oggetto si inserirà necessariamente in un'attività più ampia e perciò non potrà essere lo scopo esclusivo per il quale la fondazione stessa è costituita. Eventualmente, tale ammissibilità comporterebbe anche il radicarsi della giurisdizione della Corte dei Conti¹⁰³, sebbene sul punto non vi sia un orientamento univoco. A ciò si aggiungerebbe l'obbligo di applicazione della disciplina in materia di contratti pubblici, nonché delle disposizioni in tema di finanza pubblica.

¹⁰¹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, Le fondazioni pubbliche.

¹⁰² Si prenda in considerazione a tal fine l'allegato I al Regolamento (UE) n. 651/2014, all'art. 1 (Impresa) in cui si precisa che "Si considera impresa qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dalla sua forma giuridica. In particolare, sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitano regolarmente un'attività economica".

¹⁰³ Sul punto, tuttavia, non vi è ancora un assetto definito. Ex multis, Corte dei Conti, Sez. giur. Piemonte, sent. 16 febbraio 2022, n. 31, nella quale la procura regionale ha promosso un'azione di responsabilità amministrativo-contabile nei confronti del presidente, dei consiglieri di amministrazione e dei revisori della *Fondazione per il libro, la musica e la cultura* (organizzatrice del Salone del libro di Torino), per lo sviamento di risorse pubbliche nel periodo 2010–2015. In particolare, in questo caso si ritenne sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Ai fini dell'ulteriore sviluppo dell'analisi, appare utile approfondire la possibilità che anche le associazioni possano essere qualificate come organismi *in house*. Un esempio di particolare rilievo a livello nazionale è rappresentato dal caso Formez, un'associazione con personalità giuridica di diritto privato, riconosciuta come *in house* alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che svolge centro servizi, assistenza, studi e formazione per l'ammodernamento della pubblica amministrazione ed è sottoposta alla vigilanza nonché ai poteri ispettivi della presidenza stessa.

In merito all'associazione in esame, l'Autorità Nazionale Anticorruzione nel 2019 ritenne sussistenti i requisiti per la qualificazione quale organismo *in house*. Si veda però come nello stesso parere, l'ANAC aveva espresso l'avviso che anche le amministrazioni centrali dello Stato non formalmente associate potessero procedere ad affidamenti diretti nei confronti dell'ente, in ragione delle specifiche caratteristiche soggettive e oggettive dello stesso.¹⁰⁴

Tuttavia, tale interpretazione è stata successivamente ridimensionata dal Consiglio di Stato¹⁰⁵, il quale ha sottolineato come l'*in house providing* segni una delicata linea di confine tra, da un lato, le fattispecie sottratte all'applicazione delle direttive in materia di appalti e concessioni (nonché della normativa interna di recepimento), e, dall'altro, quelle che richiedono necessariamente il rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza. Proprio in virtù di tale delicatezza, il Consiglio osservò che, alla luce del quadro normativo di riferimento, perché Formez PA potesse essere considerato organismo *in house* di un'amministrazione, con conseguente possibilità di affidamento diretto dei contratti, si necessitava altresì che la singola amministrazione centrale entrasse a fare parte dell'associazione.

¹⁰⁴ Caratteristiche quali: la natura di associazione riconosciuta, dotata di personalità giuridica di diritto privato e sottoposta a controllo, vigilanza e poteri ispettivi del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri; la possibilità di adesione di tutte le amministrazioni dello Stato, delle regioni, le provincie, dei comuni, delle unioni di comuni e delle comunità montane, ferma restando la partecipazione maggioritaria della Presidenza del Consiglio dei Ministri; la natura di soggetto pubblico sottoposto al controllo delle amministrazioni associate attraverso gli organi sociali, in particolare i poteri di controllo e ingerenza nelle scelte strutturali e strategiche da parte del Dipartimento della funzione pubblica.

¹⁰⁵ V Cons. St., sez. I, 21 Marzo 2019, n. 883.

Come già accennato nel caso delle fondazioni, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea tratta a molteplici riprese il tema degli affidamenti *in house*. Nella causa C-574/12, a titolo esemplificativo, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Supremo Tribunal Administrativo portoghese, concernente questioni allora inedite che hanno consentito un ulteriore chiarimento dell'ambito di applicazione dell'eccezione *in house*. Più specificamente, la Corte era stata invitata a chiarire se l'approccio restrittivo adottato nella giurisprudenza comunitaria per le partecipazioni private nel capitale di società aggiudicatarie dovesse essere seguito anche nel caso in cui il soggetto aggiudicatario fosse un'associazione senza scopo di lucro tra i cui membri vi siano, oltre alle amministrazioni aggiudicatrici, anche associazioni che perseguono finalità caritatevoli e di beneficenza. Dalla lettura dell'orientamento della Corte si evince immediatamente che rilevante, in tal senso, sia la composizione soggettiva dell'ente affidatario, indipendentemente dalla natura lucrativa o meno dei soggetti coinvolti, al fine prioritario di garantire il rispetto del principio di concorrenza ed impedire distorsioni del mercato. Nel caso di specie, infatti, non si ritenne configurabile un'applicazione delle eccezioni degli affidamenti *in house* non perché l'ente aggiudicatario fosse un'associazione per sé, ma in quanto la compagine della stessa fosse di natura – non esclusivamente – privata e ciò avrebbe comportato un vantaggio competitivo per il soggetto privato rispetto ai concorrenti, nonostante l'apprezzabilità degli interessi perseguiti da un punto di vista sociale.

La condizione relativa al controllo analogo, secondo l'orientamento della Corte, non potrebbe configurarsi sia se l'aggiudicatario è un'associazione di cui fanno parte imprese aventi scopo di lucro¹⁰⁶, ma anche quando l'aggiudicatario è un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro, che nel momento dell'affidamento, ha tra i suoi membri soggetti privati, anche se istituzioni caritative. Delle due l'una, al netto di tali conclusioni, dovrebbe ritenersi ammissibile un'associazione, cui compagine non presenti soggetti privati, non avente scopo di lucro, come *in house*.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Si veda Sentenza Stand Halle e RPL Lochau.

¹⁰⁷ Corte di Giustizia U.E. C-574/12/2014.

CAPITOLO II

SOMMARIO: 2.1 La responsabilità degli amministratori e gli obiettivi del TUSP; 2.2 La responsabilità degli amministratori nell'impianto codicistico; 2.3. Orientamenti giurisprudenziali anteriori al TUSP; 2.4 Orientamenti dottrinali anteriori al TUSP 2.5 ART 12 TUSP e Iter Legislativo; 2.6. ART 12 TUSP: disciplina e ricostruzioni dottrinali; 2.7 La peculiare ipotesi di responsabilità del socio pubblico per direzione e coordinamento 2.8. Responsabilità del socio pubblico per direzione e coordinamento nelle società in house

2.1. La responsabilità degli amministratori e gli obiettivi del TUSP

Le persistenti incertezze interpretative attinenti la natura giuridica delle società a partecipazione pubblica - e, in particolare, delle società *in house* - si riflettono inevitabilmente sul regime di responsabilità applicabile agli amministratori in caso di *mala gestio*. Come già evidenziato nel capitolo precedente, le società *in house* sono caratterizzate da una compresenza di elementi propri del diritto pubblico e del diritto privato. Questo intreccio determinante una struttura giuridicamente ibrida¹⁰⁸, la cui qualificazione appare particolarmente complessa, coinvolge direttamente diverse sfere dell'ordinamento giuridico.

Nel contesto specifico della responsabilità degli amministratori, tali complessità hanno generato, fin dai primi interventi legislativi in materia, un dibattito ampio e articolato sia in dottrina che in giurisprudenza, caratterizzato da interpretazioni spesso nettamente divergenti. Le diverse tesi sostenute, che verranno analizzate nel corso del capitolo, non si sono limitate a dibattiti teorici circa la prevalenza da accordare alla disciplina civilistica rispetto a quella amministrativa-contabile, oppure sulla possibilità di una loro applicazione concorrente. Al contrario, esse hanno avuto e continuano ad avere importanti conseguenze pratiche, determinando

¹⁰⁸ Sul punto, fra gli altri, cfr. A. Bartolini, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, quale sottolinea che nel panorama del diritto societario, le società *in house* rappresentano un'anomalia, poiché risulta difficile conciliare l'assenza di un effettivo potere decisionale – caratteristica peculiare di questa tipologia – con l'autonomia che, per regola, connota le società di capitali.

direttamente il grado di tutela - o, viceversa, la carenza di protezione - degli interessi coinvolti.

Le implicazioni, che verranno trattate nel corso del presente capitolo, assumono una rilevanza peculiare con riguardo ai terzi creditori, la cui posizione giuridica e patrimoniale può subire sensibili oscillazioni a seconda della relativa giurisdizione competente riconosciuta. Alla luce di questo quadro, appare problematico accogliere senza riserve l'opzione di attribuire in via esclusiva davanti alla Corte dei conti la giurisdizione relativa alla responsabilità degli amministratori delle società *in house*. Proprio la delicatezza del tema, che pone interrogativi sistematici non trascurabili, sembrerebbe secondo parte della dottrina¹⁰⁹ rendere difficilmente immaginabile - senza riserve o critiche - una tale conclusione. Una simile concentrazione rischierebbe, infatti, di frustrare l'esigenza - assiologicamente primaria - della piena reintegrazione patrimoniale, finendo per elidere o quantomeno attenuare la tutela che l'ordinamento conferisce tanto alla società quanto ai suoi membri singolarmente considerati, nonché ai creditori.

Non stupisce, pertanto, che la necessità di una chiara ed univoca definizione del regime applicabile abbia assunto un carattere di crescente urgenza nel dibattito giuridico, specialmente nel periodo immediatamente precedente l'emanazione del Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (d.lgs. n. 175/2016, d'ora in poi TUSP).

Appare significativo che uno degli obiettivi prioritari della legge delega n. 124 del 2015, avesse specificatamente - ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. c) - la necessità di giungere a una "precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti, nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate". Tutto ciò, anche alla luce delle numerose differenze intercorrenti tra le due giurisdizioni, implica che la scelta fra l'applicazione dell'ordinario regime di responsabilità degli amministratori verso la società, ovvero di quello tipico della responsabilità amministrativo-contabile,

¹⁰⁹ In questo senso v. C. Ibba, responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo Unico.

abbia importanti ripercussioni tanto sotto il profilo della disciplina sostanziale quanto con riferimento al regime processuale.¹¹⁰

L'obiettivo, evidenziato nei passaggi precedenti, trova corrispondente espressione nell'art. 12 del TUSP, che si pone come riferimento normativo in materia di responsabilità degli amministratori e degli organi delle società partecipate, rubricato "Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate". La norma in esame si applica non solo agli amministratori, ma a tutti i componenti degli organi di amministrazione e controllo, e dunque si estende a tutti i membri dei diversi organi sociali.

In particolare, il primo comma del menzionato articolo 12, prevede che "I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2."

Il successivo comma 2 concorre a definire il concetto di danno erariale, disponendo che "costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non¹¹¹ patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione"

¹¹⁰ F. Cossu, L'organo di controllo interno delle società a partecipazione pubblica: responsabilità, giurisdizione e funzionamento.

¹¹¹ In questo senso v. Donativi, in cui si specifica che il riferimento al danno non patrimoniale sembrerebbe giustificarsi alla luce della giurisprudenza — sopra richiamata — che riconosce come danno erariale direttamente arrecato al socio pubblico anche il pregiudizio all'immagine.

2.2. La responsabilità degli amministratori nell'impianto codicistico

Nel primo capitolo si è già svolta una sintetica analisi sul ruolo degli amministratori, con un breve accenno ai rimedi correlati, evidenziandone la funzione gestoria, che si configura in un rapporto di separazione rispetto agli assetti proprietari, in linea con il principio della distinzione tra proprietà e controllo¹¹² caratterizzante il moderno diritto societario. In questa sede, perciò, si impone un'analisi più specifica della disciplina della responsabilità degli organi gestori nel diritto societario comune come delineata dal diritto societario a seguito della riforma introdotta con il d.lgs. n. 6 del 2003¹¹³, che non può che rappresentare il necessario punto di partenza per cogliere le peculiarità proprie delle società *in house*, in quanto trattasi di istituti inevitabilmente legati.

Gli amministratori non esercitano¹¹⁴ direttamente l'impresa, ma ne curano la gestione, in quanto chiamati a perseguire l'interesse altrui, ovvero quello dei soci che hanno conferito il capitale di rischio. La disciplina della responsabilità degli organi gestori, nel diritto societario comune, ricomprende una pluralità di rimedi, funzionalmente orientati alla tutela di posizioni giuridiche differenti: da un lato, l'integrità del patrimonio sociale; dall'altro, gli interessi individuali dei soci e dei terzi.

La gestione dell'impresa è presidiata, infatti, a livello codicistico, da un articolato sistema di responsabilità concretizzato in tre distinte forme, corrispondenti ad altrettante direzioni verso cui essa è funzionalmente orientata: a) nei confronti della società; b) nei confronti dei creditori sociali; c) nei confronti del singolo socio o del terzo, qualora questi risultino direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi imputabili agli amministratori.

¹¹² M. Reboa, *Proprietà e Controllo di Impresa: Aspetti di Corporate Governance*. Milano; Giuffrè. 2003.

¹¹³ Riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366.

¹¹⁴ Si veda in un confronto comparatistico, l'art. 2082 c.c., che definisce la figura dell'imprenditore quale «chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi» e l'art 2380bis in cui non si parla di “esercizio” ma di “gestione”.

I fatti costitutivi¹¹⁵ sono composti al pari, almeno in linea di principio, di ogni altro credito avente ad oggetto il risarcimento dei danni (artt. 1218 e 2043 c.c.) da: a) il compimento da parte dell'amministratore, con dolo o colpa, di un atto che viola un dovere giuridico assunto o imposto nell'interesse, di volta in volta, della società, dei creditori sociali o dei singoli soci o terzi (l'atto illecito); b) il pregiudizio arrecato alla società, ad un creditore della stessa ovvero ad un singolo socio o terzo (il danno); c) il rapporto di derivazione causale tra l'atto illecito compiuto dall'amministratore della società ed il danno cagionato alla società, ad un creditore sociale ovvero ad un singolo socio o terzo (il nesso di causalità).

Rispetto al primo punto, poiché l'attività gestoria si compone di una pluralità di decisioni e comportamenti che, per loro natura, non possono essere predeterminati ex ante, il legislatore si limita a prescrivere obblighi di comportamento, finalizzati a garantire che le scelte compiute siano coerenti con l'interesse affidato alla cura degli amministratori e siano ispirate a criteri di informazione¹¹⁶ e diligenza. In merito, l'inadempimento relativo consegue ad un obbligo giuridico – o un principio generale – che la legge o lo statuto pongono a suo carico.¹¹⁷

L'azione sociale di responsabilità – esercitabile, su deliberazione assembleare¹¹⁸ o ad opera degli ulteriori soggetti legittimati, allorché si verifichi una violazione dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto – è destinata a reintegrare il patrimonio

¹¹⁵ Più correttamente, si veda G. Dongiacomo, 2024 in *Il giudizio di responsabilità nei confronti degli Amministratori di Società di Capitali*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre che citando Cass. civ., 28 giugno 1979, n. 3925, in *Dir. fall.*, 1979, II, 453, specifica che si dovrebbe parlare dei “fatti che compongono la compressa fattispecie costitutiva del creditori risarcitorio nei confronti dell'amministratore.”

¹¹⁶ A. Caprara, *I principi di corretta amministrazione*, Milano, 2021, ivi anche sui profili dell'“agire informato”, dovere specificamente disciplinato da Cass. civ., Sez. I, 20 gennaio 2016, n. 17441, in tema di obblighi informativi e responsabilità gestoria degli amministratori.

¹¹⁷ Dunque, tutto ciò che rappresenta espressione diretta delle attribuzioni, legali o statutarie, inerenti alla carica ricoperta.

¹¹⁸ Ai sensi dell'art. 2393, co. 1, c.c., l'azione sociale di responsabilità può essere promossa anche qualora la società si trovi in stato di liquidazione. La norma deroga, dunque, al principio generale secondo cui la gestione del patrimonio sociale – e, conseguentemente, l'esercizio dei diritti risarcitori – spetta in via esclusiva agli amministratori. In tale ipotesi, la decisione di promuovere l'azione viene eccezionalmente attribuita all'assemblea ordinaria dei soci, e quindi alla maggioranza del capitale sociale, configurandosi come un atto di gestione straordinaria riservato all'organo assembleare. A seguito della riforma introdotta con la l. n. 262 del 2005, la legittimazione ad agire è stata estesa anche al collegio sindacale, come espressamente previsto dal terzo comma dell'articolo.

della società, ha carattere contrattuale¹¹⁹, ed opera laddove un nesso eziologico sufficientemente stringente riesca a collegare l'inadempimento dell'amministratore al pregiudizio economico sofferto dalla società.¹²⁰

Diversamente, l'azione individuale di responsabilità, prevista dall'art. 2395 c.c., consente al singolo socio o al terzo di richiedere direttamente il ristoro del danno personale subito per effetto di atti imputabili all'organo gestorio, fossero essi connotati da dolo ovvero da colpa; In tal caso si tutela un interesse che, per definizione, è estraneo alla sfera societaria in senso stretto e in virtù di tale estraneità il conseguente ristoro economico si rivolge direttamente al socio. Tecnicamente, qualora il danno abbia pregiudicato solamente il patrimonio sociale, con un'incidenza meramente riflessa sul patrimonio dei soci, l'azione non potrebbe essere esercitata.¹²¹

Dunque, mentre il ristoro ottenuto mediante l'azione sociale confluisce nel patrimonio della società, reintegrandone l'integrità lesa, quello derivante dall'azione individuale accresce direttamente il patrimonio del soggetto leso.

In tal modo l'architettura codicistica cerca di contemperare due esigenze primarie: da un lato, consentire l'eliminazione del danno arrecato nell'ambito del relativo rapporto di agenzia, cercando di preservare la dimensione collettiva e quella individuale degli assetti proprietari; dall'altro non disincentivare l'assunzione di rischi da parte di coloro che sono preposti alla gestione d'impresa. Attività che, come già evidenziato nel primo capitolo in tema di Corporate Governance, è per sua natura esposta al rischio.

La necessità di prevedere tali rimedi risulta ulteriormente accentuata se considerata in relazione agli assetti proprietari, ovvero alla compagine sociale. In ipotesi societarie cui compagine appare particolarmente frammentata o ci si trovi dinanzi

¹¹⁹ R. Weigman, Responsabilità e potere legittimo degli amministratori, Giappichelli, 1992. Nel senso che non sorge in presenza di meri risultati negativi della gestione che comunque possono dipendere dall'andamento complessivo del mercato e neppure in presenza di scelte speculative suscettibili di rivelarsi erronee pur se assunte con una consapevole valutazione del rischio.

¹²⁰ Si veda sul punto, fra gli altri, G. Bianchi, Gli amministratori di società di capitali secondo cui il nesso eziologico rappresenta uno degli elementi centrali nell'analisi della responsabilità degli amministratori societari, in quanto non ogni condotta negligente o imprudente posta in essere dagli amministratori è, di per sé, idonea a far sorgere una responsabilità risarcitoria.

¹²¹ F. Ferrara Jr., Gli imprenditori e le società, Giuffrè, in cui si riporta, in tal senso, l'esempio della sottrazione indebita degli utili sociali da parte dell'amministratore.

a situazioni di capitale diffuso - in particolare nel caso in cui sia assente un vero e proprio azionista di controllo - è frequente che possa emergere una divergenza tra la volontà dei soci e l'operato degli amministratori. In siffatti contesti, la diluizione delle partecipazioni sociali può rendere complessa una coerente rappresentazione della volontà sociale nella gestione operativa, conferendo, conseguentemente, agli organi amministrativi una notevole discrezionalità. Al contrario, nel caso peculiare delle società *in house*, tale dinamica assume connotati decisamente differenti.¹²²

La natura stessa della società *in house* implica un diretto controllo da parte del soggetto pubblico proprietario, non solo in termini generali e strategici, ma anche tendenzialmente in relazione alle attività operative più specifiche. Ciò comporta pertanto che la gestione amministrativa non possa realisticamente discostarsi dalle indicazioni strategiche e operative formulate dal socio pubblico.

L'analisi del sistema codicistico di responsabilità degli amministratori rappresenta, dunque, il presupposto imprescindibile per affrontare le specificità proprie delle società *in house*. Da un lato, il TUSP fa espresso rinvio alla disciplina dettata dal Codice civile; dall'altro, il diritto societario comune continua a svolgere una funzione sistemica di riferimento, anche nel contesto delle società pubbliche. Non a caso, infatti, la scelta della Pubblica Amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica comunque il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta, tendendo però in considerazione le specificità esposte nel testo unico.¹²³

¹²² Gian D. Mosco, Appunti di diritto commerciale progredito, 2025.

¹²³ F. Degni, Corte di Cassazione, SS.UU., 19 dicembre 2009 n. 26806 sulla giurisdizione del giudice ordinario sugli atti di mala gestio compiuti dagli organi di società a partecipazione pubblica.

2.3. Orientamenti giurisprudenziali anteriori al TUSP

Comprendere compiutamente la portata sistematica dell'attuale disciplina in tema di responsabilità degli amministratori nelle società *in house* - così come delineata dal d.lgs. n. 175 del 2016 - richiede dare conto dell'assetto normativo antecedente all'entrata in vigore del TUSP, nonché delle principali elaborazioni giurisprudenziali sviluppatesi in materia.

In questa prospettiva, appare utile prendere le mosse dalla distinzione, ormai consolidata, tra due diverse ipotesi di responsabilità, articolate in base alla natura del danno.

In via generale per le società a partecipazione pubblica - fatta salva la peculiare posizione delle società *in house*, che come già sottolineato caratterizzava peculiarmente il dibattito sin da prima dell'entrata in vigore del TUSP - si individuano due modelli di responsabilità, rispettivamente riferiti alla lesione del patrimonio sociale e alla lesione di interessi individuali dei soci.

La prima si configura allorché si agisca per il risarcimento di danni arrecati al patrimonio sociale, sicché il pregiudizio lamentato dal socio pubblico assume carattere meramente riflesso, in quanto conseguente alla diminuzione di valore della partecipazione detenuta nella società. La seconda, invece, si manifesta nei casi in cui il danno risulti arrecato direttamente al socio pubblico.¹²⁴

Risultava ormai da tempo consolidato l'orientamento¹²⁵ secondo cui, in presenza delle due distinte ipotesi di responsabilità sopra delineate, alla prima di esse dovesse applicarsi la disciplina strettamente civilistica con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario. Tale ricostruzione si fondava sul rilievo, ritenuto dirimente, della natura privatistica della società, la quale, in virtù della propria autonomia giuridica e patrimoniale rispetto al socio pubblico, veniva considerata soggetto distinto e separato sotto il profilo sia formale che sostanziale.

