

## PRINCIPI FONDAMENTALI

Art. 1.

L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Art. 2.

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Art. 3.

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 4.

La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

Art. 5.

La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

Art. 6.

La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche.

Art. 7.

Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

Art. 8.

Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastano con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

## *Studi di diritto pubblico*

Collana diretta da Francesco Gabriele

Art. 9.

La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Art. 10.

L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme internazionali.

Lo straniero, al quale sia revocato lo status di rifugiato politico, che ha esercitato le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici.

Art. 11.

L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

Art. 12.

La bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di eguali dimensioni.

Cosimo Pietro Guarini

Partecipazioni pubbliche e responsabilità amministrativa

# PARTECIPAZIONI PUBBLICHE E RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

COSIMO PIETRO GUARINI

€ 22,00



CACUCCI EDITORE  
BARI

ISBN 978-88-6611-963-0



9 788866 119630

## ***Studi di diritto pubblico***

Collana diretta da Francesco Gabriele

**Comitato Scientifico:** Francesco Gabriele, Vincenzo Baldini, Francisco Balaguer Callejón, Roberto Caranta, Agostino Carrino, Pietro Ciarlo, Lorenzo Chieffi, Antonio Colavecchio, Antonio D'Andrea, Michele Della Morte, Giuseppe Di Gaspare, Giovanni Luchena, Massimo Luciani, Roberto Miccù, Anna Maria Nico, Raffaele Guido Rodio, Antonio Ruggeri, Giovanni Serges, Dian Schefold, Massimo Siclari, Vincenzo Tondi della Mura.

**Comitato Editoriale:** Gaetano Bucci, Luca Grimaldi, Cosimo Pietro Guarini, Vittorio Teotonico.

*Le monografie pubblicate nella collana sono sottoposte ad una procedura di valutazione secondo il sistema di peer review a doppio cieco anche esterno.*

*Stessa procedura è adottata per ogni singolo contributo dei volumi collettanei.*

*Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso il Direttore.*

COSIMO PIETRO GUARINI

PARTECIPAZIONI PUBBLICHE E  
RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA

CACUCCI  EDITORE  
BARI



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO

Opera realizzata con il parziale contributo dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2020 Cacucci Editore – Bari  
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220  
<http://www.cacuccieditore.it> – e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)  
Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

### *Studi di Diritto pubblico diretti dal prof. Francesco Gabriele*

1. **Antonio Colavecchio**, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario*, 2000.
2. **Anna Maria Nico**, *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, 2001.
3. **Francesco Gabriele, Gaetano Bucci, Cosimo Pietro Guarini** (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, 2002.
4. **Michele Buquicchio** (a cura di), *Studi sui rapporti internazionali e comunitari delle Regioni*, 2004.
5. **Cosimo Pietro Guarini**, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, 2005.
6. **Francesco Gabriele, Anna Maria Nico** (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, 2005.
7. **Francesco Gabriele** (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, 2005.
8. **Giovanni Luchena**, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari*, 2006.
9. **Luca Grimaldi**, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, 2006.
10. **Francesco Gabriele**, *Europa: la "Costituzione" abbandonata*, 2008.
11. **Michele Buquicchio** (a cura di), *Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale. Riferimenti alla normazione pugliese*, 2010.
12. **Giovanni Luchena**, *Gli enti della intercomunalità: le Unioni di comuni*, 2012.
13. **Giovanni Luchena**, *Le incentivazioni economiche alle imprese tra politiche statali e decisioni comunitarie*, 2012.
14. **Anna Maria Nico**, *La ragionevole durata del processo negli ordinamenti integrati d'Europa*, 2012.
15. **Francisco Balaguer Callejón**, *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico* (Traduzione di Anna Maria Nico), 2012.

## *Studi di diritto pubblico - Nuova serie*

Collana diretta da Francesco Gabriele

1. **Luca Grimaldi**, *Potestà legislativa concorrente ed autonomia regionale nel processo di "trasformazione" del regionalismo italiano*, 2016.
2. **Giovanni Luchena**, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica*, 2017.
3. **Mario Gorlani**, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, 2017.
4. **Matteo Frau**, *La sfiducia costruttiva*, 2017.
5. **Vittorio Teotonico**, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, 2018.
6. **Arianna Carminati**, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, 2018.
7. **Stefania Cavaliere**, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà*, 2018.
8. **Elisa Tira**, *La restrizione della libertà personale dei parlamentari. Dai presupposti costituzionali all'interpretazione delle Camere*, 2019.
9. **Gavina Lavagna**, *Gli atti aventi forza di legge e le regioni*, 2019.
10. **Marco Podetta**, *Governare le Camere. Tendenze e miti delle riforme regolamentari*, 2020.
11. **Cosimo Pietro Guarini**, *Partecipazioni pubbliche e responsabilità amministrativa*, 2020.

### Sezione didattica

1. **Antonio D'Andrea**, *La Costituzione che abbiamo. Il rigetto popolare della "grande riforma" deliberata dalle Camere nella XVII legislatura*, 2017.
2. **Antonio D'Andrea, Marco Podetta** (a cura di), *Il rilancio della riforma elettorale nel quadro parlamentare nazionale. Il lascito di Camere "delegittimate" e l'avvio della XVIII Legislatura*, 2018.
3. **Alessandro Lauro**, *La declinazione del sistema parlamentare italiano nella XVIII Legislatura. Il mutamento della maggioranza governativa e la conferma del Presidente del Consiglio*, 2020.
4. **Francesco Gabriele, Cosimo Pietro Guarini, Giovanni Luchena, Anna Maria Nico, Vittorio Teotonico**, *Costituzione, diritti sociali, economia*, 2020.

