Il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori delle società partecipate pubbliche alla luce della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione.

di Alessandro Montesano Cancellara

Sommario:

1. Premessa: il fenomeno delle società partecipate.

2. Aspetto formale e sostanziale.

2.1. Il regime giuridico

2.2. In particolare: la responsabilità degli amministratori.

3. Il problema della duplicazione delle azioni (azione di responsabilità dei soci e azione di responsabilità del pubblico ministero contabile).

4. La giurisprudenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione in materia di giurisdizione.

4.1. La stagione espansiva della giurisdizione della Corte dei Conti: Cass. S.U. n. 19667 del 22.12.2003; Cass. S.U. n. 3899 del 26.2.2004. La sentenza delle S.U. della Cassazione n. 4511 dell' 1.3.2006.

4.2. La stagione recessiva: Cass. S.U. n. 26806 del 19.12.2009; Cass. S.U. ord. n. 159 del 15.1.2010; Cass. S.U. ord. n. 10063 del 9.5.2011.

4.3. Critiche all'approdo finale della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione.

5. Gli indici di pubblicità.

5.1. In particolare: gli indici di pubblicità come criterio di individuazione della giurisdizione.

5.2. I riferimenti alla giurisprudenza e alla normativa comunitaria.

6. I riferimenti alla normativa in materia di spending review introdotta dalla legislazione degli ultimi anni.

7. Il più recente orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti dopo le norme sulla spending review.

8. Opportunità di una rivisitazione dell'approdo giurisprudenziale negativo delle Sezioni unite della Cassazione alla luce della legislazione sulla spending review.

9. Conclusioni.

1. Premessa: il fenomeno delle società partecipate.

Il fenomeno delle società partecipate pubbliche è stato oggetto di grande attenzione negli ultimi anni sia da parte del legislatore che della giurisprudenza, a causa dell'indiscriminato ricorso delle amministrazioni pubbliche alla creazione di società di capitali, a totale o parziale partecipazione pubblica, per raggiungere fini di interesse pubblico e per l'erogazione di servizi pubblici.

La disciplina delle società pubbliche è composta da una congerie di norme, dettate dalla fine degli anni ottanta ad oggi a seconda delle contingenze e necessità del momento, le quali spesso si sono sovrapposte e contraddette così da rendere difficoltosa una lettura ed uno studio uniforme.

Sebbene, dunque, sul fenomeno siano intervenuti numerosi processi normativi e lo stesso sia stato oggetto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale, tuttavia esso continua a porre non poche questioni controverse, tra le quali si può sicuramente annoverare quella della responsabilità degli amministratori delle società partecipate e il riparto di giurisdizione tra giurisdizione civile e contabile rispetto alle relative controversie.

La questione del riparto di giurisdizione è ancora sottoposta al vaglio della giurisprudenza di legittimità e contabile e fin da ora preme sottolineare che, mentre la giurisprudenza contabile ha sempre avuto un costante orientamento in materia, quella di legittimità ha mostrato un indirizzo sinusoidale negli anni, tanto è che in una prima fase, la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 2003 e nel 2004, ed infine con la sentenza n. 4511 del 2006, ha riconosciuto la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici e delle società partecipate.

Così, le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione della Corte dei conti, rispettivamente, per le ipotesi di responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici per i danni patrimoniali arrecati al patrimonio dell'ente e per le ipotesi di responsabilità amministrativa degli amministratori delle S.p.A. partecipate dagli enti pubblici per i danni erariali arrecati al patrimonio dell'ente.

In una seconda fase, con la sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, le S.U. della Cassazione, con un considerevole passo indietro, sono giunte a limitare l'ambito della giurisdizione contabile, affermando che spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti.

2. Aspetto formale e sostanziale.

2.1. Il regime giuridico

È difficile individuare una disciplina compiuta ed organica della materia, in quanto essa è stata interessata da sporadici interventi settoriali.

Le società pubbliche partecipate sono caratterizzate dalla partecipazione alle azioni delle stesse da parte di enti privati.

Tale definizione consentirebbe in astratto di considerare tali società non più pubbliche in quanto attive sul piano del diritto privato, tuttavia ciò non corrisponde agli sviluppi dottrinali, normativi e giurisprudenziali che hanno posto davanti a tale questione il principio secondo cui il carattere pubblicistico di taluni enti, seppur partecipati da società private e dotati di capacità di diritto privato, rimane invariato ove nell'ambito dell'attività svolta permanga il fine pubblicistico.

Lo Stato e gli enti locali esercitano attività d'impresa attraverso diverse modalità tutte

riconducibili a tre distinte figure con diverse discipline: l'impresa-organo, l'impresa-ente pubblico e l'impresa-società.

Mentre la prima forma di impresa rappresenta un mero organo dell'amministrazione, la seconda si realizza quando essa è esercitata da un ente di diritto pubblico, distinto dall'ente territoriale e con personalità giuridica propria.

Nella terza figura, invece, l'attività d'impresa è svolta da una società per azioni a partecipazione pubblica, la quale è dotata di propria personalità giuridica di diritto privato e di cui l'ente pubblico è socio.

Seguendo tale definizione di società a partecipazione pubblica emerge la doppia natura che la contraddistingue, la quale è dovuta al cumulo dei fini pubblicistici dell'ente proprietario con l'attività d'impresa svolta dalla società.

Ciononostante, la figura delle società a partecipazione pubblica resta distinta dall'impresa privata, nella quale l'imprenditore rischia con il proprio patrimonio aziendale ed ha come fine esclusivo quello di conseguire utili da distribuire ai soci.

Infatti, il privato, nell'ambito delle garanzie costituzionali di cui all'art. 41 Cost. e 13 co. 1 Cost., è libero d'intraprendere attività economiche nei soli limiti della legge penale o dell'ordine pubblico, mentre l'attività della pubblica amministrazione è retta, al contrario, dal principio di legalità e di competenza, sicché l'amministrazione può svolgere esclusivamente le attività espressamente attribuite dalla legge. Accade, però, che l'amministrazione sia chiamata a svolgere la propria attività con strumenti di diritto privato (ai sensi dell'art. 1, co. 1 bis, L. 241/199), specialmente ove l'attività abbia rilevanza economica. Ma anche in questo caso, l'attività economica svolta non è mai espressione del principio di iniziativa economica ex art. 41 Cost., ma rimane sempre attuazione del principio di competenza regolato dall'art. 97 Cost., laddove l'amministrazione pubblica non compie scelte imprenditoriali bensì discrezionali, nel senso che attua una comparazione tra le modalità consentite dalla legge e presuppone la valutazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti, al fine di giungere ad una decisione che consenta la più completa attuazione dell'interesse pubblico in uno alla massima tutela degli interessi privati confliggenti secondo i principi di legalità, efficacia ed economicità di cui all'art. 97 della Costituzione.

Ciò posto, sia dal punto di vista soggettivo (la società pubblica quale ente necessariamente strumentale) che oggettivo (attività di servizio pubblico gestito con lo strumento societario), la società pubblica sarebbe comunque sottoposta alla disciplina della contabilità pubblica delle risorse da essa gestite, che restano pubbliche pur se affidate a strumenti privatistici, nonché alla disciplina delle responsabilità (artt. 28 e 103 Cost.) in ordine alla tutela del patrimonio pubblico.

Ed infatti, il regime giuridico di tali enti con forma privatistica non preclude che, in presenza di legami finanziari, di controllo e direzione con la pubblica amministrazione, emergano profili pubblicistici tali da ricondurre le società partecipate pubbliche nell'alveo dei soggetti pubblici, determinando il c.d. doppio binario della disciplina giuridica applicabile che supera la

contrapposizione forma/sostanza.

2.2. In particolare: la responsabilità degli amministratori.

Come accennato, la legislazione in materia si è distinta negli anni per essere multiforme e disordinata, ciononostante ha mostrato sempre più attenzione alla applicazione dei principi costituzionali testé enunciati sì da considerare come dato oramai acquisito quello per cui tali tipologie di attività delle PP.AA., inclusa quella a rilevanza economica, sebbene svolte in forma privatistica, non possono sfuggire alla ordinaria responsabilità propria degli amministratori che gestiscono risorse pubbliche.

Anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, con le citate pronunce nel 2003 e nel 2004, ha riconosciuto la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici e delle società partecipate.

Infatti, le Sezioni Unite hanno affermato la giurisdizione della Corte dei conti, rispettivamente, per le ipotesi di responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici per i danni patrimoniali arrecati al patrimonio dell'ente, e per le ipotesi di responsabilità amministrativa degli amministratori delle spa partecipate dagli enti pubblici per i danni erariali arrecati al patrimonio dell'ente.

Il principio di diritto che si ricava dalle pronunce giurisprudenziali richiamate è riassumibile nello spostamento dal soggetto all'oggetto all'interno della verifica della natura dell'attività svolta dalle società partecipate.

