

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Scuola Dottorale

Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli"

Sezione di Diritto Amministrativo

A.A. 2010/2011



Tesi dottorale

(XXII ciclo)

**LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA NELLE
SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA**

Dottoranda:
dott.ssa ERIKA BRAIDO

Tutor:
Chiar.mo Prof. GIAMPAOLO ROSSI

INDICE

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Definizione del campo di indagine.

CAPITOLO PRIMO

IL RICORSO AL MODELLO SOCIETARIO DA PARTE DEI PUBBLICI POTERI. PROFILI PUBBLICISTICI

1. La problematica dell'applicazione degli istituti pubblicistici alle società per azioni nella varietà dei modelli societari pubblici.
2. Regime giuridico delle società pubbliche fra codice civile, normativa speciale ed approccio sostanzialistico della giurisprudenza.
3. La varietà di modelli speciali e la destinazione funzionale della società:
 - a) le società semplicemente partecipate dai pubblici poteri;
 - b) le società sostitutive degli enti pubblici economici;
 - c) le società come variabile organizzativa dell'ente pubblico non economico.
4. Modello organizzativo e regole di responsabilità fra interesse pubblico e interesse sociale.

CAPITOLO SECONDO

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ PER AZIONI NELLA DISCIPLINA CIVILISTICA

1. L'organicità del sistema civilistico. Il modello organizzativo societario fra rischio di impresa, rapporto di amministrazione e regole di responsabilità.
2. La responsabilità degli amministratori. Presupposti e limiti della disciplina sostanziale.

3. L'azione sociale di responsabilità nella disciplina generale dell'art. 2393 c.c..
4. L'azione sociale proposta dalla minoranza ai sensi all'art. 2393-bis c.c..
5. L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c..
6. L'azione individuale del socio e del terzo ai sensi all'art. 2395 c.c..
7. La responsabilità per l'attività di «direzione e coordinamento di società».

CAPITOLO TERZO
LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA NEGLI ENTI
PUBBLICI ECONOMICI E NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE
PUBBLICA

1. La delimitazione della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa nell'evolversi degli approcci giurisprudenziali. La pluralità dei criteri adottati in ragione dell'evolversi dei modi di utilizzazione dello strumento societario.
2. La delimitazione della giurisdizione della Corte dei conti nel passaggio dal criterio soggettivo a quello oggettivo. L'esclusione della responsabilità amministrativa per l'attività di impresa.
3. L'approdo al criterio della natura delle risorse impiegate nell'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2003, n. 19667 sugli enti pubblici economici e la sua ambigua trasposizione nelle società a partecipazione pubblica nell'ambito della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 febbraio 2004, n. 3899.
4. I tentativi di risistemazione della materia fra coordinate sostanziali e aspetti formali. Profili di diversificazione della fattispecie e ancoraggio alla nozione di ente pubblico.
5. La sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite, 19 dicembre 2009, n. 26806. la rilevanza del modello organizzativo societario e la conseguente sottoposizione alle regole di responsabilità per questo previste.

5.1 (segue) La responsabilità amministrativa del socio pubblico conseguente alla mancata attivazione degli strumenti risarcitori propri del modello organizzativo societario.

5.2 (segue) La responsabilità degli amministratori per danno «diretto» al socio pubblico.

6. Il regime di responsabilità per gli amministratori degli enti pubblici in forma societaria. L'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2009, n. 27092 e gli indici rivelatori della pubblicità dell'ente societario.

7. Gli interventi normativi in materia di responsabilità amministrativa fra discipline generali e legislazione d'urgenza.

7.1 Le ipotesi speciali di responsabilità amministrativa nella legislazione d'urgenza e nelle disposizioni delle leggi finanziarie.

7.2 L'art. 16-bis del c.d. "decreto mille proroghe" e il criterio della quotazione in borsa.

7.3 Dal c.d. "lodo Bernardo" (d.l. n. 78/2009) alle successive modifiche recate dal d.l. n. 103/2009.

7.4 I recenti tentativi di ridimensionamento della responsabilità amministrativa: Atto Camera 4059 – Proposta emendativa 12.04.

8. Quadro di insieme. Il complicato assetto della responsabilità amministrativa tra disciplina generale, disciplina speciale ed interpretazione evolutiva della giurisprudenza. La valenza generale del criterio della natura giuridica dell'ente.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. La responsabilità amministrativa. La delimitazione degli indici sostanziali e il mancato rilievo della natura economica dell'attività svolta.

BIBLIOGRAFIA

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

1. Definizione del campo di indagine.

L'estensione della responsabilità amministrativa in capo agli amministratori e ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica è una vicenda che ripropone le problematiche connesse all'applicazione degli istituti pubblicistici a soggetti che, almeno formalmente, tendono ad essere dominati dal diritto privato.

Il più delle volte la soluzione societaria è stata prediletta in ragione delle sue potenzialità elusive dei vincoli di matrice pubblicistica.

Conseguentemente, all'abuso di tale di scelta è corrisposta un'inevitabile reazione che si è concretizzata nell'emersione di orientamenti funzionali o comunque ispirati da una logica sostanzialistica.

Per effetto di tali approcci, anche il regime della responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società "in mano pubblica" è stato progressivamente attratto nell'orbita delle discipline pubblicistiche.

L'itinerario che ha condotto ad un tale affermazione, tuttavia, riposa su approcci interpretativi non sempre coerenti che, alimentati da interventi normativi alquanto ambigui, hanno contribuito a creare un sistema particolarmente complesso.

Le perplessità che si manifestano in ordine all'individuazione della disciplina applicabile sono strettamente correlate alla natura ibrida di tali organismi i quali riescono ad oscillare alternativamente fra le polarità del diritto pubblico e del diritto privato.

Si realizza così un'inevitabile commistione fra discipline che, rifacendosi a rami dell'ordinamento diversi, rispondono a logiche e sistemi concettuali assai lontani.

Da un lato, si tratta di comprendere entro che termini l'azione di responsabilità sociale possa ritenersi compatibile con l'eventuale caratterizzazione pubblica della società. La rispondenza della società a logiche diverse da quelle della pura e semplice impresa renderebbero inadeguato uno strumento di tutela del socio volto alla tutela dei soli interessi patrimoniali. In questi casi, vi sarebbe la necessità di verificare l'impatto dell'interesse pubblico sull'interesse sociale per valutare se i canali in cui si muovono i poteri di condizionamento del socio pubblico siano effettivamente quelli ordinari o se, invece, si tratti di un percorso privilegiato e connesso alla rilevanza degli interessi coinvolti.

Dall'altro, si pone il problema inverso, volto a verificare l'impatto di un'azione di responsabilità amministrativa con i meccanismi societari e la rigida ripartizione delle competenze per questi previsti. Interesse pubblico e interesse sociale potrebbero infatti porsi in una logica conflittuale in cui il primo potrebbe essere inteso come elemento estraneo e potenzialmente dannoso per la stessa società. In questo caso, il potere di condizionamento che di fatto discende in capo al socio pubblico sulla possibilità di influenzare le scelte degli amministratori

potrebbe essere inteso come un fattore distorsivo da limitare opportunamente.

La risposta a tali quesiti non può essere univoca o fondarsi su concezioni che non siano ancorate alla realtà sostanziale dell'ente, pena la fisiologica inadeguatezza delle azioni.

Una soluzione tendente ad omogeneizzare qualsiasi tipo di società a partecipazione pubblica nell'ambito di una medesima disciplina si mostrerebbe comunque inadatta: qualora si optasse per la soluzione civilistica, si verrebbe a comportare un inevitabile sacrificio delle esigenze pubblicistiche, mentre, qualora si scegliesse l'opzione della giurisdizione della Corte dei conti, sarebbero le esigenze privatistiche, legate alla funzionalità del modello, che verrebbero inevitabilmente compromesse.

In ragione di tale rischio, l'analisi è volta ad esaminare più approfonditamente le caratteristiche delle azioni rispetto ai vari modelli societari ipotizzabili.

Le soluzioni fino ad ora adottate non sembrano essere giunte ad un punto di approdo definitivo e i dubbi in ordine al possibile concorso fra l'azione sociale, propria del modello organizzativo societario, e l'azione del procuratore della Corte dei conti permangono.

L'indagine, soffermandosi sul travagliato rapporto sussistente fra interesse pubblico e interesse sociale, prende avvio da una ricostruzione avente ad oggetto l'utilizzazione dello strumento societario da parte dei pubblici poteri per poi evidenziare le diverse destinazioni funzionali che possono essere impresse alla struttura societaria.

La seconda parte del lavoro si concentra sull'analisi dei meccanismi di responsabilità sociale previsti in generale dal codice civile. Vengono così evidenziati pregi e difetti di un sistema organico che, ruotando intorno al ruolo riconosciuto alla personalità giuridica, predispone specifici strumenti per reagire alle potenziali distorsioni che si collegano al processo di soggettivizzazione dell'ente.

Nella terza parte viene invece affrontato specificatamente il tema della responsabilità amministrativa e delle problematiche che può generare quando riferita ad amministratori e dipendenti di strutture societarie a partecipazione pubblica. In tale ambito, l'analisi si incentra sulle risultanze della giurisprudenza più recente e sugli interventi legislativi che, con soluzioni non sempre univoche, si sono occupati della materia.

Nella quarta parte sono infine evidenziati i nodi problematici che permangono nonostante l'evoluzione della più recente giurisprudenza, per concludersi con riflessioni che, partendo dalla tematica della responsabilità amministrativa, investono il più ampio problema della disciplina prevalente da dedicare alle società "in mano pubblica" in ragione del grado di compenetrazione dell'interesse pubblico nelle varie strutture.

IL RICORSO AL MODELLO SOCIETARIO DA PARTE DEI PUBBLICI POTERI. PROFILI PUBBLICISTICI

SOMMARIO: 1. *La problematica dell'applicazione degli istituti pubblicistici alle società per azioni nella varietà dei modelli societari pubblici.* 2. *Regime giuridico delle società pubbliche fra codice civile, normativa speciale ed approccio sostanzialistico della giurisprudenza.* 3. *La varietà di modelli speciali e la destinazione funzionale della società: a) le società semplicemente partecipate dai pubblici poteri; b) le società sostitutive degli enti pubblici economici; c) le società come variabile organizzativa dell'ente pubblico non economico.* 4. *Modello organizzativo e regole di responsabilità fra interesse pubblico e interesse sociale.*

1. La problematica dell'applicazione degli istituti pubblicistici alle società per azioni nella varietà dei modelli societari pubblici.

L'utilizzazione dello strumento societario da parte dei pubblici poteri ha da sempre suscitato particolari perplessità.

Sebbene si tratti di un fenomeno che affonda le sue radici in tempi lontani¹ e che è stato oggetto di numerose applicazioni, le

¹ Normalmente si tende a ricondurre la stessa nascita del modello delle società di capitali a processi di interazione con la sfera pubblica. Nella loro originaria configurazione, le prime società di capitali presentavano già una commistione fra aspetti pubblicistici e privatistici. Il modello veniva infatti configurato, nell'ambito delle prime compagnie coloniali, come una sorta di privilegio di concessione sovrana che, sulla base di un retrostante patto concluso fra gruppi di imprenditori e il sovrano, consentiva ai primi di beneficiare della responsabilità limitata in ragione dell'iniziativa economica intraprese nelle nuove terre e del conseguente accrescimento della potenza economica e politica dello Stato. Sul punto v.: A. MIGNOLI, *Idee e problemi nell'evoluzione della «Company» inglese*, in *Riv. Soc.*, 1960, p. 633 e ss. e ora anche in A. MIGNOLI, *Le società per azioni - problemi - letture - testimonianze*, Tomo II, Milano 2002, p. 13 e ss.; G. COTTINO, *Il diritto che cambia: dalle compagnie inglesi alla grande società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 493 e ss.. L'origine del fenomeno viene

tecniche di individuazione del regime applicabile non sembrano affondare le radici in sistemi altrettanto collaudati.

L'incertezza sulla concreta individuazione della disciplina applicabile a tali strutture probabilmente è una concausa dello sviluppo esponenziale del modello.

La scelta fra un'integrale applicazione delle regole pubblicistiche o di quelle privatistiche si scontra con la natura ibrida di tali organismi, rispetto ai quali si registra un'innegabile commistione di discipline che

alternativamente collegata alla costituzione dell'*East India Company*, nata nel 1600 con atto della Corona britannica, ovvero alla *Oost indische compagnie*, costituita nel 1602 con *octrooi* degli Stati Generali delle Province Unite d'Olanda. Tuttavia non mancano pregresse esperienze nell'ambito della penisola italiana. Si tratta tuttavia di vicende episodiche che come rilevato dalla dottrina si fondano su presupposti assai differenti da quelli che poi condurranno all'emersione dell'attuale modello societario, sulle quali v. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 141 e ss. al quale si rimanda anche per l'intero processo storico di affermazione del modello della società per azioni. Dall'originaria configurazione di fattispecie speciale, il modello societario è poi passato a modello generale liberamente fruibile da tutti i cittadini in conseguenza dell'emersione dei principi che hanno animato l'esperienza rivoluzionaria francese, poco incline al riconoscimento di privilegi. Sul punto, v. anche S. CASSESE, *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, *ad vocem*, ove si legge che «per una singolare coincidenza storica (...) l'immediato antecedente delle società anonime per azioni è costituito dalle compagnie coloniali sorte nel XVI e XVII secolo con ampie partecipazioni delle pubbliche autorità, che le costituivano e ne disciplinavano la struttura, partecipando spesso ai loro profitti». In proposito, in modo più diffuso, si veda anche P. SPADA, *Autorità e libertà nel diritto delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 703 e ss., il quale afferma che «la società per azioni è figlia piuttosto dell'autorità che della libertà. Se si concede, infatti, che la società per azioni (...) sia pensabile, in modo conoscitivamente utile, come evoluzione delle compagnie privilegiate inglesi, olandesi e francesi dei secoli XVII e XVIII, come lascito del diritto singolare al diritto comune delle codificazioni ottocentesche, si avverte che la traiettoria storica di questo tipo di società muove da un'iniziativa dell'autorità sovrana (la Corona britannica, gli Stati Generali delle Province Unite d'Olanda o la Corona Francese), che se ne avvale per colonizzare economicamente, ma anche politicamente i nuovi continenti. Per questo essa "è fornita di diritti regali, fa guerre di conquista, batte moneta, rende giustizia, alza la sua bandiera (...). La società per azioni è, alle sue origini, *instrumentum regni*"».

si rifanno a rami dell'ordinamento che rispondono a logiche assai diverse.

Come è stato autorevolmente rilevato, "problemi di confine non sono mancati né cesseranno di porsi perché l'articolazione delle fattispecie sfugge alla possibilità di rigide classificazioni: l'analisi delle figure nelle quali sono presenti indubbi profili sia pubblicistici che privatistici mostra una gamma assai ampia che va dalle società che operano in concorrenza e che non sono a totale partecipazione pubblica, alcune delle quali quotate in borsa, fino a strutture societarie totalmente pubbliche che svolgono esclusivamente attività strumentali alle Amministrazioni che le hanno promosse e le controllano"².

L'utilizzazione dello strumento societario da parte dei pubblici poteri ha conosciuto nel corso del tempo numerose variabili.

Già a ridosso del primo conflitto mondiale il modello si era diffuso in tutti i paesi europei come una delle possibili modalità di gestione di servizi pubblici essenziali quali l'acqua, il gas, la luce, o i trasporti pubblici³, ma è nel nostro paese che il fenomeno ha trovato la sua più ampia affermazione⁴.

² G. ROSSI, *Le gradazioni della natura pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, n. 3, e disponibile anche sul sito www.astrid-online.it.

³ In particolare, nel 1918 nel Regno Unito, Sidney Webb, economista e professore dal 1912 di *Public Administration*, si espresse con forza in favore dell'introduzione all'interno dello Statuto del *Labor Party* del principio del controllo pubblico sui mezzi di produzione ai fini di un'equa distribuzione del reddito. Questo stesso principio fu poi ripreso dal Partito come punto fondamentale del programma elettorale per le consultazioni politiche del dicembre del medesimo anno, le prime con suffragio esteso anche all'elettorato femminile. In altri termini i laburisti, che nei fatti conseguirono un convincente successo elettorale, proposero un programma di «*immediate nationalisation and democratic control of vital public services*». In quello stesso anno in Italia Meuccio Ruini, giurista, Direttore Generale del Ministero dei lavori pubblici e quindi dal 1914 Consigliere di Stato, presentava in Parlamento una proposta di legge

L'azionariato pubblico è stato, in larga parte, un fenomeno necessitato dalla paurosa crisi di riconversione post-bellica dei primi anni '30 che aveva portato, infatti, alla duplice paralisi del sistema industriale e di quello bancario, come conseguenza delle partecipazioni incrociate e dei rilevanti prestiti concessi dalle banche alle società industriali di cui le prime erano al tempo stesso azioniste.

Per far fronte a tale disastrosa situazione, il governo fascista decise di dar vita all'Istituto di ricostruzione industriale assegnandogli il compito di rilevare i pacchetti azionari privati, risanare le società acquisite e quindi restituirle al mercato. L'IRI, tuttavia, da ente con finalità tendenzialmente provvisorie si è tramutato in uno stabile strumento di intervento dello Stato nell'economia. Il modello organizzativo dell'IRI venne riproposto attraverso l'istituzione di altri enti di gestione, tra cui l'ENI, e vennero così ad esistenza i primi gruppi pubblici, i quali, riproducendo una struttura "stellare", vedevano al vertice un ente pubblico di gestione, ai livelli inferiori le società con partecipazione pubblica ed, in alcuni casi, in posizione intermedia, *holding* di settore.

sull'azionariato pubblico, come possibile risposta alle difficoltà che l'economia attraversava dopo la guerra.

4 Per un'ampia ricostruzione di tale tema si rinvia, tra gli altri a: A. ROSSI, *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993, *ad vocem*; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962; ID., *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in G. MINERVINI (a cura di), *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972, 1 ss.; ID., *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2001, p. 130 e ss.; G. Di CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, *ad vocem*; F. MERUSI – D. IARIA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1993, *ad vocem*; G. MASSERA, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna 1978; ID., *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1983, I, p. 551 e ss.; A. PAPA MALATESTA, *Partecipazioni pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, *ad vocem*.

Le società pubbliche venivano quindi inserite in un ambito di regolamentazione caratterizzato dalla presenza di un apposito Ministero delle partecipazioni statali (l. 1589/1956), che, congiuntamente ad altri organismi di raccordo, quali il CIPE (l. 68/1967) e il CIPI (l. 675/1975), erano incaricati di dirigere e controllare le imprese a partecipazione statale. In questo modo, le direttive politiche per il tramite degli enti di gestione venivano pertanto tradotte in indirizzi gestionali rivolti alle società partecipate.

Il modello, che si basava quindi su un'integrazione fra l'attività degli enti pubblici economici e le società da questi partecipate, è durato fino agli anni novanta, quando, per i noti fattori che hanno animato i processi di privatizzazione, si è registrato un abbandono del modello dell'ente pubblico economico⁵.

La società per azioni veniva infatti considerata come la formula organizzativa più idonea ad adattarsi ad un'economia di mercato che,

⁵ Come noto, le cause del processo di privatizzazione sono molteplici. Sul versante interno, un sicuro impulso è stato legato all'esplosione delle vicende giudiziarie legate a "mani pulite" che si sono inserite in un contesto generale di sfiducia per il pubblico in favore di un'esaltazione del privato. Le vicende interne si inseriscono nell'ambito di un sistema economico che aveva da poco visto la caduta del socialismo reale e pertanto, tutte le inefficienze del sistema alla degenerazione nella gestione dei finanziamenti ad opera del potere politico, alla burocratizzazione delle procedure e del sistema organizzativo erano intese destinate a veicolare l'affermazione del diritto privato in un'ottica efficientistica e come sinonimo di meritocrazia, mentre il pubblico veniva costantemente associato a fenomeni di malcostume. Ai fattori di destabilizzazione di tipo interno se ne aggiunsero altri fortemente accentuati dal diritto comunitario. E difatti, il divieto di aiuti di stato, l'imposizione dell'apertura dei mercati alla concorrenza e la necessità di ridurre il debito pubblico, hanno condizionato in modo rilevante il legislatore nazionale nel senso di procedere alla «societarizzazione» di numerose ed importanti imprese pubbliche in vista della futura dismissione del capitale.

per effetto del processo di integrazione comunitaria, si imponeva in ogni stato membro⁶.