## Sommario

*Introduzione*

1

### CAPITOLO PRIMO

## La responsabilità amministrativa nel perimetro delle società a partecipazione pubblica. Conflitti di giurisdizione e non univoca codificazione

1. Le due tesi in contesa e l'andamento oscillante della giurisprudenza di legittimità sulla responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti delle società a partecipazione pubblica. Dalla soluzione "privatistica" a quella "pubblicistica" ... 15
2. ... e ritorno. La sentenza n. 26806 del 2009 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22
  - 2.1. Le linee portanti del *leading case* ... 24
  - 2.2. ... e le critiche mosse dalla Corte dei conti 30
3. Il riparto di giurisdizione fissato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla prova dell'art. 12 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 34
  - 3.1. L'individuazione dei contorni del danno erariale. Prime questioni definitive e rinvio 47
  - 3.2. Limiti di tecnica normativa e omissioni soggettive: il mancato riferimento ai *dipendenti* delle società partecipate e agli *organi di controllo* delle società *in house* 52
4. Il riparto di giurisdizione: questioni di metodo e snodi critici tra interpretazione letterale e interpretazione sistematica 54
  - 4.1. La parola (ancora una volta) ai giudici 57

## CAPITOLO SECONDO

## La giurisdizione contabile sulla responsabilità amministrativa nelle società legali e *in house*

1. Società a partecipazione pubblica che vai, responsabilità amministrativa che trovi	61
2. Sulle società legali	63
2.1. L'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016, l'interpretazione sistematica e il permanere della giurisdizione contabile sulla responsabilità amministrativa nelle società legali	69
3. Sulle società <i>in house</i> . L'evoluzione giurisprudenziale e normativa (tracce di contesto)	75
3.1. Il riconoscimento della peculiarità delle società <i>in house</i> nella sentenza n. 26283 del 2013 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la deroga al riparto fissato nella sentenza n. 26806 del 2009	82
4. La codificazione dell' <i>in house</i> nelle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014	88
5. Il d.lgs. n. 175 del 2016 e la disciplina delle società <i>in house</i>	95
5.1. Le questioni scaturenti dalla possibilità della partecipazione condizionata dei privati al capitale delle società <i>in house</i>	98
5.2. La fallibilità delle società a partecipazione pubblica ...	103
5.2.1. ( <i>Segue</i> ) ... e, tra queste, delle società <i>in house</i>	106
5.2.2. Le possibili ricadute sulla qualificazione giuridica delle società <i>in house</i>	108
6. La sentenza n. 22406 del 2018 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la concorrenza di azioni e giurisdizioni in caso di fallimento di società <i>in house</i> ...	119
6.1. ( <i>Segue</i> ) ... e i presupposti per una espansione della giurisdizione contabile	121
6.2. Relazione funzionale e danno riflesso al patrimonio del socio pubblico	126

## CAPITOLO TERZO

## La responsabilità amministrativa per danno al socio pubblico

1. La definizione aperta di danno erariale e il pregiudizio al « <i>valore della partecipazione</i> »	133
---	-----



Sommario	XI
2. Il danno all'immagine dell'ente pubblico socio	139
3. Fattispecie di responsabilità degli amministratori e dei funzionari dell'ente pubblico socio. L'omesso esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica	152
3.1. (Segue) Il mancato esercizio del potere di revoca degli amministratori degli organi sociali delle società a partecipazione pubblica	156
3.1.1. (Segue) La nomina di "soggetti" privi di competenze	161
4. Abuso dello strumento societario e inutilità economica o inidoneità funzionale di società a partecipazione pubblica. Principi e limiti in materia di costituzione di società pubbliche e di mantenimento delle relative quote di partecipazione da parte dell'ente pubblico	162
<i>Considerazioni conclusive</i>	175
<i>Bibliografia</i>	185

## Introduzione

Di recente, un autorevole esponente della magistratura contabile si è retoricamente domandato: «perché, da almeno 15 anni, la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa si è trovata sempre più frequentemente ad occuparsi dei fatti illeciti produttivi di danno compiuti da amministratori e funzionari delle società pubbliche?»<sup>1</sup>.

Per quanto la risposta possa apparire, di per sé, intuitiva, essa sollecita la riflessione su almeno due questioni, tra loro embricate.

La prima riguarda la disillusione in ordine agli esiti favorevoli cui avrebbe dovuto condurre il massiccio passaggio alle forme societarie dell'agire pubblico per il perseguimento dei fini istituzionali e il soddisfacimento dei servizi alla collettività.

Nel nuovo equilibrio tra Stato e mercato radicatosi nel nostro Paese intorno agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso<sup>2</sup>, il processo di privatizzazione dell'impresa pubblica<sup>3</sup> ha determinato una significativa

---

<sup>1</sup> C. CHIARENZA, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2019, n. 5, pp. 10 ss., p. 10.