Secondo tale ordine di principio è chiara, dunque, la preferenza che si assegna alla tesi c.d. finalistica, per la quale la giurisdizione della Corte dei conti dovrebbe oramai radicarsi in base alla natura delle risorse utilizzate in relazione ad una specifica finalità pubblica e non sulla base della qualità del soggetto ritenuto responsabile (c.d. tesi soggettiva).

In particolare, in ordine agli sviluppi normativi in materia, occorre richiamare il D.L. 95/2012 che all'art. 4, comma 13 stabilisce che *"Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle società quotate ed alle loro controllate. (Le medesime disposizioni non si applicano alle società per azioni a totale partecipazione pubblica autorizzate a prestare il servizio di gestione collettiva del risparmio. L'amministrazione interessata di cui al comma 1 continua ad avvalersi degli organismi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 14 maggio 2007, n. 114. Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.)*.

Da siffatta disposizione emerge che la responsabilità amministrativo-contabile è di carattere sussidiario e derogatorio rispetto a quella ordinaria disegnata dal codice civile, sicchè la prima andrebbe ad aggiungersi alla seconda, non interferendo con la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

In altri termini le due fattispecie di responsabilità dovrebbero coesistere nell'ottica del sistema di regole costituzionali anzidette ai cui principi il legislatore e gli interpreti del diritto dovrebbero conformarsi. Infatti, con la responsabilità amministrativa non si pretende di far valere l'azione di responsabilità disciplinata dal codice civile presso il giudice contabile, anziché presso il giudice ordinario, ma di far valere un diverso diritto sostanziale derivante appunto dai principi costituzionali di cui agli artt. 97, 28 e 103 Cost. che disciplinano tutta l'attività amministrativa anche se svolta con le forme del diritto privato.

La tesi del riconoscimento dell'applicazione delle norme del codice civile alle società di capitali, oramai pacifica, risulta confermata dalla disposizione di cui al comma 13 citato, ma ciò non confligge con il riconoscimento dell'applicazione della responsabilità amministrativa-contabile agli amministratori e dipendenti delle medesime società per le ragioni di carattere costituzionale innanzi richiamate.

Da tale ordine di principi discende, pertanto, l'applicabilità di una doppia responsabilità finalizzata ad assicurare l'effettività della tutela, in quanto tempestivamente esercitata *ex officio* dal pubblico ministero contabile; infatti, l'azione di responsabilità sociale viene normalmente esercitata dal liquidatore o dal curatore fallimentare quando la ragione della partecipazione risulta già definitivamente compromessa ed il denaro pubblico oramai disperso; al contrario, l'azione contabile avviene in via preventiva su singole attività ed operazioni dannose che già denotano un errato modo di gestire da parte dei singoli amministratori pubblici.

3. Il problema della duplicazione delle azioni (azione di responsabilità dei soci e azione di responsabilità del pubblico ministero contabile).

Il principio della doppia responsabilità (amministrativa e sociale) degli amministratori delle società partecipate ha generato il problema della duplicazione delle azioni di responsabilità dei soci e del pubblico ministero contabile.

Il problema, già discusso in dottrina, è stato oggetto anche di pronunciamento da parte della Corte dei Conti nella nota sentenza Enelpower, nella quale i Giudici contabili hanno affermato che "*a tal proposito, vale la pena di ricordare come la presente pronuncia non si potrà mai porre in contrasto con quelle scaturenti da possibili azioni di responsabilità sociale intentate, ai sensi del codice civile, nei confronti dei medesimi soggetti, attese le diversità tra i presupposti e le finalità delle due azioni (officiosa e connotata da elementi di natura sanzionatoria questa innanzi alla Corte dei Conti, facoltativa ed esclusivamente recuperatoria quella innanzi al giudice ordinario). La natura pubblica di tali tipologie di società non diminuisce ma, anzi, amplia la tutela degli azionisti privati, che cumulano alle normali azioni previste dalla normativa civilistica quelle di stampo pubblicistico, connesse alla funzione giurisdizionale della Corte dei Conti. Tale maggior tutela non si sostanzia in un'irragionevole disparità di trattamento ma bilancia i minori poteri dei medesimi azionisti privati statutariamente posti in una posizione minoritaria all'interno della compagine sociale. In ogni caso, ove l'esito di una delle due azioni (sia quella proposta innanzi al*

giudice civile che quella proposta innanzi al magistrato contabile) dovesse comportare la piena soddisfazione delle ragioni degli azionisti, si porrebbe non una questione di giurisdizione ma una questione afferente ai limiti della proponibilità della domanda avanti al giudice adìto per secondo (una simile questione, quindi, concernerebbe esclusivamente i limiti interni della sua giurisdizione, sotto il profilo dell'eventuale pericolo di violazione del principio del " ne bis in idem ") " (Corte Conti, sez. giur. Reg. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 11406).

Pertanto, non dovrebbe costituire ostacolo al riconoscimento della giurisdizione contabile la possibile coesistenza dell'azione civile con l'azione contabile. In realtà il nostro ordinamento non è estraneo al verificarsi di tale fenomeno, laddove si pensi soltanto che la giurisprudenza già ammette l'azione erariale in presenza della costituzione di parte civile dell'amministrazione danneggiata, nel processo penale, per gli stessi fatti. Ed infatti il rapporto tra le due azioni non si pone in termini di questione di giurisdizione, bensì in termini di proponibilità dell'azione sotto il profilo della sussistenza dell'interesse ad agire.

4. La giurisprudenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione in materia di giurisdizione.

La giurisprudenza di legittimità non ha mai dubitato dell'attribuzione alla giurisdizione del giudice contabile delle questioni inerenti alla realizzazione di un danno erariale cagionato da un soggetto in rapporto di servizio con la pubblica amministrazione. Tuttavia, se ciò può valere sicuramente per gli enti pubblici economici, non può dirsi lo stesso nel caso delle società partecipate, le quali restano pur sempre enti privati.

Le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, non escludono la giurisdizione contabile ove l'ente pubblico partecipante sia stato danneggiato direttamente (c.d. "danno diretto").

Problemi sorgono, invece, quando sia necessario individuare il giudice nel caso di "danni indiretti" ovvero quando il danno è cagionato al patrimonio della società, e quindi indirettamente all'ente partecipante.

L'orientamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite si è rivelato sul punto del tutto oscillante.

4.1. La stagione espansiva della giurisdizione della Corte dei Conti: Cass. S.U. n. 19667 del 22.12.2003; Cass. S.U. n. 3899 del 26.2.2004. La sentenza delle S.U. della Cassazione n. 4511 dell' 1.3.2006.

Come già accennato, la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 2003 e nel 2004 ha riconosciuto la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici e delle società partecipate.

Infatti, le Sezioni Unite, con le citate pronunce, hanno affermato la giurisdizione della Corte dei conti, rispettivamente, per le ipotesi di responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici per i danni patrimoniali arrecati al patrimonio dell'ente e

per ipotesi di responsabilità amministrativa degli amministratori delle spa partecipate dagli enti pubblici per i danni erariali arrecati al patrimonio dell'ente.

In particolare con l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 19667/2003 la S.C. ha esteso l'ambito della responsabilità amministrativa per danno erariale nei confronti degli amministratori e dei dipendenti di tali enti sul presupposto che comunque si tratta di "soggetti pubblici per definizione, istituiti per il raggiungimento di fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura". In particolare viene stabilito che non è più decisivo l'ambito privatistico o pubblicistico all'interno del quale si determina il danno ma il fatto che l'evento si verifichi in danno di una P.A..

La Corte regolatrice della giurisdizione afferma, infatti, che *"sussiste la giurisdizione della Corte dei conti anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, per i giudizi di responsabilità amministrativa conseguenti alla commissione di fatti dannosi realizzati dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, ultimo comma, legge n. 20 del 1994"*, affermando, altresì, che *"a seguito delle innovazioni apportate dall'art. 1 della legge n. 20 del 1994, in materia di giudizi innanzi alla Corte dei conti, il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile è dato dall'evento dannoso verificatosi in pregiudizio di un'amministrazione pubblica"*, e ciò in considerazione del fatto che – osserva la Suprema Corte – *"così come con il d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e la legge 21 luglio 2000 n. 205 la giurisdizione amministrativa esclusiva è stata attribuita per blocchi di materia - essendo stato trasferito il criterio di riparto dal soggetto all'oggetto – allo stesso modo il legislatore ha inteso operare, relativamente alla giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici, sia pure attraverso un iter non altrettanto organico, ma al fine di dare concreta e puntuale applicazione al secondo comma dell'art. 103 della Costituzione"*.

Con la seconda pronuncia (Cass. S.U. n. 38899/2004) la Suprema Corte afferma l'esistenza di un rapporto di servizio, e quindi della giurisdizione della Corte dei conti, tra un Comune ed una società per azioni il cui capitale era detenuto in maggioranza dallo stesso Comune, che a tale società aveva affidato in concessione alcuni servizi.