¹²⁴Cass., SS. UU., 19/12/2009, n. 26806; sul danno all'immagine v. anche Corte dei conti reg., (Lombardia), sez. giurisd., 21/03/2012, n. 195.

¹²⁵In questo senso v. Donativi, Vincenzo. Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Particolare rilievo, in materia, ha assunto la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, 19 dicembre 2009, n. 26806, la quale ebbe il merito di rovesciare l'orientamento interpretativo che, in maniera costante, aveva dominato la giurisprudenza dei cinque anni precedenti.¹²⁶

La sentenza individuò un criterio discrezionale fondamentale alla base del riparto della giurisdizione in relazione alla *mala gestio* degli organi delle società a partecipazione pubblica. Più precisamente, in luogo del consueto concorso dei noti elementi soggettivi - individuati nella sussistenza di un rapporto di impiego o di servizio, anche temporaneo, con la pubblica amministrazione e nell'esercizio della relativa funzione, unitamente alla presenza del dolo o della colpa grave - ed oggettivi¹²⁷ - consistenti nell'esistenza di un danno erariale quale pregiudizio arrecato alla pubblica amministrazione e del relativo nesso di causalità - la Corte ritenne, invece, di dover porre, decisamente, l'accento sul solo profilo oggettivo della sussistenza o meno di un danno erariale.

Si affermò così che, laddove il pregiudizio configurato fosse qualificabile come danno erariale, il pubblico ministero contabile sarebbe legittimato ad esperire l'azione risarcitoria anche nei confronti di soggetti formalmente estranei a un rapporto di servizio con l'ente pubblico. Ciò nonostante tali soggetti, in particolare gli amministratori e i sindaci della società stessa, siano legati contrattualmente alla società partecipata e non al socio pubblico.¹²⁸

¹²⁶ In particolare, negli anni precedenti a tale pronuncia si era registrata un'estensione della giurisdizione contabile agli amministratori delle società a partecipazione pubblica, affermata per la prima volta con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 26 febbraio 2004, n. 3899. In tale occasione, la Corte fondò la propria decisione non sull'orientamento espresso nel 2003 (Cass. n. 19667/2003), bensì sul più tradizionale criterio del "rapporto di servizio", individuando nel caso di specie una relazione non organica ma funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico e dunque dalla sua compartecipazione all'attività volta al perseguimento di finalità pubbliche.

¹²⁷ Le Sezioni Unite della Cassazione, per evitare il rischio di un sostanziale svuotamento - o almeno di un grave indebolimento - della giurisdizione della corte contabile in punto di responsabilità, ha teso a privilegiare un approccio più "sostanzialistico", sostituendo ad un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo che fa leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

¹²⁸ Perrino M, Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche *in house*) e riparto di giurisdizione, Giappichelli.

Il danno erariale sarebbe perciò configurabile, secondo il ragionamento della Corte, solamente in presenza di un danno patrimoniale o no, prodotto direttamente nella sfera patrimoniale dell'ente pubblico. Sul punto, infatti, la Cassazione osservò come non si possa prescindere dalla distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, e quella personale degli amministratori (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società) i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire loro, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte.

Proprio il riflesso del principio d'autonomia patrimoniale perfetta e la distinta personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente in quanto si tratta patrimonio che è e che resta privato. Parte della dottrina¹²⁹ ha rilevato, in commento alla sentenza, che nonostante il danno sofferto dal patrimonio della società sia per lo più destinato a ripercuotersi, inevitabilmente, sui soci, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione, il sistema del diritto societario impone di tener ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società. La conseguente esclusione di giurisdizione contabile non può però esser letta come conseguenziale assenza di tutela dell'interesse pubblico connesso a tale detrimento patrimoniale.

Trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è comunque in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili e perciò conserva la possibilità di agire per la tutela della propria posizione.

Ancora, nel caso in cui ciò non avvenga e perciò ove questo potere non venga esercitato, ed in conseguenza di tale omissione l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, rimane comunque sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti di chi,

¹²⁹ F. Degni, Corte di Cassazione, SS.UU., 19 dicembre 2009 n. 26806 sulla giurisdizione del giudice ordinario sugli atti di mala gestio compiuti dagli organi di società a partecipazione pubblica.

quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione.

In tale evenienza, si rende configurabile la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti del soggetto pubblico che, pur essendovi tenuto, abbia colpevolmente omesso di sollecitare o promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori della società partecipata, determinando così un danno al patrimonio pubblico.

Diversamente, la seconda ipotesi di responsabilità sopra richiamata veniva pacificamente ricondotta alla giurisdizione della Corte dei conti, in virtù del fatto che il danno per il quale si agiva in sede contabile non si configurava come mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale, conseguente a un pregiudizio arrecato al patrimonio della società, ma si caratterizzava per essere direttamente arrecato al socio pubblico, senza transitare attraverso il patrimonio sociale.

Particolarmente rilevante¹³⁰, in tal senso, è l'ipotesi del danno all'immagine¹³¹ dell'ente pubblico partecipante¹³², o ancora nel caso di danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico socio a causa dell'illecito o inutile ricorso allo strumento

¹³⁰ F. Cerioni, *Le società pubbliche*, 2023, ove si richiamano diversi esempi, quali l'obbligo dell'ente pubblico al rilascio di garanzie, all'erogazione di finanziamenti o al ripiano delle perdite mediante versamenti in conto capitale, finalizzati a garantire la sopravvivenza della società, ovvero riferiti all'ipotesi di fallimento della stessa.

¹³¹ Rispetto ai danni all'immagine della pubblica amministrazione, appare opportuno sottolineare che il legislatore prima, e la Corte costituzionale poi, hanno adottato un orientamento restrittivo in merito alla possibilità di riconoscere il relativo risarcimento, soprattutto laddove tale pretesa abbia assunto connotazioni più sanzionatorie che effettivamente risarcitorie. Sul punto si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 355/2010 e i rilievi in merito di Vetro A., in www.contabilità-pubblica.it. Si veda sul punto anche A. Police in *Manuale delle società pubbliche*, 2022 in cui si sottolinea che "in conclusione, il risarcimento del danno all'immagine della P.A. è attivabile dinanzi alla Corte dei conti solo quando sussista il presupposto di una sentenza irrevocabile di condanna del pubblico funzionario: tra l'altro l'immediata informazione del P.M. contabile non apporta deroghe alla necessità di attendere che il procedimento penale si concluda con sentenza irrevocabile dell'imputato. Ma ciò vale soltanto per il danno all'immagine e limitatamente ad esso, in quanto l'azione di responsabilità sarà sempre invece immediatamente attivabile per eventuali danni patrimoniali alla P.A.".

¹³² Donativi, Vincenzo. *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016*, n. 175.

societario.¹³³ In questi casi, infatti, anche se non vi è apparentemente una diminuzione patrimoniale alla pubblica amministrazione, comunque il danno è suscettibile di una valutazione economica finalizzata al ripristino del bene giuridico leso.¹³⁴

Quanto finora esposto risultava in linea generale pacificamente accolto - pur non mancando in dottrina voci dissonanti e taluni arresti isolati in sede di giurisdizione contabile - con riferimento alle società a partecipazione pubblica. Sulla scorta di tali premesse, parte della dottrina¹³⁵ si era orientata nel senso di ritenere estensibili anche alla peculiare figura della società *in house providing* i principi consolidatisi nella giurisprudenza di legittimità con riguardo, più in generale, alle società pubbliche.

Tale orientamento riteneva che conseguentemente alla scelta da parte dell'ente pubblico di dotarsi della forma societaria avrebbe dovuto accompagnarsi, in coerenza con la natura privatistica dello strumento prescelto, l'obbligo di conformarsi ai principi codicistici propri del tipo sociale, adattando, se del caso, tali principi alle esigenze pubblicistiche mediante il ricorso all'autonomia statutaria, significativamente ampliata a seguito della riforma societaria del 2003.

L'indirizzo espresso dalla Corte di Cassazione non andò esente da critiche anche da parte della Corte dei conti, la quale, sotto diversi profili, evidenziò come il distinguo operato potesse incidere sulle fondamenta stesse della giurisdizione contabile in

¹³³ A. Police, La responsabilità amministrativa di amministratori e soci per cattiva gestione di società a capitale pubblico, in Manuale delle società pubbliche, 2015, ove si teorizza altresì l'abuso dello strumento societario quale autonoma fattispecie di danno erariale o ancora ove si tratta l'illecito ricorso al modello societario e il danno da costituzione della società partecipata. A tal riguardo particolare interesse assume la giurisprudenza della Corte dei conti che si è frequentemente occupata delle illegittimità che hanno interessato la fase genetica della Costituzione della società alla quale è ricollegabile sotto il profilo causale l'esito fallimentare della società stessa e dunque l'evento di danno di cui è causa, in ragione della sostanziale irrealizzabilità del programma societario, imputabile, sulla base di un giudizio a prognosi postuma, a coloro che hanno promosso ed approvato l'operazione tesa alla nascita del soggetto societario che non avrebbe potuto ragionevolmente realizzare il proprio scopo sociale. Si veda ancora sul punto Corte dei conti, sez. Friuli Venezia Giulia n.98/2009.

¹³⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 02/04/2007, n. 8098.

¹³⁵ G. Riolfo, Attività «in-house» e modello organizzativo delle società di capitali: dalle forme di governance interne alla disciplina della direzione e coordinamento per la configurazione del «controllo analogo», in "Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa", 2015.

materia di responsabilità amministrativa per danno erariale, fino a minarne le radici. In particolare, si contestò che, nell'ambito della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, la giurisdizione della Corte dei conti possa ritenersi costituzionalmente garantita, sostenendosi che la responsabilità amministrativa non rientrerebbe tra le materie di contabilità pubblica riservate alla giurisdizione contabile ai sensi dell'art. 103 Cost., ma costituirebbe, piuttosto, una delle ulteriori ipotesi devolute alla medesima giurisdizione in forza di legge ordinaria.¹³⁶

La argomentazioni poste alla base della critica rivolta alla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione non si esaurivano sul piano costituzionale, ma investivano anche la normativa ordinaria previgente rispetto al Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, contestando, da parte del giudice della nomofilachia, un'erronea interpretazione sia della *ratio* che della portata dell'art. 16-bis della l. 31/2008.

Nello specifico la norma disciplinava la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a partecipazione pubblica quotate in mercati regolamentati, stabilendo che, a decorrere dalla data dell'entrata in vigore, le relative controversie fossero attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, da definirsi secondo le norme del diritto civile.¹³⁷

L'orientamento della Corte dei conti proponeva un'interpretazione sistematica, in base alla quale si sarebbe potuto ritenere che per le restanti società a partecipazione pubblica, anche solo minoritaria o addirittura marginale, la giurisdizione sulle medesime controversie dovesse invece continuare ad appartenere alla Corte stessa. In tal senso, la norma avrebbe indirettamente confermato, per esclusione, la perdurante competenza del giudice contabile al di fuori dei casi espressamente sottratti alla sua sfera di cognizione, nonostante si riconoscessero gli eventuali

¹³⁶ A. Police, La responsabilità amministrativa di amministratori e soci per cattiva gestione di società pubblica, in Manuale delle società pubbliche.

¹³⁷ Si veda in merito E.F. Schiltzer in www.cortedeiconti.it, ove si faceva riferimento a Enel, Eni, Finmeccanica e Terna, perciò un'applicazione relativa ad un numero limitato di società.

problemi di coordinamento con le altre norme del diritto societario. Si prospettavano, pertanto, due considerazioni.

In primo luogo, se la norma si fosse limitata a ribadire per gli amministratori di tali società un principio generale, risulterebbe incomprensibile la necessità di una precisazione normativa, nonché la sua efficacia limitata ai soli giudizi futuri. Ancora, se si ritenesse che la norma introduca una deroga a una diversa regola generale, allora si dovrebbe concludere che, di regola, la responsabilità degli amministratori — e dei dipendenti — delle società a partecipazione pubblica, in particolare di quelle *in house*, debba essere attratta nell'ambito applicativo delle norme sostanziali e processuali del diritto contabile. Ove così non fosse, l'introduzione di limitate eccezioni al criterio di riparto risulterebbe priva di effettiva portata normativa, riducendosi a una disposizione *inutiliter data*.

Tuttavia, il discorso si andò articolando, e per certi aspetti stratificando, in termini differenti con riferimento alle società di diritto speciale - o, più propriamente, di diritto singolare - e, per quanto qui di specifico interesse, anche alle società *in house*.

In tale contesto, particolare rilievo assunse la Sentenza della Corte di Cassazione n. 26283/2013¹³⁸, della quale appare opportuno ripercorrere l'iter argomentativo, trattandosi di una decisione che rappresentò un'evoluzione significativa rispetto all'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2009, da cui direttamente prendeva le mosse.

La pronuncia si distinse per aver posto per la prima volta, in modo esplicito e sistematico, l'attenzione sul caso in cui la società danneggiata rivesta la natura di società *in house* - una società per azioni - costituita e partecipata da un ente locale, nella specie un Comune, sebbene la questione fosse già stata diffusamente trattata in precedenti arresti giurisprudenziali sin da quando il fenomeno dell'uso dello strumento societario privato da parte delle pubbliche amministrazioni cominciò ad avere una grande diffusione.¹³⁹

¹³⁸ A. Dell'Atti, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 26283 secondo cui spetta alla Corte dei conti la giurisdizione per l'azione di responsabilità nei confronti degli organi societari per danni da essi cagionati al patrimonio di una società *in house*.

¹³⁹ Ex multis, Cass. n. 10299/2013, 7374/2013, 26806/2009 in cui solamente di sfuggita vi era stata la possibilità di affrontare la questione della giurisdizione delle società *in house*. Particolarmente

La sentenza chiarì che l'appartenenza esclusiva del capitale sociale agli enti pubblici, l'esercizio prevalente dell'attività in favore degli enti partecipanti e la sottoposizione della gestione a un controllo analogo a quello esercitato sugli uffici propri rappresentassero elementi qualificanti imprescindibili per attrarre la relativa controversia nell'ambito della giurisdizione contabile. Ne conseguiva che i danni arrecati al patrimonio di una società *in house* dagli organi sociali, anche nel caso in cui vi sia stato un difetto di vigilanza imputabile agli organi di controllo, dovessero essere comunque perseguiti mediante l'azione promossa dalla Procura della Repubblica presso la Corte dei conti.

Questa ormai nota eccezione, emersa nel 2013, rispetto agli orientamenti precedentemente consolidatisi nel 2009, si fonda su una serie di argomentazioni che, nel loro insieme, concorrono a ridefinire il criterio per il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice contabile. In particolare, la Corte prendeva le mosse da una premessa di rilievo costituzionale, ricordando che l'art. 103¹⁴⁰, co. 2, Cost. impone di individuare, al di fuori delle materie espressamente riconducibili alla contabilità pubblica, un fondamento legislativo specifico per la giurisdizione della Corte dei conti, un c.d. *interpositio legislatoris*. A partire da tale rilievo si sosteneva anche che nell'assetto normativo del tempo – come anche nell'attuale assetto normativo – le finalità istituzionali proprie delle pubbliche amministrazioni possano essere perseguite anche mediante attività svolte in tutto o in parte secondo le regole del diritto privato. Il criterio determinato non è più perciò rappresentato dalla natura pubblicistica o privatistica del contesto giuridico in cui si deve collocare la condotta dannosa, ma dalla circostanza che il danno si sia verificato direttamente a carico della pubblica amministrazione. Quanto richiamato, tuttavia, secondo la Corte, anche se volto a ricondurre il problema della

rilevante fu un'ulteriore pronuncia della Corte di cassazione (la n. 27993) che, seppur indirettamente, ebbe a precisare come la giurisdizione della Corte dei conti dovesse essere esclusa nei casi in cui non si fosse in presenza di una società *in house*. In particolare, la Suprema Corte affermò che, pur in presenza di una partecipazione pubblica totalitaria, la mancanza di uno solo dei requisiti della perdurante certezza della titolarità pubblica del capitale sociale, dell'assenza di margini di libera operatività sul mercato e dell'effettivo esercizio di un controllo analogo comportasse l'attrazione della controversia nella competenza del giudice ordinario.

¹⁴⁰ Ai sensi dell'art 103, co.2 Cost: La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

giurisdizione entro un quadro coerente di principi giuridici, non può determinare argomenti di ordine generale in quanto nelle considerazioni ora poste in essere, svolge un ruolo centrale la distinzione tra società di capitali – quale soggetto di diritto privato – ed i propri soci – ancorché eventualmente pubblici. Secondo il ragionamento della Corte ancor di più, quanto brevemente considerato non potrebbe essere considerato come presupposto per argomenti generali nel caso specifico delle società *in house* in virtù delle peculiarità di queste società – o meglio del fenomeno - che ancor di più nel decennio precedente alla Sentenza iniziava ad avere una diffusissima rilevanza.

Secondo la Corte, le società *in house* non si configurerebbero come soggetti effettivamente autonomi e distinti dalla pubblica amministrazione partecipante, bensì come mere *longa manus* di quest'ultima, atteggiandosi, sotto il profilo funzionale, come uffici interni o servizi propri dell'ente pubblico.

Tale conclusione trova fondamento, come si evince dalla motivazione redatta dal relatore Rordorf, nella considerazione che la figura della società *in house* - di origine giurisprudenziale europea e ormai pienamente recepita anche a livello legislativo nazionale - si differenzia radicalmente dalla tradizionale concezione delle società di diritto privato, ma anche dalle altre tipologie di società pubbliche. La società *in house*, infatti, è costruita come un'entità priva di una reale autonomia di interessi rispetto all'ente pubblico di riferimento, al punto che, come affermato dalla consolidata giurisprudenza comunitaria già analizzata nel precedente capitolo, la deroga all'obbligo di gara trova giustificazione proprio nell'assenza di un soggetto "terzo" rispetto alla pubblica amministrazione, essendo tale società assimilabile a un servizio interno della medesima.

Ancora, il potere dell'ente pubblico partecipante non si configura come una mera influenza dominante, analoga a quella esercitabile dal socio di maggioranza nelle società private attraverso le dinamiche assembleari e, per riflesso, mediante la nomina degli organi sociali. Si tratta, piuttosto, di un potere di direzione e controllo che si esercita in modo diretto sulla gestione operativa della società, assumendo i tratti di un vero e proprio potere di comando, incompatibile con l'autonomia gestionale tipica delle società di diritto comune.

La conseguenza applicativa finale è che gli organi di tali società, soggetti a vincoli di diretta soggezione all'ente pubblico, non possono essere considerati titolari di un *munus* privato, e perciò titolari di un centro di interessi realmente distinto, ma devono essere qualificati come legati all'amministrazione da un vero e proprio rapporto di servizio¹⁴¹. Se, infatti, non è configurabile un rapporto di alterità soggettiva tra ente pubblico e società, neppure gli amministratori possono dirsi autonomi, instaurandosi con l'amministrazione un legame diretto di natura pubblicistica.

Nel caso delle società *in house*, seguendo il ragionamento della Corte, "il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato", con la conseguenza che "la distinzione tra socio [pubblico] e società [in house] non si realizza più in termini di alterità soggettiva"¹⁴². Della società vi rimane solo una forma esteriore.

Di conseguenza, il danno arrecato al patrimonio della società *in house* si configura, sotto il profilo sostanziale, come un danno diretto al patrimonio dell'ente pubblico, pienamente qualificabile come danno erariale. Gli organi amministrativi della società, secondo questa interpretazione pretoria, non potendo avvalersi dello schermo della personalità giuridica, risultano di fatto preposti a una struttura che si identifica con un'articolazione interna della medesima amministrazione pubblica, come se si trattasse di dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico e pertanto non potrebbe aversi un diverso trattamento in punto di responsabilità e di relativa giurisdizione.¹⁴³

Il giudice della nomofilachia, nella pronuncia in questione, si spinse¹⁴⁴ fino ad affermare che non è possibile distinguere il patrimonio della società da quello

¹⁴¹ Nelle argomentazioni della Corte si richiama la sentenza della Corte costituzionale, n. 46/2013, la quale ha affermato che, nel caso dell'affidamento *in house*, non può configurarsi un autentico rapporto contrattuale intersoggettivo tra ente affidante e società affidatario.

¹⁴² Sostanzialmente le Sezioni Unite hanno ripreso l'orientamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; in tal senso cfr. pure Cons. Stato, Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555.

¹⁴³A. Bartolini, La società *in house* perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014.

¹⁴⁴ Sul punto anche Corte di Cassazione, SS.UU., ordinanza n. 5569/2023, la quale, pur non rappresentando espressione di un orientamento del tutto pacifico, ha confermato l'impostazione secondo cui le società *in house* possono essere qualificate come mere "longa manus" dell'ente pubblico partecipante. La pronuncia ha affermato che, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016, risponde dinanzi alla Corte dei conti non solo chi ha un rapporto organico con la società *in house*,

dell'ente pubblico, potendosi parlare in termini di separazione patrimoniale ma non di distinta titolarità.¹⁴⁵

In alcune occasioni, nondimeno, si registrano posizioni parzialmente difformi anche durante lo stesso anno giudiziario. In particolare, nella sentenza della Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Piemonte, 6 novembre 2023, n. 139, si è osservato che, pur potendo ipotizzarsi un rapporto di servizio nei confronti della persona giuridica - ossia della società *in house* - non può automaticamente desumersi l'esistenza di un analogo rapporto nei confronti delle persone fisiche che ne rivestono cariche, come gli amministratori.¹⁴⁶

ma anche chi vi opera stabilmente all'interno, come l'agente della riscossione. La società *in house* è così sostanzialmente equiparata a una pubblica amministrazione, con conseguente attrazione alla giurisdizione contabile anche del giudizio di conto nei confronti degli agenti contabili che agiscono per conto della società *in house*.

¹⁴⁵ Cassazione civile, Sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177.

¹⁴⁶ Cfr. A. Iadecola, Le società pubbliche nella giurisprudenza della Corte dei conti.

2.4. Orientamenti dottrinali anteriori al TUSP

Risulta necessario, al fine di una più compiuta comprensione dell'intervento normativo, completare la ricostruzione giurisprudenziale ante TUSP sinora tracciata, soffermandosi in particolare sull'accoglienza riservata dalla dottrina a tali orientamenti.