<sup>2</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986; S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, pp. 378 ss.; G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. servizi*, 2000, pp. 7 ss.; F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 523 ss.

<sup>3</sup> Come noto, la trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici è stata disposta direttamente con provvedimento legislativo per Iri, Eni, Ina ed Enel (art. 15 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, nella l. 8 agosto 1992, n. 359), con effetto dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo, e rimessa, invece, ad una successiva ed eventuale deliberazione del CIPE per gli altri enti pubblici economici (art. 18 del d.l. n. 333 del 1992, come modificato dall'art. 2, comma 5, d.l. 21 giugno 1993, n. 198, convertito nella l. 9 agosto 1993, n. 292). In tema di privatizzazione formale, v. in particolare, E. CICCONI, *La privatizzazione degli enti pubblici economici dopo il d.l. 333/1992*, in *Quad. giur. impresa*, 1992, n. 2, pp. 17 ss.; M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. 8, Torino, 1992, pp. 69 ss., e ivi anche Id., *Appendice. Il d.l. 11-7-1992, n. 333 e la privatizzazione delle imprese pubbliche: ultimo atto?*, pp. 262 ss.; G. DI GASPARRE, *La trasformazione degli enti pubblici economici e la dismissione delle partecipazioni*

contrazione del modello di ente pubblico economico<sup>4</sup> alla volta di una progressiva espansione di quello societario (per azioni)<sup>5</sup>.

*statali. Verso un nuovo ibrido: la s.p.a. di diritto pubblico?*, in *Nomos*, 1992, pp. 7 ss.; G. VESPERINI, *Privatizzazioni e trasformazioni dell'impresa pubblica in Italia*, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 1267 ss.; C. IBBA (a cura di), *Trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1994, pp. 1207 ss.; A. DE ROSA, *La privatizzazione "formale" degli enti pubblici economici nel contesto delle società per azioni in mano pubblica*, in L. AMMANNATI (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995, pp. 43 ss.; N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico)*, in P. MARCHETTI (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi e documenti*, Milano, 1995, pp. 31 ss.; M. RENNA, *Le società in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; A. COLAVECCHIO, *Privatizzazione e liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici: cause d'origine e condizioni d'attuazione*, in *Amm. pol.*, 1998, pp. 661 ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, spec. pp. 177 ss.; A.M. NICO, *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, Bari, 2001; B. CAVALLO, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, in F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, pp. 53 ss.

<sup>4</sup> Su tale tradizionale modello, oramai recessivo, v., *ex multis*, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1957; V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962; i numerosi scritti di G. GUARINO in argomento raccolti in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962 (fra i quali *Partecipazione dello Stato al capitale di enti pubblici e controllo della Corte dei conti*, ed *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*) e in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, II Serie, Milano, 1970 (fra i quali *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, *Sistema delle partecipazioni statali e controllo* e *Ancora sui modelli differenziati*); S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. III, tomo 1, Milano, 1991, pp. 179 ss.; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, pp. 85 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, vol. II, Milano, 1992, pp. 1871 ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Rimini, 1997, pp. 139 ss.

<sup>5</sup> La letteratura in materia di società pubbliche anteriore al d.lgs. n. 175 del 2016 è vastissima. Fra i tanti, v. F. GOISIS, voce *Società a partecipazione pubblica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, pp. 5600 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. società*, 2006, pp. 999 ss.; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 253 ss.; F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI (a cura di), *Le società*

Intorno alla fine del secolo scorso, però, la sua implementazione, quale scelta organizzativa delle amministrazioni<sup>6</sup> (soprattutto di regioni ed enti locali), pur tra alterne vicende<sup>7</sup>, si è diffusa in ragione del fatto che, in quanto persone giuridiche private, avrebbero potuto beneficiare di un regime diverso da quello posto a carico delle amministrazioni operanti in forma burocratica; la qual cosa avrebbe dovuto mettere «in atto molti degli schemi di incentivazione necessari all'accrescimento dell'efficienza sperimentati nel settore privato»<sup>8</sup>.

L'impatto del diritto comunitario e l'affermarsi del mercato pienamente aperto alla concorrenza «hanno spinto la pubblica amministrazione a dismettere le vesti dell'operatore economico, per assumere, rispetto al mercato, un ruolo diverso, quello del c.d. *regolatore*»<sup>9</sup>, facendo «nascere l'esigenza di “esternalizzare” le attività economiche e di privatizzare gli operatori, che per l'innanzi erano pubblici»<sup>10</sup>.

---

“pubbliche”, Torino, 2011; M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; R. URSI, *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012; M. MACCHIA (a cura di), *Le società a partecipazione statale* (Rapporto Irpa n. 1/2015), Napoli, 2015.

<sup>6</sup> Cfr. A. ANGIULI, *La società in mano pubblica come organizzazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. I, Napoli, 2010, pp. 157 ss.

<sup>7</sup> Cfr. G. COTTINO, *Ascesa e tramonto dello Stato imprenditore: morte o resurrezione?*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, pp. 297 ss.; F. MERUSI, *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in *Dir. dell'Un. europea*, 2000, pp. 499 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Lo Stato sociale tra intervento pubblico e iniziativa privata*, in F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell'economia tra “crisi dello Stato” e “crisi del mercato”*, Bari, 2005, pp. 135 ss.

