

OSSERVATORIO LEGISLATIVO INTERREGIONALE
Roma 15-16 aprile 2010

RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETA' IN HOUSE

A cura di:

D.ssa Maria Rosaria Ascione

D.ssa Daniela Camuto

LA RESPONSABILITA' DEGLI AMMINISTRATORI DELLE SOCIETA' IN HOUSE.

Sommario

1. Premessa. 2. Cenni generali. 3. La responsabilità amministrativa nell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale. 4. La responsabilità civilistica. 5. La responsabilità della pubblica amministrazione. 6. Questioni aperte. Note.

1. PREMESSA

L'inquadramento della materia relativa al modello gestionale fondato sull'*in house* pone una serie di problematiche sia interpretative, sia operative, in quanto vengono in rilievo, oltre ad aspetti di natura comunitaria, anche aspetti di natura pubblicistica e privatistica che si intersecano e si sovrappongono, delineando un quadro normativo che stenta a trovare una sua coerenza complessiva.

Mentre in passato era più semplice distinguere tra l'agire pubblico e l'agire privato, oggi l'evoluzione dell'assetto normativo ha incanalato, sempre di più, l'azione pubblica nella gestione privata, attraverso l'affidamento a soggetti privati di compiti eminentemente pubblici, rendendo così meno semplice individuare la linea di confine tra pubblico e privato.

Nella fattispecie in esame le finalità pubblicistiche connotano il modulo organizzativo, comportando una serie di deroghe al diritto comune, che incidono sullo stesso inquadramento concettuale delle società *in house*, riconducendole nell'ambito della controversa categoria delle "società di diritto privato speciale".

Nella trattazione della tematica relativa alla responsabilità degli amministratori di tali società si riprenderanno, quindi, alcuni concetti generali di tale modello gestionale, le cui peculiarità incidono sul regime giuridico della responsabilità, che verrà affrontata congiuntamente a quella dell'ente pubblico socio, in quanto trattasi di profili strettamente interconnessi, che costituiscono due facce della stessa medaglia.

2. CENNI GENERALI

In primo luogo occorre inquadrare correttamente la questione, al fine di stabilire se, ferma restando la responsabilità penale, nei confronti degli amministratori delle società *in house* debbano trovare applicazione le norme di diritto societario e/o quelle pubblicistiche connesse alla responsabilità amministrativa, con inevitabili conseguenze in merito al riparto di giurisdizione.

Giova innanzitutto ricordare, ai fini della presente relazione, alcune caratteristiche del modello societario *in house* rilevate, dapprima, dalla giurisprudenza comunitaria e, poi, da quella nazionale.

La società *in house*, pur avendo forma privata, presenta delle connotazioni di tipo pubblicistico, in quanto il capitale sociale è costituito interamente da risorse pubbliche e la società persegue finalità pubblicistiche, svolgendo la propria attività in via prevalente o

“quasi esclusiva” a favore dell’ente affidante (1). Un ulteriore requisito richiesto dal giudice comunitario al fine di consentire l’affidamento *in house* è rappresentato dall’esercizio, da parte dell’ente pubblico, nei confronti della società, di “*un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi*”(2).

Più propriamente, il consiglio di amministrazione delle società *in house* non deve avere rilevanti poteri gestionali e l’ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli esercitati in base al diritto societario da parte della maggioranza sociale. Le decisioni più importanti, inoltre, devono essere sottoposte preventivamente al vaglio dell’ente affidante, tanto che se il consiglio di amministrazione dispone di poteri ordinari, non può ritenersi sussistente il requisito del controllo analogo (Corte di Giustizia, sent. 11 maggio 2006, causa C-340/04; Consiglio di Stato, II sez., parere del 18 aprile 2007, n. 456).

Da quanto sopra si evince che il controllo analogo deve consentire alla pubblica amministrazione di influenzare in maniera determinante sia gli obiettivi strategici che le decisioni principali dell’ente *in house*. L’esercizio di un ferreo controllo gestionale e finanziario da parte dell’ente pubblico nei confronti della società, comporta la configurabilità di una sorta di “delegazione interorganica” o di servizio, in assenza di un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti. Il soggetto “controllato” può essere considerato, pertanto, una derivazione o, meglio, la *longa manus*, dello stesso ente pubblico controllante.

