

19 FEBBRAIO 2020

Riflessioni sull'ambito soggettivo di  
applicazione della responsabilità  
amministrativa: tra esigenze di  
prevedibilità e tentativi di correzione  
della *mala gestio* pubblica

di Luigi Previtì

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano

# Riflessioni sull'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa: tra esigenze di prevedibilità e tentativi di correzione della *mala gestio pubblica* \*

di Luigi Previti

Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Milano

**Abstract (It):** L'articolo cerca di mettere in luce le principali implicazioni di carattere sistematico che derivano dall'eccessiva elasticità del campo soggettivo di applicazione dell'istituto della responsabilità amministrativa. Dopo aver brevemente richiamato il concetto di rapporto di servizio, oggetto di frequenti riletture giurisprudenziali negli ultimi anni, il contributo prende in esame alcune significative categorie di soggetti nei cui confronti è oggi possibile instaurare un giudizio di responsabilità davanti alla Corte dei Conti. Nell'analizzare le ragioni sottese ai più rilevanti approdi interpretativi della giurisprudenza in materia, viene dedicata particolare attenzione alla possibilità di configurare ipotesi di responsabilità erariale in relazione al fenomeno delle società pubbliche, anche alla luce del recente d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

**Abstract (En):** The article aims to highlight the main systematic implications arising from the excessive flexibility of the subjective field of application of the institution of administrative responsibility. After having briefly outlined the concept of "service relationship", which has been the subject of frequent jurisprudence revisions in recent years, the contribution examines certain significant subjective figures who may be sued before the Court of Auditors nowadays. In order to analyse the reasons underlying the most important interpretative approaches, particular consideration is given to the possibility of indicating cases of administrative liability in relation to the phenomenon of public companies, also in the light of the recent d.lgs. 19 August 2016, n. 175.

**Sommario:** 1. Premessa. 2. L'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa: il rapporto di servizio. 3. La responsabilità amministrativa come tentativo di correzione della *mala gestio pubblica*. 4. L'elasticità dei confini giurisdizionali nel contesto societario. 5. Segue. Giurisdizione contabile e società *in house*. 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa

«Le pubbliche amministrazioni italiane [...] attraversano un periodo difficile. Ne sono testimonianza i giudizi negativi che raccolgono da tutte le parti, in particolare dalla classe politica. Vengono ritenuti il regno del bizantinismo, delle complicazioni, della corruzione».

In questi termini Sabino Cassese riassume le principali critiche mosse di recente, da esponenti di forze politiche diverse, nei confronti dell'operato delle amministrazioni pubbliche<sup>1</sup>.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 1.

Si tratta di criticità che hanno radici e motivazioni eterogenee: alcune, di origine risalente, legate all'esponentiale aumento della complessità e della lunghezza dei processi decisionali, il quale deriva dalla necessità, comune agli ordinamenti giuridici democratici sviluppatasi a partire dalla seconda metà del XX secolo, di curare un numero crescente di interessi pubblici, spesso confliggenti tra loro; altre, invece, di origine più recente, relative al peso eccessivo che regole e controlli di diversa natura esercitano sia sull'attività di governo, sia sull'azione amministrativa, sia sull'esercizio delle attività economiche.

Negli ultimi anni, in effetti, il nostro ordinamento ha sviluppato articolate politiche di controllo sul corretto esercizio delle funzioni pubbliche, intervenendo non solo, in maniera repressiva, con gli strumenti tipici del diritto penale, ma anche, in maniera preventiva, con gli strumenti del diritto amministrativo, nella convinzione che la severità della reazione istituzionale sia più efficiente della sua tempestività o della sua risolutezza<sup>2</sup>.

Invero, la preoccupazione del legislatore di contrastare, con strumenti differenti, casi di *mala gestio rei publicae*, seppur ispirata dall'esigenza di rispondere con fermezza al dilagare di episodi di corruzione e, più in generale, di abuso di pubbliche funzioni per scopi egoistici o illeciti, pare essere causa di ulteriori problematiche di carattere generale.

In particolare, uno dei maggiori rischi prodotti dal tentativo di presidiare il perseguimento di interessi collettivi attraverso l'introduzione di un sistema capillare di controlli amministrativi e giurisdizionali sembra consistere nella creazione di uno stato di incertezza e imprevedibilità, per coloro che operano all'interno (o per conto) delle pubbliche amministrazioni, in merito alla possibilità di incorrere in responsabilità di vario tipo (civile, penale, disciplinare, amministrativa) a causa delle proprie scelte, dei propri atti, dei propri comportamenti.

È in questo contesto, in particolare, che si è sviluppato quel fenomeno noto come «amministrazione difensiva», termine con il quale si indica quella distorsione delle scelte decisionali dell'amministratore pubblico dovuta all'imprevedibilità del rischio di incorrere in responsabilità, patrimoniali e non, per gli atti e i comportamenti assunti nell'esercizio delle proprie funzioni<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Le basi normative fondamentali di tale sistema si rintracciano nella legge 6 novembre 2012, n. 190, nota come legge Severino, la quale, in un'ottica non solo repressiva ma anche preventiva di contrasto alla corruzione e alla *maladministration*, ha previsto l'adozione di misure di varia natura, quali i piani di prevenzione della corruzione, obblighi di pubblicità (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33), norme in materia di incompatibilità e inconfiribilità degli incarichi dirigenziali (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39), un codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62), modifiche al codice penale (in particolare, con riferimento ai reati contro la p.a.) e l'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione (d.l. 31 agosto 2013, n. 101 e d.l. 24 giugno 2014, n. 90).

<sup>3</sup> In merito, si veda, in particolare, S. BATTINI - F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, p. 293 ss., nonché, con riferimento al settore dei contratti pubblici, M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir. ec.*, n. 3/2018, p. 625 ss., il quale sottolinea che l'espressione è stata mutuata dalla più nota locuzione «medicina difensiva», la quale identifica l'analogo fenomeno che si verifica nel settore della sanità, all'interno del quale il medico, temendo di incorrere nel rischio di responsabilità legali connesse all'esercizio della

Obiettivo del presente contributo è quello di svolgere alcune riflessioni su una delle possibili cause del suddetto fenomeno, e cioè sull'elasticità dell'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, il rischio di incoraggiare condotte inefficienti, dilatorie o inerti da parte delle amministrazioni pubbliche pare divenire sempre più concreto e rilevante a fronte della difficoltà di delimitare con chiarezza l'estensione della giurisdizione contabile in tema di responsabilità erariale.

L'analisi proposta ricostruirà, innanzitutto, il quadro normativo vigente in tema di responsabilità erariale, con particolare riferimento al campo soggettivo di applicazione dell'istituto. Si procederà, poi, ad esaminare alcune significative categorie di soggetti nei cui confronti, grazie ai più recenti approdi interpretativi, è oggi possibile instaurare un giudizio di responsabilità davanti alla Corte dei Conti. In seguito, si passerà ad illustrare come l'ambito di applicazione dell'istituto affronti non poche difficoltà di definizione in relazione al peculiare settore delle società pubbliche, all'interno del quale si prenderà in particolare considerazione la categoria delle società *in house providing*. Infine, si trarranno alcune considerazioni conclusive in merito ai recenti sviluppi giurisprudenziali della responsabilità amministrativa nel nostro ordinamento.

## **2. L'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa: il rapporto di servizio**

Chiarito l'obiettivo della presente indagine, pare opportuno richiamare brevemente le principali norme che costituiscono il fondamento di diritto positivo del tema oggetto di analisi<sup>4</sup>.

---

propria attività professionale, modifica le proprie scelte terapeutiche in modo tale da ridurre o eliminare il suddetto rischio. Come è evidente, si tratta di un *modus operandi* del tutto disancorato dall'attenta analisi delle concrete esigenze del paziente.

<sup>4</sup> La letteratura in materia di responsabilità amministrativa è molto estesa. Per una disamina dei contributi più significativi, si vedano S. PILATO, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, Torino, 2019; Id., *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/96*, Padova, 1999; G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017; M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità della responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. ec.*, n. 3/2017, p. 919 ss.; M. ANDREIS - R. MORZENTI PELLEGRINI, *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016; A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012; F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008; C. E. GALLO, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2013; F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008; F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006; A. ROMANO TASSONE, *La valenza sanzionatoria e quella risarcitoria della responsabilità amministrativa*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 281 ss.; F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.

Come è noto, la disciplina dettata dal legislatore in materia si caratterizza per essere alquanto frammentaria, risalente nel tempo e versata in differenti testi legislativi<sup>5</sup>.