<sup>8</sup> G. NAPOLITANO, *Il ‘governo’ delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta (BA), 2018, pp. 15 ss., p. 21.

<sup>9</sup> La letteratura che approfondisce la struttura e la nozione di Stato regolatore è decisamente vasta. Per i necessari riferimenti bibliografici, si rinvia, *ex multis*, ai più recenti contributi di A. ZITO, voce  *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir., Annali III*, Milano, 2010, pp. 805 ss.; A. RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, Napoli, 2013; F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. dell'econ.*, 2018, pp. 697 ss.; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuti e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 337 ss.

<sup>10</sup> F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. dell'econ.*, 2005, pp. 239 ss., p. 240.

In tale contesto, i parametri di efficienza, efficacia ed economicità avrebbero dovuto essere particolarmente valorizzati dall'utilizzo della forma privatistica, esaltando le finalità pubbliche sottese a tali scelte anche (o, forse, soprattutto) in un regime economico di tipo concorrenziale<sup>11</sup>. E ciò a prescindere dal fatto che si trattasse di società pubbliche esercenti «attività amministrativa, di natura finale o strumentale» o società pubbliche eroganti «servizi rivolti al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza»; distinzione che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 326 del 2008, aveva coniato per valorizzare l'«oggetto sociale» delle s.p.a. pubbliche rispetto al «titolo giuridico in base al quale esse operano»<sup>12</sup>.

A fronte di talune esperienze positive, però, ben presto, l'utilizzo del modulo societario – e la possibilità di aggirare gran parte dei vincoli imposti alla pubblica amministrazione operante in via diretta – è divenuto «un elemento di forte attrattiva per il potere politico centrale e soprattutto locale, alla ricerca di strumenti di acquisizione del consenso sottratti al sistema dei controlli operante nei confronti delle amministrazioni»<sup>13</sup>.

Peraltro, non vi era dubbio, come si dirà meglio in seguito, che, trattandosi di persone giuridiche di carattere privatistico, quasi ogni questione attinente allo svolgimento dell'attività societaria fosse rimessa alla giurisdizione comune. E tanto valeva anche, e in particolar modo, per il regime della responsabilità degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo delle società pubbliche, i quali, pertanto, dal canto loro, indulgevano, talvolta, in comportamenti opportunistici favoriti da uno scarso controllo dell'ente socio e dalla sostanziale impunità derivante da tale omissivo approccio. Su altro versante, la separatezza del regime giuridico tra ente pubblico e società da esso partecipata rendeva difficilmente realizzabile uno scenario in cui la *mala gestio* societaria si risolvesse in una responsabilità erariale degli amministratori e funzionari

---

<sup>11</sup> Cfr. già G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 725 ss., e più di recente, ID., *Dal diritto pubblico al diritto privato*, Modena, 2017, pp. 7 ss.

<sup>12</sup> V. Corte costituzionale, sentenza n. 326 del 2008, *Considerato in diritto*, § 8.3.

<sup>13</sup> G. NAPOLITANO, *Il 'governo' delle società a partecipazione pubblica: regole o istituzioni?*, loc. ult. cit. Più in generale, sulla questione etica nell'agire pubblico, v. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007.

pubblici. Nondimeno, il permanere (sul piano culturale) dello stretto legame tra politica e amministrazione faceva sì che fossero davvero rare le ipotesi in cui l'ente socio attivasse azioni di carattere civilistico per illeciti societari commessi da amministratori di nomina pubblica.

In altri termini, alla prova dei fatti, «il regime della responsabilità degli amministratori disciplinato dal codice civile, evidentemente “tarato” per dare tutela agli interessi economici e commerciali propri dell'iniziativa economica privata, si è rilevato inidoneo a dare soddisfacente tutela alle risorse pubbliche ivi investite e ad assicurare livelli, se non elevati, almeno sufficienti dei servizi erogati tramite esse»<sup>14</sup>.

La consapevolezza del potenziale di tale corto circuito, che, in definitiva, si risolveva nello sperpero incontrollato di risorse della collettività<sup>15</sup>, in realtà, si palesò agli occhi del regolatore pubblico statale. Sì che con il d.l. n. 47 del 1995 rubricato «*Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti*» pensò di interrompere il circolo vizioso appena delineato – i cui effetti erano, peraltro, solo *in nuce* e ancora lontani dal manifestarsi in tutta la loro esiziale dimensione – affidando all'organo deputato alla tutela dell'erario pubblico la giurisdizione “esclusiva” in materia. L'art. 1, co. 4, infatti, così recitava: «*I componenti degli organi di amministrazione e di controllo, nonché i funzionari ed i*

<sup>14</sup> C. CHIARENZA, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 11.

