

## Relazione introduttiva

Luigi Rovelli

In una breve storia del riparto di giurisdizione in materia di responsabilità per danni arrecati da amministratori di società pubbliche all'erario, nell'esercizio della loro attività, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha avuto per moltissimi anni, un andamento sinusoidale, acquistando maggiore stabilità solo dopo la sentenza n. 26806 del 2009.

Sulla base dell'interpretazione dell'articolo 103 della Costituzione, che individua la configurazione della giurisdizione contabile solo in presenza di espresa disposizione legislativa (cosiddetta *interpositio legislatoris*) la Suprema Corte, a partire dal 1982 e fino al 2003 ha ritenuto che il criterio di riparto si dovesse fondare sulla distinzione fra "atto di organizzazione" – espressione di poteri autoritativi – sottoposto alla giurisdizione contabile e atti di gestione sottoposti alle regole civilistiche rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario. Questa distinzione andò in crisi per la sempre più difficile perimetrazione delle condotte ascrivibili all'una o all'altra categoria e fu abbandonata nel 2003 (sentenza n. 19667) a favore di un criterio cosiddetto sostanzialistico: quello che conta non è l'ambito (di diritto pubblico o di diritto privato) in cui si colloca la condotta, ma il fatto che l'evento si verifichi in danno di una Pubblica Amministrazione.

La responsabilità di amministratori di società partecipate veniva ricondotta all'affermazione di una nozione espansa di "rapporto di servizio" ravvisato fra società e ente pubblico: identificazione di rapporto di servizio con rapporto funzionale. Si escludeva, nello stesso tempo, qualsiasi preclusione all'esercizio di autonoma azione da parte dei soci in quanto l'azione contabile è forma di tutela "aggiuntiva" giustificata dalla salvaguardia degli interessi pubblici perseguiti dalla società (salva, ovviamente, l'esclusione della duplicazione del risarcimento dei danni).

La sentenza delle Sezioni Unite n. 26806 del 2009 segna l'*overruling*: da un lato le società non perdono la loro natura di soggetti privati, sottoposti a regole proprie, per il fatto che il loro capitale è alimentato da conferimenti dello Stato o di altri enti pubblici; e gli organi amministrativi e di controllo hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea (art. 2449); dall'altro, il rappor-

to di servizio può anche sussistere tra società ed ente pubblico, ma certo non sussiste tra quest'ultimo e gli organi sociali.

Se il danno è a carico della società, esso non è imputabile direttamente all'ente pubblico-socio, il quale, come tale, potrà invece esercitare, alla stregua degli artt. 2393, 2393 bis e 2476, l'azione sociale di responsabilità.

La giurisdizione contabile è però esercitabile in due casi:

a) verso chi, quale rappresentante dell'ente-socio abbia trascurato colpevolmente di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione. Questo è danno diretto, ma l'azione è rivolta non verso l'amministratore ma verso il rappresentante dell'ente nella società legato da rapporto contrattuale od organico con l'ente stesso;

b) nei confronti degli stessi amministratori e sindaci che, con la propria condotta, abbiano leso la figura dell'ente pubblico, come nel caso di danno all'immagine o di danno da grave disservizio.

Si tratterebbe, in questi casi, di un'azione per danno erariale coincidente con l'azione individuale del socio *ex art.* 2395 c.c. Si è però dubitato (Ibba) della coerenza di sistema di tale soluzione, prefigurando che, successivamente all'esito positivo dell'azione di responsabilità contabile, la società fallisca, con conseguente infruttuosa azione del curatore *ex art.* 146 L. F e 2394 *bis* c. c.; o anche, se la società è *in bonis* e l'azione esercitata da parte dei creditori sociali, nell'incapienza del patrimonio residuo degli amministratori, e dunque con una soddisfazione preferenziale del socio pubblico, e quindi con traslazione del rischio d'impresa dal socio pubblico ai creditori. Ma ciò può dirsi per ogni ipotesi di esercizio dell'azione di responsabilità individuale del socio *ex art.* 2395 seguita da insolvenza della società.