Si osserva, infatti, che il rapporto tra l'ente pubblico locale e la società, nella fattispecie, era caratterizzato *"...dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo"*; costituendo ciò il presupposto *"per l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale"*.

L'orientamento giurisprudenziale esposto viene stigmatizzato dalla sentenza delle S.U. della Corte di Cassazione n. 4511 del 2006.

Infatti, nella sentenza in esame la Corte traccia la linea discretiva tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in tema di danno erariale, affermando espressamente che *"il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicchè sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di*

società privata che abbia beneficiato di fondi pubblici nazionali e comunitari nell'ambito di un programma operativo multi regionale diretto alla promozione dello sviluppo imprenditoriale e abbia realizzato uno sviamento dalle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione così determinando un danno erariale. Pertanto - prosegue la Suprema Corte – *ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile".*

L'orientamento giurisprudenziale della Corte di legittimità, che culmina con la sentenza del 2006, determina il superamento del rapporto di servizio formale quale presupposto per l'attribuzione al giudice contabile della giurisdizione in materia ed il conseguente ampliamento dell'area della giurisdizione della Corte dei conti.

Si giunge, pertanto, a riconoscere un criterio oggettivo per l'incardinazione della giurisdizione della Corte dei conti non più fondato sull'aspetto soggettivo del rapporto di servizio, che lega l'autore del danno alla amministrazione che lo subisce, bensì sull'aspetto oggettivo della natura pubblicistica delle risorse finanziarie in relazione alle quali si configura il danno che presuppone la richiesta di risarcimento da parte del pubblico ministero presso la Corte dei conti.

Conseguenza di ciò non poteva che essere un ampliamento dell'area della giurisdizione della Corte dei conti; il nuovo orientamento, fondato, infatti, su una corretta interpretazione dell'art. 103, comma 2, Cost., che riconosce alla Corte una competenza generale in tutte le *"... materie di contabilità pubblica",* comporta la possibilità di ricomprendere in essa non solo le ipotesi di danno patrimoniale per le pubbliche finanze nascenti nell'ambito del rapporto di servizio, in quanto collegate alla *"violazione di obblighi di servizio"*, ma anche tutte le altre ipotesi di danno patrimoniale subite dalle pubbliche finanze, nascenti da ogni altro tipo di rapporto relativo al maneggio o all'utilizzo di pubblico denaro.

4.2. La stagione recessiva: Cass. S.U. n. 26806 del 19.12.2009; Cass. S.U. ord. n. 159 del 15.1.2010; Cass. S.U. ord. n. 10063 del 9.5.2011.

Nel frattempo il legislatore è intervenuto in materia con l'art. 16 bis del D.L. 31 dicembre 2007 n. 248, inserito dalla legge di conversione 28 febbraio 2008 n. 31; tale norma ha stabilito che, per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario.

Tale disposizione era ritenuta dalla prevalente giurisprudenza quale conferma della

giurisdizione della Corte dei conti nei confronti delle società partecipate diverse da quelle per le quali era stata fatta espressa riserva di giurisdizione per il giudice ordinario.

L'orientamento giurisprudenziale sopra delineato subisce, tuttavia, un *revirement* ad opera della stessa giurisprudenza più recente della Cassazione, nella quale, proprio prendendo spunto dal mutato assetto normativo, inizia a farsi strada una diversa interpretazione del problema del riparto della giurisdizione e di sussistenza del rapporto di servizio con l'ente pubblico.

Nello specifico, con la sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, le S.U. della Cassazione affermano che spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Si radicherà, invece, la giurisdizione di quest'ultima, nella distinta ipotesi in cui il presupposto dell'azione di responsabilità sia riconducibile alla condotta del rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero alla condotta degli amministratori o dei sindaci tale da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio. Si avrà, pertanto, in quest'ultima ipotesi, la concorrenza dell'azione erariale con l'azione civile prevista dagli artt. 2395 e 2476, co. 6, c.c..

Con maggior impegno esplicativo, la Corte regolatrice, con riferimento alla vicenda della S.p.A. Enelpower di cui alla citata sentenza, ha dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti in merito alla domanda di risarcimento dei danni proposta dalla Procura della Corte dei conti considerando che "*nell'attuale disciplina della società azionaria – ed in misura ancor maggiore in quella della società a responsabilità limitata – l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, in caso di* mala gestio *imputabile agli organi della società, non è più monopoliodell'assemblea e non è più, quindi, unicamente rimessa alla discrezionalità della maggioranza dei soci. Una minoranza qualificata dei partecipanti alla società azionaria (art. 2393-bis c.c.) ed addirittura ciascun singolo socio della società a responsabilità limitata (art. 2476 c.c., co. 3) sono infatti legittimati ad esercitare tale azione (anche nel proprio interesse, ma a beneficio della società) eventualmente sopperendo all'inerzia della maggioranza. Ne consegue che, trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non faccia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del*

potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti".

Successivamente le SS.UU. con l'ordinanza n. 159 del 15 gennaio 2010 non fanno che confermare i *dicta* della sentenza del 2009.

La giurisprudenza di legittimità successiva, aderendo a tali ultime pronunce, conferma che l'azione di responsabilità a carico degli amministratori di una società per azioni a partecipazione pubblica, anche se maggioritaria o addirittura totalitaria, per il danno patrimoniale subito dalla società stessa è sottoposta alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass. S.U. 5.7.2011, n. 14655; Cass. S.U. 7.7.2011, n. 14957; Cass. S.U. 12.10.2011, n. 20941).

Nello specifico, con queste recenti pronunce, la Cassazione sostiene che la mera partecipazione societaria dell'ente pubblico non costituisce un criterio sufficiente per radicare la giurisdizione contabile sugli illeciti commessi dagli amministratori della società privata ai danni di quest'ultima.

Le SS.UU., con ordinanza 24.2.2012 n. 2815, sembravano successivamente voler rimeditare l'intera problematica; il Collegio, infatti, rinviava la decisione – si trattava di un regolamento di giurisdizione – al fine di acquisire una relazione da parte dell'Ufficio del massimario in ordine ai principi enunciati dalle ultime sentenze in materia sopra richiamate, nonché le osservazioni della dottrina in proposito.

Anche la sentenza delle S.U. della Cassazione dell'8.2.2013, n. 3038 ha seguito pedissequamente la precedente impostazione di cui alla sentenza n. 26806 del 2009; ciononostante si rileva che le incertezze innanzi dette sembrano permanere, considerando che sempre le S.U. della Cassazione, con sentenza del 9.1.2013 n. 295, si pronunciano in materia con motivazioni che appaiono di segno diametralmente opposto.

In definitiva, le incertezze giurisprudenziali che hanno contraddistinto negli ultimi anni la problematica in esame continuano a testimoniare un andamento sinusoidale della giurisprudenza della Cassazione nell'approccio alla risoluzione della stessa.

4.3. Critiche all'approdo finale della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione.

L'approdo giurisprudenziale testé descritto e, in particolare, la pronuncia delle SS.UU. n. 26806 del 2009, merita alcune osservazioni critiche, peraltro suscitate sia dal complessivo andamento "sinusoidale" della giurisprudenza delle SS.UU. degli ultimi anni, a partire dalle già richiamate sentenze del 2003 e del 2004, sia dalle incertezze anche da ultimo mostrate dalle sentenze del 2012 e del 2013.

Rimeditando, pertanto, sulle diverse argomentazioni prospettate da questo orientamento in cui si giunge ad escludere la giurisdizione del giudice contabile, ci si accorge che già il primo argomento, incentrato sulla natura di società per azioni delle società partecipate con la conseguente

sottoposizione esclusiva alle disposizioni civilistiche, non mostra di avere solide basi.

Infatti, la stessa Corte regolatrice ha ritenuto di riconoscere nel caso Rai la giurisdizione contabile, considerando la stessa quale società di diritto speciale, concessionaria di un servizio pubblico e sottoposta alla vigilanza di una speciale commissione parlamentare. Sulla base di tali conclusioni ci si domanda come possa escludersi la giurisdizione contabile per tutte le società partecipate in cui venga svolta attività della pubblica amministrazione volta alla cura di interessi della collettività.

Neppure ha fondamento l'affermazione secondo cui soltanto la società sarebbe legata da un rapporto di servizio con la amministrazione e non anche il suo amministratore, in quanto non si tiene conto della nozione più ampia oramai elaborata del rapporto di servizio, inteso ora come rapporto non soltanto formale bensì funzionale rispetto alle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione.

Tale assunto, peraltro, come già più ampiamente osservato sopra, è stato fatto proprio dalla stessa Corte di legittimità con la sentenza del 2006 n. 4511.