Il controllo analogo, si configura, quindi, secondo la Corte di Giustizia, come una sorta di rapporto di subordinazione gerarchica, tra la società e la pubblica amministrazione, tale da incidere sul regime di responsabilità configurabile in capo agli amministratori delle società *in house*.

Alla luce delle considerazioni svolte emerge con chiarezza che i requisiti richiesti ai fini della configurabilità dei c.d. organismi *in house*, e la loro elaborazione giurisprudenziale nel tempo, assumono rilievo ai fini della costruzione del regime di responsabilità sia degli organi sociali, sia degli organi degli enti pubblici controllanti.

3. LA RESPONSABILITA’ AMMINISTRATIVA NELL’EVOLUZIONE DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

Come è stato rilevato da gran parte della dottrina i tratti peculiari che caratterizzano il modello dell’*in house*, ed in particolare la mancanza di qualsiasi rischio di impresa, l’assenza dello scopo di lucro, la sussistenza di uno o più azionisti pubblici detentori dell’intero capitale sociale, la mancata circolazione di partecipazioni azionarie sono tutti elementi che hanno fatto propendere per la configurabilità della responsabilità amministrativa con conseguente giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori e/o dei dipendenti della società *in house*, essendo quest’ultima paragonabile ad un braccio operativo e quindi ad una articolazione della pubblica amministrazione (3).

La sussistenza di una relazione non organica, ma funzionale, tra amministratori della società *in house* e pubblica amministrazione, incentrata sull’inserimento degli stessi nell’iter procedimentale dell’ente pubblico, ha portato, quindi, a configurare, nella sostanza, un “rapporto di servizio”, quale presupposto per l’esercizio dell’azione di responsabilità amministrativa davanti alla Corte dei Conti, ossia quella responsabilità di carattere patrimoniale in cui può incorrere un soggetto, che avendo violato degli obblighi

derivanti da tale rapporto, abbia procurato alla pubblica amministrazione un danno economico, il c.d. “*danno erariale*”, che, pertanto è tenuto a risarcire.

Circa la natura di tale responsabilità sono state elaborate diverse tesi. In particolare, alcuni ritengono trattarsi di una responsabilità di natura risarcitoria, altri invece sostengono che tale forma di responsabilità abbia natura sanzionatoria. A tal proposito, si precisa che, ai fini della imputabilità del soggetto agente, occorre avere riguardo agli elementi del *dolo* e della *colpa grave*. Proprio l'importanza assegnata all'entità della colpa ai fini dell'addebito, piuttosto che alla gravità del danno, ha fatto sì che molti autori propendessero per la tesi secondo la quale tale responsabilità avrebbe natura sanzionatoria (4).

Con riferimento all'orientamento giurisprudenziale in materia, si rileva che, a partire dal 2003, la giurisprudenza ha affermato che, ai fini della gestione del *munus pubblico*, è irrilevante che il soggetto giuridico abbia natura pubblica o privata, e che sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità patrimoniale per danno erariale quando si configura “*un rapporto di servizio tra la società e l'ente territoriale, ravvisabile ogni qualvolta si instauri una relazione (non organica ma) funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo*” (5).

In tema di responsabilità per danno erariale è stato rilevato che l'esistenza di un rapporto di servizio, quale presupposto per un addebito di responsabilità al detto titolo, non è, quindi, limitato al rapporto organico o al rapporto di pubblico impiego, ma è configurabile anche quando il soggetto, benché estraneo alla P.A. venga investito, anche di fatto, dello svolgimento, in modo continuativo, di una determinata attività in favore della P.A., con inserimento nell'organizzazione della medesima e con particolari vincoli ed obblighi diretti ad assicurare la rispondenza dell'attività stessa alle esigenze generali cui è preordinata.