⁶ Proprio per effetto dell'ordinamento comunitario, tutti i paesi europei, pur se in misura e con modalità diverse, hanno partecipato in questi ultimi trent'anni ad un significativo processo di privatizzazione. In Gran Bretagna, dove prima dell'avvento del governo Thatcher il settore pubblico era uno dei più ampi in Europa, il programma di privatizzazioni ha avuto inizio con l'avvento dei conservatori nel 1979 e si è svolto sostanzialmente in due diverse fasi. In una prima fase, tra il 1979 e il 1983, il governo ha privatizzato prevalentemente imprese pubbliche di piccole dimensioni o che già operavano sul mercato, mentre in una fase successiva si è assistito anche alla privatizzazione di imprese di *public utilities* (es. British Telecom o British Gas). Il caso della Francia presenta aspetti peculiari in conseguenza del fatto che, a distanza di poco tempo, si sono susseguite due diverse strategie di governo opposte fra loro: da un lato, il programma del governo socialista, che aveva dato vita ad un'intensa opera di nazionalizzazione; dall'altro, a breve distanza, la politica del governo di Chirac che ha invece avviato un esteso processo di privatizzazioni. In definitiva, la Francia ha complessivamente ceduto il controllo di aziende operanti in un contesto di mercato di tipo concorrenziale, nonché delle banche, ma, diversamente dalla Gran Bretagna, ha scelto di mantenere il controllo delle imprese di pubblica utilità (Gdf e Edf per tutte). In Germania, al contrario, dove il sistema proprietario delle grandi imprese si è fondato per oltre un secolo su una particolare relazione tra mondo industriale e mondo bancario, la scarsa presenza pubblica nell'economia, nonché la mancanza di un piano di nazionalizzazioni vero e proprio, hanno reso meno impellente l'avvio di un processo di privatizzazione. È infatti soprattutto dagli anni Novanta che le privatizzazioni prendono slancio in questo Paese, in seguito al crollo del muro di Berlino e all'avvio della riunificazione. In particolare il problema della finanza pubblica è stato fortemente sottolineato durante l'*iter* che ha portato alla adozione della l. 35/1992 e della successiva l. 359/1992, in sintonia con il principio per cui negli anni '90 si privatizza per necessità, mentre in passato si privatizzava per ideologia. Cfr. C. CARDIA, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994, p. 106. Invero, il Governo ed il Parlamento hanno iniziato ad interessarsi a questo fenomeno solo negli anni Ottanta del secolo appena trascorso: la crescente ondata di liberalizzazione e la globalizzazione premevano infatti per l'apertura alla concorrenza di importanti settori economici gestiti in forma monopolistica.

Un ruolo rilevante ai fini dell'avvio del processo di privatizzazione è stato peraltro svolto dalla direttiva CEE del 25 giugno 1980, n. 723, sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche nazionali. Tale provvedimento, mirando a distinguere «il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico e il ruolo dello Stato in quanto proprietario», ha imposto agli Stati membri di evidenziare i flussi finanziari attivi e passivi e dunque l'ammontare dei fondi pubblici erogati alle imprese, nonché di dar conto della loro utilizzazione effettiva. L'intervento comunitario ha così condizionato fortemente il modo di essere dell'impresa pubblica sul mercato e ha determinato il superamento del sistema delle partecipazioni statali, fondato sul rapporto di dipendenza finanziaria delle stesse.

Lo schema organizzativo societario, oltre che in ragione della capacità di migliorare l'efficienza dell'impresa e di valorizzare le strutture produttive, veniva apprezzato anche per una presupposta attitudine a ridurre la politicizzazione e a rafforzare il settore finanziario⁷.

In ogni caso, le privatizzazioni degli anni Ottanta non sono mai divenute oggetto di un organico programma di ristrutturazione e riforma: ponendosi, piuttosto, come il risultato dell'iniziativa di singoli enti di gestione, esse hanno risposto non ad un disegno unitario, bensì a logiche finanziarie ed economiche aziendali. Le incoerenze e le incertezze delle politiche aziendali in questione, la sovrapposizione di centri decisionali, l'assenza di procedure chiare ed un quadro normativo incerto hanno determinato l'insuccesso delle privatizzazioni realizzate in quegli anni.

⁷ La letteratura sulla privatizzazione dell'impresa pubblica è a dir poco sterminata, avendo il fenomeno attratto l'attenzione sia della dottrina di diritto commerciale che di quella di diritto amministrativo. In argomento, tra gli innumerevoli contributi, è possibile ricordare: L. AMMANNATI (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995; F. BONELLI – M. ROLLI, *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, IV aggiornamento, Milano, 2000, *ad vocem*; C., CARDIA, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, cit.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 579 e ss.; M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 519 e ss.; ID., *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XI, *ad vocem*, Torino, 1996; M. CLAUSI, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, in *Giur. mer.*, 1999, p. 435 e ss.; S. DE NARDIS, *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000; G. DI GASPARE, *Privatizzazioni (privatizzazione delle imprese pubbliche)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem*; M. FOSCHINI, *Profili rilevanti delle c.d. «privatizzazioni»*, in *Studi in memoria di F. Piga*, II, Milano, 1992, p. 1270 e ss.; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Tratt. dir. amm. (dir. amm. gen.)*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2003, p. 3021 e ss.; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998; P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 989 e ss.; ID., *Privatizzazioni (profili generali)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995, *ad vocem*; C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 464 e ss.; G. MARASÀ, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium juris*, 1998, p. 1317 e ss.; P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi, documenti*, Milano, 1995; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393 e ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 740 e ss.; G. OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 771 e ss.; ID., *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, in *Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, p. 51 e ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; G. ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico, in particolare il rapporto tra l'Enel e le imprese degli enti locali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1993, p. 3 e ss.; ID., *Pubblico e privato*

nell'economia di fine secolo, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, p. 223 e ss.; ID., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 661 e ss.; ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, p. 221 e ss.; ID., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 126 e ss..

N. IRTI qualifica l'ente pubblico economico come «un istituto giuridico: che non conosce né capitale di rischio né scopo lucrativo né distribuzione di utili, ma soltanto fondi di dotazione erogati da autorità politiche; che rinnova il lacerante dissidio tra interesse pubblico, generatore di controlli e di direttive ministeriali, ed attività economica; che, obbedendo a criteri di "efficienza" (come suonava lo statuto dell'IRI) o di "economicità" (come prescriveva la legge del dicembre 1956), introduceva vincoli ed oneri impropri; che, sottraendosi al fallimento ed alle altre procedure concorsuali, altera la parità della competizione economica e immette nel mercato elementi di anomalia ed eccezionalità». Cfr. N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico – giuridico)*, in P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia, Saggi, leggi, documenti*, Milano, 1995, p. 38, ora anche in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 133 e ss..

Di contro, lo stesso Autore si riferisce alla società in termini di «istituto giuridico: che conosce capitale di rischio e scopo lucrativo e distribuzione degli utili; che supera l'antico dissidio tra interesse pubblico ed attività economica, poiché la qualità pubblica dell'azionista non vulnera l'interesse proprio della società; che non altera la parità della competizione economica e non introduce nel mercato elementi di anomalia e di eccezionalità» (*ibidem*, p. 41).

Attenta dottrina, infine, analizzando l'esperienza del nostro Paese, non ha potuto fare a meno di rilevare come il diffuso ricorso a forme ed istituti privatistici non si sia effettivamente posto al servizio di una riduzione della sfera pubblica, in quanto, a volte, paradossalmente, esso ha finito per ampliare e rafforzare l'insieme degli strumenti a disposizione dei pubblici poteri per interventi di tipo dirigitico, consentendo così allo Stato e agli altri enti pubblici una maggiore agilità e libertà d'azione. L'esempio emblematico è rappresentato proprio dal caso della societizzazione degli enti pubblici economici da cui è derivato un vero e proprio rapporto di dominio tra la società privatizzata e la pubblica amministrazione che controlla le quote azionarie: «Non c'è dubbio, infatti, che il grado di potere esercitato dal proprietario della maggioranza delle azioni (ad esempio nella nomina e revoca degli amministratori) è ben più penetrante di quello che si concretizza nel rapporto di indirizzo e vigilanza, che dà luogo a posizioni di sovraordinazione giuridicamente determinate e delimitate». Cfr. G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 193.

In effetti, la legge 359/1992 ha realizzato una profonda rottura rispetto al passato, atteso che viene cancellato quel filtro tra potere politico e imprese pubbliche rappresentato dagli organi di gestione, ritenuti in passato l'opzione più adeguata, sia per evitare ogni commistione tra l'attività dello Stato in quanto azionista e l'insieme degli altri interessi di cui lo stesso è contestualmente titolare, sia per assicurare alla

La societarizzazione è stata quindi intesa nella sua valenza razionalizzatrice e risanatrice di un sistema, mentre il modulo societario, considerato dalla prevalente dottrina ormai “neutro” rispetto allo scopo lucrativo⁸, veniva esaltato nella sua portata efficientistica⁹.

gestione imprenditoriale quella snellezza che non è possibile richiedere ad organi burocratici. La stessa attribuzione al Ministro del Tesoro (ora Ministero dell'economia e delle finanze) delle partecipazioni azionarie nelle società privatizzate e l'istituto dei c.d. poteri speciali contraddicono del resto l'obiettivo della spoliticizzazione, costituendo, al contrario, canali per un'invasione politica in misura di gran lunga superiore a quella sperimentata con l'esperienza del sistema delle partecipazioni statali. Va però al contempo osservato che la riforma del diritto societario ha introdotto due potenziali argini all'ingerenza della politica nelle società a partecipazione pubblica in generale. Trattasi dell'attribuzione in via esclusiva della gestione agli amministratori in tutti e tre i sistemi di *governance* previsti (art. 2380-*bis*, comma 1; artt. 2409-*novies*, comma 1; e 2409-*septiesdecies*, comma 1) e dell'introduzione del c.d. modello dualistico, che introduce tra la proprietà azionaria e la gestione un diaframma di tipo professionale, rappresentato dal consiglio di sorveglianza.

⁸ Sul punto, si veda, per tutti, G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nella società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 160 e ss.; nonché G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984; ID., *Società speciali e società anonime*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993, ad *vocem*.

⁹ La società è definita come modello organizzativo universale, in virtù, tra l'altro, della «presenza di substrato comune a tutte le esperienze nazionali, in grado di assicurare un'efficiente omogeneità di disciplina, anche a livello internazionale. La sfera di applicazione del modello giuridico della società per azioni tende così a coincidere con il mercato e a seguirne via via l'evoluzione», consentendo alle imprese dei diversi Paesi di dialogare tra loro con maggiore semplicità e favorendo di conseguenza l'integrazione dei mercati. In questi termini si esprimeva la Banca d'Italia nella memoria del febbraio 1988 (*Ordinamento degli enti pubblici creditizi. L'adozione del modello società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1988).

Nella Nota illustrativa della Commissione Cappugi, base del d.l. 5.12.1991, n. 386, si legge inoltre che la semplice trasformazione degli enti pubblici economici in s.p.a. costituisce "un obiettivo strategico esso stesso". La medesima espressione è utilizzata altresì nella deliberazione del CIPE del 25 marzo 1992 contenente gli indirizzi generali di politica economica ed industriale in conformità dei quali dovevano essere attuate le trasformazioni degli enti pubblici economici e delle aziende autonome in società per azioni: «La trasformazione in società è di per sé obiettivo strategico che dovrà essere perseguito con la massima tempestività, al fine di procedere alla necessaria razionalizzazione del sistema degli enti e delle aziende pubbliche statali e per maggiormente impegnarne la gestione a criteri di economicità ed efficienza secondo le regole del mercato».

Il compito di trasformare gli enti pubblici nazionali in società per azioni è stato inizialmente rimesso dal legislatore all'iniziativa dei singoli enti: la l. 29 gennaio 1992, n. 35, di conversione del d. l. 5 dicembre 1991, n. 386, prevedeva infatti la possibilità di auto-

Sull'importanza della privatizzazione formale si esprimono anche F. BONELLI E M. ROLI, *Privatizzazioni*, cit.. Della stessa opinione di questi Autori è anche M. Renna secondo cui «Non può intravedersi nella c.d. privatizzazione formale o "societarizzazione" un mero ponte di attraversamento nella direzione della c.d. privatizzazione sostanziale». Lo stesso Autore infatti sottolinea della struttura societaria il suo essere «versatile ed universale modello organizzativo in grado di garantire una gestione efficiente delle attività svolte». Cfr. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica (il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali)*, cit., p. 52.

Non bisogna poi dimenticare l'autorevolissima voce di N. IRTI, il quale ritiene che lo Stato azionista non sia il semplice strumento della propria distruzione e che la privatizzazione formale non sia solo una fase di passaggio, ma anche un fine in se stessa. Cfr. N. IRTI, *Dall'ente pubblico economico allo Stato azionista (profilo storico-giuridico)*, cit., p. 133.

Di opposto avviso, invece, L. AMMANNATI, secondo cui «La trasformazione in società per azioni è uno strumento, un passaggio necessario nel processo di privatizzazione, ma non può essa stessa rappresentare un obiettivo». Cfr. L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 4. Di quest'ultima opinione è anche C. CARDIA, il quale afferma che il mutamento della forma giuridica non è di per sé sufficiente ad eliminare le inefficienze tipiche di una gestione pubblicistica, sottolineando «l'esigenza di far seguire al riassetto meramente formale un riassetto che coinvolga l'ente nella sua capacità di produrre». Cfr. C. CARDIA, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, cit., p. 13. L'Autore si allinea con l'azionalista G. DOSSENA, il quale, a sua volta, pone l'accento sulla necessità dell'«introduzione di obiettivi di tipo privatistico nella gestione della impresa pubblica (...) [con la conseguente] trasformazione delle modalità di conduzione della impresa stessa». Cfr. G. DOSSENA, *La privatizzazione delle imprese: modalità problemi e prospettive*, in *Scritti di economia aziendale*, Milano, 1990, p. 37. Ancor più critico è P.G. JAEGER, convinto del fatto che «la forma privatistica non ha pressoché nessuna influenza sui criteri di gestione delle imprese, e non offre ai terzi la garanzie e i vantaggi di trasparenza enunciati e sperati». Cfr. P.G. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni*, cit., p. 992. Secondo l'Autore l'unico vero obiettivo strategico è costituito dalla privatizzazione sostanziale, per cui «il rovesciamento del corretto metodo di procedere, che comporterebbe di fissare con la massima precisione gli obiettivi e i limiti della privatizzazione sostanziale (...), e in funzione di essi dettare le regole della privatizzazione formale, rappresent[a] il più grave difetto del sistema prescelto per il nostro Paese», p. 994.

trasformazione, sia degli enti di gestione delle partecipazioni statali, che degli altri enti pubblici economici e delle aziende autonome statali.

Il procedimento in questione, però, non è stato attuato da alcun ente¹⁰ e la l. 8 agosto 1992, n. 359, di conversione del d. l. 11 luglio 1992, n. 332, proprio al fine di superare l'inerzia mostrata dai soggetti interessati e di accelerare il processo, ha sostituito l'auto-trasformazione (o trasformazione facoltativa, frutto di un sia pur vincolato atto di autonomia privata) con una trasformazione *ex lege*, dando vita ad una trasformazione coattiva dell'Iri, dell'Eni, dell'Enel e dell'Ina.

Il medesimo testo normativo ha inoltre previsto un'ipotesi di trasformazione coattiva di fonte amministrativa, attribuendo al CIPE il potere di trasformare in società per azioni ulteriori enti pubblici economici, indipendentemente dal loro settore di attività e previa comunicazione alle Camere (art. 18). Proprio in forza di delibere *ad hoc* del CIPE, è stata così attuata la privatizzazione formale dell'Ente Ferrovie dello Stato - FS (delibera CIPE 12 agosto 1992) e dell'Ente Poste Italiane (delibera CIPE 18 dicembre 1997)¹¹.

10 Le ragioni dell'insuccesso di questo primo tentativo di riforma del sistema delle imprese pubbliche sono diverse. Alcune sono legate alla mancanza di investitori istituzionali cui affidare il collocamento sul mercato delle società trasformate, alla scarsa redditività delle imprese pubbliche. Altre ragioni, invece, sono direttamente da imputare al legislatore che non ha indicato gli enti da trasformare, le procedure da seguire per il collocamento ed il soggetto cui attribuire la responsabilità politica delle dismissioni. Un ulteriore motivo del fallimento della l. n. 35/1992 è poi costituito dall'inevitabile tendenza degli organi amministrativi dell'ente da privatizzare alla continuità organizzativa. Cfr. L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, cit., p. 30.

11 Quanto agli altri enti pubblici, la l. 15 marzo 1997, n. 59 ha delegato il Governo ad emanare, entro il termine del 31 luglio 1999, uno o più decreti legislativi al fine di «riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dall'assistenza e dalla previdenza» (art. 11 lett. b), trasformandoli in società o enti pubblici economici (art. 14 lett. b). In attuazione della citata legge, il Governo ha trasformato in società per azioni,

La trasformazione in società per azioni di numerosi enti pubblici economici, cui ha fatto seguito la soppressione del Ministero delle partecipazioni statali e del CIPI, ha determinato il definitivo superamento di quel sistema che ha connotato la nostra economia per ben più di tre decenni, segnando altresì la rinuncia al metodo della programmazione economica¹².

In quegli stessi anni, tuttavia, l'impiego a fini pubblici dello schema societario ha conosciuto un nuovo sviluppo, peraltro ancora in corso, divenendo la società formula organizzativa sostitutiva dell'ente pubblico per la cura dei più disparati interessi.

E difatti, la privatizzazione sostanziale è rimasta per lo più un obiettivo inattuato (se non, addirittura, escluso *ex lege*¹³), avendo lo Stato conservato quantomeno la partecipazione di controllo delle più importanti società risultanti da processi di privatizzazione¹⁴.

per esempio, l'Ente autonomo Acquedotto Pugliese (d.lgs. 11 maggio 1999, n. 41) e l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (d.lgs. 21 aprile 1999, n. 116).

12 Non sono tuttavia mancate delle ambiguità, che appare comunque opportuno rilevare, seppur brevemente. E difatti, se, da un lato, il comma 5 dell'art. 1 della l. n. 35/1992 dispone che le società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici "sono sottoposte alla normativa generale prevista per le società per azioni", dall'altro, il comma 7 dello stesso articolo, nell'affermare che «le disposizioni che subordinano l'attività degli enti e delle aziende di cui al comma 1 a specifiche direttive gestionali cessano di avere vigore nei confronti delle società da essi derivate», fa tuttavia espressamente salvi «gli indirizzi di carattere generale».

13 E' quanto si verifica per esempio a proposito di Cassa Depositi e Prestiti, rispetto alla quale la norma di privatizzazione (art. 5, comma 2, d.l. n. 269/2003) prevede che la partecipazione al capitale di ulteriori soggetti rispetto allo Stato, tanto pubblici che privati, sia limitata a quote di minoranza.

14 Nello specifico, in base ai dati reperiti sul sito internet www.tesoro.it, aggiornati al 31 gennaio 2009, il Ministero dell'economia e delle finanze detiene il 21,10% del capitale di Enel, il 20,31% del capitale di Eni, il 100% del capitale di Anas, il 70% del capitale di Cassa Depositi e Prestiti, il 100% del capitale di Ferrovie dello Stato, il 100% del capitale dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, il 65% del capitale di Poste.

Inoltre, la società di capitali si è progressivamente affermata come strumento privilegiato per la gestione dei servizi pubblici locali e si assiste alla costituzione, anche tramite legge, di un numero crescente di società destinate a svolgere anche attività diverse rispetto a quella d'impresa: è il caso della Consap (1992), della Consip (1997), di Italia Lavoro (1997), di Sviluppo Italia (1999), di Mefop (1999), di Arcus (2004), solo per fare alcuni esempi¹⁵.