Un primo riferimento al profilo in esame è contenuto negli artt. 81, comma 1, e 82, comma 1, della legge sulla contabilità dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), che recano, rispettivamente, la seguente formulazione:

*«I funzionari amministrativi, incaricati di assumere impegni e di disporre pagamenti, i capi delle ragionerie delle amministrazioni centrali e i funzionari a favore dei quali vengono disposte aperture di credito debbono rispondere dei danni che derivino alla amministrazione per loro colpa o negligenza o per la inosservanza degli obblighi loro demandati nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite».*

*«L'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo».*

Di tenore analogo si presenta anche l'art. 52 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti (r.d. 12 luglio 1934, n. 1214), il quale prescrive che:

*«I funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali».*

Nel medesimo senso dispone l'art. 18 del Testo unico delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), in virtù del quale:

*«L'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio».*

Anche la legge 14 gennaio 1994, n. 20, rubricata “Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti”, che costituisce il principale testo normativo vigente in tema di responsabilità amministrativa, in merito al campo di applicazione dell'istituto, all'art. 1, sancisce:

*«La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o con colpa grave [...]».*

Dal tenore letterale delle norme appena riportate sembra possibile trarre la conclusione che presupposto indefettibile per la configurabilità di un'ipotesi di danno erariale sia la sussistenza di un vero e proprio rapporto di impiego tra l'autore del comportamento illecito e l'amministrazione pubblica danneggiata.

---

<sup>5</sup> Il recente Codice della Giustizia Contabile (D.lgs. 26 agosto 2016, n. 174) non contiene, infatti, alcun riferimento specifico ai soggetti in relazione ai quali la giurisdizione della Corte dei conti può essere esercitata, concentrandosi, invece, a disciplinare i diversi giudizi devoluti al giudice contabile.

Tuttavia, adottando una lettura estensiva del dato normativo sopra richiamato, la giurisprudenza contabile è riuscita nel tempo a rimodulare significativamente l'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa, affermando la propria giurisdizione anche nei confronti di soggetti estranei all'organizzazione burocratica<sup>6</sup>.

L'evoluzione pretoria che si è registrata sul punto sembra essere stata indotta, in particolare, dalla necessità di adattare i presupposti normativi della suddetta responsabilità al radicale mutamento delle forme e delle modalità di azione dell'amministrazione pubblica, al fine di evitare una sostanziale elusione della funzione di accertamento delle Procure contabili in merito ai pregiudizi arrecati alle casse erariali.

Infatti, se il riferimento al rapporto di impiego tra il soggetto danneggiante e il soggetto danneggiato poteva considerarsi soddisfacente in un contesto in cui l'esercizio delle funzioni amministrative veniva sostanzialmente riservato a soggetti posti alle dipendenze dell'amministrazione, tale presupposto non poteva più ritenersi adeguato quando le formule organizzative adottate per la gestione e lo svolgimento di compiti di natura pubblicistica mutarono profondamente, aprendosi al coinvolgimento di attori privati. Di talché, pare possibile notare come l'introduzione in via interpretativa di un nuovo paradigma relazionale, quale criterio fondante la giurisdizione contabile nei confronti dei responsabili di danni all'erario, sia stato un passaggio necessario, a fronte dell'immutato quadro normativo, per garantire una tutela costante del patrimonio finanziario pubblico.

Animata da tali finalità protettive, la giurisprudenza ha, pertanto, allargato il perimetro applicativo della responsabilità amministrativa anche a quei soggetti legati alle pubbliche amministrazioni da un rapporto diverso, e concettualmente più ampio, rispetto al formale rapporto impiegatizio, che viene comunemente denominato «rapporto di servizio»<sup>7</sup>.

Nello specifico, l'utilizzo della nuova locuzione ha permesso di ricondurre in via ermeneutica nell'orbita degli agenti pubblici suscettibili di un giudizio erariale davanti alla Corte dei conti tutte quelle persone,

---

<sup>6</sup> Su questi profili di carattere storico, sia consentito rimandare a D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, n. 2/2006, p. 249 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La Corte dei conti di fronte alla privatizzazione ed alla esternalizzazione della funzione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2013, p. 657 ss.

<sup>7</sup> In merito ai tentativi della giurisprudenza di giustificare l'introduzione del concetto di rapporto di servizio attraverso una peculiare lettura del dato normativo preesistente, e in particolare del citato art. 52, comma 1, r.d. n. 1214/1934, segnatamente nella parte in cui riconosce la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli «agenti, civili e militari», cfr. F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, op. cit., p. 50 ss. Nella giurisprudenza contabile, tra le prime pronunce ad avere affermato la sufficienza di un semplice rapporto di servizio ai fini del radicamento della giurisdizione contabile, si vedano Corte Conti, sez. I, 30 gennaio 1958, n. 8471, in *Riv. Corte conti*, 1958, p. 45, nonché la successiva Corte conti, sez. riun., 15 aprile 1969, n. 92, in *Foro amm.*, 1969, p. 172 ss. poi costantemente seguita dalle sezioni semplici.

Con riferimento ai primi arresti giurisprudenziali della Suprema Corte, si vedano, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 20 luglio 1968, in *Foro it.*, 1968, p. 2074 e Cass. civ., sez. un., 6 agosto 1975, n. 2985, in *Foro it.*, 1975, p. 2460.



fisiche o giuridiche, che, anche solo per la funzione concretamente svolta, possono considerarsi inseriti nell'apparato organizzativo e procedimentale dell'amministrazione, a prescindere, dunque, dalla natura pubblica o privata del soggetto responsabile e dal titolo giuridico che costituisce il rapporto (un provvedimento, un contratto privatistico, ecc.)<sup>8</sup>.

Ciò che rileva, in altri termini, ai fini dell'affermazione della giurisdizione contabile non è la sussistenza di una relazione di tipo strutturale tra il danneggiante e il danneggiato, ma la configurabilità di una relazione di tipo funzionale, che si realizza quando il soggetto esterno contribuisce in concreto alla realizzazione di compiti finalizzati alla tutela di interessi pubblici<sup>9</sup>.

Di conseguenza, il legame relazionale sufficiente a giustificare l'applicazione dell'istituto si caratterizza per essere un requisito di tipo sostanziale e non meramente formale, allorché si ritiene che un rapporto di tal genere possa esplicarsi anche attraverso la partecipazione continuativa dell'agente allo svolgimento di un'attività in favore e per conto della pubblica amministrazione; rapporto dalla cui instaurazione deriva necessariamente l'assoggettamento del partecipante alle regole e ai principi tipici dell'azione amministrativa<sup>10</sup>.

Invero, data l'ampia definizione che il concetto di rapporto di servizio ha ricevuto a livello giurisprudenziale non sembra stupire più di tanto che il perimetro applicativo dell'istituto della responsabilità amministrativa fosse destinato a rimanere elastico e sfumato.

Con l'evidente conseguenza, che si avrà modo di apprezzare a breve, di ampliare notevolmente la discrezionalità dell'interprete chiamato a decidere di volta in volta se ritenere l'autore del pregiudizio sottoponibile o meno ad un giudizio contabile.

---

<sup>8</sup> Va esclusa, invece, la giurisdizione della Corte dei conti allorché lo svolgimento di una data attività per conto della pubblica amministrazione non avvenga in modo continuativo, ma riguardi unicamente l'adempimento di prestazioni di carattere saltuario. Così, da ultimo, Cass. civ., sez. un., 12 aprile 2012, n. 5756, in *Giust. civ.*, 2012, p. 16.

Peraltro, viene pacificamente riconosciuta la giurisdizione contabile qualora l'agente, in assenza di un formale atto di investitura, oppure dopo la scadenza dell'incarico legittimamente conferito, si sia comunque ingerito, anche solo di fatto, nella gestione di risorse pubbliche. In tal senso, Cass. civ., sez. un., 10 ottobre 2002, n. 14473, in *Riv. Corte Conti*, 2002, p. 212.

<sup>9</sup> E. FERRARI, *Le giurisdizioni amministrative speciali*, in S. CASSESE (a cura di), *Tratt. dir. amm.*, V, Milano, 2003, pp. 4717-4718.

<sup>10</sup> Ricostruiscono in questi termini la nozione di rapporto di servizio, per limitarsi a richiamare le pronunce più recenti in giurisprudenza, Cass. civ., sez. un., 15 maggio 2017, n. 11983, in *Giur. comm.*, 2018, p. 686; Id., 19 maggio 2016, n. 10324, in *www.eius.it*; Id., 16 luglio 2014, n. 16240, in *Foro amm.*, 2014, p. 3054; Id., 12 aprile 2012, n. 5756, in *Foro it.*, 2013, p. 281; Id., ord. 3 luglio 2009, n. 15599, in *Foro it.*, 2010, p. 1534 ss.; Id., ord. 1° aprile 2008, n. 8409, in *Riv. Corte Conti*, 2008, p. 322; Id., 22 febbraio 2007 n. 4112, in *Foro it.*, 2008, p. 190; Id., 20 ottobre 2006, n. 22513, in *Riv. Corte Conti*, 2006, p. 182.