Differentemente dalla posizione espressa dalla giurisprudenza, una parte significativa della dottrina – in special modo quella di matrice commercialistica – aveva manifestato forti critiche rispetto all'approdo delle pronunce in esame.

Questo orientamento gius-commerciale, in parte trattato analizzando il controllo analogo nel capitolo precedente, respingeva l'idea che la giurisprudenza comunitaria in materia di affidamenti diretti di appalti e concessioni imponesse, per integrare tale requisito, una forzatura dei principi fondamentali del diritto societario tale da poter giustificare un'affermazione così dirompente quanto quella secondo cui la posizione degli amministratori di società *in house* dovrebbe essere ricostruita nei termini di una vera e propria subordinazione¹⁴⁷ gerarchica all'ente pubblico socio, escludendo ogni possibile area di autonomia gestionale o di motivato dissenso¹⁴⁸.

Si faceva, per contro, rilevare come una simile configurazione avrebbe comportato uno stravolgimento dei principi fondanti del diritto societario, a partire dall'art. 2380-*bis*, comma 1, c.c., il quale dispone che “*La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori*”.

Pur con le specificità del caso, infatti, la gestione continua inevitabilmente a essere affidata agli organi sociali, essendo imprescindibile come principio societario, sebbene con la necessità di contemperare gli interessi propri della società con quelli

¹⁴⁷ In dottrina, la concezione di una vera e propria subordinazione gerarchica all'ente pubblico socio è stata frequentemente criticata come una declinazione eccessivamente rigida del modello *in house*, e in particolare del requisito del controllo analogo. Sul punto si veda, fra gli altri, C. Ibba, Responsabilità, in società a partecipazione pubblica, commentario al TUSP.

¹⁴⁸ Come, in effetti, talvolta consentito da leggi speciali che prevedono l'adozione di direttive vincolanti: cfr. in tal senso, l'art. 1, comma 9, d.l. n. 168/2004, conv. con l. n. 191/2004, e l'art. 3, commi 12-16, l. n. 244/2007.

dell'ente controllante.¹⁴⁹ Non solo, contro una concezione eccessivamente rigida del controllo analogo come quella presentata in via pretoria, si era affermato, secondo parte della dottrina¹⁵⁰ - ormai anche a livello europeo - che tale requisito dovesse essere inteso in senso meno restrittivo. In particolare, si considerava sufficiente, ai fini dell'integrazione del requisito, che l'ente pubblico esercitasse un'influenza determinante sulla direzione strategica e sulle decisioni fondamentali della società partecipata, senza che ciò implicasse un'ingerenza nella gestione amministrativa quotidiana o nelle singole scelte operative in cui essa si concretizzava.

Relativamente a tal profilo si sottolineava come il riferimento a un'influenza "determinante" dovesse essere necessariamente correlato al mantenimento di una distinta soggettività giuridica della società. Se, infatti, la volontà della società *in house* è determinabile autonomamente, non può che riconoscersi, in coerenza, che essa resta distinta rispetto a quella dell'amministrazione controllante. Un'influenza determinante è tale perché implica lo svolgimento di un processo decisionale indotto e, in parte, condizionato dall'ente pubblico, ma non si traduce in alcun modo in una compromissione assoluta dell'autonomia decisionale e/o in una totale estromissione dei poteri e delle competenze dell'organo direttivo della società partecipata.¹⁵¹

Critiche venivano mosse anche rispetto al profilo della teoria dell'organizzazione e rispetto al fenomeno dell'*in house* come mera separazione patrimoniale. Per quanto riguarda il primo aspetto, nello specifico riguardo la teoria della delegazione intraorganica¹⁵² delle società *in house* si noti come l'istituto della delegazione intraorganica presuppone, per definizione, un rapporto tra organi o uffici appartenenti alla medesima amministrazione.

¹⁴⁹ In questo senso v. F. Ferrara, F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, 2006.

¹⁵⁰ Si veda sul punto Libertini, le società di autoproduzione in mano pubblica e Ursi in Società ad evidenza pubblica.

¹⁵¹ Sul punto C. Pecoraro in Le società in house: profili societari.

¹⁵² Sulla configurazione del rapporto tra ente pubblico e società *in house* in termini di delegazione interorganica, si veda, fra gli altri, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 351, ove si afferma che tra amministrazione socia e società *in house* intercorre "un rapporto così stretto da assimilarla a un organo interno della prima". A livello giurisprudenziale invece, *ex multis* Cons. Stato Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102; Corte Cost. 27 maggio 2020, n. 100.

Nel caso di specie, invece, il rapporto intercorre tra soggetti giuridici distinti e autonomi - il socio pubblico e la società partecipata - e non tra organi di un unico ente. Si è infatti osservato che, affinché possa configurarsi una delegazione intraorganica, è necessario che tanto il delegante quanto il delegato siano organi della medesima amministrazione, mentre nella fattispecie in esame il rapporto intercorre tra due soggetti formalmente separati: l'ente pubblico e la società di capitali.¹⁵³

Sul secondo punto, ovvero la visione del fenomeno *in house* come mera separazione patrimoniale, le critiche mosse da parte di autorevole dottrina gius-commerciale, evidenziavano la difficile conciliabilità della visione pretoria con il diritto positivo, oltre ai rilevanti problemi applicativi. In particolare, si segnalavano incertezze in merito all'imputazione degli atti, che sarebbe dovuta avvenire secondo criteri non chiari tra i diversi patrimoni, eventualmente anche tra distinti patrimoni dei soci stessi nel caso di un controllo analogo esercitato congiuntamente da più enti pubblici.¹⁵⁴

Non è mancato, tuttavia, nella dottrina amministrativista¹⁵⁵ chi riconosceva una sostanziale vicinanza del regime delle società *in house* a quello proprio delle società di diritto singolare o speciale¹⁵⁶, ravvisando nella specialità che le connota l'elemento distintivo rispetto al modello ordinario di società di capitali. Tale orientamento trovava riscontro nella frequente giurisprudenza amministrativa in materia, ed in particolare in alcune pronunce del Consiglio di Stato, ove si afferma che le attività svolte dalle società-organo, tra cui le società affidatarie *in house*, risultano integralmente funzionalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico per cui rispetto ad esse, la forma degli strumenti giuridici utilizzati non assume

¹⁵³ Bartolini, Ufficio e relativi titolari, in Morbidelli (a cura di), I fondamenti dell'organizzazione amministrativa, Roma, 2011, 70.

¹⁵⁴ Cfr. Ibba, responsabilità erariale e società in house.

¹⁵⁵ F. Cerioni, Le società pubbliche, Giuffrè 2023.

¹⁵⁶ Da intendersi come le c.d. società legali, caratterizzate da un regime pubblicistico, di matrice legale, rispetto al quale l'autonomia privata non esplica alcun ruolo, ovvero un ruolo del tutto marginale. Secondo le Sezioni Unite (v., fra le altre, Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2009, n. 27092), tali società presentano la natura sostanziale di enti pubblici, con la conseguenza che il danno loro cagionato dagli amministratori è qualificabile come danno erariale. Si pensi, tra gli altri, ai casi di RAI, ENAV o ANAS.

rilievo in sé, risultando invece decisiva la finalizzazione sostanziale dell'attività agli scopi legali propri dell'amministrazione.

2.5. ART 12 TUSP e Iter Legislativo

L'assetto delineato nel paragrafo precedente ha inevitabilmente orientato le scelte del legislatore nell'ambito del Testo Unico, nel cui contesto si è tentato di superare il contrasto emerso in precedenza. In tale prospettiva, risulta necessario procedere a una sintetica analisi del dato normativo - giustificata anche dalle persistenti ambiguità interpretative¹⁵⁷ che ne accompagnano l'applicazione - con particolare riferimento all'iter legislativo dell'articolo 12 del TUSP.

L'articolo 12 ha rappresentato, sin dalla sua introduzione, una delle disposizioni maggiormente controverse dell'intero impianto normativo del Testo Unico, come riconosciuto dallo stesso Consiglio di Stato, che lo definisce come “una di quelle disposizioni che hanno suscitato, sinora, il più ampio dibattito dottrinario, in relazione ai dubbi interpretativi che ne emergono”.

Tuttavia, nonostante la consapevolezza diffusa circa le criticità ermeneutiche che ne caratterizzano il contenuto, la norma è rimasta immutata nelle successive fasi di intervento legislativo. Né il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (c.d. decreto correttivo), né la l. 30 dicembre 2018, n. 145 - intervenuti su altri profili del testo unico - hanno ritenuto opportuno intervenire sul testo dell'articolo 12.

L'articolo in esame ha conosciuto, nel corso dell'iter legislativo, rilevanti modificazioni rispetto alla formulazione inizialmente proposta cui analisi contribuisce a chiarire - quantomeno in parte - la genesi delle già nominate, e in parte trattate, incertezze interpretative.

La formulazione originariamente proposta dell'articolo 12 si presentava in termini maggiormente sintetici rispetto a quella poi definitivamente adottata.

Essa si articolava in due enunciati distinti, volti a delineare un regime di responsabilità che risultasse, al contempo, chiaro ed equilibrato, cercando di recepire - in sede normativa - le principali elaborazioni maturate in ambito

¹⁵⁷ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*. 6. ed. Bologna: Il Mulino, 2024.

dottrinale e giurisprudenziale fino a quel momento. Nella versione originariamente proposta, infatti, il primo comma dell'articolo 12 si limitava a prevedere che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate fossero soggetti esclusivamente alle azioni civili di responsabilità stabilite dalla disciplina ordinaria delle società di capitali. Ad accompagnare il primo comma, un generico inciso che disponeva "salvo il danno erariale".

Il secondo comma, invece, disponeva che “Costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione.”

La formulazione originaria della norma veniva interpretata da parte della dottrina¹⁵⁸ come una conferma dell'orientamento consolidato dalle Sezioni Unite a partire dal 2009, relativamente alle società a partecipazione pubblica in generale, nonché come un mancato recepimento delle eccezioni introdotte nel 2013 specificamente per le società *in house*.

Secondo tale impostazione dottrinale, la formulazione adottata avrebbe trovato una giustificazione - per quanto riguarda le società *in house* - in virtù del fatto che il peculiare rapporto che lega queste società al soggetto pubblico di riferimento non può giustificare, in ordine alla giurisdizione, soluzioni che vanno a pregiudicare le ragioni dei terzi, dato che il socio pubblico rimane, o dovrebbe rimanere, del tutto neutro rispetto alle ragioni dei terzi.

Tale formulazione iniziale della disposizione è stata però poi oggetto di modifiche nel corso dell'*iter* parlamentare, a seguito dei rilievi sollevati sia dalla Commissione V (Bilancio) della Camera, sia dal Consiglio di Stato.

Entrambi, nei rispettivi pareri, avevano sottolineato il carattere eccessivamente generico e indeterminato della norma, sollevando perplessità in merito alla sua chiarezza, precisione e concreta applicabilità. Le modifiche successivamente

¹⁵⁸ G.M. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, 357.

apportate erano dunque, secondo autorevole dottrina¹⁵⁹, finalizzate ad ampliare l'ambito della giurisdizione contabile.

Sono tre le principali innovazioni introdotte dalla nuova - nonché attuale - formulazione: (a) nel primo comma, in sostituzione dell'inciso "salvo il danno erariale", è stata inserita la proposizione che fa espresso riferimento alle società *in house*; (b) nel secondo comma, è stato eliminato l'avverbio "esclusivamente"; (c) ancora, nel secondo comma, il riferimento ai "rappresentati dei soci pubblici che abbiano trascurato di esercitare i diritti di socio con ciò pregiudicando il valore della loro partecipazione", è stato sostituito dal riferimento "a coloro che nell'esercizio dei propri diritti di socio abbiano pregiudicato il valore della partecipazione."¹⁶⁰ Con riguardo alle modifiche introdotte, possono formularsi alcune osservazioni di carattere sistematico.

Quanto al punto b), parte della dottrina¹⁶¹ ha ritenuto che l'intervento abbia pregiudicato la chiarezza e la coerenza espositiva della disposizione. La scelta parrebbe ispirata dall'esigenza di evitare una lettura eccessivamente restrittiva della fattispecie richiamata, la quale deve intendersi come meramente esemplificativa e non già come una tipizzazione tassativa delle ipotesi di danno erariale configurabili. Ancora, sul punto si consideri che con tale formulazione non deve essere più dimostrato – secondo alcuni - che gli amministratori sociali abbiano cagionato un pregiudizio diretto al socio pubblico.

In relazione al punto c), la nuova formulazione consente di riconoscere la natura erariale del danno anche nell'ipotesi in cui la condotta lesiva sia il risultato di un comportamento commissivo dei rappresentanti del socio pubblico, superando così la precedente impostazione che circoscriveva tale evenienza alle sole condotte omissive.

Tuttavia, appare opportuno, svolgere un'ulteriore considerazione con riferimento al punto c). Si evidenzia che nell'intento di recepire il suggerimento formulato dal

¹⁵⁹ C. Ibba, responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo Unico.

¹⁶⁰ Ibidem, ancora si rimuove la locuzione «... trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando ...», sostituendola con l'inciso «nell'esercizio dei propri diritti di socio» e il predicato «abbiano ... pregiudicato».

¹⁶¹ F. Cerioni, Le società pubbliche 2023.

Consiglio di Stato¹⁶², la formulazione positiva della norma, sembrerebbe incorrere in un difetto speculare all'obiettivo che intendeva realizzarsi con l'accoglimento del suggerimento: essa, infatti, potrebbe circoscrivere la responsabilità al solo esercizio in positivo dei diritti di socio, senza ricomprendere anche l'ipotesi della mancata attivazione degli stessi.

Tuttavia, un'interpretazione teleologicamente orientata non potrebbe che ragionevolmente indurre all'affermazione dell'interpretazione estensiva idonea a comprendere nel disposto normativo tanto l'esercizio positivo dei diritti di socio, quanto la relativa (dolosa o gravemente colposa) omissione.¹⁶³

Ancora, nel parere¹⁶⁴ reso dal Consiglio di Stato, si evidenziava come l'obiettivo perseguito dall'articolo 12 dovesse orientarsi verso la promozione di principi di moralizzazione e trasparenza nella gestione delle società partecipate, in stretta connessione con le finalità di prevenzione della corruzione. Proprio a tal fine, il Consiglio sottolineava la necessità che la formulazione normativa fosse improntata alla massima chiarezza espositiva, al fine di evitare soluzioni ambigue o lacunose che potessero tradursi in una indebita restrizione dell'ambito di responsabilità.

In particolare il Consiglio aveva perciò evidenziato che il riferimento al danno erariale in relazione alle società a partecipazione pubblica fosse generico, riconoscendo la giurisdizione contabile in presenza di un danno erariale "subito dagli enti partecipanti". Tale genericità comportava ambiguità riguardo alla configurabilità della giurisdizione contabile in caso di danno indiretto e tale distinzione tra danno diretto e indiretto, come già precedentemente esaminato, non si esaurisce in una mera differenziazione concettuale.¹⁶⁵

Alla luce di tali considerazioni, si sottolineava che l'art. 2395 c.c., in materia di società per azioni, riconosce al socio la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno solo ove riesca a dimostrare di essere stato direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori. Secondo il Consiglio, ove si fosse scelto

¹⁶² Suggerimento volto ad evitare una eccessiva limitazione dell'ambito della responsabilità al solo caso di omissione nell'esercizio dei diritti di socio.

¹⁶³ V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza aggiornata*, 2016.

¹⁶⁴ Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016, Consiglio Di Stato.

¹⁶⁵ Il riparto di giurisdizione in materia di danno da mancato esercizio degli obblighi securitari. Possibili profili di responsabilità erariale in www.cortedeiconti.it.

di emanare la disposizione con tale formulazione, si sarebbe aumentata l'incertezza e con essa il dubbio rispetto alla corretta giurisdizione.

Pertanto, si riteneva opportuno aggiungere, prima della parola subito, l'espressione direttamente.¹⁶⁶

Ancora si evidenziava come, in assenza di una distinzione puntuale, la formulazione proposta avrebbe comportato una sostanziale indifferenziazione dei modelli di responsabilità applicabili, facendo sorgere un regime unitario che non teneva adeguatamente conto delle peculiarità strutturali e funzionali proprie delle società *in house*.

In virtù di ciò si sollecitava una revisione del testo, rammentando come l'indirizzo della Suprema Corte fosse ormai nel senso di distinguere le società di diritto comune dalle società *in house*. Sottolineando come tale doppio binario avesse ed abbia una propria giustificazione razionale.

Può affermarsi che le modifiche intervenute nella bozza finale, e dunque recepite nella versione definitiva, risultano, almeno in parte, aderenti alle sollecitazioni emerse nel corso dei lavori preparatori.

Ne consegue che, anche secondo una lettura "storico-interpretativa", fondata sull'iter legislativo analizzato, si conferma che se inizialmente l'impianto normativo sembrava orientato assoggettamento indistinto di tutte le società partecipate, comprese le società *in house*, ad un regime unitario, è attualmente innegabile, secondo parte della dottrina¹⁶⁷ che la funzione e il significato dell'art. 12 consistano nell'attribuire espresso riconoscimento normativo a tale modello del doppio binario, imperniato sulla distinzione tra i regimi di responsabilità (ordinaria - civilistica ed erariale) applicabili, rispettivamente, alle società pubbliche e alle società *in house*.

¹⁶⁶ La norma avrebbe dovuto avere una formulazione come segue, secondo i rilievi appena espressi: "Costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito direttamente dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione."

¹⁶⁷ V. Donativi, *Le società a partecipazione pubblica: raccolta sistematica della disciplina, commentata e annotata con la giurisprudenza: aggiornata al D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica».*

In questo senso si è pronunciata anche la Cassazioni a Sezioni Unite, nella Sent. n. 24591/2016 per la quale il TUSP conteneva disposizioni - come l'art 1, comma 3 - che eliminano ogni dubbio circa il fatto che le società *in house* siano regolate dalla medesima disciplina che regola, in generale, le società partecipate. Ad eccezione, per le società *in house*, della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dai loro amministratori e dipendenti. In sostanza, secondo questa visione, risulterebbero legislativamente confermate le conclusioni della giurisprudenza di legittimità. Tale configurabilità di responsabilità per danno erariale sarebbe riconosciuta, in via pretoria, non soltanto nei confronti degli organi che hanno potestà decisoria finale, ma anche in presenza di un rapporto organico con soggetti che abbiano concorso a vario titolo a determinare il danno, una c.d. giurisdizione concorrente a tutto campo, e perciò sia in relazione a soggetti intranei che extranei cui apporto possa ritenersi in concreto dotato di valenza co-determinante nella realizzazione del fatto dannoso e a prescindere dalla natura pubblica o privata del relativo titolo giuridico, realizzando così una c.d. relazione funzionale¹⁶⁸ con l'ente pubblico.¹⁶⁹

La possibilità di estendere la responsabilità erariale nei confronti dell'*extraneus* non presenterebbe alcuna criticità nei confronti delle società *in house* secondo autorevole dottrina¹⁷⁰, sicché trattandosi di enti equiparabili alle pubbliche amministrazioni, sia i soggetti interni che quelli privati che abbiano in concreto concorso alla formazione delle decisioni successivamente ritenute dannose nei confronti della p.a. saranno sottoposti all'azione di danno erariale.

Pare opportuno sottolineare come per taluni commentatori¹⁷¹ la riforma, così come è stata operata, non avrebbe tenuto conto delle osservazioni più volte formulate dalla Corte dei conti, la quale - anche in sede di audizione parlamentare sullo schema di decreto - aveva auspicato l'accentramento della giurisdizione in materia di responsabilità patrimoniale degli amministratori e dei dipendenti degli organismi

¹⁶⁸ Cass., Sez. Un., 24 marzo 2017, n. 7663.

¹⁶⁹ F. Fimmanò, Le sezioni unite aprono ad una giurisdizione concorrente a tutto campo della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità.

¹⁷⁰ Morgante D., Il concorso dell'*extraneus* nella responsabilità erariale, Fimmanò F. e Catricalà A. in *Le società pubbliche*.

¹⁷¹ C. A. Giusti, *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica : profili civilistici e di diritto comparato*.

partecipati presso un unico plesso giurisdizionale, ossia la Corte dei conti stessa, almeno per quanto riguarda le società non quotate e quelle a maggioranza di capitale pubblico. In tal modo, la concentrazione delle tutele avrebbe potuto garantire un sistema oggettivamente più efficace. Secondo la Corti, infatti, una maggiore efficienza può derivare solo dall'obbligatorietà e dall'officiosità dell'azione contabile, in contrasto con la natura eventuale dell'azione civile, la cui promozione è rimessa alla volontà dello stesso soggetto danneggiato. Appare, secondo questo orientamento, ancora più evidente la necessità di un'esclusività della giurisdizione, se si fa riferimento a società costituite al fine dello svolgimento di pubblici servizi o comunque sottoposte ad un controllo - pressoché - totale da parte dell'ente pubblico in quanto nonostante queste società non ricadano sotto la veste formale delle società *in house* in ragione dell'attività svolta, degli interessi pubblici impiegati e delle risorse, difficile o comunque non priva di critiche sarebbe la loro assimilabilità ad s.p.a operanti nel mercato con mezzi e risorse esclusivamente propri. Il solo fatto che gli amministratori non agiscano nell'ambito di società *in house* non può portare ad escludere la natura pubblica del denaro speso, come appare estremamente evidente nel caso di società a partecipazione pubblica totalitaria che potrebbero essere soggette a controllo da parte di un ente pubblico in maniera non diversa da quanto avviene per le *in house*.

2.6. ART 12 TUSP: ricostruzioni dottrinali

Alla luce delle modifiche prospettate nel corso dell'iter legislativo e delle osservazioni formulate nel paragrafo precedente, si impone ora una ricognizione delle principali interpretazioni dottrinali concernenti l'articolo 12 del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. Tale analisi si rivela funzionale a evidenziare le diverse letture emerse in merito alla portata applicativa della disposizione e, più in generale, a comprendere i più recenti assetti del regime di responsabilità degli amministratori delle società *in house*.