Infatti, nella sentenza in esame la Corte traccia la linea discretiva tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in tema di danno erariale, affermando espressamente che *"il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti, cosicché sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di società privata che abbia beneficiato di fondi pubblici nazionali e comunitari nell'ambito di un programma operativo multi regionale diretto alla promozione dello sviluppo imprenditoriale e abbia realizzato uno sviamento dalle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione così determinando un danno erariale. Pertanto* - prosegue la Suprema Corte – *ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile"*.

L'ulteriore argomento sotteso al *revirement* del 2009 del supposto carattere non erariale del danno alla società risulta altrettanto criticabile.

Non può esser condivisa, infatti, l'affermazione secondo cui dovrebbe distinguersi l'ipotesi in cui il danno si ripercuote nel patrimonio della società con conseguente giurisdizione del giudice ordinario e l'ipotesi in cui il danno viene a prodursi direttamente in capo all'ente pubblico, visto che in ogni caso il danno al patrimonio della società è sempre un danno all'ente pubblico titolare della partecipazione azionaria, soprattutto quando lo stesso assuma la veste di socio unico. E poiché il danno si ripercuote sulla collettività amministrata, visto che alla società partecipata è affidata la

cura degli interessi pubblici tramite l'ente pubblico socio, non può che concludersi che la responsabilità per il danno erariale in esame deve essere assoggettata alla giurisdizione del giudice contabile.

Vi è che, infatti, la nozione di danno erariale come danno alla collettività, e non più soltanto come pregiudizio del patrimonio dell'ente in senso stretto, è espressamente richiamata nell'art. 1 della l. n. 20 del 1994, in cui si dispone la necessità di tener conto, nella determinazione del danno erariale, dei "*vantaggi… della comunità amministrata",* il che implica che il pregiudizio alla collettività cui sono destinati determinati servizi non può che costituire danno erariale.

Strettamente connesso alla tematica ora affrontata è la questione della carenza di tutela del pubblico erario in caso di esclusivo esercizio dell'azione di responsabilità sociale da parte dei rappresentanti del socio pubblico a discapito di una più effettiva tutela costituita dalla esperibilità dell'azione officiosa da parte della Procura contabile, la quale assicurerebbe l'azione di recupero che invece resta rimessa alla libera iniziativa di soggetti peraltro in posizione di contiguità con i danneggiati.

Inoltre, viene da sottolineare come anche l'affermazione di una possibile azione contabile residuale, riferita esclusivamente alle ipotesi di omessa azione di danni innanzi al giudice ordinario da parte degli amministratori pubblici, desta molte perplessità, in quanto sarebbe inammissibile assegnare una via preferenziale all'accertamento di responsabilità a titolo omissivo e indiretto rispetto all'accertamento di una responsabilità che ha portato alla diretta *deminutio patrimoni* della società, salvando, in definitiva, coloro i quali sono stati i reali responsabili del danno.

5. Gli indici di pubblicità.

La giurisprudenza della Corte dei conti da tempo sembra aver colto quali possano essere le strade giuste da percorrere per sciogliere il "nodo gordiano" del riparto di giurisdizione in materia. Ed il primo argomento su cui la stessa necessariamente ed opportunamente si sofferma è rappresentato dalla natura sostanzialmente pubblica della società formalmente privata, ricavabile attraverso la meticolosa ricerca di "indici di pubblicità".

Altre strade individuate dalla giurisprudenza contabile colgono, in ogni caso, la necessità che da parte del giudice si addivenga alla giusta interpretazione dei singoli casi di società partecipate pubbliche ad esso sottoposti attraverso un lavoro certosino.

Si pensi al concetto o nozione di "programma" o di "finalità" perseguita dalla P.A. con il conferimento di denaro in favore della società pubblica, così come elaborato dalle pronunce della Corte dei conti Regione Lazio n. 1154 del 2011 e III Sezione appello n. 642 del 2011.

E ancora, alla natura del danno, che in determinati casi solo all'apparenza può sembrare inferto al patrimonio sociale e che in realtà sia inferto direttamente al socio pubblico (ad esempio, come nel caso in cui la spesa censurata sia stata operata su mandato del socio pubblico e corrisponda nella sostanza ad una forma occulta di distribuzione anticipata degli utili).

5.1. In particolare: gli indici di pubblicità come criterio di individuazione della giurisdizione.

Come osservato, tutti gli elementi utilizzati dalle S.U. della Cassazione, benché pregevoli dal punto di vista logico ed ermeneutico, non consentono di individuare sufficientemente i parametri e gli elementi idonei ed utilizzabili in ogni singola fattispecie in cui si presenti il problema della natura della società partecipata e del conseguente riparto di giurisdizione per le controversie relative alla responsabilità degli amministratori.

La giurisprudenza della Corte dei conti, come innanzi prospettato, sembra aver individuato la strada maestra per dirimere i contrasti tra le giurisdizioni in materia di società partecipate pubbliche attraverso l'accertamento nelle singole fattispecie dei c.d. "indicatori di pubblicità" dell'ente.

Laddove, pertanto, emergano determinati elementi che consentano di individuare una figura tipicamente pubblica della società partecipata, lì vi sarà spazio per il radicamento della giurisdizione della Corte dei conti.

Nello specifico, gli indici di pubblicità, come elaborati dalla giurisprudenza contabile e indicati dettagliatamente nella sentenza della Corte dei conti Sez. Giurisd. Friuli Venezia Giulia n. 71 del 2012, possono essere così riassunti: l'intera partecipazione azionaria di enti pubblici, il fatto che mai nella compagine societaria vi sia stato l'ingresso di soggetti privati persone fisiche o giuridiche; l'oggetto sociale tendente a finalità pubblicistiche o comunque a vantaggio degli ente pubblici partecipanti come l'erogazione di un servizio pubblico a vantaggio delle collettività rappresentate nel capitale sociale; l'assenza di scopo di lucro e la destinazione a riserva statutaria dell'eventuale utile; la fruizione di finanziamenti pubblici; il ricorso alle risorse pubbliche degli enti partecipanti per il ripiano delle perdite; il potere di nomina delle principali cariche sociali da parte degli enti pubblici partecipanti e la previsione statutaria del mantenimento del capitale in mano pubblica.

La stessa Corte di Cassazione, nel caso R.A.I. s.p.a. (ordinanza n. 27092/2009), nonché nei casi I.M.M. s.p.a. e E.N.A.V. s.p.a. (ordinanze n. 5019/2010 e n. 5032/2010), ha affermato la giurisdizione del giudice contabile per responsabilità degli amministratori di enti partecipati che risultino possedere determinate caratteristiche, quali la totale partecipazione pubblica, la designazione *ex lege* del soggetto quale concessionario pubblico (come nel caso R.A.I. S.p.a.), il penetrante controllo pubblico che trascende la normale gestione societaria, il controllo della Corte dei conti ex art. 12 L. 259/1958 e l'obbligatoria osservanza delle norme di evidenza pubblica.

In particolare, le Sezioni Unite, con la citata ordinanza (n. 5032/2010), accolgono espressamente tali principi affermando che *"spetta alla Corte dei conti la giurisdizione sulla richiesta di risarcimento avanzata nei confronti di un soggetto legato da un rapporto giuridico con un'azienda costituita come s.p.a. a totale capitale pubblico e le cui perdite sono destinate a risolversi in danno degli enti pubblici azionisti e quindi in danno erariale, quando si deduca, a fondamento dell'azione, che tale rapporto ha costituito l'occasione per comportamenti fraudolenti*

in danno dell'ente..".

Soltanto la verifica puntuale di siffatti indici di pubblicità consentirà di accertare caso per caso se determinate società di fatto rappresentino articolazioni della amministrazione pubblica e siano ad essa assimilabili nonostante la veste privatistica, e conseguentemente di assoggettare le controversie relative a responsabilità per illeciti commessi dai suoi amministratori alla giurisdizione del giudice contabile. Costituisce dato incontestabile, infatti, che il modello societario in esame non è un modello unitario, in quanto vi possono essere partecipazioni minoritarie indirette ad una società che svolge attività di impresa, così come partecipazioni totalitarie in una società che di fatto opera come un ufficio dell'ente. La scelta della giurisdizione non può non tener conto della natura multiforme delle società partecipate, ponendo sempre particolare attenzione al buon andamento della P.A. e pertanto ad una più efficace tutela del patrimonio erariale e della collettività amministrata.

5.2. I riferimenti alla giurisprudenza e alla normativa comunitaria.

I traguardi normativi e giurisprudenziali raggiunti in ambito comunitario in ordine a fattispecie e problematiche affini a quella in esame consentono di utilizzare alcuni spunti rivelatisi decisivi per risolvere le problematiche attinenti al riparto di giurisdizione per la definizione dei contrasti giurisprudenziali fino ad ora descritti (si pensi alla individuazione dei presupposti delle società *in house providing* e alla definizione di organismo di diritto pubblico con i conseguenti risvolti in tema di obbligo della procedura di evidenza pubblica e di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo).