L'orientamento giurisprudenziale che si era andato delineando nel tempo era basato, quindi, su un approccio di tipo *sostanzialistico*, volto cioè a tener conto, anziché del criterio soggettivo, di un criterio oggettivo che si fondava sulla natura pubblica delle funzioni svolte e delle risorse impiegate.

Il legislatore nazionale sembrava prendere atto di tale orientamento ponendo, con una apposita normativa una specifica eccezione, laddove stabiliva, ai sensi dell'articolo 16 bis del decreto- legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni nella legge 28 dicembre 2008, n. 31, 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 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...*”.

Tale legge, quindi, nell'introdurre un'eccezione al principio ormai consolidato secondo il quale la responsabilità di amministratori e dipendenti di società con partecipazione pubblica fosse rimesso alla competenza del giudice contabile, finiva per confermarlo.

Di recente, sulla materia è intervenuta la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, delineando un nuovo orientamento sul riparto di giurisdizione, con riferimento a tutte le società a partecipazione pubblica (sentenza della Corte di Cassazione del 2009, n. 26806; ordinanza 15 gennaio 2010, n.519).

In tali pronunce, la suprema Corte ha esaminato la natura delle società a partecipazione pubblica e i rapporti tra tali società e gli enti soci, delimitando gli ambiti di competenza del giudice ordinario e di quello contabile con riferimento alla responsabilità degli amministratori per i danni causati nello svolgimento della propria attività sociale.

In particolare la Corte di Cassazione in tali pronunce, recuperando un criterio soggettivo, ha affermato che le società partecipate da un ente pubblico “*non perdono la loro natura di enti privati per il fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o altro ente pubblico*”. La suprema Corte sembra, quindi, aver dato importanza ai diversi soggetti coinvolti, distinguendo nettamente la figura dell’ente pubblico da quello della società partecipata, con la conseguente riferibilità, in via esclusiva, ad ognuno di essi dei rispettivi patrimoni, sulla base del presupposto che i singoli soci (pubblici o privati) sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione e gli originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell’unico patrimonio sociale.

Da ciò consegue, attraverso la netta distinzione tra *patrimonio della società* e *patrimonio dell’ente pubblico*, che se il danno viene arrecato al primo, la responsabilità degli amministratori delle società partecipate da enti pubblici debba essere fatta valere con l’ordinaria azione di responsabilità dinanzi al giudice civile (articolo 2393 e seguenti del codice civile con riferimento alle s.p.a. e articolo 2476 per le s.r.l.), mentre, qualora il danno venga arrecato, in via diretta, al socio ente pubblico, la responsabilità dei medesimi soggetti deve essere fatta valere davanti al giudice contabile.

Ipotesi tipica di *danno diretto* al patrimonio dell’ente pubblico, secondo la Corte, è costituita dal “danno all’immagine” dell’ente stesso, suscettibile di prodursi in capo a quest’ultimo per il solo fatto di partecipare ad una società in cui si sono manifestati dei comportamenti illegittimi, “*e che non s’identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio dell’ente*”. Infatti, tale danno, pur non implicando, apparentemente, una diminuzione patrimoniale è suscettibile di una valutazione economica.

Da ultimo, preme evidenziare che la suprema Corte ha, comunque, rilevato “*che la presenza dell’ente pubblico all’interno della compagine sociale ed il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l’impiego di pubbliche risorse, non può non comportare per gli organi della società una peculiare cura nell’evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell’ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest’ultimo*”. (6)

4. LA RESPONSABILITA’ CIVILISTICA

I principi desumibili da tali pronunce si riferiscono, in generale, ad atti di *mala gestio* degli organi di società “in mano pubblica” e quindi vanno rielaborati con particolare riferimento alle società *in house*. In particolare ci si è chiesti, stante il difetto di norme esplicite che dà luogo a notevoli problemi di coordinamento, se, ferma restando la responsabilità penale, la responsabilità amministrativa concorra con quella civilistica degli amministratori, e se tali forme di responsabilità siano cumulabili, con conseguente eventuale assoggettamento degli stessi ad un doppio regime di responsabilità. A tal proposito occorre, peraltro, ricordare che la responsabilità amministrativa e quella civilistica presentano caratteristiche e presupposti diversi, difatti, quest’ultima, a differenza

della prima, ha carattere *solidale*, è *trasmissibile agli eredi*, e non contempla il *potere di riduzione* dell'addebito tipico della giurisdizione contabile.