Peraltro è questo un dato che accomuna l'intera Europa, in quanto, nonostante le privatizzazioni abbiano caratterizzato gli ultimi trent'anni di storia, la figura dello stato azionista connota fortemente l'economia di tutti paesi europei. La presenza dello Stato è solitamente giustificata da un punto di vista teorico dai cosiddetti fallimenti del mercato e dalla presunta natura strategica di alcuni settori, soprattutto di quello energetico.

Secondo il rapporto del CER (Centro Europa Ricerca) «*Ruolo e governance delle imprese controllate dallo Stato: analisi e proposte per il futuro*», del gennaio 2008, le imprese controllate direttamente e indirettamente dallo Stato sono oltre 400. Nel 2005 il valore della loro produzione ammontava a 158,5 miliardi di euro (circa l'11,2 % del Pil), con un risultato netto di 13,4 miliardi e investimenti per 23,4 miliardi di euro. Gli addetti delle imprese partecipate dal Tesoro erano invece circa 500 mila. Delle oltre 400 società che fanno riferimento al MEF o che sono da esso partecipate, 26 sono controllate direttamente, due sono partecipate con quote irrisorie (0,1 per cento), mentre le rimanenti sono controllate indirettamente. Sette società risultano quotate in borsa, dove assorbono circa il 23% della capitalizzazione complessiva del mercato (pari al 12,7 % del Pil).

In base a quanto emerge dal dossier dell'associazione fra le società italiane per azioni Assonime «*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*», pubblicato nel settembre 2008, il quale a sua volta elabora informazioni diffuse dal Ministero dell'economia e delle finanze nel 2005, le società partecipate dagli enti locali iscritte al registro delle imprese sono ben 4874. Di queste, hanno un bilancio depositato 3769 società, le quali occupano 255 mila addetti, ossia circa l'1% del totale nazionale, producendo un valore aggiunto pari all'1,2% del Pil.

Infine, dalla Relazione sulla Pubblica Amministrazione per il 2007, presentata al Parlamento dal Ministro per l'amministrazione pubblica e l'innovazione, relativamente alla prima applicazione della banca - dati CONSOC prevista dalla Legge Finanziaria per il 2007, si evince l'esistenza di circa 6200 società partecipate (cui devono tuttavia aggiungersi le 400 partecipate, direttamente o indirettamente, dal Ministero dell'economia) e di circa 30.000 partecipazioni, con il coinvolgimento di 6000 amministrazioni pubbliche.

15 E difatti, solo tra il 1999 ed il 2003 sono state istituite, sulla base di specifiche disposizioni di legge società di assoluta rilevanza, come Patrimonio dello Stato,

Nell'ultimo lustro, non poche società pubbliche sono venute ad esistenza per effetto delle leggi con cui sono state attuate di anno in anno le manovre finanziarie. E così, la Legge Finanziaria per il 2006 (d.l. n. 203/2005, convertito in legge n. 248/2005 e legge n. 266/2005) ha previsto l'istituzione della Banca del Mezzogiorno S.p.A., di società per la diffusione della cultura gastronomica e la tutela delle produzioni tipiche, della società per la riscossione dei tributi, della società per l'esercizio delle funzioni di indirizzo nel settore stradale e autostradale, della società per l'attività di rilevazione statistica.

Ed ancora, la Legge Finanziaria per il 2007 (legge n. 296/2006) ha autorizzato il Ministero dell'economia, la Regione Lombardia, la Provincia, il Comune e la Camera di Commercio di Milano a costituire la società per la gestione dell'Expo 2015. Altre società, invece, sono state ridisciplinate nel senso di un potenziamento o di una trasformazione delle loro attività e dei loro compiti: Agecontrol, Buonitalia, ISA (partecipate dal Ministero delle politiche agricole), Simest, Finest e Sviluppo Italia (partecipate dal Ministero dello sviluppo economico), nonché Sogesid (partecipata dal Ministero dell'ambiente e dal Ministero delle infrastrutture)¹⁶. Ancora più significative sono, poi, le più recenti

Infrastrutture, Coni Servizi, GRTN, Gestore del Mercato, Acquirente Unico, Sogin, le quali si vanno ad aggiungere a società risultanti da processi di privatizzazione di preesistenti enti pubblici, quali Eur, Acquedotto Pugliese, Cassa Depositi e Prestiti, Sace, Anas. Sul punto, si rinvia a P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 372 e ss..

16 Cfr., recentemente, A. MASSERA, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, intervento svolto alla Tavola rotonda sul tema organizzata dalla SPISA in collaborazione con l'IISA e l'Assonime a Bologna il 4 febbraio 2009.

vicende legate alla proposta di istituzione della c.d. Protezione civile S.p.A., senza esito, e di Difesa Servizi S.p.A., poi effettivamente istituita.

Nel ripercorrere l'evoluzione dell'impiego a fini pubblici della formula organizzativa societaria, emerge una diffusione capillare del modello a cui corrisponde una profonda varietà dei tratti che preclude una ricostruzione unitaria del fenomeno in esame. Il compito di sistematizzazione è invero assai arduo, se non addirittura impossibile, a fronte di una profonda eterogeneità genetica, funzionale e strutturale, sintomatica, a sua volta, di un diverso grado di attrazione delle singole società partecipate nell'orbita pubblicistica¹⁷.

Lo studio delle società pubbliche, pertanto, si presenta problematico sin dal suo primo approccio, poiché, in mancanza di una definizione normativa più o meno vincolante, possono essere attribuiti all'espressione «società pubbliche» una pluralità di significati eterogenei.

L'estrema diffusione non rappresenta tuttavia la più rilevante nota distintiva delle attuali società pubbliche rispetto a quelle inserite all'interno del sistema delle partecipazioni statali.

Essenzialmente diverso è infatti il contesto giuridico in cui le società pubbliche di oggi si iscrivono, in quanto pubblico e privato, tradizionalmente intesi, rispettivamente, come diritto dell'autorità e diritto del consenso, non sembrano presentarsi più quali rami

¹⁷ In considerazione della notevole estensione dell'ambito di operatività delle società pubbliche, la quale sembra segnare la tendenza ad una vera e propria «amministrazione per società», E. FERRARI ha coniato l'apparente, ma felice ossimoro rappresentato da «il diritto amministrativo delle società». Cfr. E. FERRARI, *Comunicazione*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008, p. 173.

dell'ordinamento separati, antagonisti ed alternativi tra loro, bensì come sistemi sempre più integrati, coordinati ed applicabili congiuntamente in regimi giuridici misti: come è noto, l'avvenuta oggettivazione del diritto amministrativo fa sì che la norma amministrativa sia applicata non tanto e non solo in considerazione della natura pubblica del soggetto, quanto piuttosto in considerazione della rilevanza pubblica degli interessi coinvolti.

Contemporaneamente, la progressiva e generale preferenza, in nome del principio costituzionale del buon andamento, per le formule privatistiche ai fini della disciplina dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, comporta che il diritto pubblico sia invaso da forme privatistiche e che nella stessa misura il diritto privato sia intriso di sostanza pubblicistica¹⁸, nell'ormai acquisita consapevolezza che «*il diritto amministrativo non è esclusivamente il diritto dell'autorità, ma ancor prima il diritto della funzione*»¹⁹.

In un quadro ordinamentale siffatto, la società, e più precisamente la società di capitali, è stata assunta tra le possibili formule

18 Cfr. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, p. 99. Sul punto, v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p. 317 che, rievocando la distinzione fra attività interna ed esterna della pubblica amministrazione elaborata dalla precedente dottrina, rileva la coesistenza di regole pubblicistiche e privatistiche: le prime dovrebbero trovare applicazione «per ciò che riguarda l'esercizio della funzione, ossia in relazione a quegli atti che incidono sulla sfera giuridica dei destinatari dell'azione»; le seconde, dovrebbero essere applicate con riferimento all'attività di gestione del patrimonio e alle forme responsabilità degli amministratori, «trattandosi in questa ipotesi di atti che esauriscono la loro efficacia all'interno della persona giuridica in seno alla quale vengono in essere». Sulla distinzione fra attività interna ed esterna, v. per tutti M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 883 e ss..

19 Cfr. C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, cit., p. 397.

organizzative cui la pubblica amministrazione può stabilmente ricorrere per realizzare i più disparati interessi affidati alle sue cure, con la conseguenza che le società pubbliche integrano una parte sempre più cospicua e rilevante nel quadro delle strutture strumentali delle pubbliche amministrazioni territoriali, secondo le più diverse declinazioni del modello²⁰.

Peraltro, proprio la diversità di destinazioni funzionali ha determinato il frequente ricorso a statuti di diritto singolare che esprimono la tendenza del legislatore a forzare le categorie giuridiche tradizionali in favore di schemi operativi rispondenti più ad esigenze di duttilità e pragmatismo (se non addirittura di mera convenienza) che ad esigenze di sistema.

Inoltre, se in alcuni casi la legge incide soltanto sul regime giuridico, in altri interviene anche nel momento genetico, cosicché, sotto questo profilo, sono identificabili società pubbliche di fonte sicuramente

20 La dottrina non ha tuttavia mancato di manifestare alcune perplessità rispetto a questo ricorso disinvolto dei pubblici poteri allo schema organizzativo della società. Segnatamente, è stato affermato che le esigenze di flessibilità organizzativa che sorreggono l'adozione della veste societaria risultano giustificate nel caso di soggetti destinati all'esercizio di un'attività di impresa, specie se in un contesto concorrenziale. Al contrario, rispetto agli enti che svolgono un'attività che ha per molti versi carattere amministrativo, l'assunzione della forma societaria appare avere piuttosto il senso di una fuga nel diritto privato rispetto ai vincoli pubblicistici, anche di natura costituzionale, come il reclutamento del personale dipendente tramite concorso. Al riguardo, cfr. G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, cit., p. 229. Inoltre, con particolare riferimento alle società pubbliche degli enti locali, sono stati messi in luce alcuni effetti degenerativi prodotti sul piano istituzionale. E difatti, l'uso smodato dello schema societario comporta lo sviluppo di un'amministrazione parallela e personale del Sindaco (o del Presidente della Provincia) che svilisce gli organi collegiali, trasformando per esempio i Consigli, che degli enti locali esprimono la sovranità, da sedi decisionali a sedi di conforto dell'azione del vertice dell'esecutivo locale. Cfr. I. CACCIAVILLANI, *Le «società pubbliche»*. *Atti del Convegno su «Le società pubbliche»*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2002, XII, p. 1152.

negoziale e società pubbliche costituite direttamente *ex lege*, con una significativa varietà di combinazioni intermedie tra autonomia privata e *voluntas legis*²¹.

Le società pubbliche non costituiscono, nell'economia del codice civile vigente, un modello strutturalmente e funzionalmente differenziato; lungi dal dettare una disciplina organica, il codice, fino alla riforma del diritto societario del 2003, dedicava a tale fenomeno unicamente gli artt. 2458 - 2460, nell'ambito della regolamentazione della società per azioni.

Come è noto, la sobrietà della disciplina codicistica delle società pubbliche non costituisce il risultato di una inadeguata considerazione delle peculiarità e della rilevanza della figura dello Stato-azionista, bensì si configura come la conseguenza di una precisa scelta a favore della irrilevanza della persona del socio nella organizzazione delle società per azioni.

In applicazione del principio di parità di trattamento tra iniziativa economica pubblica e iniziativa economica privata, la disciplina della società per azioni viene costruita come «*diritto comune a privati e pubblici operatori*»²².

21 In considerazione dell'origine anegoziale e della destinazione allo svolgimento di un'attività non lucrativa, ovvero diversa da quella di impresa, è possibile definire un numero non indifferente di società pubbliche come «società anomale», intendendo l'anomalia come una «specialità per difformità», la quale ricorre tutte le volte in cui una fattispecie difetti di alcuni elementi propri della fattispecie generale, con la conseguenza che la disciplina generale risulta applicabile alla fattispecie speciale per difformità solo in quanto compatibile. Cfr. G. MARASÀ, *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur.* XXIX, Roma, 1993, *ad vocem*.

22 Cfr. F. GALGANO, *La società per azioni*, Cedam, 1988, p. 454, e ID., *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, Padova, 2003, p. 449. Particolarmente significativa, da questo punto di vista, è la Relazione del Ministro Guardasigilli al

L'unitarietà del modello codicistico è tuttavia venuta ben presto meno in conseguenza della notevole diffusione del modulo societario come strumento dell'agire pubblico, cui ha fatto riscontro la già accennata varietà di caratteri delle società partecipate, per effetto di scelte riconducibili più che all'autonomia privata dei soci, allo stesso legislatore, che ha dato vita a statuti definiti di diritto singolare²³.

Talvolta il legislatore non ritiene infatti possibile utilizzare a fini pubblici lo strumento societario così com'è, con le sue regole organizzative di scopo²⁴, e lo modella prevedendo per esso uno statuto

codice civile, ove è enunciata con nitore la scelta dei compilatori: «In questi casi è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggior snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici. La disciplina comune della società per azioni deve pertanto applicarsi anche alla società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente» (§ 998).

²³ Sul tema si rimanda alle riflessioni di C. IBBA, *Gli statuti singolari*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, VII, p. 526 e ss.; M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 561 e ss.; F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ec.*, 2004, III-IV, p. 589 e ss.; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, p. 29 e ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002; M. SCIUTO – P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, III, p. 1 e ss..

M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, p. 747 e ss..

²⁴ Lo scopo assume un ruolo preminente nell'ordinamento societario. In proposito è stato osservato che, mentre contratto ed impresa sono istituti "neutri" rispetto al fine del soggetto agente, per cui la loro adozione ad opera della pubblica amministrazione si traduce in una esclusiva privatizzazione dei mezzi, la società per azioni codicistica è, invece, rigidamente caratterizzata anche sotto il profilo teleologico. Al fine lucrativo – momento essenziale del contratto, del rapporto e della persona giuridica – si adegua infatti la struttura, fondata sul potere di decisione della maggioranza (proporzionato al

apposito, con la conseguenza che la disciplina codicistica viene relegata ad un ruolo meramente residuale²⁵.

In alcuni casi, l'intervento legislativo ha l'effetto di comprimere fortemente l'autonomia privata, in modo da sottrarre ai soci la disponibilità di alcuni profili, anche rilevanti, del regolamento sociale²⁶,

rischio) e sul potere di controllo ed autotutela della minoranza (volto ad assicurare il rispetto dell'interesse lucrativo comune). Cfr. G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., p. 43.

25 Emblematico è il caso delle società privatizzate, il cui regime giuridico presenta deviazioni così consistenti rispetto al diritto comune da consentire di qualificare il diritto delle privatizzazioni come diritto speciale delle società per azioni. Al riguardo, si può citare, a titolo esemplificativo, l'art. 1, comma 4, del d.l. 5 dicembre 1991, n. 386 convertito nella l. 29 gennaio 1992, n. 35, il quale stabilisce che le deliberazioni dell'ente societario comunque concernenti il diritto di voto risultino soggette ad approvazione ministeriale; il comma 7 dello stesso articolo, che sottrae le società privatizzate alla soggezione rispetto alle specifiche direttive gestionali cui erano sottoposti gli enti trasformati, ma fa salvi gli indirizzi governativi di carattere generale; il comma 8 della medesima disposizione, il quale richiede l'approvazione ministeriale per ogni modificazione statutaria e prevede la costituzione di giunte – termine del tutto estraneo al codice e ricorrente, invece, per gli enti delle partecipazioni statali – o comitati esecutivi, stabilendosi così in via legislativa ciò che l'art. 2381, comma 2 c.c. ordinariamente riserva all'autonomia dei soci; l'art. 1 d.l. 14 agosto 1992, n. 365, il quale dota le società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici di un capitale provvisorio, concetto “non molto ortodosso nel diritto societario”; l'art. 15, comma 3 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333 convertito nella l. 8 agosto 1992, n. 352, il quale dispone che il Ministro del tesoro esercita i diritti dell'azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio d'intesa con altri ministri specificamente individuati; l'art. 16 del medesimo testo normativo, che impone la predisposizione di un programma pubblico di riordino delle partecipazioni, quale ulteriore elemento condizionante l'esercizio dei poteri dell'azionista; l'istituto dei c.d. poteri speciali relativamente alle società operanti nel settore delle *public utilities* e della difesa (art. 2, comma 2, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella l. 30 luglio 1994, n. 474), strumento di legame della società con la sfera pubblica alternativo alla proprietà del capitale; i limiti al possesso azionario da parte di soggetti privati (art. 3, comma 1, l. cit.); la previsione dell'elezione degli amministratori mediante voto di lista, con rappresentanza delle minoranze (art. 4 l. cit.), etc..

26 V. l'art. 2, comma 7, della l. n. 291/2003, relativa ad Arcus S.p.A., che incide sull'organigramma societario stabilendo che il collegio sindacale sia nominato con decreto del ministro per i beni e le attività culturali, determinando la composizione di tale organo, ed attribuendo al ministro dell'economia e delle finanze il potere di designarne il presidente ed uno dei membri effettivi. Un analogo potere di

o addirittura da determinare la stessa esistenza in vita dell'ente societario²⁷, nonché la sua destinazione funzionale²⁸; in altri casi ancora, esso ha inciso sulla funzione associativa, introducendo, nel nostro ordinamento, ipotesi di società per azioni unipersonali sin dall'origine ben prima dell'intervento della riforma²⁹.

designazione compete al CONI in ordine al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione di CONI Servizi S.p.A., ed al ministro per i beni e le attività culturali in relazione ai membri del collegio sindacale della medesima società (art. 8, comma 4, d.l. n. 138/2002).

27 Si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 8, comma 2, d.l. n. 138/2002, il quale stabilisce che: «È costituita una società per azioni con la denominazione di CONI Servizi s.p.a.»; ovvero l'art. 7 d.l. n. 63/2002 a proposito di Patrimonio dello Stato S.p.A..

28 È il caso, tra molti, di Patrimonio dello Stato S.p.A., cui l'art. 7, comma 1, d.l. n. 63/2002 attribuisce la funzione di valorizzare, gestire ed alienare il patrimonio dello Stato; ovvero di S.O.S.E. S.p.A. chiamata dall'art. 10, comma 12, l. n. 146/1998 a svolgere studi di settore ed ogni altra attività di ricerca in materia tributaria.

29 Basti pensare all'art. 3, comma 4, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, il quale dispone che, entro uno specifico termine, Enel S.p.A. costituisca una società per azioni cui conferire tutti i beni, eccetto le reti, nonché i rapporti giuridici inerenti all'attività di gestione della rete di trasmissione nazionale; ovvero all'art. 5 dello stesso atto normativo che impone al gestore della rete di trasmissione nazionale di costituire una società per azioni, denominata gestore del mercato, cui è affidato il compito di organizzare il mercato elettrico secondo determinati criteri.

Le possibili forme di incidenza della legge nel momento genetico di una società per azioni sono state ampiamente ricostruite dalla dottrina e, in particolare, da C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, il quale ha inoltre individuato tutta una serie di conseguenze che derivano da tale intervento sulla disciplina delle società dallo stesso interessate.

L'Autore conia l'espressione "società legali", intendendo con essa le società "volute" dalla legge in vista del raggiungimento di un certo scopo, anch'esso predeterminato *ex lege*. Secondo un'incidenza via via più penetrante, inversamente proporzionata al grado di autonomia privata lasciato ai destinatari delle disposizioni normative nel concreto svolgimento del rapporto sociale, la legge può porsi: a) come fonte di una facoltà avente ad oggetto la costituzione di una determinata società, la quale potrebbe dunque dirsi "autorizzata"; b) quale fonte dell'obbligo di intavolare trattative in vista della costituzione della società, che si intende di conseguenza "promossa" dalla legge; c) quale fonte dell'obbligo, per i soggetti prescelti dalla legge stessa, di costituire la società, definibile allora come "obbligatoria"; d) quale fonte diretta del rapporto sociale tra i soggetti designati come soci, potendosi in quest'ultimo caso parlare di società "coattiva".

In senso stretto possono però definirsi società legali solo quelle c.d. obbligatorie e coattive, perché solo rispetto ad esse si può dire che la loro esistenza sia stata effettivamente voluta dal legislatore e dunque sottratta alla disponibilità dei soci.

Tratto comune a tutte le ipotesi di società legali è rappresentato dalla compressione della libertà di determinare il contenuto del regolamento societario derivante dall'immodificabilità di quegli elementi predeterminati dalla legge e di quelli ad essi strettamente connessi.