E ancora, nel fare riferimento ad alcune questioni come quella della compatibilità della confisca urbanistica con le norme della CEDU (caso *Punta Perotti*), risolte anche attraverso l'applicazione di norme e principi comunitari, si può considerare il processo di definizione delle stesse come una "indicazione di metodo" per la risoluzione della questione circa le società pubbliche e il riparto di giurisdizione.

Infatti, la giurisprudenza comunitaria, così come la giurisprudenza contabile con gli "indici di pubblicità", ha elaborato e si è soffermata molto su veri e propri indici e presupposti da cui desumere il carattere pubblico di determinate realtà societarie tali da essere assoggettate a normative pubblicistiche, come quelle che prevedono l'obbligo del procedimento di evidenza pubblica.

Ciò si è verificato in materia di organismi di diritto pubblico.

Nel dettaglio, la nozione di organismo di diritto pubblico deriva dal diritto comunitario, il quale definisce tale quel soggetto che è tenuto all'osservanza dei procedimenti di selezione ad evidenza pubblica, indipendentemente dalla forma pubblica o privata in concreto assunta, indicando gli elementi costitutivi che lo contraddistinguono, ovvero l'essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, l'essere dotato di personalità giuridica e sottoposto ad una influenza pubblica dominante.

Tale nozione, così come elaborata dal diritto comunitario, è finalizzata a garantire il rispetto di procedure pubblicistiche di selezione dell'appaltatore da parte di soggetti che, sebbene formalmente privati, siano sottoposti nella sostanza a forme di condizionamento pubblico e, pertanto, influenzabili da valutazioni non esclusivamente di carattere economico, così da essere indotti a preferire imprese nazionali in spregio al principio di concorrenza.

Il Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 163/2006) all'art. 3, co. 26 recepisce interamente la nozione europea di organismo pubblico anzidetta stabilendo i tratti costitutivi per il riconoscimento del soggetto pubblico in esame, quali la finalizzazione al soddisfacimento di "bisogni di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale", la personalità giuridica, il finanziamento maggioritario dell'attività ad opera dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico ovvero il controllo da parte di questi ultimi della relativa gestione oppure ancora la loro partecipazione alla designazione di più della metà dei componenti dell'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza.

Il dato normativo citato non consente, pertanto, di sottrarsi ad un parallelismo che, seppur imperfetto, indica alcune linee guida importanti da seguire nell'affrontare la tematica della natura pubblica o privata da assegnare a determinati soggetti giuridici quali le società partecipate pubbliche.

Tanto è che tale problematica, sorta anche in ordine agli organismi di diritto pubblico, è stata risolta a livello comunitario, e poi nazionale, con il Codice dei Contratti Pubblici, attraverso l'elaborazione di indici specifici, riguardanti non l'aspetto meramente formale di determinate realtà societarie, bensì l'aspetto sostanziale, ovvero la natura effettiva dell'attività, gli scopi societari perseguiti, la scelta di strumenti giuridici piuttosto che altri nel perseguimento dei fini societari. Ciò, a conferma del fatto che la strada giusta da percorrere per definire i contrasti tra giurisdizioni in materia di società pubbliche non può che essere quella di stabilire, una volta per tutte, quali siano gli elementi significativi che consentano, senza dubbi e ripensamenti continui, di riconoscere la natura pubblica o privata di una società partecipata dallo Stato o da enti locali.

Analoghe osservazioni possono valere per le società *in house providing*.

Infatti, benché risultino numerosi gli interventi normativi in materia, il modello organizzativo più diffuso resta la società partecipata dall'ente pubblico titolare del servizio che è stato affidato in via diretta in *house providing*.

L'affidamento *in house* rappresenta una modalità, alternativa all'applicazione della disciplina comunitaria in materia di appalti e servizi pubblici, per effetto della quale una pubblica amministrazione si avvale, al fine di reperire determinati beni e servizi ovvero per erogare alla collettività prestazioni di pubblico servizio, di soggetti sottoposti al suo penetrante controllo. Con maggior impegno esplicativo, l'amministrazione, anziché esternalizzare la realizzazione di ciò di cui ha bisogno, può attendervi in proprio, per esempio preponendo a tale scopo un ufficio, un servizio tecnico, una struttura organicamente inserita all'interno dell'ente stesso.

Ciò posto, il vero problema dell'istituto di origine pretoria è nato laddove questo principio di

autorganizzazione è stato esteso ai casi in cui l'amministrazione intende affidare la produzione dei beni e dei servizi di cui ha bisogno non ad un ufficio, ad una direzione, ad un dipartimento, ad un servizio interni all'ente, ma ad un soggetto societario formalmente distinto dall'ente, e ciò nonostante controllato dall'ente in maniera così penetrante da potersi dire, sulla base di un approccio di tipo sostanzialistico quanto alla sussistenza o meno di autonomia decisionale del soggetto societario, che si tratta di un tutt'uno, di una proiezione organizzativa dell'ente pubblico.

Intervenendo sul tema specifico, la Corte di Giustizia, con la sentenza *"Teckal"* del 18 novembre 1999, causa C-107/98, seguendo tali direttive, delinea i contorni dell'istituto, escludendo l'obbligatorietà della procedura dell'evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti laddove l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e il soggetto aggiudicatario svolga la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza.

Come emerge dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea – che poi è proseguita affinando le caratteristiche dell'istituto con le successive sentenze del 2005, *"Parking Brixen"* e *"Modling"* -, risulta pacifico che nella realtà giuridica delle PP.AA. sovente si è di fronte a realtà societarie partecipate dalla pubblica amministrazione e che tali società formalmente private rappresentino sostanzialmente una proiezione organizzativa ed economica dell'ente pubblico così da indurre anche la giurisprudenza comunitaria ad ammettere una deroga alla procedura dell'evidenza pubblica per gli affidamenti di servizi pubblici a tali società che, nella sostanza, non sono più private bensì del tutto pubbliche in ragione degli elementi ed indici pubblicistici che, di volta in volta, è necessario verificare ed individuare, così come ha fatto la Corte ai fini dell'ammissibilità di affidamenti diretti a società formalmente privatistiche.

Ed invero, in ordine al necessario requisito della dipendenza finanziaria, tale giurisprudenza ha escluso che la forma societaria del soggetto sia un elemento determinante per l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica. In altri termini, se il soggetto gestore è una società di capitali, non per questo si può escludere che sia parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Quello che occorre accertare in concreto è l'effettivo controllo che l'Amministrazione pubblica esercita sulla società partecipata.

Ecco, dunque, che si torna a parlare della fondamentale distinzione, che interessa anche il tema delle società partecipate e il riparto di giurisdizione che qui si esamina, tra aspetti formalistici e aspetti sostanzialistici che connotano le figure di società in questione, e si torna a parlare, pertanto, di soggetti societari che solo formalmente appaiono distinti dall'ente ma che nella sostanza sono legati a questo a filo doppio, sì da essere considerati la proiezione dell'ente stesso.

Si è visto, dunque, come anche tali approdi normativi e giurisprudenziali a livello europeo possano indirizzare l'interprete, in ordine alle questioni di giurisdizione in materia di società partecipate, verso una soluzione più vicina possibile ai parametri ed ai risultati economici ed amministrativi che la Comunità Europea richiede allo Stato italiano.

La giurisprudenza nazionale, com'è noto, già in altri casi, ha mostrato di voler uniformarsi ai

principi espressi dalla giurisprudenza e dalla legislazione europea.

Si pensi al caso *"Punta Perotti",* nel quale si è investita prima la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sent. 30 agosto 2007 e 20 gennaio 2009) e successivamente la Corte di Cassazione Penale (sent. 17 novembre 2008 n. 42741) del problema di compatibilità della c.d. confisca urbanistica (ex art. 44, co. 2, DPR 380/2001) con la CEDU.

In buona sostanza la problematica in esame verteva su una vicenda di lottizzazione abusiva, oggetto di un lungo procedimento penale, conclusosi con il proscioglimento di tutti gli imputati per mancanza dell'elemento soggettivo dei reati. Esclusa la responsabilità penale, comunque si è proceduto alla confisca di tutti i terreni abusivamente lottizzati e del complesso immobiliare edificato su di essi ai sensi dell'art. 44 citato.

La Corte EDU, investita della questione di contrarietà di tale disposizione all'art. 7 CEDU, affermava che la misura in esame della confisca andava ascritta, in quanto penale, all'ambito applicativo dell'art. 7 CEDU, e che da tale ultima disposizione, che espressamente positivizza i soli principi di irretroattività e legalità, è desumibile l'ulteriore principio di colpevolezza, in quel caso violato dalla disciplina italiana laddove ammette l'applicazione della confisca urbanistica (intesa come pena) in danno del soggetto prosciolto perché il fatto non costituisce reato.

Infatti, secondo la concezione "autonomista" accolta dalla giurisprudenza CEDU, la portata applicativa dei principi di legalità e irretroattività sfavorevole di cui al citato art. 7, co. 1, CEDU si estende al di là dei reati e delle pene come formalmente intesi in base al diritto interno, includendo tutte le misure considerate "intrinsecamente penali".