La stessa giurisprudenza più recente ha, oltretutto, rilevato la carenza di specifiche norme civilistiche in materia di società a partecipazione pubblica, fatta eccezione per l'art. 2449 c.c. (*Società con partecipazione dello Stato e di enti pubblici*) il quale incide esclusivamente sulla *nomina* e sulla *revoca* degli organi sociali.

Ciò premesso, in ambito civilistico vengono in rilievo le norme del diritto societario che disciplinano la responsabilità degli amministratori delle *società per azioni*, modello al quale nella maggior parte dei casi, si conformano le società *in house*.

La responsabilità degli amministratori è contemplata dagli artt. 2392 e segg. del codice civile (per le s.r.l. invece dall'art. 2476). In particolare l'art. 2392 (*Responsabilità verso la società*) disciplina la responsabilità verso la società, che trova la sua fonte:

- nella *violazione dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto*;
- nell'*omissione di comportamenti idonei ad impedire il compimento o ad eliminare o attenuare le conseguenze dannose di fatti pregiudizievoli, di cui siano a conoscenza*.

Si tratta di una responsabilità in solido, unanimemente qualificata come responsabilità contrattuale per i danni arrecati alla società. In particolare, è *risarcibile* il danno causalmente riconducibile, in via immediata e diretta, alla condotta (*dolosa o colposa*) dell'agente, sotto il duplice profilo del danno emergente e del lucro cessante.

L'azione di responsabilità può essere esercitata non solo dall'assemblea, con la maggioranza dei soci, ai sensi dell' art. 2393 c.c. (Azione sociale di responsabilità), ma può anche essere esercitata da una minoranza qualificata dei partecipanti alla società, ai sensi dell'art. 2393 bis c.c. (Azione sociale di responsabilità esercitata dai soci).

Altra distinta forma di responsabilità degli amministratori è quella verso i creditori sociali, prevista e disciplinata dal successivo art. 2394 c.c. (*Responsabilità verso i creditori sociali*), come conseguenza dell'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte dei creditori è, quindi, che il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei propri crediti. Giova ricordare che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali.

In merito alla natura di tale responsabilità, si evidenzia che la dottrina è divisa tra coloro che vi ravvisano una *responsabilità contrattuale* non essendo necessario, secondo la giurisprudenza, provare la colpa degli amministratori, né l'ingiustizia del danno (7) e coloro che, invece, rilevano una *responsabilità extracontrattuale*, che presuppone l'assenza di un preesistente vincolo obbligatorio tra le parti ed un comportamento dell'amministratore funzionale ad una diminuzione del patrimonio sociale, di entità tale da rendere lo stesso inidoneo, per difetto, ad assolvere la sua funzione di garanzia generica(8).

Ciò detto, ci si è chiesti, già prima delle più recenti pronunce della Corte di Cassazione sopra citate, se anche gli amministratori della società *in house* rispondano nei confronti dei creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c. davanti al giudice ordinario. A tal proposito, parte della dottrina ha rilevato che sarebbe ingiusto comprimere il diritto del creditore sociale solo perché in tale tipo di società appaiono assorbenti gli interessi generali di carattere pubblicistico, con la conseguenza di ritenere che tale azione possa essere esperita (9).

Ulteriore forma di responsabilità degli amministratori è quella contemplata dall'art. 2395 (*Azione individuale del socio e del terzo*) che attribuisce al singolo socio o al terzo *direttamente danneggiati* nel proprio patrimonio, l'azione di risarcimento del danno per atti colposi o dolosi degli amministratori. Circa la natura di tale responsabilità, l'orientamento prevalente è nel senso di configurarla di natura extracontrattuale, in quanto derivante dalla commissione di fatti dolosi o colposi che arrechino un danno ingiusto, al di fuori ed indipendentemente dalla violazione di precedenti obbligazioni derivanti dal rapporto di amministrazione.