<sup>15</sup> L'aumento della spesa pubblica ad opera delle società pubbliche era determinato prevalentemente dall'elusione dei vincoli di finanza pubblica, del divieto di indebitamento per spese correnti, delle norme su contratti, consulenze e personale. Osservava in proposito S. SALVAGO, *Il riparto delle giurisdizioni fra legislazione e giurisprudenza*, in AA.VV., *Le società pubbliche: il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, Roma, 2013, pp. 231 ss., p. 243, (e in *Riv. Corte conti*, 2013, n. 5-6, pp. 810 ss.), che è consentito l'utilizzo dello strumento societario «per fare quello che era invece proibito alle pubbliche amministrazioni, così come per scaricare all'esterno oneri e parte dell'indebitamento dell'ente. Il meccanismo improntato per occultare le perdite di gestione è relativamente semplice e si radica in un mal compreso uso del contratto di servizio che collega la società all'ente locale di riferimento. Nel predetto contratto si valorizza in forma esplicita la non economicità dell'attività svolta dalla società, mediante la previsione di una clausola di garanzia a tenore della quale il comune si obbliga a coprire eventuali perdite di capitale che dovessero insorgere in capo alla società dovute alla gestione dei servizi attivati con il contratto, trattandosi di servizi aventi finalità prevalentemente sociale e quindi per loro natura in passivo. La copertura degli oneri di gestione potrà avvenire solo dopo apposita deliberazione dell'assemblea della società e dietro presentazione della documentazione di volta in volta ritenuta necessaria dal comune».

*dependenti degli enti pubblici economici e delle società sulle quali lo Stato esercita il controllo in ragione della partecipazione al capitale sociale, sono soggetti, per danni arrecati agli enti o alle società stesse, alla giurisdizione della Corte dei conti, secondo le norme regolanti la materia».*

L'entrata in vigore di tale disposizione che, secondo ogni logica, avrebbe introdotto un principio estensibile anche alle società partecipate da regioni ed enti locali, con ogni probabilità avrebbe cambiato il corso della storia che il presente contributo si propone di esaminare. Ma il decreto legge non fu convertito e questo non accadde.

Qui si apre il fronte sulla seconda questione, strettamente connessa alla prima: di quali strumenti l'ordinamento è dotato per contenere e sanzionare la dispersione di risorse pubbliche causata dalla *mala gestio* di società scelte da pubbliche amministrazioni come modulo organizzativo? In che modo dare piena o ampia forma al disposto dell'art. 28 Cost. secondo il quale «*i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi (...) amministrative degli atti compiuti in violazione di diritti*», ove questi ultimi siano imputabili alla collettività e le condotte dei primi producano un danno ad un bene dello Stato-comunità quale l'erario?

Come affermato con nettezza dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 110 del 1970, l'art. 103, co. 2, Cost., in piena continuità con l'assetto pre-repubblicano, pone a presidio della tutela dell'erario pubblico la Corte dei conti<sup>16</sup>. Tale ruolo rinveniva al giudice contabile già dall'art. 13, co. 1, del r.d. n. 1214 del 1934 che disponeva che «*la Corte in conformità delle leggi e dei regolamenti (...) giudica sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni*». L'art. 52 dello stesso regio decreto precisava, inoltre, 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*

---

<sup>16</sup> Sull'argomento, cfr. A. POLICE, *Commento all'art. 103, 1° e 2° co., Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006, pp. 1987 ss.; ID., *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo*, in F.G. SCOCA, A. DI SCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, 2014, pp. 25 ss.; G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 2017, pp. 756 ss.

*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»<sup>17</sup>.*

Di fatto, dalla lettera dell'art. 103, co. 2, Cost., non è agevole desumere l'immediata ed automatica estensione della giurisdizione della Corte dei conti anche all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e funzionari pubblici che non siano agenti contabili, cioè di coloro che non abbiano la disponibilità e il maneggio di beni o valori pubblici<sup>18</sup>. Nel silenzio del testo costituzionale in ordine alla definizione del contenuto della responsabilità amministrativa e ai comportamenti che la determinano, le disposizioni regie permanevano, dunque, «come chiave interpretativa della responsabilità amministrativa, cosicché essa continua[va] a configurarsi come un danno procurato dai dipendenti alle amministrazioni di appartenenza, con conseguenti sanzioni applicate dalla stessa amministrazione o dalla Corte dei conti»<sup>19</sup>.

La Corte costituzionale, adita al fine di esprimersi sulla capacità espansiva della locuzione «*materia contabile*», con la sentenza n. 102 del 1977, ebbe modo, sin da subito, di statuire che la giurisdizione della Corte dei conti, pur riferibile alla responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti pubblici, incontra il limite funzionale della *interpositio legislatoris*, in quanto le questioni sul riparto della giurisdizione involgono scelte, in ordine a diversi regimi della responsabilità e del giudizio, tali da comportare effetti diversi nei riguardi tanto dei responsabili che dei soggetti danneggiati. Sicché, soltanto al potere legislativo può spettare di valutare se e quali siano le soluzioni più idonee alla salvaguardia dei pubblici interessi insiti nella *subiecta* materia. D'altra parte, l'esigenza di apposite previsioni legislative discende dal fatto che la materia della contabilità pubblica, di per sé suscettibile di evoluzione, non è definibile oggettivamente e risente di vari fattori che possono incidere sulle valutazioni del legislatore.

---

<sup>17</sup> L'art. 52 del r.d. n. 1214 del 1934 seguiva l'art. 82, co. 1, del r.d. n. 2440 del 1923, che disponeva: «*l'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo*».

<sup>18</sup> Cfr. G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, cit., p. 760.

<sup>19</sup> F. MANGANARO, *Responsabilità amministrativa*, in *Diritto on line*, Treccani, 2017, § 2.