Il *leading case* del 2009 sta a significare una cosa tanto semplice quanto apparentemente non falsificabile: che l'adozione della forma societaria determina l'applicazione del diritto societario. Da un lato si è specificato che tale assioma ha la forza dell'argomento "ontologico" applicabile non solo ai fatti bruti ma anche a quelli istituzionali. Dall'altro, però, si è lamentata la minorata tutela dell'interesse pubblico e le gravi conseguenze sul bilancio consolidato dello Stato per aver fatto prevalere la "forma" sulla "sostanza". In realtà, si conferma che per dare spazio alla responsabilità amministrativa non si può bucare il velo della personalità giuridica.

Arriviamo così alla svolta sulle società *in house*. Autorevoli voci sollecitavano la Cassazione a ripensare il problema della giurisdizione in termini più sostanzialistici, sapendo cogliere la realtà delle cose per come esse realmente sono: se il capitale investito è pubblico e, per *mala gestio*, è stato sperperato o perso e se l'esperienza dimostra che quasi mai i rimedi privatistici hanno funzionato, bisogna prendere atto che il danno ha riguardato risorse pubbliche, e che il solo rimedio

utilmente azionabile è dato dall'esercizio dell'azione per danno erariale da parte delle procure della Corte dei conti.

Le privatizzazioni iniziate negli anni 90 avevano aperto all'Outsourcing e nascevano così forme di gestione di servizi pubblici affidate a società commerciali partorite da enti locali. Le azioni esercitate dalle procure contabili trovavano il blocco della giurisprudenza delle S.U. in tema di giurisdizione. Ora l'invito a far prevalere la sostanza sulla forma e dunque a percepire la sostanza delle cose, merita sempre una qualche considerazione da parte del giurista; ma a patto poi di saper ritrovare soluzioni dotate di coerenza sistematica. Quel principio che si vuole "formalistico" che sta nella soluzione definita "pancivilistica" appartiene davvero all'ontologia: personalità della società di capitali; appartenenza al patrimonio sociale dei valori conferiti; rapporto di servizio esclusivo degli amministratori verso la società. È di Losano il rilievo secondo cui «l'identificazione di un ordine sistematico compiuto è l'elegante speranza che rallegra la solitudine del giurista». La "crisi" è data dalla difficoltà che crea l'impatto fra pubblico e privato. Osservava Salvatore Pugliatti nel 1943: «ogni crisi nel campo del diritto riconduce alla distinzione fra pubblico e privato; e quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione, cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento, la sistematicità è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato»; e ciò vale proprio con riferimento a rapporti che Pugliatti stesso definiva «di natura spuria ed ambigua». All'interprete spetta ricreare le coerenze di sistema attraverso l'ermeneutica; termine che l'etimologia ci indica derivare da Hermes, messaggero degli dei ma anche Mercurio dio dei commercianti, dio instabile e mobile che come il metallo da cui prende il nome, si adatta alla forma delle cose sulle quali va ad aderire. Piano ineludibile rimane quello del soggetto giuridico. La ricordata concezione ontologica, come predicato anche dei fatti istituzionali, riconduce alla nettezza della distinzione fondamentale contenuta all'art. 2221 c.c. Ma caratteristica del postmoderno è anche quella di dar vita appunto a fenomeni di «natura spuria ed ambigua»; e la complessità (come ci ricorda Derrida) comporta l'alterazione di realtà anche istituzionali che può passare attraverso un processo di contaminazione che crea la figura dell'ibrido (l'impuro di Scarpetta). Ed è l'ibridazione nella soggettività a costituire la frontiera del fenomeno.

I caratteri della società *in house* vengono assunti dalle S.U. secondo rigidi requisiti: partecipazione totalitaria per statuto dell'ente o degli enti pubblici; esclusività dell'oggetto pubblico e il cosiddetto controllo analogo.