Lo stesso C. IBBA (*Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, *ad vocem*), oltre a dar vita alla categoria delle società legali, costruisce anche quella delle c.d. società legificate. Si tratta di enti (non necessariamente societari) per i quali sia stato predisposto, successivamente alla loro costituzione, uno statuto societario legale *ad hoc*, più o meno completo e più o meno difforme da quello codicistico, in vista dello svolgimento di una certa attività. Il legislatore può mirare semplicemente a porre le condizioni per lo svolgimento (facoltativo) dell'oggetto sociale legificato, oppure tendere, invece, all'imposizione di un vincolo in ordine allo svolgimento dell'oggetto stesso. Conseguentemente, si parla di legificazione facoltativa, obbligatoria e automatica (come quella delle società privatizzate). Questa diversità si riflette poi sulle successive vicende della legificazione, nel senso che l'ingresso e l'uscita dal regime legificato sono retti, per così dire, da un principio di simmetria. Ciò significa che la società vincolata all'adozione di un certo statuto predisposto *ex lege* rimane indefinitamente assoggettata ad esso, mentre la società che ha scelto liberamente di sottoporvisi può, altrettanto liberamente, sottrarsene con un atto uguale e contrario.

Non è mancato chi (M. RENNA, *La Sibec s.p.a. tra realtà normativa e prospettive d'attuazione*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 599) ha contestato la distinzione tra società legali e società legificate, ritenendo analoga *quoad effectum* la "legificazione" di un ente alla neo-istituzione legislativa di un soggetto strutturato in forma societaria. L'unica differenza rinvenibile si pone, secondo l'Autore, sotto il profilo temporale, poiché nella prima ipotesi il momento della scelta normativa relativa all'esistenza in vita dell'ente è contestuale al momento della scelta dell'adozione per esso della forma privatistica; mentre nella seconda ipotesi i due momenti sono scissi e si distingue di conseguenza una legge istitutiva ed una legge di trasformazione dell'originaria veste giuridica.

Secondo la nomenclatura ideata da C. IBBA sono, per esempio, società pubbliche "autorizzate" Arcus S.p.A., Simest S.p.A., Sogesid S.p.A., e Sose S.p.A.; "obbligatorie" Acquirente Unico S.p.A., Age Control S.p.A., Consip S.p.A., Grtn S.p.A., Gestore del mercato S.p.A., Italia lavoro S.p.A., Riscossione S.p.A., Sogin S.p.A., e Sviluppo Italia S.p.A.; "coattive" Coni Servizi S.p.A. e Patrimonio dello Stato S.p.A.

Molte società pubbliche si configurano poi come "legificate", in quanto risultanti dalla privatizzazione *ex lege* di preesistenti enti pubblici. E' il caso di Acquedotto Pugliese S.p.A., Anas S.p.A., Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., Cinecittà Holding S.p.A., Enav S.p.A., Enel S.p.A., Eni S.p.A., Eur S.p.A., Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani S.p.A., Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., Sace S.p.A.

La legge può pertanto disporre la denominazione, la sede, l'oggetto, l'ammontare del capitale, il valore delle azioni e la loro titolarità, nonché i fondamentali assetti organizzativi³⁰.

La recente riforma del diritto societario ha avuto l'effetto di ricondurre nell'alveo del diritto comune istituti e discipline

30 Così, a titolo di esempio, l'art. 4, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 impone al gestore della rete di trasmissione nazionale di costituire una società per azioni denominata "acquirente unico", assegnando alla costituenda società la funzione di stipulare e gestire i contratti di fornitura al fine di garantire ai clienti vincolati la disponibilità della capacità produttiva di energia elettrica necessaria e la fornitura di energia elettrica in condizioni di continuità, sicurezza ed efficienza del servizio, nonché di parità di trattamento anche tariffario. La possibilità di ingresso nel capitale di ulteriori soggetti rispetto al gestore della rete di trasmissione nazionale, cui deve rimanere comunque la maggioranza delle azioni, è circoscritta ad una quota non superiore al 10%, e subordinata ad autorizzazione del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (ora Ministro dello sviluppo economico), sentita l'Autorità dell'energia elettrica e del gas, nonché limitata a soggetti che rappresentino componenti significative delle attività di distribuzione dell'energia elettrica.

Immediato corollario dell'origine eteronoma delle società legali è l'impossibilità di applicare quelle norme del diritto societario comune che ne presuppongono la genesi negoziale. Non ha quindi senso parlare di atto costitutivo, di condizioni per la costituzione, di costituzione per pubblica sottoscrizione, di soci promotori o di soci fondatori; l'iscrizione nel registro delle imprese (che assume rilievo solo ove la società pubblica eserciti un'attività di tal guisa) non ha carattere costitutivo, bensì di semplice pubblicità notizia; la legittimazione ad acquistare lo *status* di socio è drasticamente ridotta e di conseguenza è fortemente limitata la circolazione delle azioni ed esclusa di principio la possibilità di emettere, sulla base di un'autonoma decisione, obbligazioni convertibili; i soci che sono tali per legge, necessariamente soggetti pubblici, non possono uscire dalla compagine sociale né mediante il trasferimento della propria partecipazione, né mediante l'esercizio del diritto di recesso. Risultano altresì limitate le prerogative dell'assemblea ordinaria circa la nomina dei membri dell'organo di gestione e di quello di controllo, poiché frequenti sono le disposizioni che prevedono la loro nomina extra-assembleare; e limitati sono anche i poteri dell'assemblea straordinaria in ordine alle modificazioni statutarie, essendo immodificabili l'oggetto sociale, il capitale (nel senso di una sua riduzione), e la forma, con conseguente inammissibilità delle delibere di trasformazione. Infine deve escludersi la facoltà di autoscioglimento, nonché l'applicazione degli istituti della fusione e della scissione, ove si traducano in una vicenda estintiva. Analogamente va esclusa la sottoponibilità a fallimento e a concordato preventivo, in quanto procedure concorsuali con finalità liquidative. Cfr. C. IBBA, *Le società "legali"*, cit.; G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, IV, (I parte), p. 716 e ss..

originariamente collocati nell'ambito del diritto speciale o singolare³¹, ma al di là di ciò, occorre verificare quale altra conseguenza essa abbia avuto sullo statuto di queste società di diritto speciale, o addirittura singolare³².

Sebbene i principi generali stabiliscano che *lex generalis posterior non derogat speciali priori*, bisogna considerare che la disciplina delle società (pubbliche) di diritto speciale e singolare risulta comunque composta anche dal diritto societario codicistico, il quale agisce in via integrativa, ora in modo automatico, ora secondo il canone della compatibilità.

Poiché determinate norme speciali o singolari potrebbero essere state dettate dal legislatore proprio nel presupposto della loro interazione con le norme di diritto comune, si presenta all'interprete il problema di stabilire, a fronte di rinvii non recettizi al codice, cosa succeda ora che il contenuto del diritto societario risulta modificato.

In queste ipotesi, si impone quindi la necessità di individuare il nuovo equilibrio, nella disciplina delle società (pubbliche) di diritto speciale e singolare, tra norme dettate *ad hoc* dal legislatore e norme di diritto comune³³. Al riguardo, viene utilmente in soccorso il criterio

31 Basti pensare, ancora una volta, alla società per azioni unipersonale che è tale sin dalla sua origine.

32 Su tale argomento si rinvia a C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1 e ss., e in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, p. 176 e ss..

33 Sul punto, rilevanti le considerazioni di F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., p. 212 che, ponendosi in una prospettiva più ampia di individuazione dell'intero regime giuridico da applicare con riferimento alle c.d. «società legali», rileva che «i fini e i risultati che tali società devono perseguire sembrano segnare i confini dell'applicazione delle regole sulla funzione: la cura dell'interesse generale sopravvive nell'ambito della previsione di moduli organizzativi

della *ratio legis*, ossia della ragione del rinvio alla disciplina codicistica; e ciò vale sia per rinvii di segno positivo, volti cioè all'applicazione del diritto comune, sia per rinvii di segno negativo, volti cioè ad una sua disapplicazione³⁴.

La problematica, tuttavia, non si esaurisce nell'applicazione della sola disciplina di diritto singolare e della sua interazione con la disciplina civilistica.

di diritto privato costituendo fonte normativa solo per le attività ad essa direttamente finalizzate; per quanto attiene ai mezzi o al procedimento volto al conseguimento del risultato resta, invece, ascritto alla sfera dell'autonomia privata».

34 Nel periodo ante riforma, un tipico caso di disapplicazione del diritto societario comune era rappresentato da quello avente ad oggetto l'art. 2362 c.c., che accompagnava la previsione di una società per azioni con un unico socio *ab origine*.

Tale disapplicazione era prevista (art. 8, comma 1 della legge 15 giugno 2002, n. 112) a proposito della Infrastrutture S.p.A. (oggi non più esistente perché fusa in data 31 dicembre 2005 in Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.) a favore della Cassa Depositi e Prestiti (allora ancora ente pubblico), unico azionista. Analoga previsione è poi contenuta, questa volta a favore dello Stato, nell'art. 5 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 269, che ha disposto la trasformazione in società per azioni dell'ente pubblico Cassa Depositi e Prestiti. Peraltro, in questo caso non è chiaro se il legislatore abbia voluto riferirsi all'art. 2362 c.c. ante riforma, o nel testo attuale, posto che se tale intervento normativo è successivo al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, adottato in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, la riforma del diritto societario è entrata in vigore solo il 1° gennaio 2004.

Nel testo originario tale disposizione prevedeva che la unipersonalità comportasse la perdita del beneficio della responsabilità limitata. Attualmente invece, in virtù del combinato disposto degli artt. 2325, comma 2, 2342 e 2362 c.c., tale perdita si verifica solo in determinati casi. Che implicazioni ha dunque ora la disposta disapplicazione dell'art. 2362 c.c.? A tale interrogativo è stata data risposta proprio considerando la *ratio* di tale disapplicazione, che era quella di escludere in modo assoluto (anche per evitare le spinose questioni legate ad un'eventuale violazione del divieto comunitario degli aiuti) la perdita del beneficio della limitazione della responsabilità. Ciò posto, si è ritenuto che nell'attuale contesto del diritto societario, la disapplicazione dell'art. 2362 c.c. abbia l'effetto di evitare che il mantenimento del beneficio in questione sia subordinato alla presenza di determinate condizioni (assolvimento degli obblighi pubblicitari ivi previsti), dovendosi invece ritenere per intero applicabili le ulteriori norme, aventi lo scopo di controbilanciare l'unipersonalità con determinate cautele

La soluzione interpretativa qui riportata è di C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 21.

Sempre più spesso il modello societario viene utilizzato senza una base normativa derogatoria o speciale. Il fenomeno si è sviluppato soprattutto a livello locale, ma anche in ambito regionale e statale ha assunto dimensioni non controllabili.

In questi casi, si tratta di capire se il trattamento da riservare a tali strutture possa essere condizionato dalla natura pubblica del socio o se sia comunque necessario un qualche elemento di specialità per determinare un regime giuridico differenziato dal codice civile.

2. Regime giuridico delle società pubbliche fra codice civile, normativa speciale ed approccio sostanzialistico della giurisprudenza.

Come visto, il regime giuridico delle società pubbliche si è per molto tempo articolato fra norme generali del codice civile e disciplina di diritto singolare stabilita con riferimento a società specificatamente individuate.

La disciplina pubblicistica non poteva però ritenersi sostanzialmente circoscritta dalla normativa speciale dedicata ad ogni singola società. Sul fenomeno, infatti, sono intervenute alcune discipline funzionali che, disinteressandosi della forma giuridica assunta da determinati organismi, risultano applicabili anche alle strutture societarie individuate in base ad alcuni parametri.

Si tratta di discipline che si collegano prevalentemente al processo di integrazione comunitaria e che si basano sul riscontro di determinati indici di afferenza della struttura ai pubblici poteri elaborati

al fine di evitare che il diverso impianto organizzativo presente nei vari Stati membri possa essere asservito allo scopo di eludere l'applicazione di normative prevalentemente poste a tutela del mercato.

Queste discipline funzionali riposano quindi sull'individuazione di parametri sostanziali che normalmente sono espressivi sia di profili finalistici, quali la destinazione dell'ente a fini che trascendono quelli puramente commerciali, sia di parametri di più facile riscontro che si incentrano sulla sola appartenenza pubblica e sull'influenza che può essere esercitata in virtù della stessa.

La nozione che più di ogni altra ha influenzato il trattamento delle società a partecipazione pubblica è quella di organismo di diritto pubblico³⁵ (direttiva 2004/18) che, come noto, si fonda sull'individuazione di parametri espressivi di un elemento finalistico, quale l'essere istituiti per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e di un elemento di ordine strutturale che si ricava dal riscontro di profili espressivi

³⁵ Finché fu possibile rinvenire una certa corrispondenza fra le categorie soggettive europee e quelle comunitarie, il tradizionale criterio che qualificava come amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche indicate in appositi allegati, sembrava offrire una risposta appagante alle esigenze delimitative della disciplina. La soluzione mutò sensibilmente con l'emersione delle discrepanze fra le nozioni di amministrazioni aggiudicatrici di matrice comunitaria e le categorie nazionali. Per ovviare a tale problema, sotto l'egida della Corte di giustizia, si protese verso un'interpretazione della relativa elencazione come avente valore meramente indicativo e non esaustivo; solo successivamente, si colmò la lacuna incorsa attraverso l'enucleazione della figura in esame. Per un primo approccio giurisprudenziale foriero del superamento di una visione esaustiva della nozione di amministrazione aggiudicatrice, cfr. Corte di giustizia, 20 agosto 1988, *Beenjes c. Netherlands State*, causa C-31/87, ove espressamente si afferma che alla nozione di Stato «deve essere data un'interpretazione funzionale al fine di non escludere dall'applicazione della normativa sugli appalti pubblici un organismo il quale, pur non facendo formalmente parte dello Stato» abbia funzioni e composizione «contemplate dalla legge e dipende dalla pubblica amministrazione».

dell'appartenenza pubblica o di una possibilità di condizionamento dell'attività dell'ente³⁶.

Il legislatore comunitario ha voluto evitare che il modello societario, o altre soluzioni organizzative ibride, potessero servire agli Stati membri per sottrarsi dall'applicazione della disciplina che impone una selezione concorsuale dei contraenti con la pubblica amministrazione.

Questa nozione, congiuntamente a quella dell'«impresa pubblica» indicata nell'ambito della disciplina sui c.d. settori speciali (direttiva 2004/17)³⁷, tuttavia, assolve il solo scopo di delimitare l'ambito

³⁶ Il paragrafo 9 dell'art. 1 della direttiva 2004/18, dopo averne sancito l'appartenenza alla categoria di amministrazioni aggiudicatrici, chiarisce che per organismo di diritto pubblico debba intendersi ogni organismo «a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

³⁷ La nozione di impresa pubblica di cui alla direttiva 2004/17 assume rilievo per sua natura settoriale, in quanto delimitata, soggettivamente, dalla particolarità del legame esistente con i pubblici poteri, e, oggettivamente, dal settore di pertinenza dell'attività esercitata che deve essere necessariamente riferibile all'oggetto della disciplina della direttiva (acqua, energia, ecc.). Dalla sottoposizione alle regole comunitarie sugli appalti non può comunque trarsi alcuna assimilazione con la nozione di pubblica amministrazione, giacché, al di là delle potenziali corrispondenze con l'organismo di diritto pubblico, la direttiva in commento attribuisce autonoma rilevanza alla figura dell'impresa pubblica, che in effetti non viene inclusa nell'ambito delle amministrazioni aggiudicatrici e quindi deve essere a quest'ultime naturalmente contrapposta. Sebbene le due categorie appaiono concettualmente distinte, si possono verificare delle potenziali sovrapposizioni in ragione della coincidenza degli indici rivelatori dell'influenza dominante (comuni ad entrambe le categorie) e della possibilità che l'impresa stessa, oltre a godere della personalità giuridica, sia stata istituita per soddisfare bisogni di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. In tali ipotesi le imprese pubbliche assurgono a organismi di diritto pubblico e devono sottostare alle direttive poste in materia di appalti pubblici.

di applicazione della normativa sui contratti pubblici; ciò nonostante, sempre più spesso, sia il legislatore che parte della giurisprudenza la invocano per riconnettervi conseguenze giuridiche aggiuntive.

Altra disciplina che si pone nella medesima ottica funzionale è quella sulle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le proprie imprese. In questo caso, la nozione che rileva è quella di «impresa pubblica» che viene definita sulla base del sottostante concetto di «influenza dominante»³⁸.

Nell'imporre una serie di oneri informativi sui flussi di finanziamento destinati alle imprese pubbliche, la direttiva in commento viene ad introdurre una procedura finalizzata ad agevolare la Commissione nel riscontro di eventuali aiuti di stato³⁹.

Differentemente da quanto accade nei settori ordinari, ove peraltro l'impresa pubblica non è contemplata tra i destinatari della normativa, l'assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica nell'ambito dei settori speciali sembra assume rilievo per le caratteristiche dei mercati di riferimento (v. in tal senso l'art. 2 della Direttiva che risulta applicabile anche alle imprese titolari di diritti speciali ed esclusivi). La maggiore estensione del vincolo comunitario, viene infatti normalmente ricondotta alla necessità di assicurare la concorrenza in settori che, in relazione alle peculiarità tecniche dei servizi resi (prevalentemente a rete) e alla marcata presenza di interessi pubblici, tendono fisiologicamente a consolidare delle posizioni monopolistiche.

³⁸ Ai sensi dell'art. 2, della direttiva 80/723/CEE è pubblica «ogni impresa nei confronti della quale i pubblici poteri possono esercitare direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria, o della normativa che la disciplina». A sua volta l'influenza si presume qualora i «pubblici poteri», ossia «lo stato e gli altri enti territoriali», sia direttamente che indirettamente, « a) detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure b) dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, oppure c) possano designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa ».

³⁹ All'indomani della sua approvazione tale direttiva è stata accusata di contrarietà al principio di non discriminazione fra imprese pubbliche e private, in ragione dell'imposizione di vincoli nei soli riguardi delle imprese soggette all'influenza dominante dei pubblici poteri. Si tratta dei ricorsi proposti da Italia, Francia e Inghilterra. Sul punto, cfr. Corte di giustizia, cause riunite C-188-190/80, in *Racc.*, 1982, 2545 ss., ove si è rilevato che il principio di parità di trattamento fra gli operatori pubblici e privati «presuppone che le due categorie si trovino in situazioni analoghe»,

L'intento principale è quello di evitare che, in virtù del canale privilegiato che lega i pubblici poteri con le imprese soggette alla loro influenza, il modello imprenditoriale, indipendentemente dalle forme che assume, possa essere utilizzato per eludere il rispetto del Trattato.

In altre parole, da un lato, si intende evitare che il conferimento degli aiuti alle imprese pubbliche possa essere dissimulato attraverso il ricorso ad operazioni di capitalizzazione improprie, ossia non rispondenti alla normale logica imprenditoriale; dall'altro, che l'impresa pubblica venga utilizzata impropriamente come strumento per veicolare altrove le risorse statali, e quindi che sia la stessa impresa pubblica a rendersi erogatrice di aiuti illegittimi.

Tra gli obiettivi dichiarati nei considerando della direttiva figura anche quello di *"distinguere chiaramente tra il ruolo dello Stato in quanto pubblico potere e il ruolo dello Stato in quanto proprietario"* e più in generale di *"precisare cosa si intenda per pubblici poteri e imprese pubbliche"*.⁴⁰

Al di là delle ambizioni dichiarate, l'enunciata nozione di impresa pubblica appare funzionalizzata all'applicazione della sola disciplina della trasparenza e, come chiarito dalla stessa Corte di giustizia⁴¹, non può assurgere a parametro generale per l'individuazione

condizione, questa, che è stata esclusa in materia di relazioni finanziarie con i pubblici poteri che possono assumere delle connotazioni particolari in ragione dei fini generali cui è normalmente preordinata l'istituzione di tali soggetti.

⁴⁰ Così, rispettivamente, il sesto e ottavo Considerando della Direttiva 80/723/CEE.