In dottrina, in particolare, cfr. P. MADDALENA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici economici e delle s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1996, p. 445 ss., il quale evidenzia la progressiva oggettivazione dell'azione amministrativa: quest'ultima non può più essere identificata con l'attività posta in essere da autorità di natura pubblicistica, ma deve necessariamente ricomprendere anche quell'attività svolta da soggetti di natura privatistica finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico.

### 3. La responsabilità amministrativa come tentativo di correzione della *mala gestio* pubblica

Dopo aver sinteticamente richiamato le ragioni, teoriche e pragmatiche, che hanno indotto la giurisprudenza a coniare in via interpretativa la nozione di rapporto di servizio, quale nuovo elemento costitutivo della responsabilità amministrativa, è necessario adesso, in un'ottica maggiormente chiarificatrice degli effetti pratici derivanti da tale evoluzione, esaminare alcune interessanti tipologie di soggetti nei cui confronti è oggi possibile instaurare un giudizio di responsabilità per danno all'erario.

Invero, attraverso una velata operazione di riempimento semantico del concetto di introduzione pretoria, la platea degli agenti pubblici citabili davanti alla Corte dei Conti per danno erariale si è notevolmente allargata, al punto che, tutt'oggi, sembra possibile affermare senza troppi indugi che tale categoria di soggetti non abbia ancora acquisito confini ben delimitati.

Come sottolinea a tal proposito la dottrina più critica nei confronti di tale lettura ermeneutica, possono ritenersi ormai assoggettati alla giurisdizione contabile «tutti coloro che, in un modo o nell'altro, giuridicamente o di fatto, vengono in contatto con una Amministrazione pubblica e stabiliscono con essa una relazione (anche solo funzionale)»<sup>11</sup>.

Per verificare l'attualità di queste considerazioni di carattere generale, occorre dunque passare dal piano teorico dei concetti a quello pratico dell'analisi delle singole fattispecie. L'indagine si concentrerà, in particolare, su tre categorie di soggetti, in considerazione dell'attenzione riservata a queste ultime all'interno del dibattito giurisprudenziale e dottrinale<sup>12</sup>.

Una prima categoria meritevole di attenzione è quella dei concessionari di opere e di servizi pubblici.

Come noto, attraverso il provvedimento di concessione di lavori o di servizi, il concessionario si impegna a costruire e gestire l'opera o ad erogare il servizio indicati dal concedente, accollandosi direttamente i rischi operativi legati alla loro corretta gestione e ottenendo come corrispettivo per la propria attività unicamente il diritto di riscuotere un canone o una tariffa dall'utente dell'opera o del servizio, eventualmente accompagnati da un prezzo.

Proprio l'attribuzione del diritto di gestire l'*utilitas* per conto del concedente ha consentito alla giurisprudenza di qualificare i concessionari come effettivi compartecipi all'esercizio di funzioni amministrative.

---

<sup>11</sup> Così, F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, cit., p. 50.

<sup>12</sup> Invero, esula dall'obiettivo del presente contributo procedere ad un'analisi puntuale delle numerose ipotesi in relazione alle quali la giurisprudenza ha affermato la configurabilità di una responsabilità erariale nei confronti di soggetti privati che hanno instaurato, a vario titolo, un rapporto con le pubbliche amministrazioni. Per approfondimenti, sia consentito rinviare, tra i lavori più recenti, a S. PILATO, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione della corruzione*, cit., p. 49 ss.; V. TENORE, *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni e controlli*, Milano, 2018, p. 181 ss.



Infatti, tale soggetto, seppur non inserito organicamente all'interno dell'apparato amministrativo, e quindi non legato a quest'ultimo in base a un formale rapporto di impiego, è chiamato a svolgere un'attività di interesse pubblico per conto dell'amministrazione<sup>13</sup>.

In altri termini, l'operazione di affidamento a terzi della gestione di servizi o di lavori pubblici, determinando una compartecipazione all'esercizio di poteri organizzatori di natura pubblica, instaura quella relazione funzionale qualificata che è il rapporto di servizio, non rilevando in senso contrario la natura giuridica del concessionario o il titolo giuridico in base al quale l'attività viene svolta<sup>14</sup>.

Tali considerazioni permettono, al contrario, di comprendere il motivo per cui la giurisprudenza è giunta ad escludere, di regola, la configurabilità di ipotesi di responsabilità erariale in relazione alla diversa categoria soggettiva degli appaltatori di opere pubbliche.

Infatti, a differenza di quanto si verifica nel rapporto di concessione, nell'appalto di lavori l'appaltatore si impegna solo a progettare e/o a realizzare l'opera oggetto del contratto, ricevendo in cambio uno specifico corrispettivo economico da parte dell'amministrazione committente.

Pertanto, allorché il legame instaurato dal privato con quest'ultima si esaurisce nella prestazione di un'attività meramente privatistica, che si esplica nell'adempimento degli obblighi contrattuali relativi all'esecuzione dei lavori commissionati, non è possibile ravvisare un effettivo inserimento dell'appaltatore nell'assetto organizzativo dell'ente pubblico<sup>15</sup>.

Un secondo gruppo di soggetti che suscita interesse ai fini della presente analisi è quello dei beneficiari di contributi e finanziamenti pubblici.

La giurisprudenza di legittimità e contabile ha, in più occasioni, riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di coloro che, nella qualità di fruitori di risorse economiche della collettività

---

<sup>13</sup> Funzioni delle quali, ovviamente, il concedente pubblico rimane esclusivo titolare.

<sup>14</sup> Cfr., per tutti, Cass. civ., sez. un., 3 luglio 2009, n. 15599, in *Urb. App.*, 2009, p. 1190, nonché, da ultimo, Corte conti, sez. I centr. app., 19 marzo 2018, n. 123, in relazione ad un'ipotesi di illegittima erogazione di rimborsi fiscali da parte di un concessionario del servizio di riscossione, che aveva omesso di verificare la sussistenza in concreto dei requisiti previsti dalla normativa di settore, e Corte conti, sez. giur. Lazio, 1° agosto 2018, n. 426, con riferimento ad una società incaricata, tramite un provvedimento di concessione, di realizzare un parcheggio multilivello.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 16 febbraio 2010 n. 3672, in *Foro amm.-CdS*, 2010, p. 29. Con riferimento al settore dei contratti pubblici, pare necessario ricordare che, secondo un orientamento interpretativo ormai costante, mentre sono attratte nella giurisdizione contabile le responsabilità connesse allo svolgimento dell'attività di collaudatore o di direttore dei lavori, la cognizione della Corte dei conti non si estende, di regola, all'attività svolta dal progettista dei lavori, in quanto l'incarico di progettazione esterna è stato qualificato dalla giurisprudenza come contratto d'opera professionale che non importa l'inserimento del progettista nell'apparato organizzativo e nell'iter procedimentale pubblico, tanto che il progetto elaborato da quest'ultimo deve essere specificamente approvato dall'ente pubblico committente per essere a lui imputabile. Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. un., 23 aprile 2012, n. 6335, in *C.E.D. Cassazione*, con riferimento all'incarico di progettista di lavori pubblici, e Cass. civ., sez. un., ord. 27 maggio 2009, n. 12252, in *Rep. Foro it.*, 2009, p. 11, con riferimento all'incarico di direttore dei lavori.

A diversa soluzione, invece, si perviene in caso di cumulo dei due incarichi da parte dello stesso soggetto, in virtù dell'unitarietà del rapporto, come affermato, da ultimo, da Cass. civ., sez. un., 22 settembre 2014, n. 19891, in *Riv. Corte conti*, 2014, p. 361.

destinate allo svolgimento di una determinata iniziativa o al perseguimento di uno specifico scopo, vengano meno agli oneri derivanti da tale incarico o esercitino quest'ultimo senza la dovuta diligenza<sup>16</sup>.

Anche con riferimento a tale fattispecie, infatti, non rileva la qualità del soggetto chiamato a gestire il denaro pubblico, né il titolo giuridico in base al quale avviene la gestione, ma riveste importanza determinante la natura del danno conseguente alla mancata realizzazione degli scopi che giustificano l'investimento o il contributo.

In merito va, tuttavia, sottolineato come, ai fini della configurabilità di una responsabilità amministrativa per questa categoria di soggetti, costituisca presupposto fondamentale la sussistenza di un vincolo di destinazione delle somme pubbliche erogate.

Infatti, secondo un orientamento pretorio ormai costante, in tale ipotesi l'azione delle Procure contabili trova giustificazione nel fatto che vengono in rilievo risorse economiche assegnate per il raggiungimento di un interesse collettivo prestabilito, al raggiungimento del quale il beneficiario è tenuto in base ad un programma concordato con l'ente finanziatore<sup>17</sup>.