Non ci sarebbe stata la svolta giurisprudenziale se non ci fosse stato il filone della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea originato, nel 1999, dal caso TECKAL (*leading case*) in tema di evidenza pubblica nei pubblici appalti. Partendo dalla definizione dell'appalto come contratto, la Corte ha osservato che,

per esservi contratto, deve esservi incontro di volontà «tra due persone distinte»; che non può esservi contratto se a concluderlo sono entità solo formalmente diverse come accade quando «l'ente locale esercita sulla persona di che trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi». È questa un'interpretazione che, sia pur nata sul terreno della concorrenza e che connota il fenomeno dell'auto-produzione, apre spazio sistematico per la concezione “sostanzialistica”; e verso cui ben difficilmente si sarebbe mosso un interprete diverso da quello istituzionale della norma euro unitaria.

È dunque vero che, per configurare l'ibrido, non basta l'abuso della personalità giuridica; occorre una configurazione statutaria che evade dal «tipo»; che eccede così dai limiti di elasticità causale del tipo (come configurati dall'articolo 2380 *bis*, prima che intervenisse la norma che ne ammette la derogabilità anche se non illimitata). Se non è o non è ritenuta praticabile una valutazione in termini di nullità, anche in forza del principio di conservazione di cui agli artt. 1367 e 1424 c.c., allora sopravviene il giudizio di qualificazione giuridica.

Come fu rilevato da Luisa Torchia (sia pure in relazione ad altro fenomeno) il carattere della complessità e dell'ibridazione segna un passaggio dal naturalismo giuridico al decostruttivismo. Nella fase del naturalismo il soggetto pubblico ha regole pubbliche, quello privato ha regole private. Nel postmoderno con il decostruttivismo non sono più decisive le astratte distinzioni tipologiche, perché non del tutto vere: soggetti pubblici possono assoggettarsi a regole private e viceversa «nella dinamica dei due termini» (Pugliatti). Disaccoppiando i poli la decostruzione richiede che di volta in volta si debbano ricercare le regole da applicare con un lavoro paziente, minuto e difficile. Ad esempio la soggezione della società al fallimento è oggi confermata dall'art. 14 T.U.S.P.; e la giurisprudenza più recente (Cass. 7 febbraio 2017 n. 3196) ha confermato la fallibilità delle società *in house* sia alla luce dell'assetto precedente l'entrata in vigore del testo unico, sia in virtù di quanto ora disposto dall'art. 14 dello stesso, ricordando che «la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali e, dunque, di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità».

Ma, se è così, davvero premonitrici appaiono le parole di Gustavo Minerini, espresse nel lontano 1982, laddove avvertiva: «Che senso ha modellare l'intervento pubblico nelle forme del diritto privato, se poi la disciplina da applicare dovrà essere quella del diritto pubblico?»

E, in senso più generale, sovviene anche il monito lanciato da Cesare Vivante – nella celebre prolusione del 1888- quando ancora invocava l'unificazione dei codici pur affermando la continua dinamicità del diritto commerciale (l'ala marcante del diritto privato come dirà poi Alberto Asquini) e la relativa staticità del diritto civile acquisita tramite la ricchezza di rigorose risorse scientifiche; ma aggiungeva: «se non avrete saputo allevare la mente alla fatica delle ricerche e al rigore del diritto civile, scenderete poi rapidamente, incalzati dai bisogni quotidiani, nella via dell'empirismo volgare».

Emersa così, nella società *in house*, l'inconciliabilità con la configurazione tipica della società di capitali della «totale assenza di un potere decisionale suo proprio in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico, titolare della partecipazione sociale», la soggettività attenuata verso fenomeni minori quali la separazione (*rectius*, la segregazione) patrimoniale. La sentenza delle S.U. ha però avuto cura di circoscrivere la portata del rilievo «ai limitati fini del riparto di giurisdizione», non valendo in generale la disciplina della simulazione per le società di capitali (arg. *ex art* 2331, per cui «con l'iscrizione nel registro la società acquista la personalità giuridica»); ma valendo invece a far considerare gli amministratori della società “vassalla” – legati da un vincolo di natura gerarchica con la pubblica amministrazione – come personalmente legati a questa da un vero e proprio rapporto di servizio.