⁴¹ La Corte di giustizia, nella sentenza 6 luglio 1982, cause riunite C-188-190/80, *Italia, Francia e Regno Unito c. Commissione*, in *Racc.*, 1982, p. 2545, punto 24, ha infatti chiarito che la nozione posta a fondamento dell'art. 2 della direttiva 80/723/CEE non ha alcuna pretesa di completezza, né, tanto meno, quella di fornire una definizione esaustiva «quale compare nell'art. 90 [ora 86] del Trattato, ma di stabilire i criteri necessari per circoscrivere la categoria di imprese le cui relazioni finanziarie con i pubblici poteri sono soggette all'obbligo di informazione contemplato nella direttiva». Si tratta quindi

del fenomeno. Nonostante la valenza prettamente settoriale della nozione appena esaminata, questa rappresenta comunque il grado più avanzato dell'elaborazione normativa comunitaria in materia, al punto da essere ripresa come modello anche in altri settori dell'ordinamento⁴².

Le discipline pubblicistiche poc'anzi esaminate, tuttavia, non trovano applicazione alle società pubbliche in quanto tali. Si tratta, infatti, di nozioni dal carattere prevalentemente trasversale che possono coinvolgere entità dalla più svariata forma giuridica. Tuttavia, appare innegabile che, sebbene formulate in termini astratti, queste discipline vedano quali naturali destinatarie proprio le società a partecipazione pubblica.

Appaiono invece riferibili alle sole entità costituite in forma societaria un'altra serie di discipline, di origine questa volta puramente interna, che introducono una serie di obblighi e di limitazioni ad alcune specie di società individuate sulla base della ricorrenza di determinati parametri.

di una nozione finalizzata all'esercizio dei poteri di vigilanza che, in base all'art. 86, par. 3, vengono conferiti alla Commissione in materia di aiuti.

⁴² Si può infatti verificare una potenziale sovrapposizione con la differente nozione di «impresa pubblica» esaminata per l'applicazione della disciplina dei contratti nei c.d. settori speciali. La direttiva n. 2004/17/CE, nel delimitare l'ambito soggettivo di applicazione delle regole concernenti l'affidamento di lavori, servizi e forniture pertinenti ai c.d. settori speciali (acqua, energia, gas, trasporto e servizi postali), include fra i destinatari della normativa anche le imprese pubbliche. Riproducendo pressoché integralmente la definizione contenuta nell'ambito della regolamentazione sulla trasparenza delle relazioni finanziarie, anche l'art. 2 della direttiva da ultimo richiamata, individua le imprese pubbliche sulla base del sottostante concetto di influenza dominante. Le uniche differenze sussistenti fra le due nozioni attengono alla delimitazione dei soggetti che possono esercitare l'influenza dominante: nell'ambito della direttiva sui settori speciali compare, infatti, anche la figura dell'organismo di diritto pubblico non prevista nell'ambito della disciplina sulle relazioni finanziarie.

Si tratta di un fenomeno relativamente recente e che può essere collocato agli inizi del corrente secolo in concomitanza con particolari contingenze economiche che hanno imposto un maggior rigore nella gestione della finanza pubblica.

La maggior parte di queste discipline speciali assolve degli obiettivi di contenimento della spesa pubblica e si inserisce naturalmente nell'ambito di leggi finanziarie o nei c.d. decreti anticrisi. Si tratta di un percorso normativo particolarmente importante, in quanto, per la prima volta, gruppi di società a partecipazione pubblica divengono specificatamente oggetto di una disciplina speciale, non in base a normative appositamente dedicate ad una singola società, ma sulla base del riscontro di parametri comuni di assoggettamento.

Questo percorso è stato avviato dalla legge 27 dicembre 2006 n. 296, ma ha poi trovato ulteriori sviluppi in numerosi interventi normativi⁴³. In pochi anni il settore delle società pubbliche è stato oggetto di una profonda innovazione normativa che ha coinvolto numerosi aspetti della vita di tali organismi con discipline che, peraltro, appaiono assai controverse.

I profili oggetto di regolamentazione sono i più vari: si spazia da norme che impongono dei semplici obblighi di trasparenza a discipline

⁴³ Alla normativa della Legge Finanziaria per il 2007 è poi seguita quella di ulteriori interventi normativi: legge, 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria per il 2008); legge 25 febbraio 2008, n. 34 (legge comunitaria 2007); legge 28 febbraio 2008, n. 31 di conversione del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 (cd. Decreto mille proroghe); decreto legge del 3 giugno 2008 n. 97, convertito in legge 2 agosto 2008, n. 129; decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (la c.d. manovra estiva), poi convertito con modificazioni in legge 6 agosto 2008, n. 133; legge 18 giugno 2009, n. 69; decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78 (c.d. decreto anticrisi), convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102; decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (c.d. decreto anticrisi), poi convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122.

particolarmente invasive che incidono sul numero, i requisiti e la retribuzione degli amministratori, la destinazione di determinate risorse e l'imposizione di obblighi concorsuali per la scelta dei dipendenti.

Fra le varie disposizioni introdotte quella che, ai fini della presente indagine, assume un valore preponderante attiene proprio alla definizione della responsabilità amministrativa. Si tratta, più in particolare, della disciplina dettata dall'art. 16 *bis*, legge 28 febbraio 2008, n. 31, di conversione del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 che esclude la responsabilità amministrativa per le società quotate con capitale pubblico inferiore al 50%. Tuttavia, non si tratta dell'unica regolamentazione normativa della responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica, in quanto i vari interventi che impongono particolari obblighi (quali i tetti retributivi alla remunerazione del personale) il più delle volte sono rafforzati da specifiche ipotesi di responsabilità amministrativa per il caso di una loro inosservanza.

L'applicazione delle discipline pubblicistiche alle società per azioni non risiede solo su disposizioni che specificatamente lo prevedano.

In molte occasioni, è la giurisprudenza a disporre l'estensione di regole pubblicistiche in capo a tali società. Si tratta del frutto di un approccio sostanzialistico che tende ad applicare alle società partecipate la disciplina prevista per gli enti pubblici.

Le basi di questo approccio interpretativo vengono normalmente ricondotte alla sentenza della Corte costituzionale n. 466/1993, (c.d.

sentenza Cheli)⁴⁴, ove, in sede di risoluzione di un conflitto di attribuzione tra Corte dei conti e Governo, si è affermato il permanere del controllo *ex art. 12*, legge n. 259/1958 sulla gestione finanziaria di IRI S.p.A., ENI S.p.A., INA S.p.A. ed ENEL S.p.A., società per azioni risultanti dalla privatizzazione formale dei preesistenti enti pubblici economici, realizzata dal d.l. n. 333/1992 convertito, con modificazioni, nella legge n. 359/1992.

L'importanza della pronuncia in questione deriva dal particolare contesto storico in cui si inserisce nell'ambito del quale erano pressoché isolate le voci della dottrina che propendevano per una qualificazione in termini pubblicistici delle società risultanti dal processo di privatizzazione⁴⁵. La Corte costituzionale ha ritenuto che il mutamento della sola veste formale non è sufficiente ad escludere il controllo della Corte dei conti di cui all'art. 12, della legge n. 259/1958 se a questo non faccia seguito un'effettiva dismissione della maggioranza delle

⁴⁴ Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 3829 e ss., con note di A. CERRI, *La "mano pubblica" e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto* e C. PINELLI, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*. Tra le prime significative pronunce del giudice amministrativo cfr. Cons. St., VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Foro It.*, 1999, III, p. 178 e ss., con nota di S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale?* e in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, p. 159 e ss., con nota di A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale"*; Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998, 1478, in *Foro It.*, 1999, III, p. 178 e ss., con nota di R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lg. 80/98)*; Cons. St., VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro It.*, 2002, III, p. 423 e ss., con nota di I. PAOLA, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*.

⁴⁵ V. Sul punto le considerazioni già formulate da G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, 1991, Bologna, ben prima che l'orientamento sostanzialista approdasse alla Consulta.

partecipazioni tale da sottrarne la gestione finanziaria alla disponibilità dello Stato.

Le società suddette infatti presentavano numerosi profili di specialità rispetto al regime ordinario che consentivano di operarne una qualificazione in termini pubblicistici.

La pronuncia in questione ha rappresentato la base giuridica per estendere il controllo a soggetti che, al di là dell'adozione di una formula organizzativa di stampo privatistico, presentavano un'essenza di tipo pubblicistico.

Si è così aperto il varco ad un approccio sostanzialistico e di tipo funzionale, peraltro variamente supportato dal progressivo avanzare della disciplina comunitaria. Alla medesima radice sostanzialistica vanno, infatti, ricondotte le risultanze della giurisprudenza amministrativa con riferimento all'estensione del diritto d'accesso agli atti nei confronti delle società derivate dai processi di privatizzazione formale⁴⁶.

Sembrano riposare su un medesimo approccio anche le risultanze giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa su cui ci soffermerà in seguito.

Ciò che sembra opportuno rilevare in questa fase dell'analisi è che i parametri adottati tanto dal legislatore, quanto dalla giurisprudenza, sebbene siano ispirati da una logica sostanzialistica,

⁴⁶ Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, II-III, p. 105 e ss., con nota di F. GOGGIAMANI, *Da una recente sentenza del Consiglio di Stato lo spunto per tornare ancora una volta sulle società pubbliche*, resa con riferimento a Poste italiane S.p.A..

non sempre sono ancorati a dati espressivi di una diversa realtà sostanziale delle società sottoposte alla disciplina pubblicistica.

Gran parte di questi criteri si fondano su dati formali, quali il possesso della partecipazione azionaria, e la misura della stessa. Altri, quali la quotazione in borsa, sono più equivoci, perché potrebbero essere intesi espressivi di una particolare realtà sostanziale o, invece, del tutto ininfluenti.

La base di partenza per ognuna di tali operazioni dovrebbe comunque essere la diversa natura delle varie società. Su questo profilo la dottrina si è già soffermata da tempo ed ha enucleato la nozione di enti pubblici in forma societaria⁴⁷.

Sebbene questo criterio sembra essersi assodato anche in capo alla più recente giurisprudenza proprio sul tema della responsabilità amministrativa, l'approccio adottato non sembra conformarsi alla diversa tipologia di ente pubblico, economico o meno, che può incarnare la società.

⁴⁷ L'elaborazione della categoria degli enti pubblici in forma societaria si deve a G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit.. La nozione è stata poi ripresa e sviluppata dallo stesso Autore nell'ambito del contributo *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubb. app.*, 2004, e si ritrova anche nei testi di più ampio respiro. Sul punto, v. G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, vol. I, 2005; ID., *Principi di diritto amministrativo*, 2010. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sembrano aver ormai accolto la categoria. Fra gli studi di carattere monografico dedicati al tema, v. G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica*, Milano, 2009; ID., *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato* (I parte), in *Serv. pubb. e app.*, 2004, IV, p.701 e ss. e *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato* (II parte), in *Serv. pubb. e app.*, 2005, I, p. 149 e ss.; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

3. La varietà di modelli speciali e la destinazione funzionale della società: a) le società semplicemente partecipate dai pubblici poteri; b) le società sostitutive degli enti pubblici economici; c) le società come variabile organizzativa dell'ente pubblico non economico.

Nel ripercorrere l'evoluzione dell'impiego a fini pubblici della formula organizzativa societaria, si è visto come questa si caratterizza per una diffusione capillare con una profonda varietà dei tratti caratterizzanti che preclude una ricostruzione unitaria del fenomeno in esame.

Il compito di sistematizzazione delle «società pubbliche» si presenta assai problematico. La profonda eterogeneità che investe i profili genetici, funzionali e strutturali è sintomatica, a sua volta, di un diverso grado di attrazione delle singole società partecipate nell'orbita pubblicistica.

In un quadro ordinamentale siffatto, la società, e più precisamente la società di capitali, è stata assunta tra le possibili formule organizzative cui la pubblica amministrazione può stabilmente ricorrere per realizzare i più disparati interessi, con la conseguenza che le società pubbliche integrano una parte sempre più cospicua e rilevante nel quadro delle strutture strumentali delle pubbliche amministrazioni territoriali⁴⁸.

48 La dottrina non ha tuttavia mancato di manifestare alcune perplessità rispetto a questo ricorso disinvolto dei pubblici poteri allo schema organizzativo della società. Segnatamente, è stato affermato che le esigenze di flessibilità organizzativa che sorreggono l'adozione della veste societaria risultano giustificate nel caso di soggetti destinati all'esercizio di un'attività di impresa, specie se in un contesto concorrenziale. Al contrario, rispetto agli enti che svolgono un'attività che ha per molti versi carattere

Come visto, l'attuale assetto delle partecipazioni azionarie pubbliche si caratterizza per una netta prevalenza di modelli speciali che in vario modo si sono stratificati nel corso degli anni in relazione a più o meno evidenti esigenze organizzative.

La varietà di fattispecie esistenti impone quindi di operare una preliminare distinzione che dia conto dell'eventuale esistenza di una disciplina speciale e della destinazione funzionale della stessa struttura societaria.

In quest'ottica, conformemente al percorso storico che ha caratterizzato l'utilizzazione del modello, possono individuarsi alcune società per azioni partecipate dai pubblici poteri che non presentano una connotazione pubblicistica e società per azioni che rispondono sostanzialmente al modello degli enti pubblici⁴⁹.

Nel primo caso, l'utilizzazione del modello da parte dei pubblici poteri avviene senza che si rinvenga una deviazione rispetto al modello ordinario. I soggetti pubblici si limitano sostanzialmente ad esercitare le prerogative connesse all'assunzione della veste di socio e la natura pubblica del soggetto proprietario non si trasmette alla società. Questo è

amministrativo, l'assunzione della forma societaria appare avere piuttosto il senso di una fuga nel diritto privato rispetto ai vincoli pubblicistici, anche di natura costituzionale, come il reclutamento del personale dipendente tramite concorso. Cfr. G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, cit., p. 229.

Inoltre, con particolare riferimento alle società pubbliche degli enti locali, sono stati messi in luce alcuni effetti degenerativi prodotti sul piano istituzionale. E difatti, l'uso smodato dello schema societario comporta lo sviluppo di un'amministrazione parallela e personale del Sindaco (o del Presidente della Provincia) che svilisce gli organi collegiali, trasformando per esempio i Consigli, che degli enti locali esprimono la sovranità, da sedi decisionali a sedi di conforto dell'azione del vertice dell'esecutivo locale.

⁴⁹ Per la classificazione che segue, v. G. ROSSI, da ultimo in *Principi di diritto amministrativo*, cit..

il modello che ha caratterizzato la prima fase storica, predominata dalla presenza degli enti di gestione. Tuttavia, non si tratta di un fenomeno ormai esaurito, in quanto, anche oggi, sono presenti società a partecipazione pubblica che, anche in assenza dell'intermediazione di strutture quali gli enti di gestione, possono essere considerate semplicemente partecipate da enti pubblici.

In altre ipotesi, si è fatto ricorso a tale formula per sostituire lo strumento societario a quello dell'ente pubblico economico. La soluzione è apparsa più idonea all'esercizio di funzioni che presuppongono l'utilizzazione di strumenti privatistici, ma il più delle volte si è mantenuto un trattamento speciale connesso alla natura pubblica dell'ente trasformato.

Vengono così in considerazione le società per azioni derivate dalla privatizzazione solo formale degli enti pubblici economici, rispetto alle quali il semplice mutamento della veste giuridica non ha comportato dei significativi effetti in termini di disciplina o di qualificazione giuridica in senso pubblicistico. Questo è il modello che ha caratterizzato l'evoluzione degli anni '90⁵⁰. In questi casi, si tratta di

⁵⁰ La legge 8 agosto 1992, n. 359, di conversione del d.l. 11 luglio 1992, n. 332 ha previsto una trasformazione *ex lege*, di enti pubblici in società per azioni dando vita ad una trasformazione coattiva dell'Iri (poi soppresso), dell'Eni, dell'Enel e dell'Ina. Il medesimo testo normativo ha inoltre previsto un'ipotesi di trasformazione coattiva di fonte amministrativa, attribuendo al CIPE il potere di trasformare in società per azioni ulteriori enti pubblici economici, indipendentemente dal loro settore di attività e previa comunicazione alle Camere (art. 18). In forza di delibere *ad hoc* del CIPE è stata così attuata la privatizzazione formale dell'Ente Ferrovie dello Stato - FS (delibera CIPE 12 agosto 1992) e dell'Ente Poste Italiane (delibera CIPE 18 dicembre 1997). La trasformazione in società per azioni di numerosi enti pubblici economici, cui ha fatto seguito la soppressione del Ministero delle partecipazioni statali, non ha comportato la privatizzazione sostanziale di una parte di questi enti, in quanto, lo stato ha comunque conservato quantomeno la partecipazione di controllo delle più importanti società

società per azioni equivalenti alla formula dell'ente pubblico economico che, pur svolgendo attività di impresa, continua ad essere destinatario di una disciplina speciale e derogatoria rispetto al diritto comune delle società di capitali che dovrebbe applicarsi solo in quanto compatibile con le disposizioni speciali. Conformemente al carattere di impresa, la disciplina comune dovrebbe trovare applicazione tutte le volte che non sia espressamente esclusa o che venga invocata l'applicazione di una normativa speciale: i tratti pubblicistici devono essere tassativamente quelli previsti dalla legge⁵¹.

Altre volte, lo strumento societario viene utilizzato come variabile organizzativa dell'ente pubblico non economico a cui si ricorre per la cura dei più disparati interessi. Sempre più spesso si assiste alla istituzione *ex novo*, mediante provvedimenti legislativi, di società per azioni in mano pubblica che si caratterizzano per lo svolgimento di attività strumentali ad altre amministrazioni pubbliche (in primo luogo

risultanti da processi di privatizzazione e la privatizzazione sostanziale talvolta è stata addirittura esclusa per legge (come si verifica, ad esempio, per Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., per la quale l'art. 5, comma 2, d.l. n. 269/2003, prevede che la partecipazione al capitale di ulteriori soggetti rispetto allo Stato, tanto pubblici che privati, sia limitata a quote di minoranza). Mentre la quasi totalità della dottrina qualificava senza dubbio in termini privatistici le società per azioni di qualsiasi tipo, ed erano poche e isolate le voci in senso contrario (G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., p. 170), la Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, con riferimento alle società derivate dalla privatizzazione formale degli ex enti pubblici economici, ha affermato il principio per cui il solo mutamento della veste giuridica non è sufficiente ad escludere il controllo della Corte dei conti sulle società *ex art. 12, legge 259/58*, se ad esso non fa seguito, in virtù di un'effettiva dismissione della maggioranza delle quote azionarie, una modifica nell'imputazione del patrimonio-capitale sociale, tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato. La Corte ha definito di "diritto speciale" le società connotate da significativi tratti pubblicistici e ha quindi riportato la problematica dal piano esclusivamente formale a quello sostanziale. Lo stesso orientamento è stato adottato dal giudice amministrativo.

⁵¹ In questo senso, v. Cassazione, Sezioni Unite, 20 dicembre 2007, n. 26811.

lo Stato), assai raramente implicanti l'esercizio di un'impresa in senso proprio⁵². Sono questi i casi in cui l'adozione del modello societario si presenta più problematica in ragione della distanza con lo scopo iniziale.

Si tratta di un fenomeno che, con alterne vicende, si è sviluppato soprattutto negli ultimi anni, creando non pochi problemi in ordine all'individuazione della disciplina concretamente applicabile a tali strutture. Gran parte di essa trova già una compiuta indicazione nelle norme speciali da cui è possibile desumere il carattere pubblicistico dell'attività posta in essere. Più problematica è la questione relativa all'applicabilità o meno della residua disciplina del diritto comune. L'applicazione della disciplina pubblicistica, in questi casi, dovrebbe apparire necessitata dalla realtà sostanziale che viene incorporata nella struttura societaria. Questi enti pubblici non economici in forma societaria dovrebbero essere sottoposti al diritto speciale per ogni aspetto che riguarda la vita dell'ente, e l'applicazione della normativa sulle società per azioni, nell'assetto complessivo dello statuto dell'ente, assumerebbe un valore puramente residuale.

Come si vedrà meglio in seguito, non sempre queste distinzioni sono state poste alla base di un trattamento differenziato delle società.