Già da una prima lettura della disposizione in oggetto, parte della dottrina¹⁷² ha ritenuto che la portata normativa dell'articolo 12 riproduca attualmente, nella sostanza, l'impostazione accolta dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2013 e dunque in questo senso sia meramente ricognitiva dell'assetto di riparto della giurisdizione delineato.¹⁷³

Tuttavia, tale impostazione è stata ritenuta, maggiormente estensiva sul piano dell'ambito soggettivo di applicazione rispetto a quanto delineato dalla stessa Corte. La sentenza in oggetto aveva ricondotto la nozione di società *in house* a parametri interpretativi più restrittivi, significativamente più circoscritti rispetto a quelli successivamente accolti dal legislatore delegato nella formulazione dell'articolo 12 del TUSP. Si prospettavano perciò, in dottrina due interpretazioni principali: o ritenere che l'aver fatto salva la giurisdizione del giudice contabile "per il danno erariale", in realtà sottintenda che, anche per le società *in house*, possa prodursi un danno non erariale e di conseguenza ammettersi, in questo caso, la giurisdizione del giudice ordinario oppure ritenere che il legislatore abbia considerato ogni ipotesi di danno al patrimonio della società *in house* quale danno erariale *in re ipsa* con conseguente esclusiva giurisdizione contabile.

¹⁷² Così fra gli altri T. Miele, La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società pubbliche, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò e Catricalà, I, Napoli, 2016, specie 585, 587 s., 591 s.; M. Atelli, sub art. 12, in *Il testo unico sulle società pubbliche – Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, diretto da G. Meo e A. Nuzzo, Bari, 2016, 170.

¹⁷³ F. Cerioni, *Le società pubbliche* 2023.

Si è correttamente evidenziato¹⁷⁴ come il Testo Unico non si occupi della responsabilità in sé, ma della giurisdizione in materia di responsabilità, ossia dell'individuazione del giudice competente a pronunciarsi sulle azioni esercitate nei confronti dei componenti degli organi sociali e dei dipendenti delle società pubbliche.

Secondo un primo indirizzo¹⁷⁵, da ritenersi attualmente prevalente, l'articolo 12 deve essere interpretato nel senso di salvaguardare la giurisdizione contabile nei casi di danno erariale, pur lasciando implicitamente intendere che, anche con riferimento alle società *in house*, possano configurarsi ipotesi di danno non erariale, e dunque sottratte alla competenza della Corte dei conti.

In questo senso la precisazione normativa risulterebbe altrimenti superflua qualora non si riconoscesse espressamente questa eventualità, e dunque la responsabilità non si pone in una relazione di esclusione rispetto alla responsabilità civile ordinaria, ma le si affianca.

Diversamente un secondo orientamento ritiene che il danno arrecato al patrimonio sociale potrebbe configurarsi come danno erariale solo nel caso in cui si attribuisse natura pubblica al patrimonio della società *in house*, inteso come patrimonio separato e, dunque, come semplice articolazione interna dell'ente pubblico socio. Questa sembrerebbe la prospettiva assunta anche dal Consiglio di Stato nel parere 968/2016. Così si sembrerebbe riconoscere una volontà legislativa diretta ad ammettere la giurisdizione contabile nelle società *in house* rispetto a qualsiasi fattispecie di responsabilità, presupponendo *sic et simpliciter* implicitamente la natura erariale del danno.

La tesi dell'esclusività della giurisdizione contabile fonda la propria posizione anche su un ulteriore elemento testuale, rappresentato dall'utilizzo, da parte del legislatore, del termine "devoluzione".

Tale espressione – che, in ambito giuridico, evoca la nozione di trasmissione o di attribuzione ad altri – viene interpretata come indice della volontà di attribuire in

¹⁷⁴ C. Ibba, Responsabilità, in *Le società a partecipazione pubblica*, commentario tematico.

¹⁷⁵ C. Ibba, crisi dell'impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali, in s. Fortunato-f. Vessia (a cura di), *le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, pp. 65-74.

via esclusiva alla Corte dei conti la competenza a conoscere delle controversie concernenti il danno erariale, con esclusione del giudice ordinario.¹⁷⁶

Ancora, l'inserimento dell'art. 12 in un sistema organico di norme costituenti la legge speciale in materia di società a partecipazione pubblica, nonché le finalità perseguite dalla legge stessa, dovrebbero concorrere a indirizzare l'interprete verso una lettura volta a riconoscere la giurisdizione della magistratura contabile, come prevista dall'art. 103 della Costituzione¹⁷⁷. In questo modo, potrebbe ritenersi che la materia sia delineata secondo il seguente schema: a) con riferimento agli amministratori e ai dipendenti delle società *in house* - di cui all'art. 16, d.lgs. n. 175/2016 - è espressamente fatta salva la giurisdizione contabile della Corte dei conti. Ciò si fonda sull'assunto per cui non vi sia una reale alterità soggettiva tra la società *in house* e l'amministrazione partecipante, con la conseguenza che il pregiudizio arrecato al patrimonio sociale si traduce in un danno al patrimonio dell'ente pubblico socio, e dunque in un danno erariale. b) per quanto concerne, invece, le restanti società a partecipazione pubblica, la responsabilità contabile può configurarsi in capo ai rappresentanti delle amministrazioni partecipanti - nonché ai titolari dei poteri decisionali per conto di esse - qualora, nell'esercizio dei diritti societari, abbiano arrecato con dolo o colpa grave un danno al valore della partecipazione pubblica. In tal caso, la perdita di valore della partecipazione può esporre i rappresentanti dell'ente pubblico a responsabilità amministrativa, mentre permane la sola responsabilità civile per gli amministratori della società partecipata.¹⁷⁸

¹⁷⁶ M. Atelli, op. Cit., 169 s., per il quale è "piena ed esclusiva" la giurisdizione contabile relativa alle società *in house*.

¹⁷⁷ F. Cerioni, *Le società pubbliche*, 2023, il quale sottolinea come un'esegesi orientata al riconoscimento della giurisdizione contabile risulterebbe maggiormente coerente con l'effettivo ruolo svolto dalle società pubbliche, le quali non si configurano quali meri strumenti di investimento delle risorse pubbliche, bensì, molto spesso, come organizzazioni strumentali al perseguimento di funzioni amministrative in senso stretto. Tuttavia, l'autore richiama altresì l'indirizzo della giurisprudenza prevalente della Suprema Corte, secondo cui non può desumersi dall'art. 103, comma 2, Cost., una giurisdizione generale della Corte dei conti in materia finanziaria, rendendosi necessario un accertamento in concreto della sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa, quali: a) il danno patrimoniale diretto ad un ente pubblico; b) l'esistenza di un rapporto di impiego o di servizio tra l'agente e l'ente danneggiato; c) la presenza dell'elemento soggettivo della colpa grave o del dolo in capo all'agente.

¹⁷⁸ A. Police in *Manuale delle Società Pubbliche*.

Se così fosse che la specificazione normativa relativa al "danno erariale" risulterebbe sostanzialmente tautologica¹⁷⁹ e, allo stesso tempo, una generalizzazione della natura erariale di qualsiasi danno sarebbe incoerente con l'assetto sistematico delineato dal TUSP. Sotto il profilo sistematico, infatti, il Testo Unico interviene, cercando di preservare un equilibrio tra la dimensione pubblicistica delle partecipazioni societarie e l'applicazione di istituti propri del diritto privato, anche con riferimento a questioni che, in precedenza, avevano generato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In tal senso va anche la disciplina della crisi d'impresa delle società pubbliche, affrontata dal legislatore, a seguito di numerosi dibattiti negli anni precedenti della dottrina, mediante l'esplicito riconoscimento della soggezione anche delle società pubbliche alle procedure concorsuali. Parte della dottrina¹⁸⁰, infatti, riteneva che esonerare dal fallimento le società a partecipazione pubblica insolventi potesse causare una forte alterazione del mercato e della concorrenza ed altresì una disparità di trattamento tra imprese pubbliche e private, in violazione dell'art. 106, commi 1 e 2 del Trattato U.E.

In questo senso, infatti, la società potrebbe continuare ad operare in perdita sul mercato, quantomeno fino a che i soci non decidano autonomamente di porle in stato di liquidazione oppure gli amministratori non accertino l'esistenza di una causa di liquidazione o non venga loro revocato l'affidamento del servizio pubblico.

Pertanto, in questo senso, apparirebbe poco coerente immaginare una scelta del legislatore che attribuisca alle società *in house* una natura pubblicistica per la configurabilità del danno erariale, escludendo contestualmente tale natura ai fini dell'esenzione dalle procedure concorsuali previste dalla vecchia legge fallimentare all'art. 1.

Le due impostazioni, speculari, sopra delineate trovano altresì, il proprio fondamento nella mancata chiarezza, all'interno della medesima disposizione, circa

¹⁷⁹ C. Ibba, Responsabilità, in *Le società a partecipazione pubblica*, commentario tematico.

¹⁸⁰ V. sulla tematica de qua F. Goisis, Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo, in *Dir. ec.*, 2013, 42 ss.

la natura della giurisdizione contabile, la quale non risulta espressamente qualificata come esclusiva ovvero concorrente rispetto alle azioni di responsabilità civile previste dagli artt. 2393-2395 c.c. La disposizione, infatti, non può essere considerata risolutiva rispetto a un problema sistemico rimasto, nei fatti, irrisolto.

Il capitolo successivo sarà dedicato all'evoluzione giurisprudenziale successiva al TUSP e all'attuale configurazione del rapporto tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria, con particolare riguardo al tema dell'esclusività o della concorrenza tra le stesse.

In via preliminare, tuttavia, è opportuno evidenziare come risulti attualmente prevalente l'orientamento secondo cui, in presenza di un danno arrecato al patrimonio di una società *in house*, si configurino due distinte forme di tutela: da un lato, l'azione sociale di responsabilità di cui agli artt. 2393 ss. c.c.; dall'altro, l'azione per danno erariale promossa dinanzi alla Corte dei conti nei confronti degli amministratori.

Tali azioni non si pongono in rapporto di alternatività o mutua esclusione, ma possono coesistere, ferma restando – in sede esecutiva – l'operatività del divieto di duplicazione del risarcimento. In tale prospettiva, il giudice adito dovrà tener conto, nella fase di liquidazione, di quanto eventualmente già riconosciuto da un altro giudice in via definitiva, al fine di evitare un'indebita sovrapposizione dei ristori.¹⁸¹ Tanto l'impostazione che riconduce in via esclusiva alla Corte dei conti la giurisdizione sulle condotte dannose degli amministratori delle società *in house*, quanto quella che propende per una ricostruzione in termini di concorso tra giurisdizione contabile e ordinaria, mirano - seppur da prospettive differenti - allo stesso obiettivo, ovvero assicurare che la responsabilità venga effettivamente accertata e sanzionata.

L'esigenza, risaltata anche grazie allo stimolo offerto dalle Procure Contabili¹⁸², appare giustificata alla luce dell'esistente rischio che l'azione risarcitoria non venga attivata, soprattutto nei casi in cui il soggetto tenuto a promuoverla - ovvero il

¹⁸¹ H. Bonura, D. Di Russo, B. G. Mattarella, Appunti sulle società pubbliche "quotate" dopo il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

¹⁸² G. Lofaro, la giurisdizione concorrente della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità nelle società partecipate.

rappresentante dell'ente pubblico socio – risulti, al contempo, coinvolto, direttamente o indirettamente, nella causazione del danno stesso.¹⁸³

In particolare, la diffusa preoccupazione è che l'esclusione dell'azione del pubblico ministero contabile nei confronti degli amministratori responsabili rischierrebbe di rendere ineffettivo l'accertamento in virtù della vicinanza tra gli amministratori e il socio con conseguente pregiudizio, seppur indiretto, per l'equilibrio della finanza pubblica.

Proprio in considerazione di tale rischio, la Corte dei conti, in più occasioni, ha tentato di estendere l'ambito di operatività della responsabilità erariale anche agli amministratori e dirigenti delle società a partecipazione pubblica, con l'intento di scongiurare che il ricorso allo strumento societario potesse costituire un espediente volto ad aggirare i vincoli tipici delle pubbliche amministrazioni.

L'obiettivo perseguito è quello di impedire che, mediante la costituzione di società formalmente distinte dall'ente, ma sostanzialmente funzionali alla gestione di risorse pubbliche, si potesse eludere l'applicazione della disciplina pubblicistica e dei relativi controlli.¹⁸⁴

Se la natura giuridica che si tende a riconoscere a questa forma societaria influenza l'individuazione del giudice competente, e il riconoscimento della giurisdizione contabile viene spesso subordinata alla peculiarità del soggetto di cui si parla, alcune pronunce giurisprudenziali¹⁸⁵, proprio al fine di impedire l'elusione della disciplina pubblicistica, hanno precisato che non è la qualificazione *in house* della società, a costituire il criterio dirimente per l'individuazione della giurisdizione bensì la riconducibilità sostanziale del patrimonio leso al bilancio dell'ente pubblico.

In questo senso, il presupposto che il danno abbia inciso su un patrimonio direttamente riconducibile all'ente pubblico socio non sempre è desunto dalla mera qualificazione formale della società come *in house*. In tal modo, secondo questo orientamento si eviterebbe che il ricorso a modelli societari formalmente privatistici possa tradursi in uno strumento elusivo della giurisdizione contabile.

¹⁸³ Senato della Repubblica – Servizio Studi, Schede di lettura. A.S. n. 2344 - “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). Dossier n. 343/2.

¹⁸⁴ V. C. Ibba in Responsabilità erariale e società *in house* 2014.

¹⁸⁵ Sentenza della Corte dei conti, Sez. I Giur. Centr. d'Appello n. 178 del 2015.

In via pretoria¹⁸⁶, infatti, si è espresso che ove così non fosse, si consentirebbe «a qualsiasi amministrazione o ente pubblico di creare altrettante S.p.A., con quote infinitesimali di partecipazione privata (o addirittura, in ipotesi, anche a partecipazione pubblica totalitaria), cui far gestire servizi pubblici con risorse anch'esse completamente pubbliche, per eludere la giurisdizione di responsabilità erariale (e quindi, in buona sostanza, il precetto costituzionale di cui all'art. 103, comma 2 Cost.): ciò che in ambito civilistico potrebbe far parlare, addirittura, di negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.)».

2.7. La peculiare ipotesi di responsabilità del socio pubblico per direzione e coordinamento

Distinto profilo dell'art 12, su cui giurisdizione è pacificamente riconosciuta, anche in dottrina, attiene alla proponibilità dell'azione del pubblico ministero contabile non già nei confronti dell'amministratore della società partecipata per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti del rappresentante dell'ente pubblico partecipante - o comunque del soggetto titolare del potere decisionale per conto dell'ente - che abbia colpevolmente omesso di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando in tal modo il valore della partecipazione pubblica.

Significativo l'esempio, in tal senso, dell'affermazione della responsabilità erariale del socio di maggioranza di una società di capitali, per il danno arrecato alla pubblica amministrazione dai fatti illeciti posti in essere dalla società stessa, qualora il medesimo socio sia rimasto inerte dinanzi all'approvazione di bilanci falsi.¹⁸⁷

Il danno che ne deriva si configura come autonomo e distinto rispetto a quello eventualmente subito dal patrimonio della società in conseguenza della *mala gestio* degli amministratori. Ciò significa che non deve leggersi come una deroga al

¹⁸⁶Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in un'ottica sostanzialistica, prescinde dalle qualificazioni formali attribuite dalle normative nazionali e mira a cogliere la sostanza economica delle operazioni, al fine di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione e, in particolare, delle regole del mercato e della concorrenza (c.d. *workable competition*); in questo senso si veda: G. Montedoro, in Società *in house* e responsabilità.

¹⁸⁷ Cass., SS. UU., 19/12/2009, n. 26806; Corte dei conti reg., Lazio, sez. giurisd., 17/02/2015, n. 118.

principio generale che vorrebbe la responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci circoscritta ai casi di danni diretti in quanto la responsabilità di cui si discorre non è quella degli amministratori, appunto, ma quella dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi. Sotto questo aspetto, autorevole dottrina, ha sottolineato come proprio la possibilità di esercitare un'azione di responsabilità erariale nei confronti di tali soggetti rappresenti lo strumento privilegiato per accertare le responsabilità primarie – o più profonde – della cattiva gestione societaria. Ciò in quanto consente di risalire alle cause originarie dell'inefficienza amministrativa e dell'inutile dissipazione, se non dello sperpero, delle risorse pubbliche.¹⁸⁸

Dal punto di vista delle responsabilità in cui incorre l'ente socio pubblico, uno dei corollari applicativi su cui si è manifestato maggiore interesse in dottrina, parrebbe essere rappresentato dall'applicabilità, in capo all'ente pubblico che esercita attività di direzione e coordinamento, della responsabilità prevista dall'art. 2497, comma 1, c.c.¹⁸⁹

L'art 2497 c.c. rubricato "responsabilità" dispone, al comma 1, che "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché' nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette."

Appare opportuno premettere alcune considerazioni di carattere generale, in particolare in merito alla possibile assoggettabilità degli enti pubblici alla disciplina

¹⁸⁸ A. Police in Manuale delle società pubbliche, 2022.

¹⁸⁹ In questo senso, si veda E. Codazzi, Le società in house, in cui si evidenzia, per contro, come parte della dottrina – sia antecedente che successiva all'adozione del TUSP – escluda l'applicabilità della responsabilità di cui all'art. 2497, comma 1, c.c., in capo all'ente pubblico che esercita attività di direzione e coordinamento.

della direzione e coordinamento, prima di poter calare l'analisi nell'ambito più specifico delle società *in house* e valutarne le relative peculiarità.

Secondo parte della dottrina¹⁹⁰, il ruolo della *holding* – soggetto al quale si riferisce l'art. 2497, comma 1, c.c. – implicherebbe lo svolgimento di un'attività intrinsecamente imprenditoriale, che mal si concilierebbe con la natura propria dell'ente pubblico. Quest'ultimo, infatti, è istituzionalmente orientato al perseguimento di interessi generali e non di finalità economiche proprie. In tale prospettiva, l'applicazione del regime di responsabilità previsto dalla norma sarebbe non solo impropria, ma addirittura contraria ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto la pubblica amministrazione – per sua natura – non persegue fini imprenditoriali.

A rafforzare tale impostazione vi è anche l'orientamento di quella parte della dottrina che riconduce l'attività imprenditoriale, in senso proprio, alla necessaria finalizzazione al profitto ovvero al perseguimento di uno scopo lucrativo che sarebbe inconciliabile con il fine pubblico. Secondo questa visione, lo scopo lucrativo costituirebbe un elemento indefettibile dell'impresa, risultando dunque inconciliabile con il fine pubblicistico che caratterizza l'azione dell'ente pubblico. In senso contrario¹⁹¹, è stato tuttavia osservato che l'"ente" cui fa riferimento l'art. 2497 c.c. possa essere interpretato nel senso di ricomprendere anche soggetti diversi dalle società - ivi inclusi enti pubblici - a condizione che esercitino un'attività di direzione e coordinamento connotata, sia pure in via indiretta o strumentale, da finalità *lato sensu* lucrative. A sostegno di tale impostazione si rileva come non sia più possibile ritenere necessaria una stretta correlazione tra esercizio dell'attività d'impresa e perseguimento dello scopo di lucro. È infatti opinione ormai pacifica che l'attività economica di cui all'art. 2082 c.c. debba essere interpretata non in termini di lucratività, bensì di economicità obiettiva.¹⁹²

Ciò consente di riferire tale nozione anche agli enti pubblici, nonché a una pluralità di soggetti – come gli enti *non profit* – che, pur non perseguendo finalità lucrative,

¹⁹⁰ Cfr. Carlizzi, La direzione unitaria; e anche Valaguzza in Società miste.

¹⁹¹ Cfr. Carlizzi, La direzione unitaria; si veda altresì Galgano, Direzione e coordinamento di società;

¹⁹² Cfr. U. Tombari, Diritto dei gruppi di imprese, Giuffrè, Milano, 2010, p. 45; C.M.G. Ibba, Società pubbliche e riforma del diritto societario.

nella prassi, si trovano non di rado a svolgere un ruolo di direzione e coordinamento, anche in forma di *holding*.

L'ipotesi di inidoneità strutturale dell'ente pubblico ad assumere la funzione di capogruppo sembrerebbe, secondo i fautori del primo orientamento, definitivamente confermata dall'introduzione della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19, comma 6, del d.l. n. 78/2009¹⁹³. Con tale disposizione, il legislatore ha chiarito che, ai fini dell'applicazione dell'art. 2497 c.c., per "enti" devono intendersi i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono partecipazioni sociali nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economico-finanziaria.

Si tratterebbe, dunque, di una presa d'atto legislativa dell'inidoneità dello Stato a rivestire il ruolo di capogruppo, con la conseguente affermazione di un principio di carattere generale. Ciò non significa, tuttavia, che lo Stato o altri enti pubblici siano immuni dal rispetto dei principi di corretta gestione nei confronti delle società partecipate: semplicemente, l'eventuale illecito non sarà valutato alla stregua dell'art. 2497 c.c., ma in base ai principi generali della responsabilità civile.¹⁹⁴

Secondo un diverso orientamento dottrinale¹⁹⁵, si rinvengono numerosi argomenti volti a dimostrare l'infondatezza dell'esclusione della soggezione degli enti pubblici alle disposizioni di cui agli articoli 2497 e seguenti del Codice civile. Anche il dato empirico mostra molteplici pronunce della Corte dei conti in cui si evidenzia come l'attività di direzione e coordinamento venga, in concreto, esercitata dall'ente pubblico, il quale, in tali circostanze, deve ritenersi assoggettato alle correlate responsabilità previste dalla normativa civilistica.

Appare opportuno ricordare come, in sede di riforma del diritto societario¹⁹⁶, il legislatore abbia qualificato la direzione e il coordinamento come un fatto,

¹⁹³ Secondo i sostenitori del secondo orientamento, l'articolo in questione dovrebbe essere interpretato come norma di stretta interpretazione, peraltro affetta da un potenziale vizio di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost.

¹⁹⁴ Si veda sul punto Scognamiglio e Ibba, in La tutela.

¹⁹⁵ Cfr. Corte dei conti, Sez. Piemonte, delibera n. 14/2016; Corte dei conti, Sez. Sicilia, delibera n. 59/2014.