A questo punto, occorre chiarire quali, alla stregua della decisione delle S.U., dovrebbe essere la conseguenza dell'accoglimento dell'azione per danno erariale verso gli organi amministrativi e di controllo della società *in house*. Se la negazione del rapporto di alterità è esclusivamente funzionale a far emergere il “rapporto di servizio” fra amministratori e socio pubblico, restando in vita la soggettività della società acquistata con l'iscrizione nel registro delle imprese, con effetto *erga omnes* (di qui, fra l'altro, la ricordata l'assoggettabilità a fallimento di detta società) il risultato utile dell'azione per danno erariale andrà a beneficio della società stessa, che ha risentito il danno in via diretta; e, solo mediatamente, ripristinerà nella stessa misura il socio pubblico (o i soci pubblici, unici titolari, nella descrizione “data”, dei caratteri della società *in house*). L'accostamento che è stato proposto autorevolmente alla figura e alla disciplina dell'art. 2497 c.c. non pare del tutto pertinente ed è persino fuorviante, se inteso a configurare l'azione risarcitoria entro il quadro dell'art. 2395 c.c.

Giova qui sinteticamente premettere che la vera novità, rivoluzionaria piano del sistema, della disciplina introdotta con l'art. 2497, sta nella identificazione dei soggetti tutelati. Fra questi-ai quali è attribuita la titolarità di azione diretta verso la capogruppo per la perdita di valore della loro partecipazione nella società-figlia (cosiddetto danno indiretto) – vi sono i soci della controllata. È questa

una espressa deroga ai principi generali del diritto civile, quali quelli contenuti negli art. 1223 e 2395 c.c. L'idea-forza di tale scelta è stata quella che l'attività di direzione unitaria – svolta fuori dall'osservanza dei canoni di “corretta” gestione societaria e imprenditoriale (come nell'esempio, emblematico, di trasferimento di utili da una controllata alla società madre) – quando arreca danno alla società partecipata, contrasta con le “basi essenziali” (o fondamento negoziale) del contratto di società o comunque del rapporto societario. Se l'azione così prevista abilita il socio della partecipata ad agire “in ripercussione” del danno subito dalla società, lo strappo rispetto ai ricordati principi civilistici è innegabile. Ma la disparità di trattamento rispetto alla regola posta dall'art. 2395 (che limita l'azione individuale del socio al “danno diretto”) trova, quanto meno, la sua spiegazione sul piano sistematico perché poggia sul postulato che l'azionista della società dipendente si presenta, rispetto alla capogruppo che lo danneggia, come “terzo”, titolare di una proprietà azionaria che lamenta il “danno ingiusto” causato al valore della sua proprietà dal fatto illecito di un terzo (verso il quale non ha “diritti amministrativi”; né è giuridicamente tenuto ad assumere su di sé i rischi di impresa improvvidamente assunti). Per contro, la holding oggettivamente si giova della sua “apparente posizione di terzo” trovandosi in una posizione per la quale bene si attaglia il regime connesso al brocardo “*ubi commoda ibi incommoda*”.

Ora, se il regime del “controllo analogo” è incompatibile con lo schema causale della società di capitali e ciò comporta la eccezionale configurazione di un rapporto di servizio fra amministratori della società *in house* ed ente pubblico esercitante il controllo analogo, questa contaminazione, pur non potendo far venir meno la soggettività acquisita con l'iscrizione nel Registro delle Imprese, incide sul regime di separazione patrimoniale. E vi incide, analogamente a quanto avviene in una prospettiva rovesciata nel distinto e più attenuato fenomeno della direzione unitaria nei gruppi, rendendo risarcibile il danno solo indirettamente risentito dal socio-ente pubblico, ma non come deroga alla regola generale di cui agli artt. 2395 e 1223 c.c., ma come eccezionale legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte dell'ente pubblico come socio della controllata; il cui esito andrà pertanto a beneficio della “sedicente” società stessa. Né si verifica, di necessità, la eterogenesi dei fini, paventata da Fimmanò, di responsabilità diretta dell'ente (e dunque di ogni ente pubblico diverso dallo Stato) per debiti contratti dalla società dipendente “se non ed esclusivamente per effetto dell'art. 2497, quando l'azione dell'ente pubblico ha costretto la società ad agire in violazione «dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società dipendente stessa.