⁵² Si tratta di soggetti, peraltro in continua evoluzione, che operano prevalentemente o esclusivamente fuori dal mercato e talvolta titolari di pubbliche funzioni. Il numero di società destinate a svolgere anche attività diverse rispetto a quella d'impresa è sempre maggiore. Questo è il caso di Age Control S.p.A., della Consap (1992), della Consip (1997), di Italia Lavoro (1997), di Sviluppo Italia (1999), di Mefop (1999), di Arcus (2004). Solo tra il 1999 ed il 2003 sono state poi istituite, sulla base di specifiche disposizioni di legge, società di assoluta rilevanza, come Patrimonio dello Stato, Infrastrutture, Coni Servizi, GRTN, Gestore del Mercato, Acquirente Unico, Sogin, le quali si vanno ad aggiungere a società risultanti da processi di privatizzazione di preesistenti enti pubblici, quali Eur, Cassa Depositi e Prestiti, Sace, Anas.

Solo negli ultimi anni, per effetto di un'evoluzione, peraltro non perfettamente coerente, la giurisprudenza si è attestata sull'analisi dell'effettiva realtà sostanziale delle società che viene adottata, proprio nell'ambito della responsabilità amministrativa, come criterio per delimitarne la portata.

4. Modello organizzativo e regole di responsabilità fra interesse pubblico e interesse sociale.

Si è visto come la struttura societaria possa essere piegata per finalità differenti da quelle cristallizzate nell'archetipo dell'art. 2247 c.c..

Il modello societario, nato e sviluppatosi per la tutela di interessi di natura puramente patrimoniale, può essere alterato così profondamente nei suoi meccanismi di funzionamento per essere piegato alla tutela di interessi che solo mediatamente, e non sempre, assumono dei connotati patrimoniali.

Ognuna di queste alterazioni sul modello organizzativo trova giustificazione in ragione dei retrostanti interessi pubblici. Queste modificazioni possono incidere su aspetti marginali dell'ente o essere più incisive e comportare così delle trasformazioni radicali dell'originario impianto civilistico che snaturano totalmente il modello prescelto, fino ad escludere espressamente qualsiasi finalità lucrativa.

La presenza di queste discipline derogatorie induce una caratterizzazione in senso pubblicistico delle varie società che, come

visto, possono anche essere ricondotte sul piano sostanziale alla figura degli enti pubblici.

Tuttavia, per adottare un approccio sostanziale si deve tener conto di molteplici fattori, in quanto l'operazione ermeneutica che ne è alla base è volta ad affermare un contrasto ontologico con elementi immanenti nel modello societario.

Le società si presentano come soluzioni organizzative che poggiano su una disciplina particolarmente organica, retta da un sistema complesso di ripartizione delle competenze in cui i poteri dei vari organi sono soppesati per la stessa funzionalità del modello.

Si tratta di un modello liberamente fruibile da tutti i consociati che si è sviluppato ed evoluto per la tutela di interessi patrimoniali e, come tali, pienamente disponibili dalle parti.

Tutto l'impianto normativo tende, pertanto, ad attribuire uno specifico rilievo alla natura degli interessi coinvolti. Le regole attinenti alla responsabilità vanno a completare il modello, consentendo ai soggetti titolari di interessi, sempre di natura patrimoniale, di reagire nei confronti di determinati effetti collaterali legati al processo di soggettivizzazione dell'ente.

Il conferimento della personalità giuridica in capo alle società assume il primario scopo di operare una scissione con la personalità dei soci per rimarcare una netta separazione del patrimonio della prima con quello dei secondi. Per effetto di questa separazione, tuttavia, possono determinarsi delle situazioni in cui il ricorso al modello societario può comportare dei danni sia nei confronti dei creditori che nei confronti degli stessi soci.

Per arginare gli effetti negativi che potrebbero derivare dall'attribuzione della personalità giuridica a tali entità, il nostro ordinamento ha quindi compendiato il modello societario con una serie di azioni di responsabilità esercitabili direttamente nei confronti degli amministratori, ossia dei titolari del potere di gestione.

Soprattutto a seguito della riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, si è infatti realizzata una netta separazione fra le competenze dell'assemblea e quelle degli amministratori⁵³. Viene normativamente sancito il principio, peraltro già noto in dottrina, secondo cui investiti della gestione dell'impresa sociale sono in via esclusiva gli amministratori⁵⁴.

⁵³ In dottrina si è a lungo dibattuto sulla fonte dei poteri e doveri degli amministratori, con un particolare riguardo al potere di rappresentanza. Segnatamente, ci si è interrogati sulla possibile assimilazione della realtà alle bipartizioni della rappresentanza in senso tecnico (legale o volontaria). Vi è chi ha sostenuto che tale fonte fosse individuabile nella legge, «*in quanto funzione necessaria in vista dell'attuazione del programma sociale*» (v., per tutti, V. CALANDRA BUONAURA, *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 4, Torino, 1991, p. 130), e chi, invece, sosteneva che tale fonte fosse individuabile nella volontà della società stessa (statuto o delibera di nomina) (cfr., da ultimo, e fra gli altri, A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commento sub art. 2384 cod. civ.*, in *Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Padova, 2005, p. 179). Sull'impossibilità di ritenere che gli amministratori siano vincolati alla società da un contratto di mandato, v., *amplius*, F. GALGANO, *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 443 e ss.. L'Autore precisa, altresì, che non può neppure pensarsi di essere in presenza di un contratto di lavoro subordinato, né tantomeno, come sosteneva MINERVINI, di «*un contratto di tipo a sé stante, che ha per oggetto la prestazione di lavoro in senso ampio, avente contenuto di attività prevalentemente giuridica e in posizione che per taluni aspetti è di autonomia e per altri è di subordinazione*».

⁵⁴ Ed infatti, secondo quanto prescritto dall'art. 2380-bis (rubricato «*Amministrazione della società*»), agli amministratori è demandato il compimento delle operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Diventa, così, centrale stabilire quali siano gli atti compiuti dagli amministratori che si conformano effettivamente all'oggetto sociale. Al riguardo, un orientamento giurisprudenziale consolidato ritiene che l'oggetto sociale consiste, alla luce della maggior parte delle norme nelle quali è menzionato (articoli 2328, n. 3; 2361, 2437 e 2445 c.c.), nell'attività d'impresa esercitata dalla società in relazione a quanto denunciato nello statuto sociale e che invece solo ad

Questo principio, se letto congiuntamente alla norma⁵⁵ che non consente più allo statuto di riservare competenze gestionali all'organo assembleare, statuisce espressamente che le funzioni gestorie e le corrispondenti responsabilità sono imputate esclusivamente agli amministratori, che non sono soggetti a limiti, condizionamenti o direttive da parte dell'assemblea, con conseguente erosione delle competenze di quest'ultimo organo⁵⁶.

In altri termini, agli amministratori è precluso condividere la gestione dell'impresa con gli altri organi sociali, e l'eventuale autorizzazione dell'assemblea al compimento degli atti di gestione lascia impregiudicata la responsabilità dell'organo amministrativo per gli atti compiuti⁵⁷.

altri specifici fini possa rilevare l'oggetto in "concreto" attuato. Così, *ex multis*, Corte d'Appello, Milano, 7 aprile 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 301 e ss. con commento di S. RUSSO.

⁵⁵ Il riferimento è all'art. 2364, n. 5, c.c..

⁵⁶ V. *Amministrazione e controllo nel modello tradizionale delle società per azioni: il commento dell'Assonime*, in *Riv. soc.*, 2005, 4, p. 891 e ss..

⁵⁷ Cfr. V. SALAFIA, *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le società*, 2003, p. 1054. Sul punto, senza alcuna pretesa di esaustività, v. anche S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID., (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003; P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003; F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 700 e ss.; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, Supplemento n. 3/2004, p. 620; G. COTTINO E BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 389 e ss.; F. CAFAGGI, *Complementarietà istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 9 e ss.; V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535 e ss.; G. CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 149 e ss.; F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 670 e ss.; S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 728 e ss.; A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006; F. GALGANO, *Il nuovo*

La delimitazione delle competenze e la netta diversificazione dei ruoli fra organo assembleare e amministrativo è infatti funzionalizzata ad una chiara individuazione delle responsabilità in funzione delle specifiche azioni riconosciute dall'ordinamento.

Gli amministratori possono, infatti, essere chiamati a rispondere verso la società, verso i singoli soci e verso i creditori sociali in base a specifiche norme appositamente previste come parte integrante del modello.

Rilevano in tal senso sia l'art. 2393 c.c., con riferimento alla responsabilità degli amministratori nei confronti della società, che l'art. 2395 c.c., che afferma una responsabilità diretta degli amministratori verso il socio e verso i terzi.

Queste norme, che verranno esaminate meglio in seguito, offrono una specifica tutela nei rapporti tra società, soci, creditori e amministratori in funzione dei rispettivi diritti di proprietà o di credito. In altri termini, si tratta di un'applicazione specifica di una tutela offerta agli interessi coinvolti nella vita e nella gestione della società che è

diritto societario, Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, XXIX, Padova, 2003; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 e ss.; A. MAFFEI ALBERTI, (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2005; G. MARASÀ, *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 135 e ss.; G. MINERVINI, *Dell'amministrazione e del controllo*, in M. SANDULLI, V. SANTORO, *La riforma delle società*, Torino, 2003; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 e ss.; ID., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in (a cura di), S. AMBROSINI, *La riforma delle società: profili della nuova disciplina*, Torino, 2003, R. RODORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le società*, 2005, p. 423; A. VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, Milano, 2006; G. VISENTINI, *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, in *Il diritto fallimentare*, 2004, p. 925 e ss..

ricondata, a seconda dei casi, nell'ambito della responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Gli interessi che stanno alla base di tali azioni sono pertanto interessi disponibili e ciò avviene sia nella persona della società, sia in quella dei soci che in quella dei creditori che sono liberi di transigere o rinunciare all'esercizio dell'azione prevista dalla normativa.

Conseguentemente, si può ritenere che le azioni consentite e previste dalla disciplina del codice civile siano, in ultima istanza, poste a tutela del diritto di proprietà e del diritto di credito che spettano rispettivamente ai soci, individualmente o per il tramite dell'assemblea, ovvero ai creditori.

Al contrario, l'organizzazione pubblica poggia su principi assai diversi in cui i profili di disponibilità degli interessi vengono esclusi in partenza in conseguenza di un articolato processo di funzionalizzazione. L'introduzione di elementi di doverosità che permeano tutta l'attività amministrativa fanno sì che le scelte operate dalle singole amministrazioni non godono degli stessi margini di arbitrarietà delle scelte private.

Proprio in funzione della preordinazione alla tutela di interessi pubblici, le scelte della pubblica amministrazione sono sottoposte a meccanismi di controllo variamente articolati e le regole di responsabilità previste, anche quando preordinate al conseguimento di effetti patrimoniali, sono rette da discipline diverse da quelle che regolano l'agire dei privati.

Di ciò se ne ha una riprova nella stessa configurazione della responsabilità amministrativa. Le difficoltà incontrate

nell'inquadramento dogmatico della fattispecie sono sintomatiche della compresenza di una pluralità di interessi che sembrano trascendere una concezione puramente patrimoniale.

All'interno di essa sono infatti presenti elementi propri della tutela recuperatoria e altri di una più spiccata ispirazione sanzionatoria che non a caso hanno stimolato la dottrina in ordine al suo inquadramento dogmatico⁵⁸.

Depongono in favore della sua qualificazione in termini pubblicistico-sanzionatori, l'obbligatorietà dell'azione, la titolarità della stessa in capo al Procuratore regionale della Corte dei conti, la presenza di una giurisdizione speciale. Analogamente, la legge n. 20/1994 qualifica espressamente la responsabilità come «personale», ne limita la trasmissibilità agli eredi solo alle ipotesi di indebito arricchimento degli stessi e stabilisce l'inoperatività del principio civilistico della solidarietà passiva, prevedendo così significative similitudini con la responsabilità di stampo penalistico. Sempre alle connotazioni proprie della

⁵⁸ Senza poter riportare in questa sede i termini del dibattito sull'inquadramento dell'istituto, si può semplicemente accennare all'esistenza di due correnti principali, la prima tendente ad accentuarne il carattere sanzionatorio e la seconda che preme per una sua configurazione in termini civilistici. Accanto a tali correnti si pone la soluzione intermedia di chi ritiene che si tratti di una «responsabilità *sui generis* irriducibile alla alternativa tra responsabilità privatistica-risarcitoria e responsabilità pubblicistica-sanzionatoria» (G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, cit., Vol. I, p. 274). Fra gli studi di carattere monografico che si sono di recentemente soffermati sul tema, v. L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, che propende per una ricostruzione dell'istituto in termini prevalentemente sanzionatori; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile*, Milano 2003, che accoglie invece un prospetto di matrice privatistica. I contributi sul tema sono comunque numerosissimi, *ex multis*, v.: F.G. COCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997; D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998; S. PILATO, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle ll. nn. 19/94, 20/94, 639/96*, Padova, 1999; L. SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001.

responsabilità penalistica sembra poi doversi ricondurre il c.d. potere riduttivo che consente al giudice erariale di ridurre il risarcimento del danno cagionato alla pubblica amministrazione in ragione della ricorrenza di alcuni fattori, quali l'intensità del dolo o il grado della colpa e le condizioni economiche del danneggiante che deve sopportare il risarcimento.

Questi caratteri, che sono stati giustificati in vario modo dalla dottrina che propende per la sua configurazione in termini di responsabilità puramente patrimoniale, lasciano comunque intendere la presenza di elementi estranei alle normali azioni di responsabilità esperibili sulla base della disciplina civilistica e giustificano le perplessità riscontrate nella ricostruzione del fenomeno.

La disciplina relativa alle azioni di responsabilità sociale e quella relativa alla responsabilità amministrativa differiscono profondamente sia nei presupposti che nelle conseguenze.

Logiche che poggiano su basi concettuali e presupposti distinti si trovano così riunite nell'ambito delle società pubbliche generando una serie di problemi di non facile soluzione.

Da un lato, si tratta di comprendere entro che termini possa ritenersi compatibile l'azione di responsabilità sociale con l'eventuale caratterizzazione pubblica della società. La rispondenza della società a logiche diverse da quelle della pura e semplice impresa renderebbero inadeguato uno strumento di tutela del socio volto alla tutela dei soli interessi patrimoniali. In questi casi, vi sarebbe la necessità di verificare l'impatto dell'interesse pubblico sull'interesse sociale per valutare se i canali in cui si muovono i poteri di condizionamento del socio pubblico

siano effettivamente quelli ordinari o, invece, si tratti di un percorso privilegiato e connesso alla rilevanza degli interessi coinvolti.

Dall'altro, si pone il problema inverso volto a verificare l'impatto di un'azione di responsabilità amministrativa con i meccanismi societari e la rigida ripartizione delle competenze per questi previsti. Interesse pubblico e interesse sociale potrebbero infatti porsi in una logica conflittuale in cui il primo potrebbe essere inteso come elemento estraneo e potenzialmente dannoso per la stessa società. In questo caso, il potere di condizionamento che di fatto discende in capo al socio pubblico sulla possibilità di influenzare le scelte degli amministratori, potrebbe essere inteso come un fattore distorsivo da limitare opportunamente.

La risposta a tali quesiti non può essere univoca o fondarsi su concezioni che non siano ancorate alla realtà sostanziale dell'ente, pena la fisiologica inadeguatezza delle azioni.

Una soluzione univoca, o comunque tendente ad omogeneizzare qualsiasi tipo di società pubblica nell'ambito di una medesima disciplina, si mostrerebbe comunque inadatta: qualora si optasse per la soluzione civilistica, si verrebbe a comportare un inevitabile sacrificio delle esigenze pubblicistiche, mentre, qualora si scegliesse l'opzione della giurisdizione della Corte dei conti, sarebbero le esigenze privatistiche, e legate alla funzionalità del modello che verrebbero inevitabilmente compromesse.

In ragione di tale rischio sembra pertanto opportuno doversi procedere per gradi ed esaminare più approfonditamente le caratteristiche delle azioni rispetto ai vari modelli societari ipotizzabili.

Attraverso l'analisi disgiunta delle due forme di responsabilità potranno riscontrarsi i vari punti di convergenza e divergenza fra le varie azioni e la conformità della scelta rispetto alla realtà sostanziale assunta dall'ente.

Si procederà pertanto all'esame delle caratteristiche delle azioni di responsabilità previste dal codice civile con riferimento al modello societario per verificare come si rapportano con riferimento alla titolarità pubblica del capitale e alla presenza di ulteriori elementi che depongano in favore di una qualificazione in termini di ente pubblico della relativa struttura.

L'analisi si soffermerà quindi sulla responsabilità amministrativa in rapporto alle possibili variazioni del modello societario, per verificare se le soluzioni offerte dall'attuale giurisprudenza siano effettivamente adeguate.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ PER AZIONI NELLA DISCIPLINA CIVILISTICA

SOMMARIO: 1. *L'organicità del sistema civilistico. Il modello organizzativo societario fra rischio di impresa, rapporto di amministrazione e regole di responsabilità.* 2. *La responsabilità degli amministratori. Presupposti e limiti della disciplina sostanziale.* 3. *L'azione sociale di responsabilità nella disciplina generale dell'art. 2393 c.c..* 4. *L'azione sociale proposta dalla minoranza ai sensi dell'art. 2393-bis c.c..* 5. *L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c..* 6. *L'azione individuale del socio e del terzo ai sensi dell'art. 2395 c.c..* 7. *La responsabilità per l'attività di «direzione e coordinamento di società».*

1. L'organicità del sistema civilistico. Il modello organizzativo societario fra rischio di impresa, rapporto di amministrazione e regole di responsabilità.

L'utilizzazione del modello della società per azioni quale strumento tipico per l'esercizio dell'impresa di grandi dimensioni si regge su un articolato sistema organizzativo che, seppur secondo itinerari differenti e non sempre uniformi, viene ricondotto al principio della separazione fra proprietà e controllo.

La posizione di socio è qualificata dal capitale sottostante, ma ciò non comporta un'automatica assunzione della veste di decisore finale. Questa funzione spetta a specifici organi societari quali l'assemblea, il consiglio di amministrazione e, qualora presente, il consiglio di sorveglianza.

Come ogni fenomeno organizzativo anche la società per azioni si caratterizza per la capacità di sintesi di interessi appartenenti ad un determinato gruppo sociale⁵⁹. Come già visto⁶⁰, gli interessi che animano l'organizzazione sono proiettati sui profili di tipo patrimoniale e tendono a massimizzare l'interesse positivizzato nell'ambito dell'art. 2247 c.c. della distribuzione degli utili fra soci.

Il contratto di società, comportando la nascita di un'organizzazione che costituisce un autonomo centro di imputazione di posizioni giuridiche attive e passive distinte da quelle dei soci, non determina effetti circoscritti alle parti contraenti. Per effetto del riconoscimento della personalità giuridica e della conseguente separazione patrimoniale fra la posizione dei soci e quella della società, si rende necessaria la presenza di organi, dotati di specifiche competenze, che siano in grado di esprimere la volontà dell'ente e tradurla in specifiche scelte gestionali, eventualmente anche in conflitto con le pretese egoistiche dei soci.

Il modello societario e, segnatamente, quello della società per azioni ha quindi segnato il progressivo tramonto della funzione dell'imprenditore classico⁶¹ che è stato soppiantato da un articolato

⁵⁹ Sul punto, cfr. C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, 1991, Torino, p. 131 e ss.. Particolarmente significativa l'impostazione dell'Autore in merito all'«organizzazione» che sarebbe dotata virtù costitutive metafisiche assenti nel contratto con il risultato di determinarne lo sprigionarsi di valori ulteriori e diversi, che ne arricchiscono la fattispecie rispetto a quelli del mero rapporto contrattuale fra le parti.

⁶⁰ V. *infra* Capitolo Primo.

⁶¹ Sul punto, cfr. R. MARRIS, 1964, *The economic theory of managerial capitalism*, Macmillan, London (edizione italiana, *La teoria economica del capitalismo manageriale*, Einaudi, Torino, 1972), il quale rileva che, per effetto del consolidamento del modello

sistema di regole, maggiormente funzionale per l'esercizio di un'impresa di grandi dimensioni.