Il diritto interno, alla luce di tali principi, costituirebbe soltanto un punto di partenza, non di arrivo, mentre le nozioni di pena e accusa penale ai fini del rispetto della Convenzione deriverebbero dall'interpretazione operata dalla stessa Corte, alla quale spetterebbe il compito di valutare se una data misura costituisca nella sostanza una pena ai sensi della Convenzione, non essendo la stessa vincolata alle qualificazioni di diritto interno.

La Corte di Cassazione Penale, con sentenza n. 42741 del 2007, si uniformava alle pronunce europee e, pur riconoscendo la natura amministrativa della confisca urbanistica, ne riconosceva tuttavia il carattere sanzionatorio. Ed osservava che anche con riferimento alle sanzioni amministrative esulano dalla materia criteri di responsabilità collettiva, essendo richiesta, quale requisito essenziale di legalità per la loro applicazione, l'esistenza di una condotta che risponda ai necessari requisiti soggettivi della coscienza e volontà dell'agente e sia caratterizzata quanto meno dall'elemento psicologico della colpa. Anche la sanzione amministrativa, pertanto, non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede, che non abbiano commesso alcuna violazione.

Si ribadisce, dunque, il suggerimento sotteso anche alla fattispecie da ultimo richiamata, diretto ad affermare quella "indicazione di metodo" rintracciabile in numerose questioni e problematiche che hanno visto nel confronto tra la giurisprudenza nazionale e quella europea il punto di arrivo per la loro definizione.

6. I riferimenti alla normativa in materia di spending review introdotta dalla legislazione degli ultimi anni.

Il decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, contenente *"Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini"* (*c.d. spending review*), all'art. 4 sancisce una nuova ed ulteriore disciplina delle società partecipate dagli enti pubblici.

Ciò che emerge *ictu oculi* da una prima lettura della disposizione in parola è l'assoggettamento delle società pubbliche alle misure di *spending review* con evidenti riflessi in materia di giurisdizione sulle responsabilità, visto che la *ratio* di tale intervento normativo corrisponde all'urgenza di frenare l'abuso – che ha raggiunto ormai dimensioni incontrollabili - nella costituzione di enti che, per definizione, sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici.

Ciò premesso, si rileva che l'art. 4 è espressamente e quasi totalmente rivolto alla disciplina di una specifica tipologia di società partecipate, quelle c.d. "strumentali".

Secondo l'elaborazione giurisprudenziale (v. Consiglio di Stato, sez. V, n. 1282/2010) sussiste il requisito della strumentalità quando le attività che le società sono chiamate a svolgere siano rivolte agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo in relazione al perseguimento dei loro fini istituzionali. Tuttavia, l'aspetto fondamentale che ne distingue i caratteri è dato dal fatto che esse sono assoggettate ad un regime derogatorio delle ordinarie procedure di affidamento (il rapporto delle società strumentali con l'ente affidante è costituito nella forma dell'appalto, e cioè attraverso prestazioni di servizi contro corrispettivo, mentre la disciplina della gestione di pubblici servizi è connotata dallo strumento concessorio).

Tanto è che con l'art. 13, co. 2, legge n. 248/2006 è intervenuto il legislatore a stabilire che, dato il regime speciale derogatorio delle società in questione, le amministrazioni hanno l'obbligo di prevedere per le società strumentali un oggetto sociale esclusivo, non potendo pertanto tali società svolgere attività in favore di altri soggetti pubblici o privati senza provocare una distorsione della concorrenza.

L'art. 4 del d.l. n. 95/2012 interviene su questo sistema stabilendo che *"Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, si procede, alternativamente:*

a) allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013;

b) all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il 30 giugno 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014.

L'intento, dunque, del legislatore, con il decreto sulla *spending review,* è quello di ricondurre definitivamente, salvo alcune eccezioni, l'attività amministrativa svolta in forma

privatistica nell'ambito degli strumenti pubblicistici in senso stretto, andando di contrario avviso a quanto si è visto dall'inizio del processo di privatizzazione ed esternalizzazione ad oggi; gli enti locali, pertanto, saranno costretti a predisporre adeguati percorsi per far tornare al proprio interno le attività prima gestite dalle stesse società o per la loro riconduzione al mercato con procedure di gara.

Significativo, inoltre, per quanto riguarda l'incidenza di tale normativa sulla questione del maggior controllo della finanza pubblica, e, pertanto, della ancora maggiore necessità di ricondurre nell'alveo della giurisdizione contabile determinate realtà societarie, è il dato rilevante che l'ambito di applicazione soggettiva comprende non solo le società a capitale interamente pubblico ma anche quelle miste nelle quali l'ente detiene una partecipazione, anche minoritaria, di controllo.

E ancora, le disposizioni del decreto legge sulla *spending review* comportano anche una serie di obblighi ai quali le amministrazioni devono dare tempestiva attuazione. Infatti, le norme previste dai commi 4 e 5 sulla composizione dei consigli di amministrazione richiedono l'immediato adeguamento degli statuti societari, con riferimento al numero massimo dei componenti, alle modalità di designazione e nomina (che comportano l'obbligatorio inserimento negli organi esecutivi di dipendente dell'ente locale socio), nonché con riguardo alle regole per i compensi agli stessi amministratori (in quanto i dipendenti devono riversare alle amministrazioni di appartenenza i gettoni percepiti), per poter rendere operative le norme sin dai prossimi rinnovi dei cda.

Così, infatti, recita il comma 4: *"I consigli di amministrazione delle società di cui al comma 1 devono essere composti da non più di tre membri, di cui due dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione odi poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, per le società a partecipazione diretta, ovvero due scelti tra dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione della società controllante o di poteri di indirizzo e vigilanza, scelti d'intesa tra le amministrazioni medesime, e dipendenti della stessa società controllante per le società a partecipazione indiretta. Il terzo membro svolge le funzioni di amministratore delegato. I dipendenti dell'amministrazione titolare della partecipazione ovvero i dipendenti della società controllante hanno obbligo di riversare i relativi compensi assembleari all'amministrazione e alla società di appartenenza. È comunque consentita la nomina di un amministratore unico. La disposizione del presente comma si applica con decorrenza dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

Alla luce di tali ultime disposizioni non si può sottacere che la responsabilità degli amministratori pubblici all'interno di siffatte società venga ampliata attraverso gli obblighi che le stesse introducono, con conseguente maggiore necessità di affidarne la tutela e l'accertamento alla giurisdizione contabile.

7. Il più recente orientamento della giurisprudenza della Corte dei conti dopo le norme

sulla spending review.

Dopo tali interventi normativi la giurisprudenza delle sezioni territoriali e delle sezioni d'appello della Corte dei conti hanno molto opportunamente richiamato l'attenzione sull'argomento degli indici di pubblicità, si soffermano a lungo sulla disciplina anche di matrice europea - successivamente recepita dalla legislazione e giurisprudenza italiana - in tema di società *in house* ed organismi di diritto pubblico, giungendo a sottolineare l'importanza dell'azione contabile anche alla luce della recente innovazione legislativa della *spending review* di cui al decreto legge n. 95/2012.

E' stato infatti affermato, ad esempio, che *"sulla scia della cd. "responsabilità finanziaria", tra il 2009 e il 2010, la stessa Corte regolatrice ha battuto la strada del disvelamento della natura pubblicistica degli enti a forma societaria, attraverso una serie di indici sintomatici quali la "specialità del regime pubblicistico" e/o "lo svolgimento di un pubblico servizio" (come nel caso RAI…) …".*

E' stato altresì rilevato dalla giurisprudenza del giudice contabile come "*in altri casi, l'affannosa ricerca di un criterio di collegamento con la giurisdizione contabile ha portato ad individuare nel "rapporto di servizio" – non più tra l'ente pubblico socio e la società (come per Cass. 3899/2004), bensì direttamente tra l'ente e l'amministratore di nomina pubblica – il trait-d'union, tutte le volte in cui il potere d'ingerenza dell'Amministrazione controllante si è spinto fino al punto da ritenere che siano "gli amministratori compartecipi dello svolgimento dell'attività della società e non soltanto gestori di essa, con conseguente obbligo di costoro di conservare la dotazione pubblica" (così Cass. SS.UU. ordinanza n. 14655/2011). In altri casi ancora* – prosegue la Corte – *si è accentuato il requisito della partecipazione totalitaria (come nel caso Cotral spa, di cui alla sentenza SS.UU. n. 24672/2009, dove la sola presenza di un unico socio pubblico ha indotto a concludere, senza necessità di ulteriori indagini, per la natura pubblica della stessa e l'immediata classificabilità come erariale del danno dalla medesima subito), per dirimere in senso favorevole alla giurisdizione contabile la relativa controversia".*