A questo punto, alla luce della disciplina dettata dal decreto legislativo n. 175 del 2016, resta da verificare con la sinteticità richiesta in una relazione introduttiva

che andrà a stimolare più approfondite discussioni, se, in tema di giurisdizione per responsabilità di amministratori e sindaci della società *in house*, risulti confermata la soluzione inaugurata dalle S.U. del 2013, ovvero essa segua quella affermata, a partire dal 2009, per tutte le società commerciali a partecipazione pubblica. Il testo unico presenta indubbiamente margini di oscurità e di incertezza.

In una prima stesura, la scelta appariva chiara ed era quella che assoggettava tutte le società pubbliche, senza esclusione alcuna, alla disciplina privatistica, secondo la regola estraibile dalla sentenza delle S.U. della Cassazione del 2009. Lo spazio per il “danno erariale” poteva così essere solo quello “direttamente” causato dal socio pubblico, nella persona dei rappresentanti dell’ente pubblico in seno alla società, all’ente stesso, come perdita del valore della partecipazione sociale. Il Consiglio di Stato, nel suo parere, rammentava che tale soluzione unitaria sarebbe andata a valere anche per le società *in house* e invitava così il legislatore delegato a valutare bene se si volesse o meno distinguere, raccomandando, in ogni caso, la massima chiarezza.

Oggi, il primo comma enuncia, come regola generale, quella “privatistica”; ma contiene una clausola di salvezza “per il danno erariale causato da amministratori e dipendenti della società *in house*”. La seconda proposizione del primo comma prevede poi essere devolute alla giurisdizione contabile nei limiti della quota di partecipazione, la cognizione “sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma secondo”. Segue, al comma 2, una definizione di danno erariale come “danno subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici o comunque titolari del potere di decidere per essi che, nell’esercizio dei propri poteri di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

La tesi “continuista” ha motivo di vedere nella formulazione della legge delegata una chiara scelta, di fronte all’esplicito invito del Consiglio di Stato, entro la logica binaria tra la “regola” (per la disciplina privatistica, salvo danno erariale come definito dal secondo comma) e l’eccezione che concerne il regime della società *in house*, per cui il danno causato alla società è, ipso iure, danno erariale. La seconda proposizione di cui al primo comma si riferisce alle società pubbliche “altre” rispetto a quelle *in house* e solo per esse vale la definizione di danno erariale di cui al secondo comma, ivi espressamente richiamato.

La tesi “unionista” osserva che la lettera della legge non basta per intendere che il danno alla società *in house* è, *ex se*, danno erariale. D’altra parte, la disciplina privatistica non consente di qualificare come erariale il danno causato alla società di capitali pubblica, né a riferire il danno alla partecipata come danno all’ente partecipante. Si ammette però che resta inspiegabile il senso della seconda disposizione del primo comma (che riguarda però le “altre” società). Tale esegesi, rispetto alla for-



mulazione letterale dell'art. 12, pare costretta a dare una lettura "selettiva" del testo normativo, scartandone una parte, proprio quella riguardante la società *in house*.

Per contro, un terzo filone interpretativo è portato a dare più ampio significato alla definizione di danno erariale di cui al secondo comma, comprensivo anche del danno causato da "amministratori e dipendenti" alla società *in house*. La conseguenza sarebbe quella di ritenere che la deroga *ex lege* alla limitazione del danno risarcibile a quello "direttamente" subito (non fu accolto il suggerimento del Consiglio di Stato di aggiungere l'avverbio "direttamente" prima delle parole "subito dagli enti partecipanti") vale come *interpositio legislatoris*; e vale anche per le società *in house*, a configurare, come danno erariale risarcibile quello "subito dagli enti partecipanti": con la conseguenza che il ricavato dell'esito vittorioso dell'azione di danno erariale non andrebbe alla società, ma appunto all'ente pubblico. In tal caso, sarebbe palese il sacrificio dei creditori della società e ne risulterebbe altresì la prevalenza del capitale di rischio (apportato dal socio pubblico) a detrimento del capitale di credito.