In questa prospettiva si è collocato l'art. 1, co. 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (come modificato dall'art. 3 del d.l. n. 543 del 1996, convertito con l. n. 639 del 1996), che ha espressamente ampliato la competenza della Corte dei conti alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per "danno obliquo", cioè cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, ponendo così le premesse affinché l'azione del procuratore contabile potesse superare la necessità della sussistenza del rapporto di dipendenza tra il soggetto autore dell'illecito e l'amministrazione danneggiata, estendendolo, come si dirà, dapprima alla figura del rapporto di servizio e, quindi, a quella del rapporto funzionale.

Tale disposizione, però, non era ancora sufficiente, di per sé a far ritenere sussistente la giurisdizione della Corte dei conti anche sugli amministratori o dipendenti di enti pubblici economici e di società partecipate. In costanza del granitico orientamento della Corte costituzionale in ordine al carattere non cogente e non assoluto, ma «*solo tendenzialmente generale*», della giurisdizione della Corte dei conti in materia contabile e di responsabilità amministrativa<sup>20</sup>, appariva indispensabile che all'uopo fosse soddisfatta l'*interpositio legislatoris*.

In realtà, con riferimento alle società pubbliche, le prime disposizioni in tal senso sono giunte solo un po' di tempo dopo. Nel 2001 (art. 7, l. 27 marzo 2001, n. 97) fu sancita, ad esempio, la competenza del procuratore contabile a perseguire il danno all'immagine (in quanto danno erariale) illecitamente inferito ad amministrazioni pubbliche o a enti pubblici ovvero a *enti a prevalente partecipazione pubblica* da propri

---

<sup>20</sup> Tale immutato orientamento è ben ricapitolato, da ultimo, nella sentenza n. 169 del 2018, nella quale, con copioso riferimento ai numerosissimi precedenti, si legge: «*un orientamento antico e costante di questa Corte afferma che l'art. 103, secondo comma, Cost., si riferisce all'ampio ambito della tutela del pubblico danaro ed è tradizionalmente comprensivo dei giudizi di conto e dei giudizi di responsabilità amministrativo-contabile. È stato altresì già affermato da questa Corte che la giurisdizione della Corte dei conti nella materia della contabilità pubblica "è solo tendenzialmente generale (...); sicché la Corte dei conti non può essere ritenuta il giudice esclusivo della tutela da danni pubblici. Da ciò, la giurisprudenza costituzionale ha tratto due conseguenze. La prima è che il legislatore, nella sua discrezionalità, potrebbe anche attribuire la cognizione di alcune delle materie ricadenti nella nozione di «contabilità pubblica» alla giurisdizione di un giudice diverso. La seconda, (...) è che l'ambito della giurisdizione della Corte dei conti, "lungi dall'essere incondizionato", deve contenersi, oltre che all'interno dei confini della materia contabilità pubblica, anche entro i limiti segnati da altre norme e principi costituzionali*».

dipendenti (estesa, poi, anche agli amministratori e componenti degli organi di controllo di società pubbliche nel 2009, v. *infra*, Capitolo Terzo, § 2). Successivamente l'art. 4, co. 12, d.l. n. 95 del 2012, conv. in l. n. 135 del 2012 (c.d. *Spending review*) dispose che «*le amministrazioni vigilanti verificano sul rispetto dei vincoli di cui ai commi precedenti; in caso di violazione dei suddetti vincoli 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*». Nel frattempo, la l. 28 febbraio 2008, n. 31 (conversione del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248), aveva introdotto una norma comportante effetti di ben più ampia portata sistemica (v. *infra* Capitolo Primo, § 3.1. e *passim*), e cioè l'art. 16-bis, ai sensi del quale «*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 per cento, 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*».

Al di là di disposizioni più o meno puntuali quali quelle appena menzionate, l'espansione della giurisdizione contabile in tema di responsabilità amministrativa per danno erariale derivante da illeciti riconducibili alle dinamiche di gestione e controllo delle società a partecipazione pubblica si era, tuttavia, già avviata in via pretoria ed interpretativa. A ciò si era giunti ad opera di pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, prevalentemente quale giudice dei regolamenti di giurisdizione, che, pur tra alti e bassi, avevano esteso tanto la platea dei soggetti destinatari dell'azione di responsabilità<sup>21</sup>, quanto quella degli enti, in aggiunta allo Stato, a tutela del cui patrimonio preporre la giurisdizione contabile. Per altro verso, la stessa giurisprudenza della Corte dei conti aveva gradualmente ampliato, sulla scorta dei principi di massima fissati nelle pronunce suddette, le fattispecie di danno erariale derivanti da condotte illecite di amministratori pubblici<sup>22</sup>.

Questo percorso sinusoidale, dialettico e, a tratti, persino polemico ha trovato un punto d'approdo, innanzitutto, nel nuovo «*Codice di*

---

<sup>21</sup> Sul punto, più di recente, L. PREVITI, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità amministrativa: tra esigenze di prevedibilità e tentativi di correzione della mala gestio pubblica*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 4, pp. 180 ss.

<sup>22</sup> Cfr. M. OCCHIENA, *La fuga dall'atipicità della responsabilità amministrativa: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. dell'econ.*, 2017, n. 3, pp. 919 ss., spec. pp. 937 ss.