A tal proposito, come giustamente rilevato dalla dottrina (10), si pone il problema, qualora sia il socio pubblico a far valere le proprie ragioni per ottenere il risarcimento del danno di cui all'art. 2395, di coordinare l'azione ordinaria risarcitoria con quella amministrativo-contabile davanti alla Corte dei Conti, poiché in entrambi i casi sussiste un danno al patrimonio dell'ente pubblico socio.

Dopo le recenti pronunce della Corte di Cassazione bisogna verificare come risolvere il problema relativo al coordinamento tra la responsabilità amministrativa e quella civilistica. Infatti, tali pronunce, relative in generale alle società a partecipazione pubblica, affermano che le azioni nei confronti degli amministratori e dipendenti per i *danni arrecati alla società* che, in base al precedente orientamento sarebbero stati rimessi alla competenza della Corte dei Conti, ora sono rimesse alla competenza del giudice ordinario. Si tratta, pertanto, di verificare quali ripercussioni tali pronunce possano avere sulle società *in house*.

In proposito sarebbero enucleabili due diverse impostazioni, la prima fondata sul presupposto che tali società siano tuttora configurabili come un "braccio operativo" della pubblica amministrazione e che i danni causati dagli amministratori alla società producono inevitabili ricadute sul patrimonio dell'ente pubblico socio, con conseguente assoggettamento, in tali casi, degli stessi alla giurisdizione della Corte dei Conti (11), la seconda volta ad estendere le argomentazioni svolte di recente dalla suprema Corte, anche alle società *in house*, con la conseguenza di attribuire alla giurisdizione contabile solo carattere "residuale" (come nel caso citato di "danno all'immagine"), ferma restando l'esperibilità delle azioni di responsabilità esercitabili dalla società, dai soci e dai creditori sociali a norma del codice civile.

5. LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Per completezza di trattazione giova analizzare l'altro aspetto della responsabilità, ancora poco indagato, configurabile in capo all'ente controllante, o meglio ai suoi amministratori e dirigenti, in conseguenza della *mala gestio* delle società *in house*.

In un ottica di orientamento al cittadino-cliente e al connesso obbligo di "rendicontazione sociale" (*accountability*), le pubbliche amministrazioni, nel perseguire le finalità di interesse pubblico che rientrano nella propria missione istituzionale, sono tenute a fornire evidenze del rispetto di determinate regole-*standard* comportamentali, scaturenti, oltretutto dai principi generali di efficienza, efficacia, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, anche da principi deontologici (c.d. *norme deontologiche*). Ciò vale a maggior ragione con riferimento agli affidamenti diretti previsti attraverso il modello dell' *in house*, stante l'importanza degli interessi pubblici ed economici coinvolti nell'intero processo, per cui le amministrazioni (e per esse, i dirigenti pubblici ed i funzionari a ciò preposti), fermo restando eventuali profili di responsabilità amministrativa,

civile e penale sono tenute a conformare rigorosamente le proprie condotte a quel complesso di doveri etici che costituiscono espressione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

Si rileva, in primo luogo, che la pubblica amministrazione, già al momento della scelta di ricorrere all' *in house*, dovrebbe adeguatamente motivare le ragioni che inducono ad optare per tale modello gestionale, sulla base di una ponderata valutazione circa la reale "convenienza economica" dello stesso, in quanto offre risultati più vantaggiosi rispetto all'affidamento all'esterno, tramite gara ad evidenza pubblica.

A tal proposito, giova ricordare, inoltre, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel pronunciarsi in merito alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, abbia affermato la possibilità di impugnare gli atti degli enti locali "prodromici" alla conclusione di negozi societari, affermando il principio generale, secondo cui è necessario che gli enti pubblici proprietari delle azioni e/o delle quote delle predette società, evidenzino le ragioni di interesse pubblico che sono a fondamento delle scelte negoziali assunte.(12)

Naturalmente la valutazione circa la scelta del modello gestionale effettuata dall'ente pubblico e le motivazioni che la giustificano, coinvolge inevitabilmente profili che sono ai limiti della sfera discrezionale della pubblica amministrazione, attinente al "merito" dell'azione amministrativa e, come tale, insindacabile in sede di giudizio di legittimità.