La sentenza conclude affermando che *"La tesi propugnata dalla SC* – Cass. S.U. n. 23806/2009 - *finisce, in primis, col determinare un misconoscimento di ogni peculiarità propria dell'azione pubblica di responsabilità …. . La ricostruzione determina, in secondo luogo, un'eccessiva semplificazione delle categorie tipologiche non considerando la complessità del fenomeno societario pubblico, sotto un duplice profilo: quello della composizione del capitale sociale (in quanto è ben possibile che siano costituite società totalmente in mano pubblica – con quote o azioni attribuite a enti a loro volta pubblici – o nelle quali il socio pubblico è unico) e quello dell'oggetto sociale, che ben può spaziare dall'attività economica di produzione di beni e servizi pubblici alle attività "strumentali" cioè funzionali a quelle istituzionalmente svolte dal socio fondatore pubblico. In entrambi i casi, la tesi pan-privatistica sostenuta dalla Corte regolatrice non appare condivisibile".*

La sentenza in esame, dopo aver analizzato tutti gli aspetti fondamentali che dovrebbero indurre la giurisprudenza di legittimità ad approfondire la questione della natura pubblicistica delle

società partecipate con un'analisi condotta caso per caso, sottolinea, altresì, il "forte depotenziamento del sistema di tutela del pubblico erario" ove fosse definitivamente recepito l'orientamento delle S.U. della Cassazione del 2009. Ed infatti, "*Se dovesse davvero rimanere elisa l'azione contabile, si remerebbe in direzione diametralmente opposta a quella che l'Unione europea si è sforzata di segnare sin dal Trattato di Maastricht, e che è di estrema attualità in tempi di ratifica del cd. Fiscal Compact (ovvero del Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'Unione economica e monetaria, noto anche come Patto di bilancio, firmato il 2 marzo 2012 da 25 Stati dell'Unione europea, tra cui l'Italia), e di approvazione dei provvedimenti legislativi in materia di spending review". La maggior incisività dell'azione di responsabilità e la circostanza che essa sia uno strumento indispensabile alla garanzia del buon andamento e dell'imparzialità della PA (art. 97 Cost.), nonché di tutela dell'equilibrio dei bilanci pubblici (art. 81), sono poi elementi che dovrebbero, in sede di scrutinio di costituzionalità, guidare il Giudice delle leggi verso orientamenti favorevoli al criterio di riparto per "blocchi di materia" e dichiarare illegittime le norme che sottraggono sfere giurisdizionali al Giudice contabile, sotto il profilo dell'irragionevolezza".*

La sentenza della Corte dei conti n. 809/2012, allo stesso modo, coglie gli aspetti fondamentali della recente legislazione in materia, che incidono inevitabilmente sul processo di definizione della problematica del riparto di giurisdizione in materia di società pubbliche, e dopo aver richiamato normative recenti in materia che devono necessariamente condizionare l'interprete nella definizione dei confini tra le due giurisdizioni contabile ed ordinaria, afferma che *" Né meno significativa appare altra, ancor più recente innovazione normativa, quella recata dall'art. 4, comma 12 del Decreto-legge 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni dalla L 7 agosto 2012, n. 135, "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario". Detta ultima disposizione, anch'essa nell'ottica di una razionalizzazione e riduzione complessiva della spesa pubblica, espressamente qualifica senz'altro come danno erariale l'erogazione di compensi indebiti (o l'effettuazione di assunzioni oltre i limiti) da parte delle società partecipate a loro dipendenti, indipendentemente dalla verifica circa l'eventualità che ciò si traduca in danno per l'ente partecipante: "in caso di violazione dei suddetti vincoli [cioè quelli specificati, con riferimento alle spese, dai commi precedenti dello stesso art. 4] gli amministratori esecutivi e i dirigenti responsabili della società rispondono, a titolo di danno erariale, per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati". E si badi bene che qui i soggetti interessati sono, con previsione amplissima, tutte le "...società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001" (v. articolo 1)."* Conclude così la Corte: "*Non è chi non veda il chiaro carattere interpretativo (e non già innovativo) di dette due normative, le quali non fanno altro che ribadire e specificare i canoni fondamentali, già fissati dalle norme generali (europee, costituzionali e ordinarie) prima esaminate, e concretizzati da plurimi (e convincenti) arresti giurisprudenziali, in tema di*

coordinamento e salvaguardia dell'integrità della finanza pubblica, complessivamente intesa, nell'ottica del più generale rispetto dei vincoli imposti dalla UE: norme, in altri termini, che non lasciano alcun residuo dubbio circa 1) la natura pubblica di determinati organismi, al di là della forma giuridica o del nomen iuris per essi adottato; 2) ma, sopra tutto, il carattere erariale dei relativi danni, siccome inferti, in definitiva, al patrimonio pubblico".

8. Opportunità di una rivisitazione dell'approdo giurisprudenziale negativo delle Sezioni unite della Cassazione alla luce della legislazione sulla spending review.

Abbiamo esaminato nei paragrafi che precedono la serie di motivazioni che potrebbero indurre la Corte di legittimità ad una rivisitazione dell'orientamento sfavorevole alla giurisdizione della Corte dei conti in materia.

Ciò posto, deve rilevarsi che le varie leggi introdotte negli ultimi anni in materia di *spending review* non hanno fatto altro che alimentare i dubbi che emergono già dalle critiche effettuate in precedenza all'approdo giurisprudenziale negativo delle SS.UU., proprio perché implicitamente essa afferma la pubblicità delle società partecipate a prescindere dalla loro qualità formalmente privatistica.

È emblematico il fatto che il legislatore, con tale nuova disciplina, decide di incidere non solo sugli enti pubblici in generale ma, in particolare, sulle società partecipate. Ed inoltre nulla dice, con l'art. 4, sulla giurisdizione e sull'annosa *quaestio* della responsabilità degli amministratori pubblici che qui ne occupa.

Ciò osservato, il legislatore, con l'intervento normativo di cui alla *spending review,* non fa altro che spingere verso un *revirement* della giurisprudenza delle Sezioni Unite di cui alla sentenza n. 26806 del 19.12.2009, anche alla luce degli impulsi di provenienza comunitaria, finanziaria ed economica fin qui passati in rassegna.

Come, infatti, è desumibile dalle osservazioni fin qui svolte, il legislatore nazionale, con la recente normativa della *spending review,* ora si muove sul medesimo binario della giurisprudenza della Corte dei conti e della giurisprudenza e legislazione europea, diretto a soddisfare la necessità di definire i contorni dell'istituto delle società partecipate e di ottenere il risultato del maggior controllo delle finanze pubbliche, al fine di evitare gli sperperi di denaro pubblico concretizzatisi nel precedente ventennio che ha visto l'indiscriminato proliferare di società partecipate pubbliche.

È chiaro, infatti, che l'unità di intenti che si ravvisa negli attuali orientamenti della Corte dei conti e del legislatore, sotto la spinta della giurisprudenza e della legislazione comunitaria come su descritte, risiede in particolare nella volontà di salvaguardare l'integrità delle finanze pubbliche.

Dello stesso avviso sembravano essere anche le stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 4511 del 1° marzo 2006. Infatti, nella sentenza la Corte traccia la linea discretiva tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in tema di danno erariale, affermando espressamente che *"il baricentro per discriminare la giurisdizione ordinaria da quella contabile si è spostato dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato od un ente pubblico non economico) alla natura*

del danno e degli scopi perseguiti, cosicché sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di società privata che abbia beneficiato di fondi pubblici nazionali e comunitari nell'ambito di un programma operativo multi regionale diretto alla promozione dello sviluppo imprenditoriale e abbia realizzato uno sviamento dalle finalità perseguite dalla pubblica amministrazione così determinando un danno erariale. Pertanto - prosegue la Suprema Corte – *ove il privato, per sue scelte, incida negativamente sul modo d'essere del programma imposto dalla pubblica amministrazione, alla cui realizzazione egli è chiamato a partecipare con l'atto di concessione del contributo, e la incidenza sia tale da poter determinare uno sviamento dalle finalità perseguite, egli realizza un danno per l'ente pubblico (anche sotto il mero profilo di sottrarre ad altre imprese il finanziamento che avrebbe potuto portare alla realizzazione del piano così come concretizzato ed approvato dall'ente pubblico con il concorso dello stesso imprenditore), di cui deve rispondere dinanzi al giudice contabile".*

Tuttavia, l'approdo giurisprudenziale delle Sezioni Unite del 2009 sembra andare in senso contrario a questi indirizzi, restringendo la giurisdizione della Corte dei conti e di conseguenza riducendo l'effettività della tutela dell'erario pubblico (costituita soprattutto dalla esperibilità dell'azione officiosa da parte della Procura contabile).