¹⁹⁶ Prima della riforma del diritto societario, la gestione unitaria del gruppo di imprese era già ampiamente diffusa nella prassi del business management, ma non trovava un riconoscimento espresso e generale nell'ambito del diritto societario, ad eccezione di alcune discipline settoriali,

scegliendo di fondare la relativa applicazione della disciplina su un criterio funzionalistico, ovvero sull'accertamento degli effetti prodotti in concreto nella realtà. Tale impostazione risulta coerente con la considerazione, accolta dallo stesso legislatore della riforma, secondo cui l'esercizio di un'attività di direzione e coordinamento costituisce un fenomeno del tutto naturale e fisiologico, laddove un soggetto si trovi, in via di fatto, nella condizione di poterla esercitare, senza che ciò implichi né richieda il riconoscimento formale o l'attribuzione legale di particolari poteri.¹⁹⁷ Risulterà perciò secondaria, rispetto alle molteplici forme da cui può scaturire l'attività di direzione e coordinamento nonché le stesse modalità attraverso cui può esprimersi, la considerazione della qualità e della struttura dei soggetti interessati.¹⁹⁸ In tal senso non si comprenderebbe la ragione per cui un medesimo fenomeno, caratterizzato oggettivamente dalle stesse caratteristiche e produttivo degli stessi effetti - in tal caso anche pregiudizievoli per la società - debba essere trattato diverso in modo differente a seconda che sia posto in essere da un soggetto pubblico o privato.

Prendendo in esame le argomentazioni volte a contestare la validità del primo orientamento, il secondo indirizzo interpretativo consente di analizzare almeno due profili critici. Il primo mira a confutare la tesi secondo cui la clausola dell'interesse imprenditoriale costituirebbe un elemento ostativo; il secondo si fonda, invece, su elementi ricavabili dalla stessa legislazione amministrativa.

Partendo dal primo profilo, si osserva come uno degli argomenti maggiormente ricorrenti in dottrina per escludere la soggezione dell'ente pubblico alla responsabilità da direzione e coordinamento si fondi sul riferimento all'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, di cui all'art. 2497 co.1 c.c. Secondo

come ad esempio la normativa in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

¹⁹⁷ Tale orientamento viene precisato dalla Relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 6/2003.

¹⁹⁸ Sul punto, si veda Guerrera in La responsabilità deliberativa. Particolarmente rilevante, nel contesto del dibattito, è osservare come lo stesso articolo 10 della legge delega n. 366/2001, nel dettare i principi e i criteri direttivi in materia di gruppi, non sembri aver inteso differenziare la disciplina applicabile in base alla natura – pubblica o privata – del soggetto che esercita l'attività di direzione e coordinamento. Tale osservazione acquista ulteriore rilievo se si considera che numerose pronunce della Corte costituzionale, tra cui *ex multis* la n. 75/2012, sottolineano il carattere vincolante della legge delega per l'interprete.

tale impostazione, il legislatore avrebbe inteso circoscrivere - soggettivamente - l'ambito di applicazione della norma, escludendo coloro che agiscono perseguendo finalità non riconducibili all'interesse imprenditoriale.¹⁹⁹ Tale lettura non apparirebbe condivisibile per due ordini di ragioni. In primo luogo sarebbe più plausibile interpretare la clausola in questione non come dotata di funzione selettiva, bensì come descrittiva della condotta che tipicamente - ma non esclusivamente - connota l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero il perseguimento da parte della società o dell'ente che dirige e coordina di un interesse comunque diverso da quello della società diretta.²⁰⁰ Ancora, la clausola andrebbe intesa come una formula riassuntiva volta a sottolineare che l'attività di direzione e coordinamento si colloca in una prospettiva interna all'impresa, ma al tempo stesso sovraordinata ad essa, coniugando una dimensione imprenditoriale ed una prospettiva sociale.

A quanto brevemente accennato si aggiunge, secondo questo orientamento, un secondo profilo di confutazione, fondato su elementi desumibili dalla stessa legislazione amministrativa. Va premesso, infatti, che la soggezione degli enti pubblici alla disciplina della direzione e coordinamento sembrerebbe derivare in modo lineare anche dall'evoluzione dell'ordinamento, già esaminata nel capitolo precedente, che evidenzia una progressiva e sostanziale equiparazione tra lo statuto delle società pubbliche e quello delle società private.²⁰¹ La legislazione amministrativa, infatti, sembrerebbe non solo dare atto del fenomeno di gruppo ma sembrerebbe altresì attribuire specifici poteri-doveri in capo all'ente pubblico che riveste posizione di *holding*.

Un esempio in tal senso è rappresentato dall'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 118/2011, del bilancio consolidato quale strumento informativo primario dei dati patrimoniali, economici e finanziari del gruppo, considerato come un'unica entità economica distinta dalle singole società o enti che lo compongono. Ciò in quanto il

¹⁹⁹ Si veda sul punto Passalacqua, Il gruppo economico, in cui si sottolinea che è indifferente che tali interessi non imprenditoriali siano privati o istituzionali.

²⁰⁰ Di fianco all'interesse sociale della singola società si fa riferimento e si afferma la coesistenza di un ulteriore interesse che fa riferimento al gruppo societario nel suo complesso e che pertanto viene considerato meritevole di tutela e riconoscimento da parte dell'ordinamento.

²⁰¹ In questi termini si veda Goisis, Il problema.

bilancio consolidato supera le separazioni derivanti dalle singole personalità giuridiche di enti, istituzioni e società, che vengono, ai fini considerati, ricondotti all'unità di un gruppo riferibile all'amministrazione pubblica.²⁰² Da ultimo anche le direttive in materia di concessioni ed appalti nei settori speciali riconoscono espressamente l'ipotesi di più imprese collegate all'ente aggiudicatore con il quale formano un gruppo economico.

2.8. Responsabilità del socio pubblico per direzione e coordinamento nelle società in house

Le riflessioni svolte in merito all'applicabilità del fenomeno cui all'art 2497 c.c. agli enti pubblici devono, tuttavia, necessariamente essere calate nel caso in cui la società diretta e coordinata sia una società *in house*.

L'attività di dominio di cui si parla genera una forma diretta di responsabilità qualora abusiva, ovvero se il dominus – ed in tal caso l'ente pubblico - dovesse svolgerla nell'interesse imprenditoriale proprio od altrui - e non nell'interesse del dominato - e allorquando risulti antitetica ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria²⁰³. Verte perciò in una forma di responsabilità diretta, la quale si configura in favore dei soci e dei creditori sociali, i quali – nell'ipotesi in cui l'azione venga esercitata con successo – risulterebbero i beneficiari immediati dell'eventuale ristoro liquidato. Tale configurazione si distingue rispetto alle tradizionali ipotesi di responsabilità civilistica approfondite nel presente capitolo, pur essendo esercitabile dagli stessi soggetti legittimati.

Come già brevemente anticipato, uno dei profili più rilevanti per dimostrare l'applicabilità della disciplina alle società *in house* è rappresentato dal dato empirico offerto dalla prassi giurisprudenziale. In tale contesto, assume particolare

²⁰² Si veda il Principio contabile applicato concernente il bilancio consolidato (Allegato 4/4 al d.lgs. n. 118/2011), aggiornato dal c.d. VII correttivo nel 2017. Sul punto si consideri come la disciplina del bilancio consolidato mira a fornire una rappresentazione complessiva della situazione economico-patrimoniale del gruppo, andando oltre una mera somma delle voci di bilancio dei singoli soggetti. Essa prevede, infatti, una rielaborazione dei dati tramite criteri classificatori e l'elisione delle partite infragruppo, al fine di restituire ai terzi un'immagine unitaria del gruppo stesso.

²⁰³ G. Lofaro, Corte dei conti sulle azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica: profili normativi, dottrinali e giurisprudenziali in cui si sottolinea che la responsabilità non derivi da una generica violazione del *neminem laedere* verso qualsiasi soggetto dell'ordinamento giuridico.

significatività una sentenza del Tribunale di Palermo²⁰⁴, Sez. V, Sez. Spec. in materia di imprese, n. 1842/2021, avente ad oggetto un complesso di domande risarcitorie connesse a condotte di *mala gestio* poste in essere nell'ambito della gestione di una società *in house* partecipata dal Comune di Palermo, sottoposta al tempo ad una procedura fallimentare.

Tra le varie azioni proposte, merita attenzione quella fondata sulla responsabilità per esercizio abusivo dell'attività di direzione e coordinamento da parte del comune, ipotizzata come causa del pregiudizio arrecato al patrimonio della società, quale avrebbe impartito direttive pregiudizievoli per la società eterodiretta.

Anzitutto, la disamina della pronuncia assume particolare rilievo nella presente trattazione per le questioni giuridiche affrontate. In primo luogo, la sentenza riconosce l'esperibilità dell'azione di responsabilità anche nei casi in cui l'attività di direzione e coordinamento sia riconducibile a un ente locale.

Ciò si giustifica attraverso un'interpretazione della finalità economica e finanziaria richiesta dalla normativa civilistica, che non si esaurisce nella mera ricerca del profitto, ma si estende alla realizzazione degli scopi istituzionali dell'ente pubblico partecipante, come precedentemente evidenziato trattando l'orientamento dottrinale che non considera il fine utilitaristico come elemento ostativo all'applicabilità della disciplina.

In secondo luogo, la pronuncia appare particolarmente significativa laddove deduce in via automatica la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento dal requisito del controllo analogo del modello *in house*. Secondo tale impostazione, il potere dell'ente pubblico nei confronti della società si traduce come un potere di comando con modalità e intensità che non possono essere ricondotte alle facoltà ed ai diritti che normalmente spettano al socio. In tal senso, la condizione del controllo analogo si caratterizzerebbe per un *quid pluris* rispetto all'attività di direzione e coordinamento.

Il controllo analogo, infatti, implica una compenetrazione più intensa nelle decisioni della società partecipata, non arrestando il potere dell'ente al livello della mera individuazione delle linee strategiche, ma estendendolo alla concreta gestione. Da ciò deriverebbe che la sussistenza di una relazione più intensa, quale quella

²⁰⁴ Trib. Palermo, Sez. V, Sez. spec. in materia di imprese, 28 aprile 2021, n. 1842.

configurata dal controllo analogo, sia idonea a determinare *ex se* l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., rendendo soggetto il comune al riconoscimento del risarcimento direttamente in favore dei creditori della società *in house* come un danno erariale.²⁰⁵

Sul punto, tuttavia, la dottrina non offre una lettura univoca, risultando tuttora parzialmente divisa²⁰⁶.

Se da un lato si ritiene che il requisito del controllo analogo sia idoneo a integrare, in via automatica, gli estremi dell'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., in quanto configurerebbe un potere d'interferenza ancor più penetrante rispetto al controllo societario delineato dall'art. 2359 c.c., il quale si fonda sulla presunzione di influenza dominante richiamata dall'art. 2497-septies c.c. D'altra parte invece, proprio la mancanza di alterità sostanziale tra l'ente locale partecipante e la società *in house* partecipata, e la totale immedesimazione dell'interesse sociale con l'interesse dell'ente pubblico della partecipante, potrebbero indurre a sposare l'opposta conclusione in quanto ci si trova di fronte a società di mera forma privatistica ma con sostanza completamente attratta nell'organizzazione dei pubblici poteri e perciò trattandosi di attività di amministrazione indiretta.²⁰⁷

Questo secondo orientamento viene contestato, spesso con l'affermazione che i principali soggetti a subire un nocumento nella gestione delle imprese pubbliche — talvolta condotta in spregio alle istanze di economicità — sarebbero in tal modo i creditori sociali²⁰⁸. Posto che le casse dell'erario riceverebbero la reintegrazione del vulnus mentre la disciplina imperativa dell'impresa è diversamente finalizzata a

²⁰⁵ A. M. Quaglini, Società *in house* e responsabilità del comune per attività di direzione e coordinamento.

²⁰⁶ Considerano il controllo analogo più penetrante rispetto al controllo societario ex art. 2359 c.c.: Ibba, Società; Caprara; Montalenti; Demuro, il quale sottolinea come la direzione e coordinamento potrebbero sussistere anche solo in base al contratto di servizio; Fimmanò, Le società; In senso contrario, Ursi, identifica il controllo analogo con il controllo societario ex art. 2359 c.c. In parte, ci si spinge fino a ritenere il controllo analogo come la manifestazione più intensa del fenomeno dell'eterodirezione.

²⁰⁷ Cfr. Perfetti Il Consiglio di Stato e il diritto societario. Note minime a Consiglio di Stato n. 7369 del 2006.

²⁰⁸ F. Vessia Società *in house* providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento.

evitare che il rischio economico d'impresa sia trasferito sui creditori, anziché gravare esclusivamente sui soci.

Sul punto, particolarmente rilevanti appaiono i rischi in termine di danno erariale evidenziati dalla dottrina²⁰⁹, se si considera che ogni azione riconducibile allo schema delineato dall'art. 2497, comma 1, c.c. potrebbe costituire fonte di responsabilità per l'ente pubblico, obbligandolo conseguentemente al risarcimento dei danni nei confronti dei soggetti interessati. In questa prospettiva, sarebbero proprio i principi fondamentali della contabilità pubblica a costituire, talvolta in modo decisivo, un argomento per escludere la legittimità di tale ricostruzione.

Dirimente, sul punto, appare dunque la persistente contrapposizione tra e diverse concezioni del controllo analogo. Nell'incertezza interpretativa che ancora caratterizza il quadro, si rileva in dottrina²¹⁰ che la possibilità di assoggettare l'ente pubblico alla responsabilità ex art 2497 c.c. potrebbe rappresentare un incentivo ad un esercizio virtuoso del controllo analogo ed una contestuale valorizzazione consapevole della partecipazione dell'ente pubblico. In questo senso, anche alla luce dell'art 120-bis CCII, il socio pubblico sarà chiamato a svolgere, in un ruolo attivo, una funzione di prevenzione della crisi di impresa, essendo pacifica ormai l'idea che il soggetto che attua l'attività di direzione e di coordinamento abbia un dovere ed un potere di monitoraggio sulla società diretta.

²⁰⁹ E. Codazzi, L'esercizio del controllo analogo su società *in house* tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII.

²¹⁰ *Ibidem*.

CAPITOLO III

SOMMARIO: 3.1. La progressiva estensione della giurisdizione contabile: organi di controllo e danno obliquo nelle società in house; 3.2. Il riparto della giurisdizione prima dell’emanazione del TUSP; 3.3. Il riparto della giurisdizione dopo l’emanazione del TUSP; 3.4. L’attuale assetto in materia di riparto della giurisdizione; 3.5. Doppio binario sanzionatorio e principio del ne bis in idem; 3.6. Profili critici dell’interferenza tra giudizi;

3.1. La progressiva estensione della giurisdizione contabile: organi di controllo e danno obliquo nelle società in house

A quasi dieci anni dall’entrata in vigore del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, il presente capitolo si propone di tracciare le evoluzioni in materia e definire l’assetto attuale della responsabilità degli amministratori delle società *in house* tramite le più recenti prese di posizione giurisprudenziali.

Uno dei nodi interpretativi più rilevanti emersi nel dibattito - sia antecedente che successivo all’entrata in vigore del TUSP – riguarda, infatti, la configurabilità di una possibile concorrenza tra giurisdizione civile e la giurisdizione contabile.

A riprova della crescente attenzione riservata al tema, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, si è spesso fatto ricorso all’espressione “giurisdizione contesa”²¹¹, evocativa della incertezza che ruota intorno ad esso.

A tal proposito, i criteri di riparto delineati nei capitoli precedenti non precludono un’analisi della questione concernente l’eventuale concorso tra giurisdizione civile e contabile, nell’ipotesi di un medesimo fatto illecito produttivo di danno, né appaiono idonei a risolverla in via definitiva.

Come già rilevato, del resto, non tutti i profili inerenti alle società a partecipazione pubblica - e le correlate problematiche - trovano relativa risposta nel Testo Unico.²¹²

²¹¹ L’espressione di giurisdizione contesa è ripresa da Maria Cristina Razzano, Consigliere della Corte dei conti, in occasione del convegno “Le società pubbliche dalla Corte dei conti nel 2024”.

²¹² D. Di Russo, Manuale delle società pubbliche, Prefazione di B. G. Mattarella.

Prima di procedere a un'analisi compiuta delle pronunce successive alla nota pronuncia del 2013, è opportuno effettuare due precisazioni preliminari in merito ai soggetti sottoposti alla giurisdizione del giudice contabile in caso di danno erariale nelle società *in house*.

In primo luogo, deve ritenersi erariale anche il danno imputabile agli organi di controllo. A tale conclusione si perviene tanto in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale, che ha progressivamente ampliato il perimetro soggettivo della giurisdizione contabile, quanto sulla base del dato normativo, che, sebbene non esplicitamente riferito a tali soggetti, ne consente un'estensione coerente con la *ratio* del sistema.

Più precisamente, in base al tenore letterale dell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016, la giurisdizione della Corte dei conti in materia di danno erariale nelle società *in house* risulta formalmente circoscritta soltanto ad amministratori e dipendenti.

La disposizione, pertanto, non contiene alcun riferimento espresso agli organi di controllo, diversamente menzionati nella prima parte del medesimo comma esclusivamente in relazione all'assoggettamento alle azioni civili di responsabilità previste per le società a partecipazione pubblica.

Tuttavia, pur in presenza di tale dato testuale, la giurisprudenza contabile ha optato per un'interpretazione di tipo estensivo.

In particolare, la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Liguria, con la sentenza n. 31/2025, ha affermato che, ai fini della configurazione della responsabilità erariale nelle società *in house*, anche i componenti degli organi di controllo devono essere ricompresi nella nozione di amministratori atteso il rapporto funzionale di servizio che li lega all'ente pubblico di riferimento, estendendo così la loro responsabilità oltre i confini tradizionali.

Nello specifico, la sentenza precisa che per una società *in house* non rileva in alcun modo la distinzione tra organi di amministrazione e organi di controllo, atteso che sussiste in ogni caso un rapporto di servizio tra tutti gli organi sociali. Talché rimane decisiva la natura *in house* della società anche per i componenti degli organi di controllo che assumono un ruolo cruciale nel garantire la corretta gestione delle risorse pubbliche.

A sostegno di tale ricostruzione può rinvenirsi anche se si ricorda come ai sindaci siano assegnati *ex lege* anche specifici poteri sostitutivi degli amministratori, potendo concorrere, a vario titolo, nelle responsabilità assunte dai medesimi.

Si consideri, infatti, come i sindaci nelle società non quotate, potrebbero essere chiamati ad esercitare funzioni vicarie proprie dell'organo amministrativo nella gestione ordinaria della società, in caso di sostituzione temporanea dell'amministratore unico o del consiglio di amministrazione cui esistenza è venuta meno.

Ancora, non si tratta di facoltà ma di veri e poteri – doveri sostituitivi, e l'obiettivo di tale attività è la conservazione del patrimonio sociale e la salvaguardia della continuità aziendale, potendo altresì compiere quegli atti programmati dall'organo di amministrazione venuto a cessare.²¹³

In secondo luogo, appare utile soffermarsi sull'ordinanza n. 11186 del 2023 della Corte di Cassazione.

In tale occasione, il giudice di legittimità ha affermato che la giurisdizione contabile della Corte dei conti sussiste anche qualora sia prospettato un danno arrecato a una società *in house* da parte di un soggetto operante per conto di un'altra società *in house*, anch'essa partecipata dallo stesso ente pubblico. A fondamento di tale conclusione la Corte ha precisato che l'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016, nel prevedere la responsabilità contabile per gli amministratori e i dipendenti delle società *in house*, non opera una distinzione tra danno diretto e danno obliquo.

Per danno obliquo si intende quello arrecato a soggetti pubblici terzi rispetto all'amministrazione di appartenenza. Ciò su cui ci si concentra è, pertanto, la natura pubblicistica del soggetto danneggiato.

Più nello specifico ciò cui si pone l'attenzione è sia il legame con la contabilità pubblica che il relativo pregiudizio al patrimonio pubblico genericamente inteso, prescindendo così dalla veste formalmente privatistica assunta.

²¹³ R. Marcello, Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, in Rivista di Corporate Governance, 2020.

Sul punto autorevole dottrina²¹⁴ specifica come la possibilità di contestare davanti alla Corte dei conti un danno obliquo renda irrilevante anche la sussistenza del requisito del rapporto di servizio.

Ne consegue che si attribuisce alla Corte dei conti la giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa anche nei confronti di amministratori e dipendenti pubblici che abbiano cagionato un danno a enti o amministrazioni diverse da quelle di appartenenza, ai sensi dell'art 1, comma 4 l. 20/1994, n. 20. Tale ampliamento della legittimazione passiva trova fondamento non solo nel dato normativo, ma anche nell'esigenza di garantire una tutela più ampia del pubblico erario, coerentemente con il principio di unitarietà della finanza pubblica e con l'evoluzione della contabilità pubblica.²¹⁵

Il generale principio posto a salvaguardia delle finanze pubbliche, si spinge fino a ritenere irrilevante, nell'atto introduttivo del giudizio, l'errata individuazione dell'amministrazione effettivamente danneggiata.²¹⁶

3.2. Il riparto della giurisdizione prima dell'emanazione del TUSP

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, occorre in questa sede soffermarsi sulle principali prese di posizioni giurisprudenziali sviluppatesi in seguito al noto orientamento tracciato dalla Corte di cassazione nel 2013. Sul punto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, non sono mancate ricostruzioni che si discostano, almeno in parte, da quella prospettata dal giudice di legittimità in tale occasione. Tali posizioni si fondano – e continuano a fondarsi – in particolare sul presupposto

²¹⁴ Sul punto, fra gli altri, si veda B. Giliberti, Il rapporto di servizio.

²¹⁵ Come sottolineato nella Relazione del Presidente Marco Pieroni in occasione dell'Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2024 – Sezione giurisdizionale per la Regione Piemonte (Corte dei conti), la Corte di Cassazione ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione contabile della Corte dei conti in una vicenda in cui una società *in house*, in qualità di stazione appaltante, aveva commissionato una fornitura a condizioni manifestamente svantaggiose rispetto al mercato. Il danno erariale era stato causato da due dirigenti di altre società *in house*, incaricate – tramite apposite convenzioni – di attività di assistenza, supporto tecnico e predisposizione del progetto esecutivo propedeutico all'affidamento.

²¹⁶ Corte dei conti I sez. centr. app. n. 66/2023.

secondo cui, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, le giurisdizioni, contabile e civile, risultano reciprocamente autonome nei rispettivi ambiti istituzionali, anche qualora siano chiamate a pronunciarsi su un medesimo fatto materiale. Ne deriva, dunque, che l'attribuzione della cognizione alla Corte dei conti, con riferimento a una determinata fattispecie, non implica necessariamente *in re ipsa* l'esclusione della giurisdizione del giudice ordinario²¹⁷.