Anche per la palese insostenibilità di tale conclusione, pare corretto prendere atto della *voluntas legislatoris* di differenziare la disciplina delle società *in house* da quella delle altre società pubbliche. Per queste ultime, è esatto dire che danno erariale azionabile è solo quello "direttamente" causato all'ente pubblico (nel significato già noto) ed è azionabile solo verso il rappresentante del socio per la sua condotta dolosa o negligente; e, solo eccezionalmente verso gli amministratori, quando si verifica una delle situazioni scrutinate all'art. 2395 c.c. come nel caso del cosiddetto danno all'immagine.

In sostanza, la deroga contenuta nella "clausola di salvezza" per le sole società *in house* riguarda l'eccezionale legittimazione riconosciuta alla procura contabile per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità con effetti ripristinatori del patrimonio sociale, a giovamento anche di creditori e soci<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Dato il tempo trascorso dal seminario va però segnalato per un aggiornamento giurisprudenziale che sono intervenute due recenti sentenze della Suprema Corte (Cassazione S.U. 28 giugno 2018 n. 17188 e Cassazione S.U. 21 giugno 2019 n. 16741) che sembrano tener conto della diversa giustificazione che viene data alla società *in house* dalla Direttiva 2014-24-U.E. e dallo stesso testo unico sulle società pubbliche. Se si andasse nel senso di ritenere possibile l'eventuale concorso in caso di società *in house* fra giurisdizione contabile e quella ordinaria, rimarrebbe la difficoltà di coordinare, in caso di fallimento della società *in house*, il regime prescelto con la generale legittimazione del curatore della procedura ad esercitare le azioni di responsabilità verso gli organi sociali della società commerciale (ex art. 1 terzo comma e art. 2 lettera f del recente codice della crisi e dell'insolvenza).

Più in generale rimane qualche dubbio se davvero la questione relativa alla esercitabilità dell'azione di danno erariale da parte delle Procure, della Corte dei Conti, in tal caso, sia da considerare questione relativa alla giurisdizione in stretto senso intesa (non essendovi un problema di riparto fra giurisdizioni perché quella azione non potrebbe essere esercitata altrimenti che presso il Giudice contabile). Ma semmai una questione di "improponibilità assoluta della domanda" diverso essendo il titolo e i presupposti dell'azione di responsabilità di amministratori e sindaci esercitabile davanti alla giurisdizione ordinaria dagli organi sociali a ciò legittimati.



*Relazione introduttiva*

Il presente scritto, che riproduce la relazione introduttiva presentata in apertura del Convegno, costituisce una sintesi dell'evoluzione giurisprudenziale, specie di quella di legittimità, in tema di giurisdizione sulle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a partecipazione pubblica e, in particolare, di quelle *in house*, che, per la loro peculiare natura, hanno dato luogo a delle soluzioni differenti rispetto a quelle applicabili a tutte le altre società.

Tale ricostruzione è, pertanto, necessaria premessa al fine di meglio inquadrare la disciplina di cui all'art. 12, t.u., e di affrontare i problemi interpretativi ed applicativi posti dalla stessa.

*Introductory Paper*

This article, which reproduces the introductory paper presented at the opening of the Conference, is a summary of the jurisprudential evolution – especially with regard to legitimacy – in terms of jurisdiction over liability actions against the administrators of public companies and, in particular, of in-house ones. Due to their peculiar nature, these have given rise to solutions that vary from those applicable to all other companies. This reconstruction is, therefore, a necessary premise for the purpose of better framing the discipline pursuant to art. 12 of the Consolidated Law, and of addressing the interpretative and applicative issues it poses.