*giustizia contabile*», d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, che all'art. 1, co. 1, recita: «*La Corte dei conti ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilità pubblica*». Non appare, quindi, più in discussione la competenza della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa e l'autonomia, quale istituto giuridico a sé stante, di quest'ultima. Con riferimento agli enti pubblici economici, essa era già stata riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione 22 dicembre 2003, n. 19667, ma non si era estesa alla forma dell'agire pubblico con moduli societari. Ciò che più rilevava era la potenziale tensione tra la materiale estensione dei confini di questa, e i principi che affidano al giudice comune la risoluzione delle controversie in materia societaria, applicabile, di regola, anche alle società a partecipazione pubblica.

L'azione del procuratore contabile sulle società pubbliche, dunque, era messa ancora in discussione soprattutto in ragione dell'assenza di un rapporto definibile *di servizio* tra l'amministratore sociale e l'ente pubblico partecipante nonché in ragione della separazione patrimoniale tra le due entità che non consentiva di qualificare come erariale il danno inferto alla società partecipata (cfr. sentenza n. 26806 del 2009 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, *infra* Capitolo Primo, §§ 2 e 2.1).

Fondamentale, sotto questo punto di vista, è l'ulteriore approdo del 2016 (anch'esso dovuto all'opera svolta dalla l. delega c.d. Madia) e cioè il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 («*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*»), integrato dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 («*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, recante testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*»), che ha riversato la questione del riparto di giurisdizione *de quo* nell'art. 12 rubricato «*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*».

Lungi dall'essere risolutiva, però, tale disposizione, per le ragioni che saranno esposte, apre a interpretazioni differenti, ciascuna delle quali diversamente incidente sulla misura del ruolo che può, in concreto, essere riservato alla Corte dei conti e alla sua funzione di presidio a tutto tondo dell'erario pubblico.

Certo, le novelle, legislative e costituzionali, giunte ad introdurre il rafforzamento di principi e regole quali quelli dell'equilibrio di bilancio, della sostenibilità del debito pubblico, del contenimento della spesa pubblica, dei patti di stabilità esterno ed interno, rimarcano con grande

vigore il ruolo della sana gestione finanziaria di tutto il comparto pubblico e, nondimeno, di quello che persegue finalità pubbliche attraverso lo strumento societario.

Ciò potrebbe, giustificare l'intervento del pubblico ministero contabile a tutela dei «pressanti interessi che impongono il rispetto dei vincoli e delle finalità poste dalla finanza pubblica, e che tali interessi giustificano – anzi esigano»<sup>23</sup>. In questi casi l'azione erariale agirebbe «su un piano diverso rispetto agli interessi tutelati dalle normali azioni di responsabilità previste dal codice civile, poiché essa guarda ai soggetti coinvolti – che possono ora essere anche società di capitali in mano pubblica – non in quanto (“vere”) pubbliche amministrazioni (e quindi “finte società”), ma in quanto attori ai quali il sistema ridisegnato della finanza pubblica ha comunque assegnato un ruolo di primo piano». In questi termini, «l'intervento del P.M. contabile non si pone come inevitabilmente alternativo o sostitutivo delle normali azioni di responsabilità previste dal codice civile, alle quali eventualmente invece si affianca, laddove i casi di sovrapposizione sono però più ipotetici che reali»<sup>24</sup>.

Tale impostazione renderebbe uno sforzo sovrabbondante la previa ricostruzione della “reale natura” del soggetto giuridico societario per stabilire i confini dell'azione contabile, «poiché il piano è diverso e trasversale; perché potrebbe bastare – intanto – accertare se questo soggetto abbia, per evidente dettato positivo, l'obbligo di conformare la sua attività ai vincoli di finanza pubblica, dato che dal mancato rispetto di tali prescrizioni possono derivare indubbi ‘danni erariali’, che possono ripercuotersi nell'ambito di tutto il ‘gruppo-ente locale’»<sup>25</sup> e di tutto il sistema pubblico allargato.

Essa, inoltre, farebbe da *pendant* alla tendenza ordinamentale, sempre più marcata, di ampliare la funzione di controllo *ex ante* o *in itinere* della Corte dei conti<sup>26</sup>; di ogni evidenza con riferimento all'arcipelago

---

<sup>23</sup> P. NOVELLI, *La tutela degli interessi pubblici nelle società partecipate. Il ruolo del P.M. contabile*, in AA.VV., *Le società pubbliche: il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, cit., pp. 133 ss., p. 165 (e in *Riv. Corte conti*, 2013, n. 5-6, pp. 777 ss.).

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>26</sup> Come rileva A. CRISMANI, *Le società partecipate tra crisi e insolvenza*, in *Dir. soc.*, 2015, n. 2, pp. 317 ss., pp. 364 s., «la stretta connessione con il precetto del buon andamento e con l'ambito della materia della contabilità pubblica porta ad esaltare il ruolo della Corte dei conti. Com'è noto, quest'ultima è garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione

delle società pubbliche, come agevolmente desumibile dall'intera disciplina del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d'ora innanzi TUSPP) nel quale si indicano numerose attività sociali (art. 5, co. 3; art. 11, co. 3; art. 14, co. 5; art. 20, commi 1, 3 e 4; art. 24, co. 1; art. 26, co. 5) o provvedimentali (art. 4, co. 9; art. 26, co. 4) di cui la Corte dei conti deve essere informata a fini conoscitivi o di controllo.