La distinzione tra *rationes*, presupposti e conseguenze delle due azioni è stata già esaminata nel primo capitolo, al quale si rinvia anche per la relativa analisi delle implicazioni sistematiche. Resta tuttavia opportuno evidenziare, in questa sede, come la questione in esame non si esaurisca in una riflessione meramente teorica, ma rivesta una rilevanza concreta, soprattutto in ragione del rischio che il socio pubblico - qualora il pubblico ministero contabile agisca tempestivamente per il danno arrecato al patrimonio sociale - ottenga una soddisfazione preferenziale rispetto ad eventuali soci privati (ove statutariamente ne fosse ammessa la previsione) o ai creditori sociali²¹⁸.

Di tale assunto è anche autorevole dottrina che rileva come la soluzione seguita dalla Cassazione nel 2013 finisca per garantire la massima protezione al socio pubblico, lasciando tuttavia priva di adeguata protezione gli eventuali soci privati e i creditori della società *in house*²¹⁹.

Nondimeno, il rischio prospettato risulta particolarmente noto alle procure contabili, costituendo da tempo oggetto di specifica attenzione. Già nel 2009, la Corte dei conti, Sez. Giurisdizionale Friuli-Venezia Giulia²²⁰, rilevava come l'azione di responsabilità amministrativa si configurasse come strumento concorrente alle azioni civili di responsabilità sociale degli amministratori e sindaci della società, senza tuttavia sostituirvisi, assumendo piuttosto una forma di tutela ulteriore. In base all'impostazione della Corte, tale tutela aggiuntiva si renderebbe

²¹⁷ Sul tema, ex *multis*, Cass., Sez. Un., 27 novembre 2009, n. 25495; Cass., Sez. Un., 22 ottobre 2014, n. 22277.

²¹⁸ A. Lamorgese, Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione in *Giur. Comm.*

²¹⁹ R. Garofoli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2025.

²²⁰ Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Friuli Venezia Giulia, 18 marzo 2009, n. 98.

necessaria ai fini della salvaguardia delle funzioni e dei servizi pubblici ai quali la società stessa è preordinata²²¹.

Con specifico riferimento alla questione di un possibile concorso di giurisdizione nella nota sentenza della Corte di Cassazione n. 26283 del 2013, la giurisprudenza ha qualificato le società *in house* come mere articolazioni dell'amministrazione pubblica da cui esse promanano, escludendone la soggettività giuridica autonoma. Da ciò, due conseguenze fondamentali secondo la giurisprudenza.

In primo luogo, il danno eventualmente arrecato al patrimonio sociale dall'agire - o dal non agire - degli organi della società è arrecato ad un patrimonio (seppur separato) sempre riconducibile all'ente pubblico e pertanto qualificabile come erariale²²².

In secondo luogo, qualora una società partecipata da enti pubblici, danneggiata dai propri gestori ed organi di controllo, presenti le caratteristiche di una società *in house*, secondo i giudici di legittimità, occorre prendere atto che sarebbe impossibile realizzare un soddisfacente coordinamento sistematico tra l'azione di responsabilità dinanzi al giudice contabile e l'esercizio delle azioni di responsabilità (sociale, ma anche dei creditori sociali) contemplate dal codice civile. Ciò in quanto il danno civile e il danno erariale dovrebbero considerarsi reciprocamente escludenti.

Sin dall'immediatezza della pronuncia esaminata la questione del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e Corte dei conti ha continuato a presentarsi in termini problematici.

In particolare, appena due anni più tardi, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 5848 del 2015, furono chiamate a pronunciarsi su un regolamento di giurisdizione sollevato nel contesto di un giudizio civile promosso nei confronti degli amministratori di una società interamente partecipata da un ente pubblico. La peculiarità del caso risiedeva nel fatto che la società fosse divenuta *in*

²²¹ Si veda sul punto R. Morzenti Pellegrini, La responsabilità amministrativa tra funzione di deterrenza e di garanzia nelle ipotesi di cattiva amministrazione. In questo senso, la tutela si orienta anche a scongiurare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'eventuale inerzia dei soggetti legittimati ad agire.

²²² Si veda sul punto anche A. Scarpa, responsabilità amministrativa e responsabilità civile: un fatto, un danno e due giurisdizioni?.

house solo in un momento successivo ai fatti contestati, ossia in un momento successivo rispetto a quando erano stati compiuti gli atti di gestione oggetto di responsabilità. Il quesito sul quale il giudice di legittimità fu chiamato a pronunciarsi, risultò tuttavia privo di rilevanza ai fini decisori e, di conseguenza, la risposta non assunse carattere risolutivo, precludendo l'elaborazione di una posizione che potesse considerarsi sistematicamente definitiva della questione.

Ciononostante, le posizioni assunte, rispettivamente, dal Procuratore generale e dal Collegio giudicante, concorsero a evidenziare come la questione fosse tutt'altro che pacifica, confermando l'esistenza di un contrasto interpretativo ancora aperto e la persistente non univocità delle soluzioni prospettate in ordine al riparto della giurisdizione.

Da un lato, il Procuratore generale presso la Corte dei conti riteneva inammissibile il regolamento di giurisdizione, muovendo dal presupposto che tra l'azione erariale, esperibile dinanzi alla Corte dei conti, e l'azione civile di responsabilità nei confronti degli organi sociali, proposta ai sensi dell'art. 2393 c.c., non sussista un rapporto di esclusività, bensì di alternatività. Diversamente, il Collegio giudicante considerava la questione di giurisdizione effettivamente sussistente, in quanto taluni dei convenuti avevano eccepito il difetto di giurisdizione del giudice civile, sostenendo la devoluzione esclusiva della controversia al giudice contabile.

Ciò che più rilevò, tuttavia, fu che in tale occasione il collegio delle Sezioni Unite si interrogò²²³ sulla tenuta logico-sistematica della ricostruzione che aveva, sino a quel momento, condotto ad affermare la giurisdizione contabile nei confronti degli organi sociali delle società *in house*.

Ci si domandò, infatti, se proprio tali argomentazioni - tra cui, in particolare, l'assenza di un effettivo rapporto di alterità tra società *in house* ed ente pubblico - non imponessero di escludere la possibilità che, per i medesimi fatti lesivi, potesse residuare una (eventualmente concorrente) giurisdizione del giudice ordinario, investito dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dell'art. 2393 c.c. In altri termini, proprio la riconduzione unitaria del patrimonio sociale all'ente pubblico, seppur separato, unitamente all'asserita assenza di una reale alterità soggettiva tra

²²³ *Ibidem*

società *in house* e amministrazione partecipante, dovrebbe condurre a escludere ogni forma di concorso con la giurisdizione ordinaria.

3.3. Il riparto della giurisdizione dopo l’emanazione del TUSP

Se quello delineato nel paragrafo precedente rappresentava l’assetto previgente all’emanazione del TUSP, diversa è invece la direzione assunta dalla giurisprudenza successiva.

A partire dal 2018, infatti, le ripetute pronunce intervenute²²⁴, successive all’entrata in vigore del Testo Unico, sembrano essersi orientate verso il superamento dell’impostazione che riconosceva che ragionava in termini di esclusività, affermando una posizione ammissiva della piena concorrenza e ammettendo una potenziale sovrapposibilità tra i giudizi²²⁵.

In altri termini, il corretto inquadramento sistematico sviluppatosi comporta che possano sussistere due forme di responsabilità concorrenti e settoriali: quella civilistica comune e quella erariale, e l’una non preclude l’altra.

In dottrina, tale eventualità è stata qualificata come doppio binario giurisdizionale²²⁶ e non sembra potersi ritenere esclusa neppure alla luce del tenore letterale dell’art. 12 del TUSP. La norma, infatti, pur facendo espressamente salva per le società *in house* la giurisdizione contabile, non nega con ciò di per sé che l’azione sociale possa esser esperita dalla danneggiata avanti al giudice ordinario e secondo le regole codicistiche.

In particolare, tra il 2018 e il 2019, le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono intervenute con due significative ordinanze, rispettivamente la n. 4883 del 2018 e n. 10019 del 2019 affermando la possibilità che, per i medesimi fatti, possano essere

²²⁴ Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, con nota di F. Fimmanò, Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente “a tutto campo” della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità, in *Società*, 2019.

²²⁵ Si veda sul punto F. Fimmanò, Le pluri-responsabilità connesse e collegati di organi sociali delle partecipate e degli amministratori e dirigenti degli enti pubblici soci nella evoluzione della giurisprudenza.

²²⁶ R. Garofoli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2025.

instaurati parallelamente un giudizio civile e un giudizio contabile, determinando così una posizione ed un orientamento diversi rispetto a quella assunta nel 2013.

Con la prima di tali pronunce, ovvero l'ordinanza n. 4883 del 2018, le Sezioni Unite hanno precisato che l'azione di responsabilità per danno erariale e l'azione civile di responsabilità promossa dalle amministrazioni secondo i canoni del diritto civile comune, costituiscono strumenti distinti di tutela, dotati di propria autonomia sotto il profilo strutturale e funzionale, e restano reciprocamente indipendenti anche quando investano i medesimi fatti materiali²²⁷.

L'ordinanza ebbe il merito di sottolineare due aspetti.

In termini prioritari, venne evidenziato come il primo rimedio, ovvero l'azione di responsabilità per danno erariale, fosse volto alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria. Differentemente, il secondo rimedio, ovvero quello civilistico, finalizzato al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola Amministrazione attrice.

In secondo luogo, si sottolineò come eventuali interferenze tra i giudizi potessero integrare una questione non di giurisdizione, ma di proponibilità dell'azione innanzi a giudice contabile. Sicché l'azione contabile potrebbe concorrere con le altre azioni poste a garanzia dei soci e dei creditori sociali previste dal codice civile, come avviene per gli altri casi di responsabilità devoluti alla giurisdizione contabile, senza che si determini alcun conflitto di giurisdizione, ma soltanto un'eventuale preclusione all'esercizio di un'azione quando con l'altra sia già ottenuto il medesimo bene della vita²²⁸.

²²⁷ Sul punto, fra gli altri, si veda F. Izzo, *La responsabilità erariale e la giurisdizione della Corte dei conti*, 2025, in cui si sottolinea nonostante la mancata coincidenza tra le giurisdizioni, l'oggetto della domanda di giustizia risulta essere, per entrambe le azioni, sostanzialmente il medesimo.

²²⁸ Sul punto anche Cass. Civ., SS.UU., 17 aprile 2014, n. 8927, richiamata anche da F. Cerioni, che rileva come la legittimazione straordinaria del pubblico ministero contabile, garantita dalle diverse disposizioni succedutesi nel tempo in tema di contabilità pubblica, non ha mai precluso alle pubbliche amministrazioni, danneggiate da atti e comportamenti dei propri dipendenti, di agire in sede civile per il risarcimento dei danni ovvero, nei casi di commissione di reati, di costituirsi parte civile nei relativi procedimenti penali. In argomento cfr. pure T. Miele, *La responsabilità contabile concorrente*.

Ciò, tuttavia, sempre che non sia contestata dinanzi alla Corte dei conti la configurabilità stessa, in astratto, di un danno erariale, in relazione ai presupposti - come nel caso di inesistenza di un rapporto di servizio - normativamente previsti per il sorgere della responsabilità amministrativa contestata dal Procuratore contabile.

In tal caso si configurerebbe, diversamente, una questione di giurisdizione risolvibile dalle Sezioni Unite, essendo posta in discussione la *potestas iudicandi* del giudice contabile.

La successiva ordinanza n. 10019 del 2019²²⁹ si pone in continuità con l'indirizzo delineato nel 2018, rafforzandolo ulteriormente. In tale occasione, le Sezioni Unite posero l'accento sul rapporto fra l'azione di responsabilità esercitata, ex art. 146, comma 2, L. fall., dal curatore del fallimento di una società *in house* e l'azione esercitata dal procuratore contabile.

Sul punto, si è precisato come l'azione di responsabilità esercitata, ex art. 146, comma 2, L. fall., dal curatore del fallimento nei confronti degli amministratori, dei componenti degli organi di controllo e del direttore generale della stessa è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in conseguenza della scelta del paradigma privatistico, che comporta, in mancanza di specifiche disposizioni in senso contrario o di ragioni ostative di sistema, l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato. Nondimeno, resterà salva la giurisdizione contabile sulle controversie in materia di danno erariale eventualmente ascrivibile alla condotta degli anzidetti soggetti.

In altri termini, ove sia prospettato anche un danno erariale, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio.

Così come l'ordinanza n. 10019 del 2019, anche la sentenza delle Sezioni Unite n. 22406 del 2018²³⁰ si colloca nell'ambito di una procedura fallimentare riguardante una società *in house*, partecipata nel caso di specie in via esclusiva da un ente locale, e non assoggettata *ratione temporis* alla disciplina dettata dall'art. 12 del TUSP.

²²⁹ Ordinanza Sez. Unite n. 10019 del 2019.

²³⁰ Sentenza Sez. Unite n. 22406 del 2018.

L'aspetto di maggior rilievo della sentenza è la precisazione secondo cui la proponibilità di una doppia giurisdizione, pur in riferimento agli stessi fatti materiali, non si pone in contrasto con il principio del *ne bis in idem*. Ciò in quanto l'art. 146, comma 2, della legge fallimentare consente il cumulo delle azioni di responsabilità promosse in favore della società e dei suoi creditori, ai sensi degli artt. 2393 e 2394 c.c., senza precludere, in via parallela, l'eventuale esercizio dell'azione contabile, qualora ricorrano i presupposti.

Nonostante la vicenda oggetto della sentenza si collochi nell'ambito di una procedura fallimentare, non si rinvengono elementi che inducano a circoscrivere l'applicabilità del principio affermato al solo contesto concorsuale.

Nondimeno, la responsabilità contabile²³¹ non può, in alcun modo, costituire un ostacolo all'effettiva tutela dei creditori sociali, obiettivo peraltro da tempo auspicato anche dalla dottrina giuscommerciale, come dimostrano i diversi orientamenti maturati in materia di controllo analogo.

Altresì non appare neppure invocabile il principio di concentrazione sancito dall'art. 3 del d.lgs. n. 174 del 2016, Codice di giustizia contabile.²³² Questo principio ritenuto strettamente connesso al principio di effettività sancito dall'art. 2 del Codice trova una sua applicazione anche nel processo amministrativo ai sensi dell'art. 7 del Codice del processo amministrativo, e rappresenta espressione concreta dei principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Nell'ambito della giurisdizione contabile, infatti, il principio di effettività si attua attraverso la concentrazione davanti al giudice contabile di ogni forma di tutela degli interessi pubblici e dei diritti soggettivi coinvolti, a garanzia della ragionevole durata del processo.

²³¹ A. Scarpa, responsabilità amministrativa e responsabilità civile: un fatto, un danno e due giurisdizioni?.

²³² V. Tenore, in Riflessioni sui principi generali espliciti e impliciti del codice della giustizia contabile.

3.4. L'attuale assetto in materia di riparto della giurisdizione

Dalla linea evolutiva sin qui ricostruita può desumersi il progressivo consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale pacificamente favorevole alla coesistenza di un doppio binario di giurisdizione.

Tale approccio, infatti, inizialmente affermatosi con cautela, ha trovato, a partire dal 2021, ulteriori sviluppi e puntualizzazioni finalizzati a definire in modo più stabile e sistematicamente coerente il rapporto tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria.

Risultano particolarmente significative le ordinanze n. 614 del 2021 e n. 567 del 2024 delle Sezioni Unite, che si pongono in continuità con l'indirizzo giurisprudenziale ormai prevalente.

Sicché in tali sedi è stato precisato che l'azione di responsabilità per danno erariale nei confronti degli organi di amministrazione e controllo di una società partecipata può essere devoluta al giudice contabile solo laddove sussistano, in concreto, tutti i requisiti per la qualificazione della società come *in house*. Pertanto, la sola partecipazione pubblica, in assenza di un effettivo controllo analogo e dello svolgimento prevalente dell'attività in favore dell'ente pubblico, non è di per sé sufficiente a radicare la giurisdizione contabile, essendo necessaria una verifica sostanziale della struttura e della funzione della società.

Mentre con riferimento al cosiddetto doppio binario giurisdizionale, uno dei possibili rischi dell'ammissibilità di un tale assetto, su cui la Cassazione si è più volte soffermata, riguarda la duplicazione dei risarcimenti, che la concorrenza delle azioni inevitabilmente porta con sé.

La duplicazione dei risarcimenti, infatti, è un problema pratico, che tuttavia non può incidere sull'assetto delle giurisdizioni.

Sul punto, le Sezioni Unite nella Sent. n. 7299/2025²³³ evidenziano come il nodo centrale sia evitare la duplicazione delle pretese e la conseguente distorsione ultra-compensativa delle statuizioni risarcitorie che abbiano ad oggetto una medesima vicenda sostanziale e lo stesso rapporto tra l'amministrazione danneggiata e il

²³³ Sezioni Unite, Sent. n.7299/2025.

proprio dipendente, o per quanto qui rileva gli organi di amministrazione e controllo della società. Tali statuizioni, infatti, risultano riconducibili al medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sul medesimo fatto costitutivo.

In tale prospettiva il giudice adito dovrà tener conto, nella fase di liquidazione, di quanto eventualmente già riconosciuto da un altro giudice in via definitiva, al fine di evitare un'indebita sovrapposizione dei ristori, ma varie sono state le soluzioni prospettate che verranno analizzate nel paragrafo successivo.²³⁴ Proprio tale eventuale duplicazione del risarcimento del danno comporterebbe la violazione del *ne bis in idem* ²³⁵.

Secondo autorevole dottrina²³⁶, questa evoluzione rappresenta lo sviluppo coerente dell'affermazione, seppur implicita, contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 203 del 2022. In tale pronuncia la Corte ebbe il merito di ribadire che il pubblico agente può essere chiamato a rispondere del danno arrecato all'amministrazione sia dinanzi alla Corte dei conti sia davanti al giudice ordinario, precisando tuttavia che non dovesse esserci un cumulo del danno risarcibile, erariale e/o civile.

Fra i diversi orientamenti che si sono prospettati in materia, a livello dottrinale, appare opportuno soffermarsi su uno in particolare che, anche in ragione della sua crescente adesione, pone ulteriori spunti di riflessione²³⁷, e che si caratterizza per l'assenza di riserve in merito alla possibilità di concorso tra l'azione contabile e l'azione civile ordinaria nel caso delle società *in house*, sia in presenza di un danno diretto all'ente pubblico, sia in ipotesi di pregiudizio arrecato al patrimonio sociale.

²³⁴ H. Bonura, D. Di Russo, B. G. Mattarella, Appunti sulle società pubbliche “quotate” dopo il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

²³⁵P. Santoro, Negazionismo del bis in idem, processi paralleli e doppie condanne in www.cortedeiconti.it.

²³⁶A. Scarpa, responsabilità amministrativa e responsabilità civile: un fatto, un danno e due giurisdizioni?.

²³⁷ G. Dongiacomo e R. Rordorf in Il giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali, secondo cui in riferimento alle altre società pubbliche la possibile concorrenza vi sarebbe soltanto del caso di danno diretto.

Secondo questo orientamento, infatti, ciò che determina l'insorgenza delle azioni esercitabili e delle corrispondenti giurisdizioni non è solamente il danno ma il tipo di comportamento, e perciò l'inadempimento, che l'ha determinato.

In altri termini, la giurisdizione sarebbe contabile soltanto se l'inadempimento riguarda i doveri giuridici che gli amministratori della società hanno in conseguenza del rapporto di servizio che, pur solamente in modo occasionale, li lega all'ente pubblico socio.

Da ciò discende che per la devoluzione alla cognizione della Corte dei conti dei giudizi di responsabilità non è sufficiente che l'ente danneggiato per effetto della condotta attiva od omissiva dell'amministratore abbia natura pubblica e/o che le risorse monetarie abbiano natura pubblica, occorre, altresì, che la gestione di queste risorse sia assoggettata, nei vari momenti - anche perciò erogazione e rendicontazione - ai vincoli previsti per la spesa del denaro pubblico e che l'evento di danno si collegato causalmente con la inosservanza, da parte dell'autore della condotta, degli obblighi di servizio su di lui gravanti, a tutela del corretto impiego del pubblico denaro, secondo la disciplina regolatrice dell'esercizio della funzione²³⁸.

Al contrario, invece, ove l'inadempimento ha danneggiato il patrimonio del socio pubblico - e per le società *in house* il patrimonio della società stessa - ma ha riguardato non i doveri relativi e perciò conseguenti al rapporto di servizio ma solo quelli che gravano sull'amministrazione della società in funzione della gestione dell'impresa al pari di ogni altra società la responsabilità non può che essere appartenente esclusivamente al giudice ordinario, al pari perciò altrettanto di ogni altro amministratore di società.

Appare particolarmente utile, per comprendere l'analisi svolta nel presente paragrafo, l'utilizzo di un esempio più pratico.

Se vi fosse una società *in house* fallita, l'azione di responsabilità promossa dal curatore, diretta al risarcimento del danno provocato ai creditori non potrebbe, secondo questo orientamento, di certo essere esclusa a vantaggio dell'azione contabile promossa dal procuratore della Corte dei conti. Questo in virtù del fatto

²³⁸ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. 3/2003, est. Giusti, citata da G. Salvato, Riparto di giurisdizione.

che l'azione promossa dal procuratore contabile non potrà mai essere finalizzata ad aumentare la massa attiva nell'interesse del ceto creditorio. In questo modo le due azioni potranno convivere senza prevalere l'una sull'altra. Ove nel tempo si dovessero formare due diversi titoli da eseguire sui beni dei componenti degli organi sociali, i due titoli seguiranno le normali dinamiche del processo di esecuzioni con il conseguenziale rischio che una delle due azioni potrà bruciare - sul tempo - l'altra che perciò non avrà esito fruttuoso in virtù della sopravvenuta incapacienza²³⁹.

3.5. Doppio binario sanzionatorio e principio del *ne bis in idem*

L'attuale stato dell'arte in merito alla trattazione dei giudizi, in sede contabile e in sede civile, relativi alla responsabilità degli amministratori e dei sindaci delle società *in house* per atti di *mala gestio* è frutto di un'evoluzione giurisprudenziale tutt'altro che lineare.

Proprio tale evoluzione consente di soffermare l'analisi su un ulteriore aspetto centrale del tema, ovvero il principio del *ne bis in idem*. Più segnatamente, in questa sede conclusiva del presente capitolo pare opportuno strutturare non solo un'analisi del principio stesso e della sua rilevanza in materia di danno societario di società *in house*, ma anche delle conseguenze che potrebbero esservi in caso di interferenza tra giudizi²⁴⁰.