Da tali precisazioni sembra possibile, pertanto, affermare che, nel caso in cui il contributo o il finanziamento erogato dall'amministrazione non sia assoggettato ad alcun vincolo di utilizzazione, tra ente erogatore e soggetto destinatario non si instauri quel rapporto indispensabile per l'affermazione della giurisdizione del giudice contabile, che si realizza, invero, solo attraverso l'effettiva compartecipazione del beneficiario delle risorse al soddisfacimento di interessi di natura pubblicistica.

Questa tendenza generale ad estendere, in maniera talora non chiara, l'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa nei confronti di categorie soggettive privatistiche ha portato, di

---

<sup>16</sup> Cfr., tra le decisioni più recenti, Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2009, n. 20434, in *Foro it.*, 2010, p. 1522; Id., 25 gennaio 2013, n. 1774, in *Riv. Corte Conti*, 2013, p. 388; Id., 21 maggio 2014, n. 11229, in *Foro it.*, 2015, p. 2481; Id., 24 novembre 2015, n. 23897, in *Guida al dir.*, 2016, p. 94; Id., 14 settembre 2017, n. 21297, in *Foro amm.*, 2017, p. 1454, relativa ad una associazione sportiva dilettantistica che aveva ricevuto da un Comune e da una Camera di Commercio dei contributi economici per la realizzazione di una manifestazione velica, fondi successivamente utilizzati dall'associazione per altre ragioni e giustificati attraverso l'emissione di fatture e rendicontazioni false; Corte conti, sez. giur. Sardegna, 22 febbraio 2018, n. 31, in *federalismi.it*, 14 marzo 2018, relativa all'ammissione di un privato ad un programma di finanziamenti pubblici previsto dalla legge quale forma di incentivo all'esercizio di attività imprenditoriali.

<sup>17</sup> In merito alla necessità di individuare un vincolo di destinazione delle risorse pubbliche elargite ai fini della proponibilità di un'azione di responsabilità contabile, si vedano Cass. civ., sez. un., 5 maggio 2011, n. 9846, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2011, p. 76, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di un'impresa colpita da un evento alluvionale e destinataria di risorse regionali per la ripresa delle attività produttive, per l'impossibilità di individuare un programma specifico, varato dalla Regione erogatrice e gravante sull'impresa, che possa costituire un anello di collegamento sufficiente a far ritenere il privato un compartecipe all'azione pubblica; nonché Cass. civ., sez. un., 18 maggio 2015, n. 10094, in *Foro it.*, 2015, p. 2525, che ha riguardato il caso di ingenti somme di denaro erogate a titolo di rimborso di spese elettorali ad un partito politico, il quale aveva successivamente distratto le risorse per fini egoistici. Anche in tale ipotesi la Suprema Corte, nel dichiarare il difetto della giurisdizione contabile sulla controversia, ha motivato la propria decisione facendo riferimento sia alla mancanza di un vincolo di destinazione pubblicistica delle somme corrisposte all'ente beneficiario sia all'insussistenza di un programma di interesse dell'ente erogatore da attuare con tali risorse.

recente, all'affermazione della giurisdizione contabile nei confronti di un'altra categoria che merita di essere richiamata, e cioè quella dei componenti degli Ordini Professionali.

Con riferimento a tale tipologia di soggetti, infatti, va sottolineato come la giurisprudenza avesse escluso, in un primo momento, la propria giurisdizione in materia, suscitando peraltro non poche perplessità in dottrina<sup>18</sup>.

Le ragioni di fondo di tale orientamento risiedevano sostanzialmente nella circostanza che gli Ordini Professionali non potevano essere considerati destinatari di alcun apporto economico pubblico per l'attività istituzionale svolta, in quanto enti operanti grazie ai soli contributi individuali conferiti dagli iscritti all'albo professionale tenuto dall'Ordine.

Il versamento della contribuzione da parte dei professionisti veniva, dunque, considerato come una forma di autofinanziamento dell'ente, espressione dell'autonomia finanziaria riconosciuta espressamente dalla legge agli Ordini professionali. Pertanto, considerato che le risorse economiche gestite da questi ultimi non hanno provenienza pubblica, il pregiudizio arrecato a tale patrimonio per l'illecito comportamento tenuto dai Consiglieri dell'Ordine si tradurrebbe in un danno essenzialmente privato e non di natura erariale.

Tuttavia, queste argomentazioni possono considerarsi ormai superate alla luce della più recente giurisprudenza, che nell'inaugurare un nuovo indirizzo interpretativo ha fornito una lettura sostanziale delle caratteristiche della fattispecie in questione<sup>19</sup>.

Va notato, infatti, che sebbene le entrate degli Ordini Professionali derivino formalmente dai contributi degli associati, tali risorse, una volta incamerate, vengono utilizzate per la realizzazione di finalità pubbliche, allorché sono dirette a garantire l'esercizio delle attribuzioni *ex lege* assegnate agli Ordini nei confronti degli esercenti della professione a tutela dell'affidamento della collettività (come, ad esempio, la tenuta degli albi, l'esercizio della funzione disciplinare, la proposta delle tariffe professionali, ecc.)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> In giurisprudenza, adesioni all'orientamento tradizionale si ritrovano ancora in Corte conti, sez. giur. Friuli Venezia Giulia, 17 gennaio 2013 n. 2, in *www.lexitalia.it*, n. 2/2013. In dottrina, cfr. V. TENORE, *Sulla giurisdizione della Corte dei conti sui liberi professionisti per danni arrecati all'ordine professionale e ad altri soggetti pubblici*, in *Giust. amm.*, 2013. Più in generale, per una ricognizione delle numerose fattispecie di danno erariale arrecato da liberi professionisti all'ordine di appartenenza, cfr. Id., *La responsabilità amministrativo-contabile dei liberi professionisti e del giornalista in particolare*, in *Riv. Corte Conti*, 2019, p. 38 ss.

<sup>19</sup> Cfr., in particolare, Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2019, n. 17118, che ha affermato la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di alcuni componenti di un Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili (segnatamente, Presidente e membri del Consiglio) per aver conferito consulenze legali a terzi in maniera illegittima e per attività estranee a quelle di interesse dell'Ordine.

<sup>20</sup> Sullo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica da parte degli Ordini professionali, si veda Corte Cost., 25 ottobre 2005, n. 405, in *Foro it.*, 2006, p. 169: «La vigente normazione riguardante gli Ordini e i Collegi risponde all'esigenza di tutelare un rilevante interesse pubblico, la cui unitaria salvaguardia richiede che sia lo Stato a prevedere specifici requisiti di accesso e ad istituire appositi enti pubblici ad appartenenza necessaria, cui affidare il compito di curare la tenuta degli albi nonché di controllare il possesso e la permanenza dei requisiti in capo a coloro che sono già iscritti o che aspirino

Come evidenziato dai giudici di legittimità, il patrimonio a disposizione dell'ente, seppur di origine privata, per il fatto stesso di essere destinato alla cura di interessi collettivi, deve essere considerato di natura pubblica a sua volta, con la conseguenza che la perdita patrimoniale subita dall'Ordine a causa dei propri organi non può che costituire un danno diretto alle risorse strumentali dell'ente stesso, il cui accertamento è sottoposto alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Ciò che emerge dall'analisi degli approdi interpretativi sopra evidenziati, dunque, è il tentativo di allargare, in misura progressivamente crescente, il sindacato del giudice contabile in tema di responsabilità amministrativa verso nuove figure soggettive.

Come si è sottolineato, ai fini della configurabilità di un'ipotesi di danno erariale, rileva non tanto la presenza di un requisito di carattere soggettivo, e cioè la qualifica formale dell'agente responsabile dell'illecito, quanto piuttosto la presenza di un requisito di tipo oggettivo, il quale va identificato non nel mero utilizzo di risorse pubbliche, ma nell'effettiva contribuzione allo svolgimento di un'attività di interesse pubblico<sup>21</sup>.

In altri termini, è l'attribuzione di un compito funzionale al perseguimento di obiettivi pubblicistici, a prescindere dalla natura dell'atto di investitura, a costituire quel punto di collegamento, quel "contatto qualificato" tra ente danneggiato e soggetto danneggiante sufficiente a incardinare la giurisdizione della magistratura contabile.

Ricostruiti, seppur in breve, i termini dell'evoluzione pretoria ravvisabile nella materia oggetto di indagine, è necessario sottolineare come la sopra evidenziata tendenza ad estendere la platea dei soggetti convenibili in giudizio per responsabilità erariale sembra trovare conferma anche nelle più recenti prese di posizione legislative.

Infatti, con il recente d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55, noto nella vulgata come decreto "Sblocca cantieri", il legislatore ha ritenuto opportuno ricondurre all'area della responsabilità erariale anche le Società organismo di attestazione (cc.dd. S.O.A.).

In particolare, l'art. 1, comma 1, lett. p) del citato decreto legge<sup>22</sup> ha modificato l'art. 84, comma 1, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), introducendo al primo comma di tale articolo il seguente testo:

---

ad iscriversi. Ciò è, infatti, finalizzato a garantire il corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività».