Tali considerazioni sono state elaborate dalla giurisprudenza anche con riferimento al giudizio di responsabilità amministrativa, ritenendosi così preclusa alla Corte dei Conti ogni ingerenza nell'attività di ponderazione comparata di interessi, mentre essa può e deve verificare la conformità delle scelte discrezionali con i fini istituzionali dell'ente, e la compatibilità con i criteri di razionalità e congruità, con la precisazione che "*La verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione tra gli obiettivi conseguiti ed i costi sostenuti, con la conseguenza che la violazione di questi criteri può assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità amministrativa...*"(13).

Di contro assume rilievo, nel giudizio di responsabilità amministrativa, quale elemento attenuante, l'aver, comunque, prodotto un vantaggio all'amministrazione di appartenenza o ad altra amministrazione, ovvero alla comunità amministrata (art.1, comma 1-bis della legge 14 gennaio 1994, n.20 e successive modificazioni).

Sotto diverso profilo, considerato che gli amministratori delle società *in house* sono soggetti, in virtù dello stringente controllo analogo, ad una limitazione dell'autonomia decisionale con conseguente riduzione del relativo potere, ci si chiede se gli amministratori e i dirigenti degli enti pubblici controllanti, debbano rispondere del danno provocato alla collettività per *mala gestio* della società stessa.

La possibilità di configurare tale responsabilità troverebbe fondamento nella imputabilità, in capo alla pubblica amministrazione, delle scelte strategiche da questa effettuate, nonché nel dovere di vigilanza sulla corretta gestione della società *in house* (c.d. *culpa in vigilando*).

La dottrina, in particolare, ritiene che, al fine di configurare la responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei Conti, dei dipendenti, degli amministratori pubblici e, più in generale, di tutti coloro che abbiano un rapporto "c.d. di servizio" con la pubblica amministrazione, occorre avere riguardo ai consueti criteri individuati dalla legge, essendo irrilevante che il danno erariale sia stato arrecato all'ente pubblico soltanto

indirettamente, ossia in forza di scelte errate ricadenti su società da quest'ultimo interamente controllate.

I criteri enucleati dalla dottrina sono:

- la sussistenza di un rapporto di servizio;
- l'esercizio di un'azione amministrativa contraria ai fini istituzionali;
- l'esistenza di un danno concreto ed attuale suscettibile di quantificazione;
- l'elemento psicologico del dolo e della colpa grave;
- la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta dell'agente ed il danno all'erario.

Da ultimo è sicuramente contestabile davanti alla Corte dei Conti il comportamento del rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, che abbia colpevolmente trascurato di far valere i propri *diritti di socio*, omettendo di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società per i danni da essa causati. (14)

Si evidenzia, infatti, che se in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico dovesse subire un pregiudizio derivante dalla "perdita di valore della partecipazione", l'ordinamento appresta un'ulteriore strumento a garanzia dell'interesse *pubblico coinvolto*, che costituisce la valvola di chiusura del sistema, ossia l'*azione del procuratore contabile*, da esercitarsi proprio nei confronti di chi abbia trascurato di esercitare i propri diritti di socio, azione che è, senz'altro, rimessa alla piena competenza giurisdizionale della Corte dei Conti.

6. QUESTIONI APERTE.

In conclusione, dal quadro normativo e giurisprudenziale illustrato emerge l'incoerenza di un sistema che consente la cura di interessi pubblici attraverso il ricorso a strumenti propri del diritto privato, senza prevedere alcun coordinamento tra i diversi rimedi giurisdizionali civilistici e di natura amministrativa, nell'obiettivo di assicurare la corretta gestione delle risorse pubbliche.

Sono numerose le problematiche che restano aperte in merito al regime di responsabilità riferito alle società *in house*.

In primo luogo, come visto, appare difficile costruire il rapporto tra la responsabilità amministrativo-contabile e quella civilistica, nonché quello tra l'interesse sociale e quello del socio pubblico.