Su quest'ultimo aspetto, alcune soluzioni interpretative sono già state brevemente richiamate nei paragrafi precedenti, ma meritano in questa sede un ulteriore approfondimento sistematico.

²³⁹ F. Fimmanò - A. Laudonia, La responsabilità penale degli organi di società a controllo pubblico Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406, cit. con nota di F. Fimmanò, 2019, nella vicenda processuale si confermava l'attribuzione dell'azione esercitata alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto era stata la curatela per prima ad adire l'autorità giudiziaria in quella sede, esattamente come avrebbe potuto fare il procuratore della Corte dei conti in presenza delle condizioni e semmai contemporaneamente in sede di giurisdizione contabile.

²⁴⁰C. D'Urso, La responsabilità degli amministratori nelle società *in house*: problemi di giurisdizione.

In materia di danno societario, come già illustrato nei passaggi precedenti, la giurisprudenza ha reiteratamente²⁴¹ ammesso la possibilità di formazione di giudicati distinti aventi ad oggetto il medesimo fatto.

Tale possibilità è stata qualificata da autorevole dottrina,²⁴² come espressione di un riconoscimento normativo del doppio binario, concetto tradizionalmente impiegato dalla giurisprudenza di legittimità per disciplinare i rapporti tra la responsabilità amministrativa e le ordinarie forme di responsabilità civile, nonché le connesse azioni esercitabili dall'amministrazione danneggiata.

La circostanza che le relative azioni siano volte ad una tutela con oggetto il medesimo pregiudizio non preclude la loro coesistenza, né integra una violazione del principio del *ne bis in idem*, con l'ulteriore precisazione²⁴³ che con riguardo all'azione prevista dall'art. 2497 c.c., la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, dal momento che la subordinazione gerarchica degli amministratori della società *in house* non esclude di per se l'autonomia soggettiva della società controllata.

Per una compiuta trattazione della tematica in esame, si impone preliminarmente l'esigenza di alcune premesse, in particolare di natura definitiva.

Il principio di *ne bis in idem*, o divieto di *ne bis in idem*, viene identificato come garanzia per il cittadino di non essere sottoposto per il medesimo fatto, ad un nuovo giudizio, dopo essere stato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile.²⁴⁴

In verità, secondo la tradizione romanistica²⁴⁵, il principio *ne bis in idem* ha due accezioni, o più correttamente due diversi significati. Un primo sostanziale inteso come divieto di punire più volte una persona per un *idem factum* ed un secondo processuale inteso come divieto di sottoporre a giudizio più volte – *bis* – una

²⁴¹ Fra le altre, Cass., S.U., 15 gennaio 2021, n. 614 e nello stesso senso, Cass., S.U., 19 gennaio 2021, n. 781.

²⁴² C. Chiarenza, Intervento, in *Le società pubbliche: il difficile equilibrio fra le giurisdizioni* (Atti dell'incontro, Roma, 8 aprile 2013).

²⁴³ In tema tra le tante Cass., SS.UU., Sent., n. 2739 del 27 marzo 1997. Si veda anche Trib. Palermo, Sez. Impr., V civile, 28 aprile 2021, in *Società*, 2021.

²⁴⁴ A. Salerno, *Ne bis in idem* in *Diritto Amministrativo*, Vol. I, I principi, 2025.

²⁴⁵ P. Santoro, *Negazionismo del bis in idem, processi paralleli e doppie condanne* in www.cortedeiconti.it.

persona per il medesimo fatto. La duplice valenza, pertanto, secondo tale tradizione era nei termini di *litis contestatio* e di *res iudicata*.

La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti, Regione Calabria, nella sentenza n. 120/2022, descrive tale principio – cui sviluppo si deve all’evoluzione pretoria comunitaria - come il divieto di frazionamento in più giudizi della reazione punitiva dello Stato nei confronti della medesima condotta illecita.

Sebbene il principio del *ne bis in idem* trovi la sua applicazione tipica in ambito penale, quale tipica garanzia del giusto processo, esso ha progressivamente acquisito rilevanza anche nel contesto della concorrenza tra giurisdizione contabile e giustizia civile.

In dottrina²⁴⁶, la possibilità che ben tre giudici possano occuparsi, non alternativamente, ma cumulativamente della stessa questione di responsabilità viene definita frequentemente come una problematica dai “toni drammatici” e risalente è la discussione circa il carattere esclusivo, o meno, della giurisdizione della Corte dei conti.

A sostegno dell’esclusività del processo contabile vi è l’idea che proprio in ragione dell’esistenza di un giudice specializzato si dovrebbe precludere la possibilità che altri giudici possano accertare la stessa responsabilità.

Detto in altri termini, l’esistenza di una magistratura istituzionalmente preposta a conoscere della responsabilità amministrativo – contabile dovrebbe precludere la possibilità che l’amministrazione interessata porti a conoscenza di un diverso plesso giurisdizionali, gli stessi fatti, seppur diversamente inquadrati.

In una fase risalente della giurisprudenza di legittimità²⁴⁷, la Corte di cassazione ha reiteratamente affermato l’insussistenza di una possibile concorrenza tra la giurisdizione contabile e quella civile, riconoscendo alla prima, nei casi di danno erariale, un carattere di esclusività.

²⁴⁶ G. Scoca, Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte di conti, in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile.

²⁴⁷ S. Imperiali, I limiti della giurisdizione contabile nella giurisprudenza della Corte di cassazione, in Scritti per i 150 anni della Corte dei conti.

L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità sanciva in termini inequivoci²⁴⁸ l'esclusività della giurisdizione della Corte dei conti, anche in ragione della diversità dei regimi sostanziali e processuali tra illecito civile ed illecito contabile e dell'esistenza, nel sistema di responsabilità contabile, di regole speciali rispetto a quelle generali del diritto e del processo civile.

A sostegno di tale ricostruzione venivano altresì richiamati, da un lato, l'art. 22 del testo unico n. 3 del 1957, e dall'altro, l'art. 103, comma 2, della Costituzione, il quale dispone che "La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge".

In primo luogo, il richiamo all'art 22 permetteva di negare che la p.a. potesse agire direttamente o in rivalsa, nella sede civile, e perciò si intendeva la disposizione quale fondamento normativo dell'attribuzione esclusiva alla giurisdizione contabile.

In secondo luogo, il richiamo alla previsione costituzionale si qualificherebbe quale, secondo questo orientamento, elemento idoneo a considerare la giurisdizione contabile come autonomamente riconosciuta dall'ordinamento. In senso difforme, invece, nell'ipotesi in cui il danno erariale derivasse da una condotta penalmente rilevante²⁴⁹, dovrebbe trovare applicazione il principio opposto, ossia quello della concorrenza tra la giurisdizione penale e quella contabile.

Tuttavia, nel corso della storia repubblicana, il significato dell'autonomia di questa giurisdizione ha oscillato²⁵⁰, con conseguenti variazioni nei rapporti con la giurisdizione ordinaria.

Pertanto diversa rispetto alla posizione della giurisprudenza di legittimità ora analizzata, era anche la posizione assunta dalla Corte costituzionale, la quale, sin dalle sue prime pronunce in materia e, tra le altre la sentenza n. 169/2018, ha affermato che la giurisdizione della Corte dei conti, con riferimento alle "altre

²⁴⁸ Sul punto cfr. M. De Paolis, *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2007 ma anche P. Santoro, *Sistema di responsabilità e pubblica amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli.

²⁴⁹ Cass., S.U., 4 gennaio 2012, n. 11, in *Foro amm.- CdS*, 2012, 262. Per un efficace riepilogo della giurisprudenza, A. Giordano, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità*. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020.

²⁵⁰ Cfr. Corte dei conti e giurisdizione ordinaria: l'angolo prospettico del Consiglio superiore della magistratura in www.cortedeiconti.it.

materie specificate dalla legge” di cui all’art. 103 Cost., non riveste carattere assoluto, ma si configura come “tendenzialmente generale.”

Secondo la lettura offerta dalla Corte, la copertura costituzionale attribuita alla giurisdizione contabile risulta suscettibile di modulazione da parte del legislatore ordinario, che potrebbe conformarne estensione e contenuti alla luce delle mutevoli esigenze di politica legislativa²⁵¹.

Da ciò discenderebbe che la Corte dei conti non possa essere ritenuta giudice esclusivo della tutela del danno pubblico.

A ben vedere, secondo parte della dottrina²⁵², un diverso orientamento della Corte di cassazione avrebbe tuttavia iniziato a prendere forma, già a partire dalla sentenza della Corte costituzionale 7 luglio 1988, n. 773, la quale - pur riguardando specificamente i rapporti tra il giudizio penale e quello contabile - avrebbe posto le premesse per un progressivo superamento della concezione dell’esclusività assoluta della giurisdizione contabile.

All’iniziale impostazione fondata sull’esclusività si sarebbe così sostituita una concezione ispirata al principio dell’alternatività, in forza della quale le azioni dinanzi ai diversi giudici non si considerano più reciprocamente escludenti, ma potenzialmente coesistenti, salvo le eventuali questioni di proponibilità e non più di giurisdizione, come già illustrato nei capitoli precedenti.

L’orientamento²⁵³ contrario rispetto a quello delineatosi nella prima fase dell’analisi pone l’accento sulla diversità - anche sotto il profilo ontologico - delle azioni, ancorché riferite al medesimo danno, nonché sull’ambiguità della nozione di esclusività.

Quest’ultima, infatti, può assumere due distinti significati.

²⁵¹ Sul punto si veda anche M.S. Giannini, Spunti sulla giurisdizione contabile e sui Consigli di prefettura, il quale afferma il carattere non esclusivo della giurisdizione contabile, osservando che non si può, dal solo fatto che la norma costituzionale affermi che la Corte dei conti ha giurisdizione in materia di contabilità pubblica, inferire che essa debba essere l’unico organo giurisdizionale contabile.

²⁵² P. Santoro, Negazionismo del bis in idem, processi paralleli e doppie condanne in www.cortedeiconti.it.

²⁵³ M. Sciascia, Manuale di diritto processuale contabile, Milano, Giuffrè, 2012, 493; V. Tenore (a cura di), La nuova Corte dei conti Responsabilità, pensioni, controlli, Milano, Giuffrè, 2004.

Da un lato²⁵⁴, l'esclusività può intendersi come la capacità di concentrare, in un'unica sede giurisdizionale, la piena cognizione sia di diritti soggettivi sia di interessi legittimi, nonché di tutti i vizi dedotti. Dall'altro, può essere interpretata come attitudine escludente, ossia come l'idoneità a precludere dinanzi ad altre giurisdizioni la cognizione sulla medesima fattispecie²⁵⁵.

In relazione al più ampio tema della concorrenza tra la giurisdizione della Corte dei conti e civile, si segnala una posizione dottrinale di particolare interesse²⁵⁶, la quale, negando la natura competitiva e concorrenziale dei diversi processi esperibili, sposta l'attenzione sul risultato finale sostanzialmente conseguibile - vale a dire l'entità del risarcimento – considerato intrinsecamente asimmetrico. Proprio tale asimmetria, secondo questa impostazione, aprirebbe la strada ad un uso politico dell'azione civile, specialmente a livello locale, finalizzato a colpevolizzare gli avversari per tutelare gli interessi del proprio gruppo di riferimento. In questa prospettiva, l'azione civile risarcitoria rischierebbe di sovrastare quella pubblica per danno erariale, finendo per avvantaggiare le amministrazioni più attive e strategiche sul piano processuale.

Ancora, si rileva, secondo tale orientamento, come l'alternatività fra azione civile e azione pubblica permetterebbe che la scelta dei rimedi processuali azionabili sia rimessa ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione danneggiata²⁵⁷.

²⁵⁴ Cass., S.U., 18 maggio 2017, n 12517.

²⁵⁵ Cass., S.U., n. 22059/2007.

²⁵⁶ P. Santoro, *Il bis in idem nel processo contabile e dintorni*.

²⁵⁷ F. Pasqualucci, *La linea di demarcazione fra le giurisdizioni*.

3.6. Profili critici dell'interferenza tra giudizi

L'assetto delineato nel paragrafo precedente, relativo all'assenza di violazione del principio del *ne bis in idem* nei casi di concorrenza di giudizi civili e contabili, non è andato esente da voci critiche²⁵⁸ in dottrina, specie in considerazione dell'applicazione concreta di quanto prospettato.

Si evidenziano, infatti, alcuni rilevanti punti di attrito nell'impianto appena delineato, specie a livello processuale. Un esempio che consente di cogliere immediatamente le implicazioni concrete di tali criticità è rappresentato dal possibile contrasto di giudicati.

Per i profili più strettamente attinenti al danno societario, parte della dottrina²⁵⁹ considera l'ipotesi di cumulo di azioni di responsabilità come una coercizione nei confronti degli amministratori che sarebbero tenuti a risarcire due volte lo stesso danno, facendo così assumere alla responsabilità erariale un profilo marcatamente sanzionatorio.

Altresì, proprio quest'orientamento rileva come l'azione dinanzi alla Corte dei conti dovrebbe ritenersi preclusa qualora la condanna pronunciata dal giudice ordinario abbia già consentito l'integrale refusione del danno.

Frequentemente, in dottrina, si è segnalata l'assenza di strumenti di coordinamento nei casi di contemporanea pendenza del giudizio civile e di quello contabile in relazione al medesimo fatto.

A tal proposito, è stata sottolineata la mancata regolazione dei rapporti tra giurisdizioni, questione peraltro già posta all'attenzione della Relazione al Codice di giustizia contabile.

La Relazione, infatti, evidenzia un'apparente dicotomia: da un lato, sembra presupporre che la pubblica amministrazione non possa agire al di fuori della giurisdizione contabile; dall'altro, riconosce come il legislatore delegato abbia preso atto dell'impossibilità di vietare in via assoluta alle pubbliche

²⁵⁸ A. Scarpa, responsabilità amministrativa e responsabilità civile: un fatto, un danno e due giurisdizioni?.

²⁵⁹C. Ibba, Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa, in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile.

amministrazioni di promuovere azioni risarcitorie nei confronti dei dipendenti dinanzi al giudice civile.

Proprio tale apparente dicotomia offre lo spunto per ricordare – come frequentemente evidenziato in dottrina²⁶⁰ - che tutte le amministrazioni pubbliche godono di piena capacità di diritto privato e che possono quindi agire in giudizio davanti alla giurisdizione ordinaria competente, sebbene tali iniziative possano, secondo alcuni, risultare temerarie e fonte di un ulteriore danno.

I punti di attrito evidenziati, lungi dall'essere stati rilevati unicamente in dottrina, hanno condotto a un diverso assetto delle posizioni assunte, a livello giurisprudenziale, dalle due giurisdizioni²⁶¹.

A tal riguardo, la Corte dei conti ha sì ribadito la propria autonomia rispetto al giudice ordinario, ma ha anche chiarito che il previo esperimento di un'azione civile non può produrre effetti preclusivi nei confronti dell'azione esercitata dal pubblico ministero contabile.

Da ciò discendono almeno due conseguenze rilevanti: in primo luogo, l'esito del giudizio civile di responsabilità non può comportare alcun condizionamento al libero convincimento del giudice contabile; in secondo luogo, anche ove il giudice ordinario abbia provveduto alla liquidazione del danno, nulla osta a una pronuncia del giudice contabile sul *quantum debeatur*²⁶².

D'altro lato, la Corte di Cassazione, pur riconoscendo anch'essa l'autonomia tra le due giurisdizioni, ha prospettato un meccanismo preclusivo fondato sull'unicità sostanziale dell'obbligazione risarcitoria che può scaturire dalle azioni di responsabilità esercitate nelle due diverse sedi.

Tale impostazione, permissiva di una coabitazione di due diverse azioni, non determina pertanto un conflitto di giurisdizioni ma solamente un eventuale preclusione all'esercizio dell'azione quando con l'altra si sia ottenuto il medesimo bene della vita²⁶³.

²⁶⁰ C.E. Gallo, Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione.

²⁶¹ C. D'Urso, La responsabilità degli amministratori nelle società *in house*: problemi di giurisdizione.

²⁶² Corte Conti, Sez. I, 23 settembre 1992, n. 200, in Riv. Corte conti, 1992.

²⁶³ Cass., Sez. Un., 17 aprile 2014, n. 8927.

Alcune osservazioni critiche²⁶⁴ sono state sollevate in merito alla soluzione prospettata dai giudici di legittimità, la quale è stata considerata come affetta da significativi limiti applicativi.

In primo luogo, il meccanismo preclusivo sarebbe, secondo l'orientamento prospettato, rimesso alla discrezionalità della magistratura e, pertanto, non potrebbe considerarsi normativamente previsto.

In secondo luogo, tale meccanismo non risolverebbe le problematiche che si verificherebbero qualora le due azioni venissero instaurate in parallelo, prima che il meccanismo preclusivo basato sull'ottenimento del bene della vita possa operare. Mentre il primo rilievo riguarda i casi in cui si sia già agito in sede civile e il procuratore dovrà decidere sull'esperimento dell'azione erariale - che, proprio per l'orientamento rigoristico della Corte dei conti non dovrebbe essere dubitata, il secondo rilievo opera nei casi di instaurazione parallela dei due procedimenti.

Se, come già brevemente anticipato nella trattazione del secondo capitolo, la dottrina rileva che, in caso di differenza nel quantum delle condanne, bisognerebbe tenere conto — scomputandolo — di quanto già liquidato in uno dei due giudizi, così da non violare il divieto di duplicazione delle pretese risarcitorie, la Corte dei conti prospetta una diversa soluzione.

Parte della giurisprudenza contabile, in particolare, ha proposto di rimandare alla fase esecutiva il coordinamento delle decisioni assunte dalle due giurisdizioni.

Appare però necessaria una precisazione.

Il processo esecutivo si fonda su un principio specifico: le esecuzioni e le opposizioni devono essere esperite con riferimento alla situazione giuridica rappresentata nel titolo, prescindendo da qualsiasi elemento non contenuto nel titolo stesso.

Tale principio spiega, infatti, l'assenza di contraddittorio nel processo esecutivo. Più precisamente, nel processo esecutivo il principio del contraddittorio prescinde dalla contrapposizione dialettica delle parti, concernendo esclusivamente le

²⁶⁴C. D'Urso, La responsabilità degli amministratori nelle società *in house*: problemi di giurisdizione.

modalità dell'esecuzione. Quando il contraddittorio investe i diritti, infatti, si è già nel campo delle opposizioni²⁶⁵.

Pertanto, potrebbe configurarsi un'ipotesi limite: potrebbe accadere che il convenuto eccepisca in sede di esecuzione o di opposizione all'esecuzione l'intervenuto totale o parziale saldo in sede civile degli importi al cui pagamento è stato condannato in via definitiva in sede contabile. Tuttavia, proprio in quanto si sarebbe in presenza di due titoli esecutivi distinti, ma riferibili alla medesima vicenda sostanziale, potrebbe non essere riconosciuto al convenuto esecutato il diritto di opposizione all'esecuzione.

Un'ulteriore soluzione, di particolare rilievo, è stata prospettata a livello dottrinale²⁶⁶: l'ipotesi di utilizzare, quale strumento di conservazione della garanzia patrimoniale, l'azione surrogatoria prevista dall'art. 2900 c.c., tramite un fenomeno di co-legittimazione all'esercizio di una stessa azione davanti a distinte giurisdizioni.

Un esempio concreto di come si applicherebbe nel caso delle società *in house* può rendere più chiara la portata applicativa di tale ipotesi.

In primo luogo, spetterebbe all'amministrazione pubblica socia – o ad altri soggetti legittimati – il diritto di agire, in sede ordinaria, per far valere la responsabilità da *mala gestio* nei confronti degli amministratori, o, come evidenziato nella parte iniziale del capitolo, dei sindaci.

Qualora tuttavia l'amministrazione rimanesse inerte, la norma menzionata legittimerebbe il Procuratore contabile a esercitare, in via surrogatoria, le azioni di responsabilità civilistiche nei confronti degli organi sociali della società *in house*, promuovendo il giudizio dinanzi alla Corte dei conti²⁶⁷.

Se, da un lato, la soluzione prospettata consentirebbe alla Procura contabile di disporre di uno strumento idoneo a tutelare l'integrità delle risorse pubbliche

²⁶⁵ C. Mandrioli, e A. Carratta. Diritto processuale civile, 2025.

²⁶⁶ C. Ibba, Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo unico.

²⁶⁷ L'unica applicazione di tale impostazione si rinviene in Corte d'Appello di Napoli, 27 ottobre 2015, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, p. 128, ove si afferma: “[...] possibilità, non sempre adeguatamente valorizzata, che la Procura contabile agisca ex art. 2392 c.c. nei confronti degli amministratori, in via surrogatoria dell'ente socio, la cui inerzia pregiudichi il valore della partecipazione, in applicazione dell'art. 1, comma 174, della L. n. 266/2005.”

investite nella società *in house*, senza determinare interferenze con le azioni civilistiche né pregiudicare gli interessi dei creditori sociali, dall'altro lato il complesso meccanismo dell'azione surrogatoria rischierebbe di complicare ulteriormente il quadro, anziché semplificarlo, senza peraltro risolvere le difficoltà connesse all'individuazione del momento in cui possa effettivamente dirsi integrata l'inerzia dell'amministrazione.

Ancora, da un punto di vista meramente processuale, si noti come gli esiti del giudizio civile non possono automaticamente estendersi al giudizio dinanzi alla Corte dei conti, in quanto le prove dovranno comunque essere raccolte e rinnovate nel contraddittorio delle parti, in ossequio all'art. 111 della Costituzione²⁶⁸.

Ne consegue che, ove si prospettasse l'esclusività dell'azione erariale, non potrebbe essere garantita un'effettiva tutela dei creditori sociali essendo l'azione erariale ad esclusivo vantaggio del socio pubblico.

In sede conclusiva, appare opportuno richiamare anche l'orientamento sovranazionale che influenza il fenomeno in analisi.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare nella sentenza A e B c. Norvegia del 2016²⁶⁹, pur ammettendo la legittimità di un doppio binario sanzionatorio per i medesimi fatti dannosi - a condizione che le due azioni si fondino su presupposti e perseguano finalità differenti - evidenzia che si esige comunque che tale sistema non comporti un sacrificio eccessivo per il convenuto. È, pertanto, indispensabile che la reazione dell'ordinamento rispetto a un medesimo fatto materiale risulti proporzionata e prevedibile per l'individuo, e che sia assicurata l'esistenza di un sistema efficace di coordinamento tra i procedimenti paralleli.