Per effetto dell'adozione del modello societario si realizza una singolare dissociazione fra i soggetti proprietari dell'impresa, su cui ricade il c.d. rischio economico, e i soggetti chiamati al controllo dell'impresa stessa che sono preposti all'adozione delle scelte fondamentali in campo gestorio.

La dottrina non ha ancora chiarito in chiari termini quale sia la sostanza del rapporto che lega l'amministratore alla società⁶².

societario, «l'imprenditore classico è virtualmente scomparso. La sua funzione era essenzialmente attiva e unitaria; una volta frantumato, nessun espediente potrebbe rimmetterlo ancora insieme».

⁶²Il tema dell'amministrazione delle società è uno dei più discussi da parte della dottrina. Senza alcuna pretesa di esaustività, fra i contributi più rilevanti cfr.: S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in ID., (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, cit.; P. BENAZZO, S. PATRIARCA, G. PRESTI, *Il nuovo diritto societario*, cit.; F. BONELLI, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, cit., p. 700 e ss.; ID., *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 620; G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004; V. BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, cit., p. 389 e ss.; F. CAFAGGI, *Complementarietà istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, cit., p. 9 e ss.; V. CALANDRA BONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, cit., p. 535 e ss.; G. CASELLI, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, cit., p. 149 e ss.; F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, cit., p. 670 e ss.; S. FORTUNATO, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, cit., p. 728 e ss.; A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario, Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, XXIX, cit.; A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance*, cit., p. 842 e ss.; A. MAFFEI ALBERTI, (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2005; G. MARASÀ, *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, cit., p. 135 e ss.; G. MINERVINI, *Dell'amministrazione e del controllo*, in M. SANDULLI, V. SANTORO, *La riforma delle società*, Torino, 2003; P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 e ss.; ID., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in (a cura di), S. AMBROSINI, *La riforma delle società*, cit.; R. RODORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Le società*, 2005, p. 423; A. VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, cit.; G. VISENTINI, *I principi della società per*

Parte della dottrina ravvisa il fondamento del rapporto in un atipico contratto di amministrazione intervenuto fra l'ente e gli amministratori, avente ad oggetto una prestazione di lavoro in senso ampio e disciplinato da condizioni generali contenute nell'atto costitutivo. Secondo questa ricostruzione i poteri degli amministratori erano configurati come poteri derivati⁶³.

Altra parte della dottrina affermava invece che la fonte del rapporto fra amministratori e società era da rinvenirsi nello stesso contratto di società. Il rapporto nasce per effetto della nomina di detti amministratori da parte dell'assemblea e della conseguente accettazione della nomina da parte di questi. In tal senso, i poteri degli amministratori, indisponibili da parte dell'assemblea venivano ad essere concepiti come poteri originari, ossia come poteri che gli amministratori, quali organi necessari di esecuzione del contratto di società, traevano direttamente da questo, allo stesso modo in cui dal medesimo contratto di società scaturiscono i poteri dell'assemblea⁶⁴.

azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma, cit., p. 925 e ss..

⁶³ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 3 e ss.. In particolare, secondo l'Autore la proposta contrattuale sarebbe rappresentata dalla comunicazione all'amministratore della delibera assembleare di nomina, mentre l'accettazione si concreterebbe nel deposito della firma presso il registro delle imprese. Sul punto, v. anche B. QUATRARO, *Il bilancio di esercizio – Problematiche civili, fiscali e penali*, Milano, 1989, p. 414.

⁶⁴ F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2001, p. 269; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 27 e ss.. Sul punto, v. le considerazioni di R. RODORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Le società*, n. 10/2008, p. 1193 e ss., il quale rileva che «l'alterità soggettiva, che pur sempre impedisce la totale sovrapposizione della persona giuridica con la persona fisica di colui che all'esterno la rappresenta, rende necessario riconoscere l'esistenza di un legame giuridico intersoggettivo, che s'intreccia tra società ed amministratore, in forza del quale la funzione amministrativa

La capacità di sopravvivenza di organismi in cui gli attori delle decisioni importanti non sopportano una frazione rilevante degli effetti di ricchezza delle loro scelte dipende dallo strumentario offerto a presidio del sottostante capitale di comando⁶⁵.

Il sistema normativo garantisce così i soggetti potenzialmente coinvolti nelle vicende societarie attraverso un impianto regolatorio particolarmente stringente che si prefigge il compito di orientare

è svolta non tanto per il gusto sistematico di dare a quel legame un *nomen iuris*, e tanto meno per rispolverare la stagionata veste del mandato, quanto per mettere in evidenza la base contrattuale del rapporto che tra amministratore e società s'instaura. Un rapporto dal quale scaturisce, per l'amministratore, il dovere di gestire la società come prescritto dalla legge e dallo statuto e, per la società (salvo patto contrario), l'obbligo di remunerare l'amministratore per l'opera svolta».

⁶⁵ Cfr. E. FAMA e M.C. JENSEN, *La separazione di proprietà e controllo*, in *Journal of Law and Economics*, n. 27, 1983, i quali rilevano che la separazione delle funzioni di decisione da quella di assunzione del rischio è sostenibile grazie ai vantaggi della specializzazione nelle funzioni decisionali e dell'assegnazione di tali funzioni ad individui competenti. Sul punto, v. il celebre contributo di A.A. BERLE, G.C. MEANS, 1932, *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan, New York (edizione italiana: *Società per azioni e proprietà privata*, Einaudi, Torino, 1966). Gli Autori rilevano che «Poiché la direzione dell'attività di una società è esercitata a mezzo del Consiglio d'Amministrazione, si può dire a tutti gli effetti pratici che il controllo è nelle mani di quella persona singola o di quel gruppo che ha il potere di scegliere il Consiglio d'Amministrazione (o la sua maggioranza), sia avvalendosi delle facoltà appositamente attribuite a tale scopo (per effetto del diretto "controllo" della maggioranza dei voti nell'assemblea degli azionisti o mediante particolari strumenti giuridici), sia esercitando pressioni atte ad influire su chi materialmente compie tale scelta. Talvolta un certo controllo è attuato non per mezzo della scelta degli amministratori, ma con l'imporre ad essi una linea di condotta, come avviene quando una banca determina le scelte e il comportamento di una società fortemente indebitata verso di essa. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, avendo individuato coloro che hanno il potere di scegliere gli amministratori, si può dire di aver identificato coloro che praticamente hanno il controllo». Per un approccio critico sia alle impostazioni tradizionali della separazione fra proprietà e controllo, che a quelle volte a configurare il rapporto fra azionisti e beni sociali in termini di proprietà, v. M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, 2006, Torino. In merito alle recenti problematiche, si veda GUIDO ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, specialmente p. 47 e ss. e p. 55 e ss.. Per una visione tagliata sugli aspetti aziendalistici, cfr. G. ZANDA, *La grande impresa. Caratteristiche strutturali e di comportamento*, Milano, 1974, p. 267 e ss..

l'operato degli amministratori in modo che siano percorsi i binari di un'etica ed efficiente gestione sociale⁶⁶.

La responsabilità degli organi societari è un istituto volto a regolare l'agire di coloro che all'interno della società ricoprono un ruolo di indirizzo e di controllo dell'attività d'impresa.

Si tratta di uno strumento volto a circoscrivere le ripercussioni che in misura più o meno marcata possono avere origine dal negligente agire di coloro che tengono le redini dell'impresa.

L'esercizio di un'attività imprenditoriale, soprattutto quando è organizzata in forma societaria, determina l'interazione con una molteplicità di interessi che non si sviluppano esclusivamente in una logica endosocietaria, ma si collocano anche all'esterno del contesto sociale⁶⁷.

Le scelte degli amministratori possono ripercuotersi sulla posizione dei soci di controllo, dei soci di minoranza, dei creditori sociali, degli investitori e, più in generale, del mercato.

⁶⁶ In argomento, v. V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.* 2004, I, p. 181 e ss..

⁶⁷ Sul punto, v. G. ROMAGNOLI, *Corporate Governance, Shareholders e Stakeholders; interessi e valori reputazionali*, in *Giur. Comm.* 2002, I, p. 350. L'Autore, rileva che il successo dell'impresa, la sua capacità di conservazione e di espansione dipende dal massimo livello di soddisfazione di interessi antitetici riferibili a soggetti che alternativamente, od addirittura contemporaneamente, possono essere parte dell'organizzazione, utenti dei suoi "servizi" o "fattori della loro produzione". Alla ricerca dell'ottimizzazione, del modello od aggregazione vincente, sembra muoversi tutto il dibattito riconducibile all'insieme elastico e storicamente relativo della *corporate governance* e, forse non è un caso, che un invito alla "conciliazione di opposti" sia contenuta anche nei principi redatti dall'O.C.S.E. nel 1999. Sulla base dell'insegnamento di autorevole dottrina, non è possibile tracciare i tratti salienti di una determinata disciplina se non si procede preliminarmente all'individuazione degli interessi che il legislatore ha inteso tutelare che sono considerati «la base verso cui gravita e alla quale si collegano le linee strutturali di un dato istituto». Così, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 300.

Per effetto di questa compresenza di interessi e della potenziale lesione che potrebbe derivarne in relazione all'attività di gestione si necessita di apprestare degli appositi strumenti che siano in grado di offrire una tutela differenziata in ragione delle categorie di soggetti incisi dall'attività della società⁶⁸.

Nei confronti degli amministratori di società per azioni è così possibile proporre un composito numero di azioni di responsabilità che presentano un contenuto precettivo differenziato a seconda delle qualità del soggetto agente.

Il legislatore ha confezionato un sistema normativo costituito dagli articoli 2393, 2393-*bis*, 2394, 2394-*bis* e 2395 che opera delle distinzioni a seconda che il soggetto agente sia la società (art. 2393), una minoranza qualificata di questa (art. 2393-*bis*), i creditori sociali (art. 2394), il curatore fallimentare, il commissario liquidatore, il commissario straordinario (art. 2394-*bis*), o il socio ed il terzo (art. 2395).

Il *genus* azioni di responsabilità è ripartito in due sub-categorie di cui l'una è l'azione sociale e l'altra l'azione individuale.

⁶⁸Queste ultime, in conseguenza dell'intervento legislativo di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, registrano una sensibile variazione. La connotazione in termini più rigorosi di talune disposizioni, come la normativa in merito al conflitto di interessi degli amministratori, l'aumento dello standard di responsabilità dei medesimi, l'estensione a tutte le società di capitali dell'azione di responsabilità esercitata dalla minoranza, prima circoscritta alle sole società quotate, la innovata configurazione dei revisori contabili, riflette la necessità di dare una risposta a quelle carenze che il sistema aveva evidenziato e che gli scandali finanziari avevano posto in luce di tutela che pervengono da un variegato nucleo di soggetti attivi, fra i quali spiccano i soci di minoranza e i creditori sociali. Sul punto, cfr. A. MAGNOLI, *La riforma del diritto societario in particolare sull'amministrazione delle società per azioni*, in *Il diritto dell'economia*, 2005, I, p. 105 e ss..

Nella prima *species* figurano le azioni di cui agli artt. 2393 e 2393-*bis* posto che, rispettivamente, la legittimazione attiva viene attribuita alla società stessa o, diversamente, a minoranze qualificate di questa.

Le azioni individuali sono, invece, quelle di cui agli artt. 2394, 2394-*bis* e 2395.

Ognuna di queste azioni risponde a logiche parzialmente differenti che si riverberano sulla disciplina concretamente dettata. Si procederà pertanto ad esaminare il contenuto sostanziale della responsabilità degli amministratori per poi analizzare le varie tipologie di azioni riconosciute dalla normativa civilistica e i profili di eventuale incongruenza nell'eventualità in cui il capitale della società sia pubblico.

2. La responsabilità degli amministratori. Presupposti e limiti della disciplina sostanziale.

Il d.lgs. n. 6 del 2003 ha profondamente innovato la disciplina dell'azione sociale di responsabilità disciplinata dall'art. 2392 c.c.⁶⁹. Le

⁶⁹ L'art. 2392 c.c. recita espressamente quanto segue: «Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

La responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo

novità più consistenti attengono alla specificazione del grado di diligenza esigibile dagli amministratori, che non viene ritagliata sulla figura del mandatario; all'equiparazione delle deleghe atipiche a quelle formali, che consente di individuare le funzioni concretamente attribuite ad ognuno degli amministratori; alla delimitazione della c.d. *culpa in vigilando* che viene sfumata in un semplice obbligo di informazione secondo la disciplina dell'art. 2381, comma 3.

L'art. 2393 c.c., dal canto suo, detta una regolamentazione piuttosto esaustiva dei profili processuali dell'azione sociale di responsabilità. In essa, infatti, sono contenute disposizioni dirette a dettare le condizioni per l'esercizio dell'azione di responsabilità da parte della società, il termine prescrizione dell'azione stessa, le circostanze in cui all'esercizio dell'azione consegue la revoca dell'amministratore convenuto in giudizio, nonché le specifiche

dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale».

Differentemente, la formulazione del previgente testo dell'art. 2392 prescriveva che: "L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione.

La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare.

La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione.

La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale».

condizioni della rinuncia o della transazione da parte della società sui diritti fatti valere con l'azione⁷⁰.

Essa prefigura una specifica ipotesi di azione sociale di responsabilità, con cui la società che l'ha esperita potrà far valere in sede giudiziale il proprio *ius* al risarcimento dei danni patiti in conseguenza della *mala gestio* dei propri amministratori.

Tale disposizione collocava al centro del passato sistema la regola secondo cui, a parte ipotesi eccezionali legate al controllo giudiziario o alla crisi dell'impresa, la proposizione della causa avrebbe dovuto essere sempre subordinata ad una deliberazione autorizzativa assunta dall'assemblea a maggioranza del capitale rappresentato dai soci. Evidentemente, poiché gli amministratori sono, di norma, espressione della maggioranza, la necessità dell'autorizzazione assembleare limitava grandemente il concreto esercizio dell'azione sociale⁷¹.

L'azione di responsabilità ha quindi trovato un'applicazione piuttosto limitata in quanto è stata attivata prevalentemente o in

⁷⁰ F. VASSALLI, *Commento all'art. 2393*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, vol. II, Napoli, 2004, p. 688.

⁷¹ Sull'azione sociale di responsabilità disciplinata, *ante riforma*, dall'art. 2393, cfr.: M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società, Trattato* diretto da F. GALGANO, Torino, 2002, p. 311 e ss.; G. FRÈ e G. SBISÀ, *Società per azioni*, I, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1997, pp. 847-859. In proposito, F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 283 e ss., ed in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, p. 517 e ss., ha osservato: è «raro che l'assemblea deliberi l'azione di responsabilità contro gli amministratori; questi ultimi, infatti sono in genere legati in vari modi alla maggioranza assembleare che li ha nominati, che spesso non è estranea alle loro violazioni, e che – quindi – per lo più non intende agire contro i “propri” amministratori». In aggiunta a ciò, M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 314 e ss., ha posto in rilievo come la rarità delle azioni autorizzate dall'assemblea ai sensi dell'art. 2393 dipenda anche dal danno di immagine che si riflette sul gruppo di controllo nel momento in cui esso ammette, esercitando l'azione, l'errore commesso in precedenza nella scelta degli amministratori.

relazione ad un mutamento del gruppo di controllo della società, ovvero nell'ambito delle procedure concorsuali ad opera del curatore fallimentare⁷². Per effetto delle modifiche apportate al diritto societario sembrano tuttavia aprirsi nuovi spiragli, soprattutto in relazione alla disciplina dell'azione sociale proposta dalle minoranze.

La riforma del diritto societario ha inteso anche chiarire quali sono i presupposti per l'esercizio dell'azione e la fonte della relativa responsabilità.

Il semplice insuccesso economico della società e persino il suo fallimento non determinano, di per sé, la responsabilità degli amministratori. Infatti, «i soci possono sperare che gli amministratori riescano nel loro compito, ma non possono imputare ad essi di non avere avuto fortuna»⁷³.

La previsione di meccanismi di responsabilità per gli amministratori non è infatti in grado di surrogare le normali caratteristiche legate all'esercizio di un'attività imprenditoriale, con la conseguente assunzione del rischio di impresa. In altri termini, non si tratta di un meccanismo diretto ad una traslazione del rischio dal soggetto proprietario dell'impresa ai soggetti chiamati alla gestione concreta della stessa.

La responsabilità degli amministratori si fonda sull'inadempimento di un'obbligazione in ordine ai dei doveri ad essi

⁷² Cfr. E. DALMOTTO, *Commento agli artt. 2393 e 2393 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna, 2004, p. 785 e ss..

⁷³ Così, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004. In senso conforme, cfr. R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.

imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze.

Pertanto, non esiste un obbligo degli amministratori di amministrare con successo economico l'impresa loro affidata, ma una responsabilità connessa all'obbligazione di adempiere agli obblighi imposti dallo statuto o dalla legge nel rispetto degli *standard* di diligenza richiesti dalla natura dell'incarico o dalle loro specifiche competenze.

Ciò implica che la responsabilità in questione sia di tipo contrattuale. E ciò, indipendentemente dall'adesione all'una o all'altra impostazione dogmatica relativa alla configurazione del rapporto che lega gli amministratori con la società⁷⁴.

Dalla natura contrattuale della responsabilità derivano importanti conseguenze in merito all'onere della prova.

In applicazione dei principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali e, in particolare, dell'art. 1218 c.c., la società

⁷⁴ Come ha chiarito R. RODORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, cit., p. 1194 e ss., «l'aggettivo "contrattuale" sta solo ad indicare che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli inadempiti derivanti da un contratto, senza però che ciò valga a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale dell'espressione potrebbe altrimenti suggerire: con la conseguenza che viene definita contrattuale anche la responsabilità per violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l'ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento in funzione di uno specifico interesse altrui» (sul punto, cfr. Così, da ultimo, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706 e ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*). Secondo lo stesso Autore, «ne deriva che, in caso di azione di responsabilità esercitata contro l'amministratore dalla società o da chi, in luogo di essa, abbia eventualmente titolo per esercitarla, sarà onere del convenuto provare che l'eventuale violazione dei doveri inerenti alla sua carica è dovuta ad una causa a lui non imputabile, secondo la regola generale stabilita dall'art. 1218 c.c.» (cfr. Cass., 24 marzo 1999, n. 2772, in *Giur. it.*, 1999, p. 1869 e ss. ed in *Le società*, 1999, p. 1065 e ss., con nota di L. PICONE, *L'azione di responsabilità nelle società in amministrazione straordinaria*).

dovrà provare in giudizio solo l'inadempimento degli amministratori ad un obbligo di legge o di statuto e il danno che ne è conseguenza immediata e diretta, mentre incombe sugli amministratori l'onere di provare i fatti capaci di escludere o attenuare la loro responsabilità⁷⁵.

Si tratta pertanto di verificare il contenuto specifico del parametro della diligenza e degli ulteriori elementi che contribuiscono a chiarire la consistenza di questo rimedio risarcitorio.

La diligenza a cui fa riferimento l'art. 2392 c.c. non è, come avveniva nell'assetto previgente alla riforma, la «diligenza del mandatario», bensì la diligenza richiesta «dalla natura dell'incarico» e dalle «specifiche competenze» degli amministratori stessi⁷⁶.

Nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma del diritto societario, si rileva che la circostanza che,

⁷⁵ Così: F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2001, p. 324, ID. *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, cit., p. 280 e ss.; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 291; Cass., 24 marzo 1999, n. 2772, in *Mass. Foro it.*, 1999, p. 346 e ss., in *Giur. it.*, 1999, p. 1869 e ss., e in *Le Società*, 1999, p. 1065, con nota di L. PICONE, *L'azione di responsabilità nelle società in amministrazione straordinaria*; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 75 e ss., con nota di V. SALAFIA, *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali*, e in *Le Società*, 1999, p. 557 e ss., con nota di F. FUNARI, *La responsabilità degli amministratori: azione sociale e azione dei creditori*; Trib. Napoli, 22 gennaio 2002, in *Giur. napoletana*, 2002, p. 191 e ss.; Trib. Roma, 7 marzo 1991, in *Nuova giur. comm.*, 1992, I, p. 283 e ss., con nota di A. FARINEA. Sulla ripartizione degli oneri probatori, cfr. anche: M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., p. 311 e ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 283, ed in *Tratt. di diritto privato*, diretto da Rescigno, cit., p. 517.