In particolare, con specifico riferimento al rapporto tra l'ente pubblico socio e la società, è stato evidenziato come l'esercizio da parte della pubblica amministrazione di forti poteri nei confronti di tali società e il conseguente ridimensionamento dell'autonomia decisionale degli amministratori delle stesse, producano una serie di conseguenze anche in merito al regime di responsabilità. Ad esempio, ci si è chiesti fino a che punto possa essere fatta valere la responsabilità degli amministratori per "*mala gestio*", qualora questa consegua alla pedissequa osservanza delle direttive impartite dall'ente pubblico socio, nell'ambito dei meccanismi legati al controllo analogo. Infatti, gli amministratori potrebbero trovarsi nella difficoltà di scegliere se assolvere correttamente alla loro funzione, oppure seguire la volontà dell'ente pubblico che è anche l'unico azionista di riferimento.

Appare evidente da quanto fin qui illustrato che il punto di equilibrio tra le diverse forme di responsabilità appaia ben lontano dall'essere raggiunto con riferimento al modello dell'*in house*.

Da un lato, infatti, la giurisprudenza nazionale procede per piccoli passi, fissando dei principi validi in generale per le società in mano pubblica volti, ad esempio, ad asserire l'*inconciliabilità* tra le azioni civilistiche e quelle davanti al giudice contabile stante la totale diversità di caratteristiche e presupposti delle stesse, principi che non sempre appaiono estendibili *sic et simpliciter* alle società *in house*, in ragione delle peculiarità di quest'ultime; dall'altro lato il legislatore interviene a disciplinare la materia, con disposizioni sporadiche e poco organiche. Infine, occorre altresì ricordare che manca una validazione comunitaria dell'orientamento nazionale delineatosi con riferimento al regime di responsabilità.

Le problematiche esposte in questa sede, stante la recente svolta giurisprudenziale che incide su una categoria giuridica più ampia e la carenza di un chiaro quadro normativo, non potranno che essere risolte, oltretutto dalla giurisprudenza stessa in via di "supplenza", dalla successiva elaborazione dottrinale, tenuto conto della difficoltà di ancorare, una volta per tutte, tale fenomeno al diritto pubblico o al diritto privato.

NOTE

- (1) Art. 19, comma 5 del decreto legislativo 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102.
- (2) Cfr circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento delle politiche Comunitarie del 19 ottobre 2001, n. 12727.
- (3) Emanuele Piga “Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (Società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione”.
- (4) Giancarlo Montedoro in “Società *in house* e responsabilità”.
- (5) Cass. SS. UU. 26 febbraio 2004, n. 3899; Cass. SS. UU. ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667; Cass. SS.UU. 27 settembre 2006.
- (6) sent. Cass. 19 dicembre 2009, n. 26806.
- (7) Maurizio Cassano, Nicola Fiore, Alessandra Orsini “Le società in house providing”.
- (8) Galgano, La società per azioni, in Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell’economia, II ed., Padova, 1988, pag. 299; Di Sabato, Manuale delle società, III ed.Torino, 1990, pag. 465.
- (9) Emanuele Piga “Giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (Società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione”
- Carlo Ibba “Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica - . Il rilievo della disciplina privatistica” in Rivista di diritto civile 2005.
- (10) Maurizio Cassano, Nicola Fiore e Alessandra Orsini “Le società in house providing”.
- (11) Giancarlo Astegiano “Una distinzione chiara solamente in teoria” in “Il sole 24 Ore – Norme e Tributi”- 11 gennaio 2010.
- (12) Consiglio di Stato, sez.VI, ord. 1 aprile 2005, n.1610.
- (13) Corte dei Conti, Sez.1, 23 settembre 2005, n.292; Cassazione SS.UU. 29 settembre 2003, n.14488.
- (14) Corte dei Conti, sez. giurisd. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015; Cass. civ. SS. UU. 19 dicembre 2009, n. 26806; Cass. SS. UU. ordinanza 15 gennaio 2010, n.519.