<sup>21</sup> Circa la non esaustività, ai fini del radicamento della giurisdizione contabile, di un criterio meramente soggettivo, cfr. Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2013, n. 7377, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Responsabilità contabile*, n. 75; Cass. civ., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4511, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, p. 745. In dottrina, si veda A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei Conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F. G. SCOCA - A. F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2014, *passim*.

<sup>22</sup> Rubricato "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici".

«L'attività di attestazione [delle S.O.A.] è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Gli organismi di diritto privato di cui al primo periodo, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici, svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

Con tale novella, il legislatore è intervenuto per fissare due importanti principi: da un lato, ha affermato espressamente che la funzione di certificazione svolta dagli organismi di attestazione, che hanno formalmente la veste giuridica di una società di diritto privato, deve essere considerata al pari di un'attività che si esprime nella cura di interessi pubblicistici; dall'altro lato, ha riconosciuto, quale conseguenza diretta del precedente enunciato, che anche nei confronti di tale categoria di soggetti la responsabilità amministrativa trova i propri spazi di applicazione.

Tale soluzione legislativa, invero, pare coerente con le ragioni di fondo che hanno supportato gli orientamenti giurisprudenziali di cui si è detto sopra.

Le società in questione, infatti, nonostante siano costituite attraverso il conferimento di capitali esclusivamente privati, possono essere chiamate a rispondere per danno erariale per l'esercizio (scorretto) delle funzioni di attestazione da loro svolte<sup>23</sup>. Funzioni che, come espressamente si chiarisce nel testo novellato, sono di natura pubblicistica, tanto che per potere rivestire tale ruolo – fondamentale per il buon funzionamento del sistema di qualificazione degli operatori economici interessati all'aggiudicazione di contratti pubblici di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro – è necessario ottenere un apposito provvedimento autorizzatorio da parte di A.N.AC.

L'estensione della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti delle S.O.A. rimarca con evidenza come, ai fini della contestazione di un'ipotesi di danno all'erario, non solo non sia rilevante l'atto di investitura che attribuisce all'autore dell'illecito il potere/dovere di curare interessi collettivi e, a bene vedere, neanche l'utilizzo di risorse di provenienza pubblica.

Infatti, se ciò che qualifica il concetto di «rapporto di servizio» è, in ultima analisi, la partecipazione concreta alla cura di interessi pubblici per conto dell'amministrazione, il patrimonio di quest'ultima ben può subire un pregiudizio sia in caso di indebita spendita di risorse finanziarie, sia nell'ipotesi di cattiva o illecita realizzazione dell'incarico affidato<sup>24</sup>.

Invero, l'obiettivo che pare giustificare in tale ipotesi l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte delle Procure contabili è la volontà di contrastare in maniera più severa casi di sviamento della funzione

---

<sup>23</sup> Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di rilascio di attestazioni in mancanza dei requisiti di qualificazione prescritti dalla legge.

<sup>24</sup> Ciò, ovviamente, in presenza degli altri presupposti previsti dalla normativa per la configurabilità della responsabilità erariale.

pubblica, nel tentativo di ridurre l'entità di un fenomeno che strumenti di diversa natura, come quelli penalistici, non sono riusciti a controllare in modo soddisfacente<sup>25</sup>.

Tuttavia, seguendo fino in fondo questa linea interpretativa, che porterà ad allargare ulteriormente la sfera dei soggetti suscettibili di essere chiamati a rispondere per le proprie azioni in sede erariale, il rischio è quello di continuare a sacrificare le esigenze di prevedibilità di coloro che, anche occasionalmente, entrano in contatto con le pubbliche amministrazioni in ordine alle conseguenze giuridiche connesse alle proprie azioni.

Un rischio che non potrà che concorrere a incentivare lo sviluppo di nuovi atteggiamenti difensivi all'interno del settore pubblico, con ricadute immediate sulla qualità delle scelte amministrative e sulle relative modalità di attuazione.

#### 4. L'elasticità dei confini giurisdizionali nel contesto societario

Nel delineare gli elastici confini del campo soggettivo di applicazione della responsabilità erariale, particolare attenzione merita il modo in cui la giurisprudenza contabile si è interfacciata con la possibilità di sottoporre alla sua giurisdizione un'ulteriore categoria di soggetti, ovvero i componenti degli organi sociali e i dipendenti delle società pubbliche<sup>26</sup>.

Il tema in questione è tornato di attualità a seguito della recente riforma normativa delle società pubbliche ad opera del recente decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (*"Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica"*), il cui art. 12 è dedicato espressamente alla responsabilità degli organi sociali per i danni da cattiva gestione societaria<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> In tal senso, si veda anche F. FRACCHIA, *Corte dei Conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2008, p. 669 ss., il quale segnala l'assunzione (indebita) da parte della Corte dei Conti di un ruolo suppletivo rispetto ad altri (e più appropriati) strumenti di responsabilizzazione e controllo sulla corretta cura dell'interesse pubblico; circostanza che sembrerebbe profilare il giudice contabile quale «ultimo baluardo della legalità amministrativa a fronte di cedimenti presenti in altri luoghi dell'ordinamento».

<sup>26</sup> In tema di società pubbliche e giurisdizione contabile, cfr. M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008; F. G. SCOCA, *Società private e giurisdizione contabile*, in *Giur. it.*, 2017; M. C. CAVALLARO, *Responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società in mano pubblica e profili di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2015, p. 896 ss.; M. MACCHIA, *Gli amministratori di società pubbliche e il danno erariale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2013, p. 381 ss.; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2013; A. ALTERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012; F. CAPALBO, *Società partecipate e responsabilità: criteri di riparto della giurisdizione e fattispecie di danno erariale*, in *federalismi.it*, n. 6/2018; P. NOVELLI - L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Milano, 2008; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, Milano, 2004; O. SEPE, *La giurisdizione contabile*, Verona, 1989.

<sup>27</sup> Tra i commenti più significativi alla novella, si vedano, in particolare, M. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo unico*, Milano, 2017; C. IBBA - I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Bologna, 2018; G. PRESTI - M. RENNA, *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2017, p. 601 ss.; R. GAROFOLI - A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Roma, 2018; M. DUGATO, *La società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus*, 2016.



Proprio in relazione a tali soggetti, è possibile registrare un ciclico alternarsi di orientamenti giurisprudenziali.

Se fino agli inizi del XXI secolo era pacifico che gli amministratori di una società a partecipazione pubblica fossero soggetti alle sole azioni di responsabilità esercitate ai sensi del codice civile davanti al giudice ordinario, una prima significativa presa di posizione in senso contrario è rintracciabile a partire da quell'orientamento delle sezioni unite della Corte di Cassazione che ha riconosciuto la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di una società di capitali partecipata da un ente locale<sup>28</sup>. Come sottolineato dalla Suprema Corte, anche in questa ipotesi è possibile ravvisare la sussistenza di un rapporto di servizio tra danneggiante e danneggiato, inteso come compartecipazione del primo all'attività svolta dal secondo, non rilevando in senso contrario la natura privatistica del danneggiante o il titolo giuridico in forza del quale il rapporto tra le parti si è costituito.

Ciò che conduce i giudici di legittimità a devolvere la controversia alla giurisdizione contabile è l'adozione di una prospettiva sostanzialistica nell'analisi delle caratteristiche del fenomeno societario a partecipazione pubblica. La pronuncia richiamata, infatti, fa leva fondamentalmente sull'origine pubblica delle risorse utilizzate dalla società, la cui cattiva amministrazione, quando dovuta a dolo o colpa grave, determina un pregiudizio economicamente apprezzabile nel patrimonio dell'ente che si serve di quella società per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

Secondo questa impostazione, peraltro, qualsiasi danno inferto al patrimonio sociale da parte dei suoi organi è teoricamente configurabile come danno erariale, anche se percepito solo indirettamente dall'ente pubblico partecipante.

L'espansione della giurisdizione della Corte dei conti nel campo societario ha suscitato, tuttavia, numerose critiche all'interno del dibattito dottrinale, le quali hanno indotto un radicale cambiamento di orientamento in senso alla giurisprudenza di legittimità a partire dal 2009 e da allora, salvo ipotesi speciali regolate *ex lege*, non più abbandonato<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Inaugura il nuovo indirizzo ermeneutico Cass. civ., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro it.* 2005, p. 2675. Nel caso di specie, si discorreva della responsabilità per cattiva gestione societaria degli amministratori di una società partecipata in via quasi totalitaria dal Comune di Milano, concessionaria del servizio pubblico di gestione dei mercati all'ingrosso dell'ente locale.