Siffatta impostazione, per altra via, potrebbe indurre a chiedersi nuovamente, come fece la Corte di Cassazione tra il 2004 e il 2009 (v. *infra* Capitolo Primo, § 1), se il fondamento della giurisdizione contabile sia da ricercare nello svolgimento di attività in forme di diritto pubblico o non sia piuttosto da ancorare al perseguimento di finalità pubbliche, nelle forme soggettive tanto del diritto privato quanto del diritto pubblico.

Il confronto tra le corti contabili e la Corte regolatrice, a partire da un certo momento in poi, si è, invece, mantenuto quasi interamente conchiuso nella dialettica pubblico/privato<sup>27</sup> al fine di determinare l'attrazione della responsabilità dei componenti degli organi sociali alla giurisdizione comune quale precipitato necessario della qualificazione privatistica delle società a partecipazione pubblica, salvo i casi in cui le particolarissime caratteristiche delle partecipate (come si vedrà *infra* Capitolo Secondo) hanno favorito aperture in deroga ai confini delineati, seppur "a fisarmonica" e con molti *revirement*, dalla stessa Corte regolatrice.

---

delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficienza, efficacia ed economicità. Negli ultimi anni il suo raggio di azione nell'ambito della funzione di controllo è stato notevolmente esteso come del resto anche l'interpretazione espansiva dell'espressione "materie di contabilità pubblica" di cui all'art. 103, comma 2, Cost. le ha conferito la spettanza di giurisdizione in ambiti nuovi e diversi dalle azioni di responsabilità e che risponde all'esigenza di assicurare certezza delle situazioni giuridiche ed economico-finanziarie». Più di recente, in argomento, v. l'ampio saggio di C. BUZZACCHI, *Autonomie e Corte dei conti: la valenza democratica del controllo di legalità finanziaria*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, fasc. 1.

<sup>27</sup> ... «senza che assuma rilievo decisivo l'oggetto della gestione che resta pubblica o privata a prescindere dal riferimento della stessa ad una cosa, come i beni o il danaro, oppure ad un'attività intesa quest'ultima come impresa, come attività di interesse pubblico o di servizio pubblico o ancora come vero e proprio esercizio di funzione anche solo come attività vincolata o di semplice accertamento» (così R. CAVALLI PERIN, *La Corte dei conti di fronte alla privatizzazione ed alla esternalizzazione della funzione amministrativa*, in *Riv. Corte conti*, 2013, n. 5-6, pp. 657 ss., p. 658).

Questo approccio è stato riproposto nel TUSPP il cui art. 1, co. 3, ha disposto che «*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*», lì dove, però, numerosissime sono le disposizioni in deroga al modello societario comune, acuendo quel fenomeno, già avviato con la l. n. 241 del 1990, in cui «la forma ha iniziato a scindersi dalla sostanza, ove gli enti pubblici sono per l'ordinario diventati società e fondazioni e il perseguimento degli interessi pubblici non è ritenuto solo più un atto tipico dell'esercizio della funzione amministrativa»<sup>28</sup>.

Residua, infine, un ambito di intervento del procuratore contabile sulla responsabilità degli amministratori pubblici dell'ente socio in relazione a casi particolari di danno che, già da tempo, erano stati individuati dalla Corte dei conti in via pretoria. Tra questi, erano perseguiti i danni diretti al patrimonio pubblico derivanti da colpa grave e dolo dai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dai titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, avessero, con dolo o colpa grave, pregiudicato il valore della partecipazione. Tipologia di condotte che la stessa Corte regolatrice, nel *leading case* n. 26806 del 2009, aveva ammesso con riferimento specifico all'omesso esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, a cui si aggiungevano quelle espressamente previste, pur a certe condizioni, dalla legge.

L'art. 12, co. 2, del TUSPP sembra ricomprendere tali forme di danno – riferendosi tanto a quelle non patrimoniali (come il danno all'immagine), tanto a quelle patrimoniali prodotte al valore della partecipazione da condotte illecite dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dai titolari del potere di decidere per essi – e generalizzarne altre, rifacendosi ad una nozione aperta e autosufficiente di danno erariale suscettibile di includere qualunque altra forma di danno subito dagli enti partecipanti, con conseguente radicamento della giurisdizione contabile, secondo alcuni con la possibile imputazione di responsabilità amministrativa anche agli amministratori sociali per

---

<sup>28</sup> R. CAVALLO PERIN, *La Corte dei conti di fronte alla privatizzazione ed alla esternalizzazione della funzione amministrativa*, loc. ult. cit.

danno (solo) *riflesso* al patrimonio dell'ente socio<sup>29</sup>. Ma anche su questi assunti, permangono serie criticità interpretative, alimentate dalla scarsa univocità della novella legislativa.

---

<sup>29</sup> Il TUSPP introduce, infine, espressamente la competenza della giurisdizione contabile per il danno prodotto dalla mancata adozione dei piani di riassetto annuali per la razionalizzazione, la fusione o la soppressione, anche mediante messa in liquidazione o cessione, delle società in cui le amministrazioni pubbliche detengono partecipazioni, dirette o indirette (art. 20, co. 7).