Nel dettaglio, non può esser condivisa, infatti, l'affermazione secondo cui dovrebbe distinguersi l'ipotesi in cui il danno si ripercuote nel patrimonio della società con conseguente giurisdizione del giudice ordinario e l'ipotesi in cui il danno viene a prodursi direttamente in capo all'ente pubblico, visto che in ogni caso il danno al patrimonio della società è sempre un danno all'ente pubblico titolare della partecipazione azionaria, soprattutto quando lo stesso assuma la veste di socio unico. E poiché il danno si ripercuote sulla collettività amministrata, visto che alla società partecipata è affidata la cura degli interessi pubblici tramite l'ente pubblico socio, non può che concludersi che la responsabilità per il danno erariale in esame deve essere assoggettata alla giurisdizione del giudice contabile.

Quanto testé affermato richiama essenzialmente ciò che la giurisprudenza recente della Corte dei conti - anche alla stregua della giurisprudenza comunitaria, come visto, su problematiche analoghe a questa – osserva in ordine ai cc.dd. "indici di pubblicità". In altri termini, per verificare e tutelare una situazione di danno erariale effettivo occorre che si verifichi il livello di partecipazione pubblica alla S.p.A..

Le Sezioni Unite, con la sentenza del 2009, scelgono di tenere in non cale alcuni aspetti fondamentali così come sopra rappresentati, sicchè sarebbe opportuna, visti soprattutto gli interventi recenti del legislatore in materia e gli orientamenti attuali e precedenti sia della giurisprudenza contabile che di quella comunitaria, una rivisitazione dell'orientamento negativo richiamato.

9. Conclusioni.

Gli argomenti fin qui suggeriti ed analizzati sono sufficienti a dare la stura ad una rivisitazione dell'orientamento restrittivo della giurisdizione della Corte dei conti ad opera delle

Sezioni Unite e ad una riconsiderazione dei parametri da utilizzare per la verifica della concreta natura delle società partecipate. Ciò alla luce della recente normativa della *spending review* che sottolinea la necessità e l'urgenza di arginare la proliferazione indiscriminata di società partecipate, riducendone le possibilità di nuova costituzione ed eliminandone diverse tipologie e infine dettando una disciplina più rigorosa per quelle la cui esistenza risulta ancora garantita.

L'inversione di tendenza a livello normativo rispetto a quello che è stato il processo di espansione dei primi anni novanta del modello societario *de quo* è evidente; pertanto, soprattutto per questo motivo, si auspica un *revirement* anche da parte delle Sezioni Unite.

Cionondimeno, continua a rivestire fondamentale importanza quanto osservano la Corte dei conti e, già in precedenza per questioni affini alla nostra, la giurisprudenza europea in ordine agli strumenti (come la verifica di "indici di pubblicità") da impiegare per verificare in concreto la natura sostanzialmente pubblica delle società partecipate, che possono fungere da grimaldello per la giurisprudenza di legittimità per motivare e giustificare l'auspicato *revirement.* In altre parole, sia la giurisprudenza della Corte dei conti, con le sentenze recenti da ultimo esaminate, sia la giurisprudenza e normativa comunitaria su problematiche affini a quella trattata, sia la recente legislazione della *spending review*, offrono all'interprete numerosi elementi e spunti per rimeditare sulle questioni circa le società partecipate e il riparto di giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori.

Non è un caso che a fine 2013 la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite si sia pronunciata, con la sentenza n. 26283 del 25 novembre 2013, in senso favorevole alla giurisdizione della Corte dei conti in relazione alla questione di responsabilità degli amministratori di società *in house.*

Attraverso la sentenza in esame le Sezioni Unite sono arrivate a stabilire se sussista, ed entro quali limiti, la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di soggetti che abbiano svolto funzioni amministrative e di controllo in società di capitali (nella specie una società per azioni *in house*) costituite e partecipate da enti pubblici, nel caso in cui a tali soggetti vengano imputati atti contrari ai loro doveri d'ufficio con conseguenti danni per la società. Nello specifico, la Corte, dopo aver richiamato gli orientamenti giurisprudenziali in materia e gli elementi che fungono da spartiacque tra la giurisdizione contabile e quella ordinaria (ad es. la presenza di un danno erariale arrecato all'ente pubblico), passa in rassegna le peculiarità delle società *in house* evidenziandone, in definitiva, il carattere di "anomalia" nel panorama del diritto societario.

Le stesse, infatti, benché società di capitali, non sono destinate allo svolgimento di attività imprenditoriali a fini di lucro e agiscono in totale assenza di potere decisionale loro proprio, in virtù del totale assoggettamento dei loro organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale. Esse, in altri termini, risultano essere prive di un centro d'interessi effettivamente distinto rispetto all'ente pubblico.

Osservano più esplicitamente le Sezioni Unite che "*la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come entità*

posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna".

La Corte conclude sostenendo che, da una siffatta lettura del fenomeno delle società *in house,* non può che discendere che i relativi organi, in quanto preposti ad una struttura corrispondente ad una articolazione interna alla stessa P.A., siano legati personalmente a questa da un vero e proprio rapporto di servizio, sicché tale situazione non giustificherebbe un diverso trattamento in punto di responsabilità e di relativa giurisdizione da quello previsto per i dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'ente pubblico.

Il tema da ultimo affrontato dalle Sezioni Unite ci riporta alla fondamentale distinzione tra aspetti formalistici e aspetti sostanzialistici che connotano le figure di società partecipate, tanto da potersi individuare nel panorama giuridico attuale soggetti societari che solo formalmente appaiono distinti dall'ente ma che nella sostanza sono legati a questo a filo doppio, sì da essere considerati la proiezione dell'ente stesso.

Si è visto già nei paragrafi che precedono che dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea – sentenze del 2005, *"Parking Brixen"* e *"Modling"* -, emerge chiaramente che nella realtà giuridica delle PP.AA. sovente si è di fronte a realtà societarie partecipate dalla pubblica amministrazione e che tali società formalmente private rappresentino sostanzialmente una proiezione organizzativa ed economica dell'ente pubblico.

Si è visto, inoltre, quali elementi possano assurgere ad indici di pubblicità anche attraverso le indicazioni della sentenza della Corte dei conti Sez. Giurisd. Friuli Venezia Giulia n. 71 del 2012 ovvero: l'intera partecipazione azionaria di enti pubblici, il fatto che mai nella compagine societaria vi sia stato l'ingresso di soggetti privati persone fisiche o giuridiche; l'oggetto sociale tendente a finalità pubblicistiche o comunque a vantaggio degli ente pubblici partecipanti come l'erogazione di un servizio pubblico a vantaggio delle collettività rappresentate nel capitale sociale; l'assenza di scopo di lucro e la destinazione a riserva statutaria dell'eventuale utile; la fruizione di finanziamenti pubblici; il ricorso alle risorse pubbliche degli enti partecipanti per il ripiano delle perdite; il potere di nomina delle principali cariche sociali da parte degli enti pubblici partecipanti e la previsione statutaria del mantenimento del capitale in mano pubblica.

In definitiva, emerge chiaramente l'importanza che i c.d. "indici di pubblicità" conservano nella questione del riparto di giurisdizione e la necessaria attenzione che la giurisprudenza di legittimità deve a questi rivolgere, anche al di là dello specifico modello di società *in house*, il quale rappresenta soltanto uno dei casi di struttura societaria "formalmente" privatistica ma "sostanzialmente" pubblicistica.

La Suprema Corte, peraltro, successivamente alla esaminata pronuncia delle Sezioni Unite n. 26283 del 25 novembre 2013, ha tuttavia intrapreso una strada che risulta ancora incompatibile con uno studio approfondito, attraverso i summenzionati indici di pubblicità, del carattere in concreto pubblicistico di talune tipologie di società partecipate.

La sentenza delle SS.UU. viene infatti utilizzata dalla successiva giurisprudenza di legittimità come "*argumentum a contrariis*" per sostenere che, ove non si rinvenga una società *in*

house, allora non vi sarà giurisdizione della Corte dei conti.

La pronuncia delle SS.UU., dunque, lontano dall'offrire una soluzione definitiva alla problematica della giurisdizione in materia, diviene la cartina al tornasole per escludere la giurisdizione contabile laddove si verta su questioni di responsabilità di amministratori di tutte le società partecipate diverse dalle società *in house.*

L'interpretazione della sentenza delle SS.UU., come già osservato, suggerisce, invece, una opposta riflessione.

Infatti, proprio la rintracciabilità ed individuazione di una società *in house* attraverso il metodo degli indici di pubblicità consente di ritenere giusto il metodo utilizzato, in quanto tutte le volte in cui tali indici vengano riscontrati dovranno ricondursi alla giurisdizione della Corte dei Conti le questioni riguardanti le società partecipate che presentino tali caratteristiche (si pensi ad es. all'aspetto della partecipazione pubblica maggioritaria).

Alla luce di quanto testé osservato non c'è che da augurarsi, quindi, un ripensamento da parte della giurisprudenza di legittimità per una più coerente interpretazione della sentenza delle Sezioni Unite del 2013.