<sup>29</sup> Ci si riferisce, segnatamente, alla nota decisione della Suprema Corte (Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Riv. Corte Conti*, 2009, p. 218 ss.), che ha ribaltato l'orientamento precedentemente dominante; la soluzione è stata confermata, di recente, anche da Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692, in *Foro amm.-C.d.S.* 2012, 1496. Le perplessità rispetto all'indirizzo tradizionale sono state efficacemente espresse da G. DELLA CANANEA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e regole della concorrenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 49 ss.

Il *revirement* giurisprudenziale non è stato, tuttavia, esente da critiche da parte della successiva giurisprudenza contabile. Sul punto, si veda Corte conti, sez. giur. Abruzzo, 21 marzo 2012, n. 84, in *www.corteconti.it*.



La soluzione avallata dalla Suprema Corte, mossa chiaramente da un approccio di stampo formalistico, ha determinato un sostanziale restringimento dell'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa in ordine ai danni prodotti dagli organi delle società partecipate al patrimonio sociale.

Le obiezioni alla teoria sostanzialistica possono riassumersi in due argomenti principali.

Da un lato, la Corte ha osservato come una società di capitali a partecipazione pubblica non perda la propria *natura di persona giuridica di diritto privato* per il fatto che il suo capitale è alimentato da conferimenti che provengono, in tutto o in parte, da una o più pubbliche amministrazioni.

Infatti, poiché la società, al momento dell'iscrizione nel registro delle imprese, acquista una distinta e autonoma personalità giuridica, non è possibile rintracciare un diretto pregiudizio di natura erariale in caso di lesione del patrimonio sociale per la cattiva gestione dei suoi organi di direzione, in ragione della netta separazione tra il patrimonio della società e quello dell'azionista pubblico.

Circostanza dalla quale si ricava, dunque, come l'unico soggetto eventualmente legittimato a chiedere il risarcimento del danno percepito sia la società stessa e non l'ente partecipante.

Dall'altro lato, la Corte ha sottolineato, quale conseguenza necessaria della precedente precisazione, l'impossibilità di configurare un rapporto di servizio tra gli organi sociali responsabili del pregiudizio e il socio pubblico, dato che tale rapporto, a ben vedere, si instaura solo tra i primi e la società partecipata.

Tale cambiamento di indirizzo interpretativo sembra dovuto, inoltre, a una lettura più attenta degli interessi giuridici coinvolti allorché le amministrazioni utilizzano gli schemi e i moduli organizzativi propri del diritto privato per perseguire le proprie finalità istituzionali.

All'interno dell'organizzazione societaria, infatti, l'interesse pubblico perseguito dall'ente titolare della partecipazione è solo uno degli interessi rilevanti e va perseguito, pertanto, senza sacrificare ingiustificatamente gli interessi degli altri soci e dei singoli creditori che con la società entrano in contatto.

Soggetti ai quali va riconosciuto il diritto di promuovere utilmente le azioni civili di responsabilità a loro spettanti.

Con l'obiettivo di definire con maggiore chiarezza il regime delle responsabilità nel settore delle società pubbliche, come si ricava dalla lettura dei criteri direttivi fissati dalla legge delega<sup>30</sup>, il legislatore delegato ha fissato, all'art. 12 del citato testo unico, i seguenti criteri di riparto di giurisdizione:

«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

---

<sup>30</sup> Art. 18, comma 1, lett. c), della legge 7 agosto 2015, n. 124.

società *in house*. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.

Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione».

Come è evidente, il primo comma dell'articolo sopra riportato ribadisce, in via generale, l'operatività generale della disciplina civilistica di responsabilità per i danni cagionati dagli amministratori al patrimonio sociale, in continuità con l'indirizzo ermeneutico inaugurato dalla Corte di Cassazione nel 2009.

La norma contempla, tuttavia, tre ipotesi di particolare rilievo per le quali la regola generale non si applica, alimentando così la convinzione, da parte della dottrina, che gli spazi di esercizio effettivo della giurisdizione contabile in materia rimangano ancora incisivi<sup>31</sup>.

In merito alla prima ipotesi menzionata dal legislatore, ovvero quella concernente «gli amministratori e i dipendenti delle società *in house*», ci si concentrerà con più attenzione all'interno del prossimo paragrafo. Si osservi soltanto, a tal proposito, che l'inciso normativo, dal punto di vista letterale, lascia fuori dalla fattispecie normativa i componenti degli organi di controllo. Omissione che, in realtà, volendo dare alla disposizione un'interpretazione costituzionalmente conforme rispetto al principio di ragionevolezza e ai criteri direttivi della legge delega, potrebbe considerarsi verosimilmente una dimenticanza non voluta.

La seconda categoria di controversie rientrante nell'ambito della cognizione dei giudici contabili è quella relativa ai danni, patrimoniali e non, subiti direttamente dai soci pubblici in ragione della cattiva o illecita gestione della società.

Tale ipotesi si giustifica in considerazione del fatto che, se il pregiudizio si riverbera direttamente all'interno della sfera giuridica dell'ente partecipante, e non della società partecipata, l'autonomia patrimoniale della società rispetto ai singoli soci non costituisce più un ostacolo all'esercizio dell'azione risarcitoria da parte delle Procure contabili volta a recuperare le risorse collettive perdute.

Per giurisprudenza consolidata rientra in tale fattispecie di danno erariale, in particolare, il danno all'immagine dell'ente pubblico a seguito dei comportamenti illegittimi posti in essere dagli organi della società.

---

<sup>31</sup> Sulle criticità sollevate dall'articolo in esame, si vedano A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in *Munus*, 2016; G. M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016; D. MORGANTE, *Le azioni di responsabilità relative alla società a partecipazione pubblica nel Testo unico*, in F. FIMMANÒ - A. CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016; F. GOISIS, *L'ente pubblico come investitore privato razionale*, in *Dir. ec.*, n. 1/2017, p. 3 ss. In giurisprudenza, cfr. di recente Cass. civ., sez. un., 20 marzo 2018, n. 6929, che ha riconosciuto la natura eccezionale e tassativa delle ipotesi di deroga alla giurisdizione ordinaria contemplate dall'art. 12 T.U.S.P.

Si tratta di un pregiudizio di natura non patrimoniale, che si produce immediatamente in capo al socio pubblico per il fatto stesso di essere partecipe di un organismo (la società) al cui interno i comportamenti lesivi dell'immagine si siano manifestati, e che non costituisce, pertanto, il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale<sup>32</sup>.

Infine, la terza fattispecie delineata dal legislatore si verifica quando, in presenza di un danno cagionato al patrimonio della società, l'ente pubblico, in persona dei propri rappresentanti, trascuri di tutelare i propri interessi di socio, mediante l'esercizio delle azioni civili di responsabilità o mediante l'esperimento degli altri rimedi messi a disposizione dall'ordinamento nei confronti degli autori del pregiudizio (come, ad esempio, l'esercizio del potere di revoca degli amministratori incompetenti) e, a causa della sua condotta inerte, la partecipazione societaria subisca una perdita di valore.

Invero, tale fattispecie pone una serie di criticità che meritano di essere segnalate.

Innanzitutto, va notata una mancanza di chiarezza nel dato testuale, dovuta al fatto che il secondo comma dell'art. 12 fa riferimento a un generico «pregiudizio al valore della partecipazione», che si ritiene possa integrarsi non solo tramite una condotta omissiva, ovvero in ipotesi di mancato esercizio dei rimedi spettanti al socio di fronte a comportamenti per lui pregiudizievoli degli organi sociali, ma anche tramite una condotta attiva, come nel caso in cui il rappresentante dell'ente partecipante nomini dei componenti del C.d.A. privi delle competenze prescritte dalle legge o dallo statuto societario.

In secondo luogo, va sottolineato che, così come congegnata dal legislatore, la disposizione sembra introdurre per i rappresentanti del socio pubblico un obbligo, sanzionabile in sede contabile, di esercitare l'azione sociale per ogni ipotesi di *mala gestio* da parte degli amministratori, laddove, ai sensi della disciplina civilistica, l'esercizio di tale azione costituisce una semplice facoltà per gli altri soci privati.

Un assetto normativo che difficilmente pare possa sfuggire alle critiche di disparità di trattamento tra la figura del socio privato e quella del socio pubblico, salvo giustificare i diversi oneri gravanti su quest'ultimo in virtù dell'esigenza di preservare il corretto utilizzo delle risorse collettive investite al momento della partecipazione all'organizzazione societaria.

Infine, va rimarcata l'eccessiva ambiguità del riferimento normativo al parametro del valore della partecipazione sociale, il quale, se interpretato in senso letterale, potrebbe portare la giurisprudenza contabile a convenire in giudizio i rappresentanti dell'amministrazione ogni qual volta non abbiano reagito di fronte a situazioni di perdite economiche, seppur programmate nel breve periodo per realizzare utili nel lungo periodo.