²⁶⁸ Cfr. Corte dei conti e giurisdizione ordinaria: l'angolo prospettico del Consiglio superiore della magistratura in www.cortedeiconti.it.

²⁶⁹ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, n. 24130, A e B c. Norvegia.

CONCLUSIONI

L'obiettivo della ricerca è stato quello di indagare, a partire dalla qualificazione giuridica delle società *in house*, l'evoluzione della disciplina relativa alla responsabilità degli amministratori. Ciò nella consapevolezza che tale tematica non possa essere relegata a mero corollario della natura dell'ente, ma debba piuttosto configurarsi come un autonomo terreno di indagine, nel quale confluiscono esigenze eterogenee e talvolta strutturalmente confliggenti: da un lato, l'applicazione dei principi privatistici propri delle società di capitali, adattati alle peculiarità del modello *in house*; dall'altro, la necessità di approntare una tutela rafforzata delle risorse pubbliche, che costituiscono la ratio ultima dell'istituto.

Alle domande poste in apertura è oggi possibile offrire, senza pretesa di esaustività, risposte più definite e sistematicamente coerenti, alla luce del quadro normativo delineato dal TUSP e delle successive elaborazioni giurisprudenziali.

La riflessione ha preso le mosse dalla consapevolezza che la questione concernente la prevalenza, nel sintagma "società pubbliche", del sostantivo rispetto all'aggettivo non si esaurisca in un piano meramente lessicale, ma riveli un nodo teorico e sistematico di fondo: la tensione costante tra la forma societaria, espressione del diritto privato, e la vocazione pubblica, che ne plasma finalità e responsabilità.

Da tale interrogativo discende la questione della natura giuridica delle società *in house* e della loro collocazione rispetto alla dicotomia pubblico/privato. Esse non possono essere ricondotte integralmente a nessuno dei due poli, ma si collocano in una dimensione liminare, nella quale le categorie tradizionali mostrano la loro insufficienza. La loro peculiarità consiste nell'assumere veste societaria pur essendo funzionalizzate al perseguimento di interessi pubblici e soggette a un controllo analogo che ne condiziona profondamente la struttura e la governance, differenziandole altresì dalle altre tipologie di società pubbliche.

Questa dicotomia ha trovato un tentativo di composizione con l'intervento del legislatore mediante il d.lgs. n. 175/2016, che si è posto l'obiettivo di razionalizzare e sistematizzare una disciplina frammentata, sancendo, all'art. 1, comma 3, l'applicabilità delle disposizioni civilistiche alle società a partecipazione pubblica,

salvo espressa deroga. Tale scelta, coerente con i principi di economicità e di tutela della concorrenza, ha rafforzato l'idea che tali società restino soggetti di diritto privato, come confermato da una giurisprudenza ormai granitica, nel ritenere che le società a partecipazione pubblica – comprese quelle *in house* – non mutino la loro natura per il solo fatto che enti pubblici ne detengano le partecipazioni, non assumendo rilievo alcuno, ai fini delle vicende societarie, la persona dell'azionista. Pertanto, la responsabilità degli amministratori si conferma quale terreno elettivo nel quale le tensioni si manifestano con particolare intensità e, al contempo, quale parametro attraverso cui si coglie la capacità dell'ordinamento di ricomporle in maniera compiuta e definitiva. Specularmente, anche la posizione del socio pubblico si configura quale espressione emblematica dell'emersione di tali tensioni, a conferma della centralità che esse rivestono nell'attuale sistema. L'agire del socio pubblico, infatti, non si modella sulla libertà tipica del socio privato, ma si conforma a un paradigma funzionale, vincolato al primato dell'interesse generale. La governance societaria, di conseguenza, non può replicare pedissequamente i modelli privatistici, dovendo tener conto della finalizzazione pubblica che permea l'intero istituto.

Un profilo che la ricerca si è proposta di approfondire riguarda la posizione del terzo. Siano essi soci privati, ammessi solo eccezionalmente nella compagine sociale della società *in house*, ovvero creditori sociali – la cui tutela risulta inevitabilmente connessa alla disciplina della responsabilità degli amministratori, giacché è proprio attraverso quest'ultima che si assicura la salvaguardia del patrimonio sociale, posto a garanzia delle loro ragioni – la questione assume un rilievo sistematico di non trascurabile importanza.

La disciplina codicistica, infatti, estende la responsabilità degli amministratori non soltanto nei confronti della società e dei soci, ma anche verso i creditori e i terzi direttamente danneggiati dal loro operato. È in questa prospettiva che la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 26283 del 2013 non è stata accolta in modo univoco dalla dottrina, avendo qualificato la società *in house* come mera *longa manus* dell'amministrazione pubblica. La Corte ha ricondotto ogni pregiudizio arrecato al patrimonio sociale a danno erariale, con la conseguenza di attrarre la relativa controversia nella giurisdizione contabile.

Un simile approccio, pur mirando ad assicurare la massima protezione al socio pubblico, finiva per lasciare prive di adeguata tutela le posizioni dei soci privati e dei creditori, i cui interessi risultavano compressi o addirittura privi di strumenti effettivi di salvaguardia. Non sorprende, pertanto, che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza contabile abbiano sollevato significative perplessità, sottolineando come tale modello rischiasse di alterare gli equilibri del sistema, sacrificando garanzie che il diritto societario presidia da sempre.

Un'impostazione esclusiva, che riduca la responsabilità degli amministratori al solo pregiudizio arrecato al patrimonio dell'ente pubblico socio, appare dunque difficilmente sostenibile. Non è infatti coerente qualificare le società *in house* come soggetti di diritto privato quando si discute della loro assoggettabilità al fallimento, per poi assimilarle agli enti pubblici sul piano della responsabilità; né, d'altra parte, può dirsi realmente tutelato il terzo creditore, posto che l'azione del procuratore contabile è finalizzata unicamente al ristoro del danno erariale, ossia del pregiudizio subito dal socio pubblico, e non dell'intero patrimonio sociale. Né maggiori garanzie deriverebbero dalla possibilità per i creditori di intervenire nel processo contabile, giacché tale facoltà resterebbe comunque subordinata all'iniziativa del procuratore.

Emblematico, in questo percorso, è lo stesso iter normativo dell'art. 12 TUSP, disposizione che espressamente disciplina la materia in esame e che riflette il dibattito che ha accompagnato la fase immediatamente antecedente all'adozione del Testo unico. Essa rappresenta il risultato di una dialettica protrattasi nel tempo tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile, che ha progressivamente ridefinito i criteri di riparto.

Le rigidità di quell'impostazione sono state attenuate dalla successiva evoluzione giurisprudenziale. Particolarmente significative, in questa prospettiva, risultano le pronunce delle Sezioni Unite del 2018 - ordinanza n. 4883 e sentenza n. 22406 - che hanno segnato un passaggio decisivo nel superamento della visione esclusivista. In tali occasioni, la Corte ha affermato la possibilità di un concorso di azioni e, dunque, la coesistenza di un doppio binario giurisdizionale. È stato chiarito che le due forme di responsabilità perseguono finalità distinte e complementari, come più volte evidenziato durante l'elaborato: quella civile, riparatoria e integralmente

compensativa, volta a garantire la piena reintegrazione del patrimonio sociale e la protezione dei creditori; e quella contabile, pubblicistica e sanzionatoria – seppur in dottrina vi siano visioni contrarie – orientata a presidiare il corretto impiego delle risorse pubbliche e il buon andamento della pubblica amministrazione. In tal modo, tale impostazione pretoria ha restituito al sistema la capacità di assicurare, in via concorrente e non alternativa, la tutela dell'interesse generale e quella degli interessi particolari coinvolti, confermando la complessità del fenomeno *in house* e la sua irriducibilità a schemi giuridici univoci.

Tale approccio, inizialmente affermatosi con cautela, ha trovato, a partire dal 2021, ulteriori conferme e puntualizzazioni, con le ordinanze n. 614 del 2021 e n. 567 del 2024 che hanno chiarito come il rischio di duplicazione dei risarcimenti, pur concretamente possibile, non possa incidere sull'assetto delle giurisdizioni. Spetta al giudice, in sede di liquidazione, tenere conto delle eventuali statuizioni già intervenute, così da evitare una sovrapposizione indebita dei ristori. In tal modo, il principio del *ne bis in idem* trova una declinazione particolare: non come rigido divieto di coesistenza delle azioni, ma come criterio volto a impedire un'ingiustificata duplicazione dei rimedi risarcitori.

Si delinea, così, un modello che riconosce la pluralità dei rimedi come tratto costitutivo del sistema, ammettendo che la stessa condotta possa rilevare, sotto profili diversi, tanto dinanzi alla giurisdizione contabile quanto dinanzi alla giurisdizione ordinaria

BIBLIOGRAFIA

ANTONIOLI, M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Giuffrè Editore, 2008.

ASCIONE, M. R., CAMUTO, D., *Responsabilità degli amministratori delle società in house*, Osservatorio Legislativo Interregionale, 2010.

BARTOLINI, A., *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo-impresa*, 2014.

BARTOLINI, A., *Società in house e patti parasociali*, 2019.

BIANCHI, G., *Gli amministratori di società di capitali*, Cedam, 2006.

BOCCIA, E., *La Natura Privatistica delle Società in house providing: La Responsabilità degli Amministratori e l'assoggettamento alle procedure Concorsuali*, Tab Edizioni, 2020.

BONURA, H., DI RUSSO, D., MATTARELLA, B. G., *Appunti sulle società pubbliche "quotate" dopo il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, 2022.

CALANDRA B., *Responsabilità sociale dell'impresa e dovere degli amministratori*, 2011.

CANALE, A., *La responsabilità per danno erariale*, Bari, Cacucci Editore, 2022.

CAPRARA, A., *I principi di corretta amministrazione*, Milano, Giappichelli, 2021.

CARINGELLA, F., *L'affidamento in house*, Milano, 2005.

CARUSO, G. M., *Il socio pubblico*, Napoli, Jovene Editore, 2016.

CATELLI, M., *Il testo unico sulle società pubbliche – Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, Cacucci Editore, 2016.

CERIONI, F., *Nota a Cass. Civ., SS.UU., 17 aprile 2014, n. 8927*, 2016.

CERIONI, F., *Le società pubbliche*, Milano, Giuffrè Editore, 2023.

CHIARENZA, C., *Intervento in Le società pubbliche: il difficile equilibrio fra le giurisdizioni (Atti dell'incontro, Roma, 8 aprile 2013)*, Roma, 2013.

CLARICH, M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013.

CLARICH, M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2024.

CODAZZI, E., *L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico*, 2023.

CODAZZI, E., *L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis, CCII*, 2024.

COSSU, F., *L'organo di controllo interno delle società a partecipazione pubblica: responsabilità, giurisdizione e funzionamento*, 2020.

D'URSO, C., *La responsabilità degli amministratori nelle società in house: problemi di giurisdizione*, 2021.

DE PAOLIS, M., *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Santarcangelo di Romagna, Ipsoa, 2007.

DEGNI, F., *Corte di Cassazione, SS.UU., 19 dicembre 2009 n. 26806*.

DELL'ATTI, A., *Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 novembre 2013, n. 2628*.

DI RUSSO, D., *Manuale delle società pubbliche, Prefazione di B.G. Mattarella*, Eutekne, 2022.

DONATIVI, V., *Le società a partecipazione pubblica*, Ipsoa, 2016.

DONGIACOMO, G., *Il giudizio di responsabilità nei confronti degli Amministratori di Società di Capitali*, Milano, Giuffrè Editore, 2024.

FERRARA, F., CORSI, F., *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè Editore, 2006.

FILIPPELLI, M., *I patti di voto nelle società per azioni. Storia, comparazione, attualità*, Torino, Giappichelli, 2024.

FIMMANÒ, F., CATRICALÀ, A., *Le società pubbliche*, Napoli, 2016.

FIMMANÒ, F., *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, Milano, 2011.

FIMMANÒ, F., LAUDONIA, A. *La responsabilità penale degli organi di società a controllo pubblico*, 2019.

FIMMANÒ, F., *Le pluri-responsabilità connesse e collegate di organi sociali delle partecipate e degli amministratori e dirigenti degli enti pubblici soci nella evoluzione della giurisprudenza*, 2022.

GALLO, C.E., *Le conseguenze patrimoniali della cattiva amministrazione*, Editoriale Scientifica, 2016.

GAROFOLI, R., *Manuale di diritto amministrativo*, 2025.

GIANNINI, M.S., *Spunti sulla giurisdizione contabile e sui Consigli di prefettura*, 1965.

GILIBERTI, B., *Il rapporto di servizio*, 2017.

GIORDANO, A., *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità. Note sull'art. 21 d.l. n. 76/2020*, 2020.

GIUSTI, C. A., *La corporate governance delle società a partecipazione pubblica: profili civilistici e di diritto comparato*, Giappichelli, 2017.

GOISIS, F., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, *Dir. ec.*, Mucchi Editore, 2013.

GUERRERA, F., *Autonomia statutaria e tipologia della società in house*, 2015.

GUERRERA, F., *La responsabilità deliberativa*, 2004.

IADECOLA, A. , *Le società pubbliche nella giurisprudenza della Corte dei conti*, 2019.

IBBA, C., *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile*, 2005.

IBBA, C., *Crisi dell'impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali*, Milano, 2016.

IBBA, C., *Responsabilità e giurisdizione nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, 2017.

IBBA, C., *Responsabilità erariale e società in house*, 2014.

IMPERIALI, S., *I limiti della giurisdizione contabile nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Scritti per i 150 anni della Corte dei conti*, 2013.

IZZO, F., *La responsabilità erariale e la giurisdizione della Corte dei conti*, 2025.

JENSEN, M., MECKLING, W., *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs, and ownership structure*, 1976.

LAMORGESE, A., *Società a partecipazione pubblica, responsabilità, giurisdizione*, in *Giur. Comm.*, 2011.

LANDI, N., PAPI ROSSI, A., *L'affidamento in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, 2009.

LIBERTINI, M., URSI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica e Ursi in Società ad evidenza pubblica*, 2011.

LOFARO, G., *Corte dei conti sulle azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica*, 2020.

LOFARO, G., *La giurisdizione concorrente della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità nelle società partecipate*, 2020.

LOPILATO, V., *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, 2019.

MANDRIOLI, C., CARRATTA, A., *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 2025.

MARCELLO, R., *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, in *Rivista di Corporate Governance*, 2020.

MARRÈ BRUNENGGHI, C. E., *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale*, 2020.

MIELE, T., *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società pubbliche*, Napoli, 2016.

MIELE, T., *La responsabilità contabile concorrente*, 2011.

MOCCHETTI, G., SAURO, S., *Da 8.000 a 1.000? razionalizzazione e governance delle società pubbliche*, Milano, 2020.

MONTALENTI, P., *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017.

MORGANTE, D., *Il concorso dell'extraneus nella responsabilità erariale*, Giapeto Editore, 2016.

MORZENTI PELLEGRINI, R., *La responsabilità amministrativa tra funzione di deterrenza e di garanzia nelle ipotesi di cattiva amministrazione*, Giappichelli, 2016.

MOSCO, G. D., *Appunti di diritto commerciale progredito*, 2025.

PASQUALUCCI, F., *La linea di demarcazione fra le giurisdizioni*, 2005.

PASSALACQUA M., *Il gruppo economico*, 2016.

PERFETTI, *Il Consiglio di Stato e il diritto societario. Note minime a Consiglio di Stato n. 7369 del 2006*, 2006.

PERRINO, M., *Responsabilità degli organi di amministrazione e controllo di società a partecipazione pubblica (anche in house) e riparto di giurisdizione*, 2019.

POLICE, A., *La responsabilità amministrativa di amministratori e soci per cattiva gestione di società a capitale pubblico*, 2015.

QUAGLINI, A. M., *Società in house e responsabilità del comune per attività di direzione e coordinamento*, 2021.

RAZZANO, M.C., intervento al convegno *Le società pubbliche dalla Corte dei conti nel 2024*.

REBOA, M., *Proprietà e Controllo di Impresa: Aspetti di Corporate Governance*, Milano, Giuffrè Editore, 2003.

RICHTER, M. S., *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica*, 2017.

RIOLFO, G., *Attività «in-house» e modello organizzativo delle società di capitali*, 2015.

RUSSO, D., *Manuale delle società pubbliche*, 2022.

SALERNO, A., *Ne bis in idem*, in *Diritto amministrativo, Vol. I, I principi*, Roma, 2025.

SANTORO, P., *Negazionismo del bis in idem, processi paralleli e doppie condanne*, in www.cortedeiconti.it, 2021.

SCARPA, A., *Responsabilità amministrativa e responsabilità civile: un fatto, un danno e due giurisdizioni?*, 2025.

SCIASCIA, M., *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2012.

SCOCA, G., *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile*, 2023.

SCOGNAMIGLIO, F., IBBA, C., *La tutela*, Giappichelli, 2015.

SENATO DELLA REPUBBLICA – SERVIZIO STUDI, *Schede di lettura. A.S. n. 2344 - “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). Dossier n. 343/2.*

SHLEIFER, A., VISHNY, R. W., *A Survey of Corporate Governance*, 1997.

SILVESTRINI, V. S., *La responsabilità degli amministratori nella società per azioni*, 2004.

STELLA RICHTER, M., *Tipi di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica*, 2017.

TENORE, V., *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè Editore, 2004.

TENORE, V., *Riflessioni sui principi generali espliciti e impliciti del codice della giustizia contabile*, 2024.

TOMBARI, U., *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, Giuffrè Editore, 2010.

TORCHIA, L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, 2006.

URSI R., *Società ad evidenza pubblica*, Editoriale Scientifica, 2012.

USAI, D., *Elenco delle società in house – essenza del controllo analogo*, 2019.

VALAGUZZA S., *Società miste*, 2012.

VESSIA, F., *Società in house providing e miste e responsabilità da direzione e coordinamento*, 2012.

VIETTI, M., *La governance nelle società di capitali*, Egea Editore, 2013.

WEIGMAN, R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Giappichelli, 1992.

GIURISPRUDENZA

Cass. civ., Sez. I, sent. 10 marzo 2014, n. 5491.

Cass. civ., Sez. I, sent. 24 marzo 2015, n. 5848.

Cass. civ., Sez. I, sent. 24 ottobre 2014, n. 22609.

Cass. civ., Sez. I, sent. 26 marzo 2014, n. 7177.

Cass. civ., Sez. I, sent. 9 luglio 2014, n. 15594.

Cass., S.U., ord. 10 aprile 2019 n. 10019.

Cass., S.U., ord. 13 settembre 2018, n. 22406.

Cass., S.U., ord. 15 gennaio 2021, n. 614.

Cass., S.U., ord. 17 dicembre 2009, n. 27092.

Cass., S.U., ord. 2 aprile 2007, n. 8098.

Cass., S.U., ord. 22 dicembre 2003 n. 19667.

Cass., S.U., sent. 17 aprile 2014, n. 8927.

Cass., S.U., sent. 18 maggio 2017, n. 12517.

Cass., S.U., sent. 19 dicembre 2009, n. 26806.

Cass., S.U., sent. 19 gennaio 2021, n. 781.

Cass., S.U., sent. 19 marzo 2025 n. 7299.

Cass., S.U., sent. 24 marzo 2017, n. 7663.

Cass., S.U., sent. 25 novembre 2013, n. 26283.

Cass., S.U., sent. 26 febbraio 2004, n. 3899.

Cass., S.U., sent. 26 marzo 2014, n. 7177.

Cass., S.U., sent. 27 marzo 1997, n. 2739.

Cass., S.U., sent. 27 novembre 2009, n. 25495.

Cass., S.U., sent. 30 ottobre 2019, n. 27865.

Cass., S.U., sent. 4 luglio 2003, n. 19667.

Cass., Sez. I, sent. 20 gennaio 2016, n. 17441.

Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

Cons. St., Ad. plen., sent. 3 marzo 2008, n. 1.

Cons. St., Comm. spec., 16 marzo 2016, n. 438.

Cons. St., comm. spec., parere 16 marzo 2016, n. 438.

Cons. St., Sez. I, sent. 21 marzo 2019, n. 883.

Cons. St., Sez. III, sent. 12 marzo 2021, n. 2102.

Cons. St., Sez. IV, sent. 25 gennaio 2005, n. 168.

Cons. St., Sez. VI, sent. 16 marzo 2009, n. 1555.

Corte Conti, Sez. Autonomie, deliberazione 31 marzo 2015, n. 24, *Gli organismi partecipati degli enti territoriali*.

Corte costituzionale, n. 100/2020.

Corte costituzionale, n. 355/2010.

Corte costituzionale, n. 46/2013.

Corte costituzionale, n. 75/2012.

Corte dei conti, Sez. centr. app., n. 66 del 2023.

Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Friuli-Venezia Giulia, 18 marzo 2009, n. 98.

Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Friuli-Venezia Giulia, 2009, n. 98.

Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Lazio, 17 febbraio 2015, n. 118.

Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Lombardia, 21 marzo 2012, n. 195.

Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Piemonte, sent. 16 febbraio 2022, n. 31.

Corte dei conti, Sez. I Giur. Centr. d'Appello, 2015, n. 178.

Corte dei conti, Sez. I, sent. 23 settembre 1992, n. 200, in *Riv. Corte conti*, 1992.

Corte dei conti, Sez. Reg. controllo Veneto, deliberazione 2021, n. 182.

Corte dei conti, Sez. Riun. Giurisdizionali, sent. 22 maggio 2019, n. 16.

Corte di giustizia CE, sent. 16 luglio 2009, causa C-305/08, *CoNISMa*.

Corte di giustizia CE, sent. 27 novembre 2003, causa C-34/2001.

Corte di giustizia CE, sent. Carbotermo dell'11 maggio 2006, causa C-340/04.

Corte di giustizia CE, sent. Parking Brixen del 13 ottobre 2005, causa C-458/03.

Corte di giustizia CE, sent. Stand Halle e RPL Lochau, causa C-26/03.

Corte di giustizia CE, sent. Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98.

Corte di giustizia U.E, sent. 8 maggio 2014, causa C-574/12.

Corte di giustizia U.E., sent. 12 marzo 2009, causa C-537/07, *Sea*.

Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 15 novembre 2016, n. 24130, A e B c. Norvegia.

Trib. Palermo, Sez. V, Imprese, sent. 28 aprile 2021, n. 1842.

Trib. Palermo, Sez. V, Imprese, sent. 28 aprile 2021, n. 1842.

Trib. Roma, Sez. Spec. Impresa, sent. 2 luglio 2018, n. 20276.

DIRETTIVE

Direttiva 2001/34/CE.