---

<sup>32</sup> In merito al tema del danno all'immagine della pubblica amministrazione, si veda, in particolare, G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, cit., p. 284 ss.; L. D'ANGELO, *Codice della giustizia contabile e danno all'immagine della p.a.: un apprezzabile ampliamento di tutela*, in *Giust.Amm.it*, 2016.

Con la conseguenza che, se anche una perdita temporanea del valore della partecipazione è sufficiente ad innescare un giudizio di responsabilità erariale, qualsiasi lungimirante strategia imprenditoriale potrebbe essere del tutto disincentivata<sup>33</sup>.

Già da queste brevi riflessioni sembra possibile osservare come il mantenimento di (significativi) spazi di azione per la giurisdizione della Corte dei conti nel campo delle società pubbliche faccia emergere nuovi dubbi interpretativi e nuove esigenze di coordinamento. Criticità che paiono mettere in discussione la convinzione che il legislatore delegato sia riuscito a delineare in maniera più nitida il perimetro di applicazione dell'istituto in tale settore.

Ciò che pare potersi affermare alla luce della normativa sopra richiamata – come si avrà modo di apprezzare anche nel prossimo paragrafo – è la persistente discrezionalità della giurisprudenza nel decidere in quali casi esercitare le proprie funzioni giurisdizionali per reprimere ulteriori ipotesi di cattiva amministrazione di risorse collettive.

Circostanza che, pertanto, trova conferma anche quando tali risorse vengano conferite per la costituzione del patrimonio di un autonomo soggetto di diritto, quale è la società a partecipazione pubblica.

## 5. Segue. Giurisdizione contabile e società *in house*

Le perplessità sopra evidenziate a proposito della novella normativa in tema di società pubbliche non sembrano venire meno quando si sposta l'analisi su un'altra fattispecie in relazione alla quale la regola generale contenuta nel primo comma dell'art. 12 T.U.S.P. non trova applicazione.

Ci si riferisce, segnatamente, alle ipotesi di danno erariale cagionato dagli organi delle società *in house providing*<sup>34</sup>.

Come noto, il modello organizzativo dell'*in house*, nato grazie all'opera interpretativa della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>35</sup>, rimanda al fenomeno dell'autoproduzione, cioè alla possibilità, per la pubblica amministrazione, di procurarsi beni e servizi di cui ha bisogno rivolgendosi a soggetti inseriti

---

<sup>33</sup> Sul punto si vedano le attente riflessioni di L. TORCHIA, *La responsabilità degli organi sociali nelle imprese a partecipazione pubblica*, in G. PRESTI - M. RENNA, *Le imprese a partecipazione pubblica*, cit., p. 106 ss., la quale si interroga sull'opportunità di mantenere ancora un regime di responsabilità erariale per l'amministrazione azionista, dovendosi ritenere preferibile, a fronte degli stringenti vincoli pubblicistici inerenti la fase di costituzione delle società a partecipazione pubblica, effettuare una valutazione della gestione societaria secondo criteri e regole privatistici.

<sup>34</sup> In materia, circa i contributi più rilevanti, cfr. D.U. GALETTA - G. CARULLO, *Gestione dei servizi pubblici locali e modello dell'in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 371 ss.; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. ec.*, n. 2/2012, p. 281 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000; R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, n. 1/2006, p. 51 ss.; F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo unico*, cit., p. 49 ss.

<sup>35</sup> A partire dalla storica pronuncia della Corte giust., sez. V, 18 novembre 1999, in C-107/98, *Teckal S.r.l. c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua consorziale di Reggio Emilia*, in *Urb. App.*, 2000, p. 227.

all'interno della propria organizzazione, senza eludere, così facendo, il rispetto delle procedure concorrenziali dettate dal legislatore.

Ai sensi delle recenti direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, recepite dal nostro legislatore all'interno dell'art. 16 T.U.S.P., l'istituto in questione si configura allorché: l'amministrazione esercita sulla società un «controllo analogo» a quello esercitato sui propri servizi, che si traduce nell'esercizio di un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata; oltre l'ottanta per cento del fatturato della società è realizzato nello svolgimento di compiti ad essa affidati dall'ente pubblico controllante, e l'eventuale produzione ulteriore permette di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza per l'attività principale; la società è partecipata esclusivamente da pubbliche amministrazioni, salvo che la partecipazione privata sia prescritta da norme di legge e non comporti l'attribuzione ai soci privati di un potere di veto o della possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle decisioni della società<sup>36</sup>.

La peculiarità delle caratteristiche sopra elencate ha portato la giurisprudenza ad affermare l'impossibilità di configurare un effettivo rapporto contrattuale tra l'amministrazione affidante e la società *in house* affidataria, dato che quest'ultima si presenta come la *longa manus* della prima, difettando il requisito della terzietà tra le parti. Dal che deriva come l'affidamento diretto di contratti pubblici da parte dell'amministrazione controllante all'organismo controllato non risulti lesivo dei principi di concorrenza e di non discriminazione.

Queste stesse considerazioni, per quanto rileva in questa sede, hanno orientato gli approdi della giurisprudenza di legittimità chiamata a determinare il plesso giurisdizionale competente a conoscere le relative azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali. Infatti, in ragione degli elementi caratterizzanti tale figura organizzativa, la Suprema Corte è giunta ad attribuire le azioni di risarcimento dei danni cagionati al patrimonio sociale da parte degli amministratori e dei dipendenti delle società *in house* alla giurisdizione della Corte dei conti<sup>37</sup>.

Tale decisione – cui sembra essersi allineato lo stesso legislatore della novella del 2016, come si desume dalla formulazione dal primo comma dell'art. 12 T.U.S.P. – si fonda principalmente su due argomenti.

Secondo questa impostazione, infatti, il controllo analogo esercitato dall'amministrazione sulla società si esplica in maniera così penetrante da determinare una definitiva privazione *del potere decisionale normalmente*

---

<sup>36</sup> Requisiti dei quali, come noto, deve essere fatta espressa menzione all'interno dello statuto sociale.

<sup>37</sup> *Leading case* in materia è certamente costituito da Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Riv. Corte conti*, 2013, p. 530; soluzione successivamente seguita da Cass. civ., sez. un., 13 aprile 2016, n. 7293; Id., 24 marzo 2015, n. 5848, in *www.iusexplorer.it*; Id., 22 luglio 2014, n. 16622, *ivi*. In dottrina, per un'analisi critica della decisione, si veda R. URSI, *Il cammino disorientato delle c.d. società in house*, in *Dir. ec.*, n. 3/2014, p. 557 ss.

*spettante agli organi di direzione e di vigilanza*, i quali sono sottoposti, senza residui margini di discrezionalità, alla volontà imperativa del socio pubblico titolare della partecipazione.

In secondo luogo, osserva la Corte, le peculiari caratteristiche che connotano la società *in house* portano a ritenere che quest'ultima, a ben vedere, non sia una persona giuridica diversa e autonoma rispetto all'ente controllante, ma soltanto una sua articolazione interna. Pertanto, seppur la società sia formalmente identificabile come un ente di diritto privato, di tale modello resterebbe solo l'assetto organizzativo, mentre del relativo patrimonio resterebbe esclusivo titolare l'amministrazione controllante.

Tale ricostruzione dei meccanismi operativi dell'istituto ha portato così la Corte regolatrice a riconoscere la configurabilità di un vero e proprio rapporto di servizio tra l'ente partecipante e gli organi della società *in house*, dando la stura a nuove tendenze espansionistiche della giurisprudenza contabile in materia di società pubbliche.

Ebbene, così ricostruite le ragioni giustificatrici della deroga alla giurisdizione del giudice ordinario accolta anche dal legislatore della riforma, sia consentito svolgere due brevi riflessioni in merito.

In primo luogo, occorre sottolineare l'eccessivo rigore con il quale i requisiti costitutivi delle società *in house* sono stati interpretati dalla nostra giurisprudenza.

A tal proposito, si sottolinei, come già nelle argomentazioni della famosa sentenza *Teckal*, il modulo dell'*in house providing* sia stato introdotto per identificare una peculiare relazione intersoggettiva, e cioè un rapporto giuridico tra due soggetti ben distinti (uno pubblico e uno privato) che per le sue caratteristiche giustifica il mancato ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di contratti pubblici, e non per coniare un organismo societario *sui generis* che, in spregio ai principi basilari del diritto commerciale, non è dotato di propria personalità giuridica<sup>38</sup>.

In altri termini, l'ordinario schema societario non subisce stravolgimenti nell'ipotesi del rapporto *in house*, sebbene sia possibile derogare ad alcune disposizioni codicistiche dettate per le società in generale<sup>39</sup>.

Inoltre, per quanto concerne il requisito del controllo analogo, definito espressamente dall'art. 2 T.U.S.P. come esercizio concreto di «un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società controllata», va sottolineato come tale potere di controllo, se certamente si esplica a livello di alta

---

<sup>38</sup> Così, M. DUGATO, *Le società in house*, in G. PRESTI - M. RENNA, *Le imprese a partecipazione pubblica*, cit., p. 64 ss. Argomento ulteriore contro l'assimilazione della società *in house* al soggetto pubblico controllante si ricava anche dalla scelta legislativa a favore della fallibilità delle società pubbliche; sul punto, cfr. nt. 40.

<sup>39</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto disposto dal secondo comma dell'art. 16 T.U.S.P., il quale recita: «Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1: 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'articolo 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 possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile».



amministrazione, non sembra eliminare del tutto l'autonomia gestionale ed esecutiva dell'organo direttivo della società<sup>40</sup>.

Tale conclusione pare evidente sia interpretando l'art. 2 da un punto di vista strettamente letterale, allorché la norma in questione indica quale oggetto dell'influenza determinante solamente il momento della fissazione degli obiettivi e dell'adozione delle decisioni più importanti per l'attività sociale, sia ricavando il significato dell'art. 2 facendo ricorso ad un'interpretazione sistematica, in considerazione della pacifica relegazione del potere gerarchico, quale criterio che regola le relazioni intersoggettive pubbliche, ad ipotesi tassative ed eccezionali, a fronte dell'affermazione del potere di eterodirezione.

Precisazioni che, pertanto, dovrebbero condurre la successiva giurisprudenza a ripensare attentamente la possibilità di identificare un vero e proprio rapporto di servizio tra gli organi sociali dell'*in house* e l'amministrazione controllante.

La seconda riflessione critica fa riferimento alla portata applicativa dell'art. 12 e prende le mosse da un recente orientamento della Corte di Cassazione a Sezioni unite<sup>41</sup>.

In particolare, tale indirizzo interpretativo ha riconosciuto che, anche con riferimento alla categoria delle società *in house*, non è possibile affermare che il danno cagionato al patrimonio sociale da episodi di *mala gestio* rilevi sempre e soltanto quale danno di tipo erariale.

Come sottolineato dalla Corte, il fatto che una società di diritto privato abbia le caratteristiche del modello *in house* non può pregiudicare gli interessi dei creditori sociali che con quell'organismo sono entrati in contatto. Questi ultimi, infatti, non possono trovare una tutela adeguata rispetto alla propria posizione creditizia se non attraverso l'azione di responsabilità prevista dalla disciplina civilistica, la cui proponibilità davanti al giudice ordinario non può essere inibita o subordinata all'esperimento dell'azione di responsabilità di competenza della magistratura contabile.

Così facendo, la Suprema Corte ha aperto la strada alla configurabilità di una giurisdizione concorrente del giudice ordinario e contabile per i medesimi fatti dannosi. Un risultato che si giustifica alla luce del fatto che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività economiche a società

---

<sup>40</sup> In tal senso, cfr. F. GUERRERA, *La governance delle società a partecipazione pubblica*, in G. PRESTI, M. RENNA, *Le imprese a partecipazione pubblica*, cit., p. 80 ss.; C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in C. IBBA - I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 205 ss.

<sup>41</sup> Cfr. Cass. civ., sez. un., ord. 13 settembre 2018, n. 22406, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2019, p. 217 ss., con nota di V. BONTEMPI, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*. La Corte era stata adita, su ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, nell'ambito di un procedimento pendente davanti al Tribunale di Palermo e instaurato dai commissari straordinari di una S.p.a., ai sensi del codice civile e dell'art. 146 della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) nei confronti degli amministratori, dei sindaci, del direttore generale e del revisore dei conti della società stessa, nonché del socio unico, il Comune di Palermo.

In merito alle criticità derivanti dal riconoscimento di una giurisdizione concorrente, cfr. M. ANTONIOLI, *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, p. 580 ss.



pubbliche, e quindi di perseguire interessi pubblici attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste ultime si debbano assumere i rischi connessi alla loro eventuale insolvenza<sup>42</sup>, «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».

Il caso in esame sembra, dunque, condurre alla considerazione secondo la quale il riparto di giurisdizione sulle azioni di responsabilità degli organi delle società partecipate è tutt'altro che definito e probabilmente destinato ad ulteriori ripensamenti e aggiustamenti interpretativi.

Se così è, tuttavia, pare sempre più chiaro come, nel contemperamento tra i plurimi interessi in gioco che vengono in rilievo all'interno della complessa materia delle società partecipate, il prezzo più caro sia stato pagato proprio dal principio di certezza del diritto, che trova certamente espressione anche nella fissazione di criteri chiari e coerenti di devoluzione delle controversie al plesso giurisdizionale competente.

## 6. Considerazioni conclusive

Dalle considerazioni sopra condotte sembra possibile ricavare come l'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa non presenti affatto dei contorni precisi e sia, anzi, ben lontano dall'assumere tale forma.

Attraverso l'introduzione del concetto di rapporto di servizio, infatti, l'interpretazione giurisprudenziale è riuscita ad allargare in maniera progressiva la sfera dei soggetti convenibili davanti alla Corte dei conti per ipotesi di danno all'erario, trovando, in seguito, nell'intervento legislativo un avallo formale per le proprie decisioni.

Un passaggio concettuale che, come si è detto, è risultato necessario a fronte dell'evoluzione dell'attività amministrativa e della sua oggettivazione, e cioè del coinvolgimento di privati nello svolgimento dei compiti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, per continuare a perseguire in sede contabile i danni erariali cagionati da soggetti formalmente esterni rispetto alle strutture organizzative burocratiche.

Come si è cercato di dimostrare, questi costanti sviluppi pretori e normativi lasciano trasparire la tendenza generale, nel nostro ordinamento, ad utilizzare sempre più di frequente il giudizio di responsabilità erariale

---

<sup>42</sup> Sulla fallibilità delle società pubbliche, cfr. art. 14, comma 1, T.U.S.P., il quale dispone: «Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, e al decreto legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39». Sull'applicabilità di tale disposizione anche alle società *in house*, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, in *Giustiziacivile.com*, 16 gennaio 2018, con nota di F. FIMMANO, *La natura delle società pubbliche e la conseguente fallibilità*.

quale strumento di contrasto di casi di cattiva gestione di risorse collettive e di scorretto esercizio di pubbliche funzioni.

Tuttavia, la continua individuazione di nuove categorie di soggetti nei cui confronti muovere un addebito di responsabilità erariale, piuttosto che realizzare una repressione più efficiente di ipotesi di *mala gestio*, sembra introdurre nuove problematiche di carattere generale.

La prima e più diretta conseguenza di tale orientamento riguarda l'eccessiva compressione del principio di certezza del diritto, che ricomprende, come è noto, la possibilità di stabilire *ex ante* le conseguenze giuridiche connesse alle proprie azioni.

Tale principio, infatti, non pare essere oggi tenuto nella dovuta considerazione, come dimostrano gli altalenanti orientamenti giurisprudenziali esaminati nel corso della presente indagine.

Orientamenti che si giustificano in relazione ai significativi margini di discrezionalità affidati in materia agli organi giudicanti, ma che non lasciano affatto prevedere in misura ragionevole quando l'assunzione di un determinato atto o comportamento possa determinare una condanna al risarcimento dei danni in sede contabile.

La seconda conclusione che emerge dal contesto sopra delineato, logicamente correlata a quella appena esposta, attiene invece al citato rischio di incoraggiare la diffusione di scelte e comportamenti riconducibili al fenomeno dell'amministrazione difensiva.

Infatti, sembra possibile affermare che il progressivo e indefinito allargamento dei confini della giurisdizione contabile nei confronti di nuove figure soggettive spingerà coloro che svolgono un compito di rilevanza pubblicistica per conto delle amministrazioni – e che, quindi, possono ben instaurare con queste ultime un rapporto di servizio – a mostrare una ritrosia sensibilmente maggiore nello svolgimento del ruolo affidato.

Se così dovesse essere, tuttavia, con una preoccupante eterogeneità dei fini, il timore di incorrere in un'azione per danno erariale, piuttosto che svolgere una fisiologica funzione deterrente rispetto a scelte non improntate al buon utilizzo delle risorse collettive<sup>43</sup>, potrebbe indurre più frequentemente ad innescare resistenze decisionali e comportamenti inerti, dai quali deriverebbero un indesiderato rallentamento dell'azione pubblica e una sensibile riduzione della sua efficienza.

---

<sup>43</sup> Cfr., Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1998, p. 954 (con nota di P. MADDALENA, *La limitazione della responsabilità amministrativa ai soli casi di dolo o colpa grave dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 371 del 20 novembre 1998*), nella quale la Corte sottolinea come le norme sul risarcimento del danno all'erario abbiano l'obiettivo di determinare «quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti e amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo».



Si auspica, pertanto, che tali considerazioni stimolino il legislatore e la giurisprudenza successiva a rimeditare in maniera più coerente e chiara il ricorso all'istituto della responsabilità amministrativa.