⁷⁶ Sul punto, v. le considerazioni di R. RODORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, cit., p. 1193 e ss., il quale rileva che «l'idea che la posizione dell'amministratore nei riguardi della società possa essere assimilata a quella di un mandatario ha cessato da tempo di riscuotere successo. Dell'amministratore si sottolinea piuttosto la funzione organica e si pone in evidenza come egli sia chiamato ad impersonare a tutto tondo la figura dell'imprenditore societario: specie dopo l'introduzione nel codice civile dell'art. 2380 bis, il cui primo comma espressamente riserva all'amministratore la gestione esclusiva dell'impresa».

nell'adempimento dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto, gli amministratori debbano osservare la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico «non significa che gli amministratori debbano necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutti di un rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione».

Il riferimento alla «natura dell'incarico» riflette l'evoluzione del modo di concepire gli *standard* di diligenza imposti a carico dell'amministratore. La diligenza richiesta al mandatario, secondo l'art. 1710 c.c., è quella del «buon padre di famiglia» che, già antecedentemente all'adozione della nuova formulazione dell'art. 2392 c.c., era apparsa inidonea ad offrire un utile parametro di riferimento per gli amministratori.

La giurisprudenza maggioritaria era infatti pervenuta a configurare la diligenza imposta agli amministratori sulla falsa riga della c.d. diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., in base al quale «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata»⁷⁷.

⁷⁷ Cfr., *ex multis*: F. VASSALLI, *L'art. 2392 c.c. novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società* a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 29 e 30; S. PESCATORE, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003, p. 326 e ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, vol. XXIX, p. 277, secondo il quale l'art. 2392 "postula la qualificazione dell'obbligazione dell'amministratore come obbligazione di mezzi e non come

Sembrano entrare in gioco fattori oggettivi riferiti alla dimensione dell'impresa, alla sua articolazione organizzativa e al settore in cui opera. Conseguentemente, ne dovrebbe discendere un principio di diretta proporzionalità fra complessità e dimensione dell'impresa amministrata, da un lato, e grado di diligenza del gestore, dall'altro⁷⁸.

L'altro parametro a cui va relazionato il criterio della diligenza è rappresentato dalle "specifiche competenze". Questo non trova un'illustrazione esaustiva nell'ambito della Relazione di accompagnamento al decreto legislativo di riforma.

Secondo la dottrina, il criterio delle «specifiche competenze» appare rappresentativo di diversi livelli di professionalità esigibili dagli amministratori nei diversi settori dell'amministrazione societaria⁷⁹.

Le "specifiche competenze" verrebbero quindi ad assumere rilievo su un piano eminentemente professionale, in conformità alle capacità individuali di ogni singolo amministratore. Si tratta, dunque, di un criterio attraverso il quale il legislatore prende atto dei diversi gradini di competenze specialistiche nell'ambito di un organo collegiale.

Ciascun amministratore, al momento dell'assunzione della carica e durante l'esercizio della stessa, sarà dotato di una conoscenza più approfondita ed una maggiore erudizione in uno o più settori, a seconda degli studi effettuati e delle esperienze realizzate. Questo

obbligazione di risultato, con la precisazione che la diligenza richiesta dall'amministratore di società per azioni è la diligenza professionale richiesta dall'art. 1176, secondo comma, c.c., è, insomma, la diligenza esigibile da parte di chi ha assunto il compito di gestire un'impresa".

⁷⁸ F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 620 e ss..

⁷⁹ F. VASSALLI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, cit., p. 680.

“bagaglio” culturale lo porterà ad avere una predisposizione per un dato aspetto dell’attività gestionale piuttosto che per un altro, riverberandosi sul grado di diligenza esigibile rispetto a determinate questioni. La diligenza richiesta andrà parametrata rispetto alla posizione assunta dall’amministratore in seno al consiglio di amministrazione, e, pertanto, “se viene previsto un diverso grado di diligenza in relazione alla natura dell’incarico, si avrà un diverso grado di diligenza a seconda delle funzioni attribuite”⁸⁰.

Occorre pertanto chiarire se la «la diligenza» richiesta comprenda al suo interno anche «la perizia» e quindi la padronanza di particolari conoscenze tecniche⁸¹ o meno.

La perizia, considerata come capacità professionale qualificata in uno specifico settore, secondo parte della dottrina, è un elemento costitutivo della diligenza sulla base dell’assunto che l’incarico amministrativo, per essere correttamente espletato, richieda la padronanza di particolari conoscenze tecniche⁸².

⁸⁰ M. SANDULLI, *Commento all’art. 2392 c.c.*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, p. 473.

⁸¹ Alla perizia fa implicito riferimento la legge francese (art. 244 della legge 24 luglio 1966, n. 537), quando chiama gli amministratori a rispondere per gli errori commessi nella loro gestione. Sul punto, v. l’analisi di F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 277.

⁸² Così, v. M. FRANZONI, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia* a cura di F. GALGANO, Torino, 1994, p. 37 e ss., che procede affermando quanto segue: «nella nozione di adempimento rientra anche l’uso della perizia richiesta nell’espletamento della funzione svolta. La imperizia, del resto, è fonte di responsabilità degli amministratori, poiché la imperizia impedisce loro di fornire la prova liberatoria dell’art. 1218 c.c. compatibilmente con la natura dell’obbligazione dell’amministratore. Ovvero con un ragionamento che è meno elegante, si può affermare che la imperizia dell’amministratore crea un elemento presuntivo circa la negligenza in cui egli è incorso durante la gestione». Condividono la medesima opinione: R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli*

A fianco di una parte della dottrina che si dichiara categoricamente contraria all'inclusione della perizia nell'ambito della diligenza⁸³, vi sono altri che propongono una soluzione intermedia.

Più in particolare, è stata sostenuta la «possibilità di graduare la responsabilità, a seconda del diverso livello di competenza specifica di ciascun singolo amministratore, rispetto all'attività in concreto compiuta, in caso di atti amministrativi collegiali necessariamente imputabili a più amministratori ed al cui perfezionamento essi abbiano tutti concorso⁸⁴.

Indipendentemente dalla soluzione accolta, il criterio della diligenza, eventualmente integrato con quello della perizia, può ricavarsi solo attraverso l'individuazione di un modello di comportamento al quale l'amministratore si sarebbe dovuto attenere.

Il problema dell'ampiezza del contenuto della diligenza si intreccia con quello relativo all'estensione del potere di sindacabilità delle scelte di gestione da parte degli amministratori.

amministratori, cit., p. 73; L. SALVATO, *Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza*, in *Società*, 2001, p. 20. L'assunto secondo il quale l'obbligo di gestire diligentemente la società non comprenda l'ulteriore obbligo della perizia, quantomeno in senso tecnico, trovava già fondamento nell'interpretazione di M. DE GREGORIO, *Responsabilità degli amministratori*, in *Il codice di commercio commentato*, vol. IV, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938, p. 336.

⁸³ Così, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1992, p. 61 e 62.

⁸⁴ Così, R. RODORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, cit., p. 1195. Già nel vigore della normativa pregressa, v. Cass. 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1809 e ss., con nota di A. SCHERMI, *Appunti sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*; in *Le società*, 1999, p. 62 e ss., con nota di F. ZUCCONI, *La delega di fatto non esonera gli amministratori da responsabilità*, che aveva affermato che, pur dovendosi riconoscersi che il dovere di diligenza non comprende il dovere di perizia, non può per questo ritenersi che il singolo amministratore sia esonerato dalla conoscenza delle regole fondamentali ed essenziali di quella funzione.

Da un lato, infatti, si esprimono i timori rispetto alla possibilità che la «diligenza» possa costituire il Cavallo di Troia entro il quale la giurisprudenza possa oltrepassare il dogma della insindacabilità degli atti di gestione⁸⁵. Dall'altro è stato, invece, ritenuto che, negando che nella diligenza sia compresa la perizia, «significa per converso affermare la validità della regola dell'insindacabilità, da parte della magistratura, delle scelte gestionali operate dagli amministratori e dei conseguenti risultati economici⁸⁶.

Si è già rilevato come la responsabilità degli amministratori possa essere affermata solo in relazione alla violazione di specifiche obbligazioni e non per avere effettuato scelte che hanno determinato l'insuccesso economico.

La giurisprudenza ritiene che il giudice investito dall'esame di un'azione sociale non possa sindacare il merito degli atti o dei fatti compiuti dagli amministratori e dai sindaci nell'esercizio del loro ufficio. In altri termini, al giudice è preclusa una valutazione sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo amministrativo appositamente legittimato. La valutazione del giudice inerisce al riscontro di una semplice violazione dell'obbligo di adempiere i doveri secondo quanto

⁸⁵ A. ROSSI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, Cedam, 2005.

⁸⁶ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, in *Trattato* a cura di P. Cendon, Milano, 2003, p. 142.

prescritto dalla legge o dall'atto costitutivo nel rispetto di determinati parametri di diligenza⁸⁷.

La legge stabilisce degli obblighi «specifici» e degli obblighi «generali» di comportamento. Fra quest'ultimi figurano quello di amministrare con diligenza e quello di perseguire l'oggetto sociale senza conflitti di interesse.

⁸⁷ Così Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Foro pad.*, 1965, I, p. 1850. In questo senso, si veda anche la sentenza della Corte di Cass. 12 novembre 1965, n. 2359, in *Giur. it.*, 1966, I,1, p. 401. In questo caso la società cooperativa "Lavoratori di Arzignano" agisce in responsabilità contro gli amministratori, contestando loro la violazione dell'obbligo generale di gestire con diligenza in relazione alla vendita di un cinema - teatro, posta in essere al fine di far fronte alla necessità di denaro liquido. La Cassazione aderisce alla decisione assunta dalla Corte d'Appello (App. Venezia, 26 novembre 1963), secondo la quale all'epoca dei fatti contestati la situazione economica e finanziaria della cooperativa non era tale da richiedere un così pesante sacrificio come la vendita del cinema - teatro che costituiva il maggior cespite patrimoniale della società nonché oggetto delle prevalenti finalità sociali. In particolare, la Cassazione rileva come la correttezza della decisione di merito scaturisca dal fatto che il sindacato dei giudici di secondo grado abbia investito non quale tra le varie soluzioni fosse la più idonea a fronteggiare la crisi, giudizio che è precluso all'autorità giudiziaria, bensì l'effettiva necessità di un provvedimento di siffatta gravità. A ciò si aggiunga la sentenza della Suprema Corte, 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 603, relativa al caso "Finanziaria Castello": l'amministratore delegato della società Finanziaria Castello s. p. a. invece di agire in giudizio contro due debitori sociali inadempienti, stipula con i medesimi due transazioni. Una volta cessato dalla carica l'amministratore viene convenuto in giudizio dalla società che ritiene le transazioni concluse rovinose e manifestamente contrarie a diligenza. Nel giudizio di merito si riconosceva la responsabilità del cessato amministratore sulla base del giudizio del consulente tecnico d'ufficio il quale aveva ritenuto le due operazioni inopportune dopo averle confrontate con altre che in astratto si sarebbero potute compiere. La Corte di Cassazione denuncia sostanzialmente due errori della decisione di merito: il primo consistente nel fatto che il giudice, invece di esprimere un giudizio sulla diligenza si è limitato a recepire le conclusioni del consulente tecnico; il secondo, attinente il fondamento della responsabilità, riscontrato non già sull'accertamento di inadempimenti, negligenze od omissioni dell'amministratore, bensì sulla difformità riscontrata tra le transazioni poste in essere e quelle immaginate in modo ipotetico ed astratto. La Corte, nell'inviare ad altro giudice di merito l'accertamento circa la dovuta diligenza nella conclusione dei negozi transattivi, invita a procedere ad un riscontro diretto della situazione economica dei debitori, al fine di stabilire quali possono essere, secondo *l'id quod plerumque accidit*, le probabilità di recupero del credito vantato dalla società.

Collegando la responsabilità degli amministratori all'inadempimento, anche nell'eventualità in cui siano stati commessi errori nella gestione, se non sia ravvisabile una specifica violazione degli obblighi imposti dalla legge, l'amministratore non sarà responsabile.

Le difficoltà di individuare concretamente il contenuto della diligenza hanno quindi indotto la giurisprudenza a collegarne l'esistenza al verificarsi di alcuni elementi sintomatici. Così, l'esistenza di un grave errore di gestione, l'assunzione di un rischio sproporzionato, o una decisione palesemente inopportuna hanno assunto rilevanza nell'ambito della declaratoria di responsabilità degli amministratori.

Tuttavia, non si tratta di elementi che sono stati valutati *ex se* quali fonti di responsabilità, ma come circostanze dalle quali è possibile ricavare la violazione dell'obbligo di diligenza⁸⁸.

⁸⁸ Tuttavia l'esame della giurisprudenza mostra come raramente si sia giunti ad ammettere la responsabilità per violazione del solo obbligo di agire con diligenza. Tra le sentenze analizzate sembra che solo in pochissimi casi ci si sia spinti fino ad emettere una condanna fondata esclusivamente sulla *mala gestio* dell'organo gestorio. Effettuando poi una più compiuta disamina delle medesime, viene in rilievo come spesso i giudici, in maniera talvolta velata, talvolta espressa, rilevino, contestualmente, la violazione dell'obbligo di non agire in conflitto di interessi con la società. In merito si veda: Tribunale di Firenze, sentenza 11 novembre 1952, in *Dir. fall.*, 1953, II, p. 752 sul fallimento "S.C.E.I."; Trib. Milano, sent. 28 marzo 1985, in *Società*, 1985, p. 1083 sul fallimento "Mercante"; Corte di Cass., sent. 12 novembre 1965, n. 2359, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 401; Trib. Milano, sent. 28 dicembre 1989, in *Società*, 1990, p. 638 sul caso "Rotostar". Viene, *inter alios*, spesso segnalata come esemplare condanna degli amministratori per violazione del solo obbligo di agire con diligenza, la sent. Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Società*, 1989, p. 1179. Si tratta del noto caso "La Centrale" inerente l'acquisto di una rilevante partecipazione della Rizzoli s. p. a. ad un prezzo ingente. Il Tribunale di Milano aveva riconosciuto la responsabilità degli amministratori per violazione dell'obbligo di diligenza, rilevando come l'operazione fosse stata "condotta e gestita con emblematica imprudenza, sommarietà ed

In questo modo, la valutazione da compiersi nel giudizio di responsabilità non può mai investire le scelte di gestione degli amministratori, ma il modo attraverso cui gli amministratori sono pervenuti a prendere una determinata decisione.

Il giudizio di responsabilità non si attesta sulla decisione concretamente presa dagli amministratori, ma attiene al momento prodromico dell'istruttoria che ha consentito di pervenirvi.

All'amministratore si richiede ora di operare secondo determinate regole procedurali, precisate dalla legge ed ispirate ad un principio di professionalità, volte a far sì che questi possa adempiere esattamente la propria obbligazione.

In questo contesto, i fattori che potranno assumere un maggior rilievo attengono al sistema informativo adottato per l'assunzione delle

irragionevolezza". Nello specifico, la società La Centrale Finanziaria Generale agisce in responsabilità *ex art. 2392 c.c.* per aver condotto operazioni finanziarie rovinose in violazione del dovere generale di diligenza. I fatti gestionali attengono, soprattutto, all'acquisto di una partecipazione della Rizzoli s.p.a. che, al tempo dell'operazione, era fortemente indebitata, acquisto tra l'altro pari circa al quaranta per cento del capitale sociale, ad un prezzo ritenuto spropositato ed al successivo concorso nella ricapitalizzazione della società. In primo grado i giudici rilevano la responsabilità degli amministratori, accogliendo la domanda. In particolare viene riconosciuta la responsabilità del Presidente del C.d.A., Roberto Calvi, per essersi comportato con assoluta irragionevolezza. Tuttavia la Corte d'Appello investita della questione, pur mantenendo ferma la responsabilità degli amministratori, ne ancora il presupposto ad un diverso apprezzamento delle risultanze processuali: nella specie la responsabilità si fonderebbe non sulla negligenza della condotta in sé, bensì sul perseguimento di finalità extrasociali, *id est* sul conflitto di interessi. Infatti i giudici della Corte d'Appello di Milano rilevano come l'operazione sarebbe andata a vantaggio del Banco Ambrosiano che ne avrebbe conseguito una riduzione della propria esposizione creditoria verso la Rizzoli. Questo perché la Centrale era una società controllata dal Banco ed in entrambe Roberto Calvi rivestiva la carica di Presidente del consiglio di amministrazione. Quindi l'acquisto della partecipazione Rizzoli ad un prezzo superiore al suo valore di mercato e la sua successiva ricapitalizzazione ne avrebbe evitato il fallimento che, in caso contrario, avrebbe inferto un duro colpo al Banco Ambrosiano.

decisioni. Mentre, ulteriori valutazioni, come suggerito dalla dottrina, dovranno svolgersi sul piano dell'adeguatezza della motivazione della scelta nell'ambito del particolare contesto storico in cui è stata adottata.

Una volta dimostrato che l'amministratore abbia adottato le cautele, eseguito le verifiche e raccolto le informazioni preventive richieste dall'ordinaria diligenza professionale e che si sia conformato alle risultanze di questa attività preventiva, non ci si potrà lamentare dell'insuccesso economico che eventualmente consegue a tali scelte⁸⁹.

Si tratta della regola della *business judgement rule*, mutuata dagli ordinamenti di matrice anglosassone, che assolve ad una funzione garantistica dell'autonomia delle decisioni manageriali e dell'esplicitazione del carattere privatistico degli interessi di cui i soci e gli amministratori sono portatori.

L'altro dovere di carattere generale che assume rilievo ai fini dell'azione in esame è quello di perseguire l'interesse sociale senza conflitti di interesse.

La concreta delimitazione di un tale obbligo ha da sempre destato perplessità.

Anche quando il perseguimento dell'interesse sociale è stato ritenuto assolto con il perseguire la massimizzazione del profitto, si ponevano, ad esempio, una serie di problemi sulle ricadute temporali

⁸⁹ La giurisprudenza ha più volte rilevato che «mentre la scelta tra il compiere o meno un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario la responsabilità può essere generata dall'eventuale omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta» (sul punto, v., *ex multis*, Corte di Cassazione, 23 marzo 2004).

della gestione che potevano assumere una consistenza differente a seconda se collocate nel breve o nel lungo o medio periodo⁹⁰.

Per effetto del processo di neutralizzazione del modello societario, oggi, si ritiene comunque che non sia possibile affermare alcun rapporto di assimilazione fra interesse sociale e massimizzazione del profitto⁹¹.

⁹⁰ Sul punto, v. A. ASQUINI, *I battelli del Reno* in *Riv. soc.*, 1959, p. 618, ove si afferma che «l'interesse sociale deve tener conto della variabilità dei soci nel tempo (...) e comunque dell'interesse anche non attuale, perché a lungo termine, dei soci attuali». Appare infatti evidente che per tutelare i soci futuri o per garantire l'interesse a lungo termine dei soci attuali occorrerà praticare una politica di bassi dividendi e salvaguardare l'efficienza produttiva dell'impresa sociale, realizzando così un protezione privilegiata per il gruppo di comando a danno dei piccoli azionisti. Una seconda impostazione, invece, esclude che gli interessi dei soci futuri ed eventuali possano assumere rilevanza ai fini dell'individuazione dell'interesse sociale che va riferito al solo gruppo di comando esistente in un determinato momento che è libero di determinarlo nei limiti dettati dalla causa del contratto di società. Più articolate le posizioni di G. AULETTA, *Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 667 e ss., che definisce l'«interesse sociale collettivo» come «l'interesse alla prosperità dell'impresa e quindi alla sua capacità di produrre utili». Tale interesse veniva tenuto distinto dall'«interesse sociale individuale» che consiste nel «rapporto più conveniente per ciascun socio tra l'utile realizzato mediante l'impresa sociale e il sacrificio che egli deve sopportare per l'impresa sociale stessa». Sul punto, v. anche A. DE MARTINI, *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 28, il quale rileva che «presso ciascuno coesistono (...) sin dalla fase di costituzione della società due interessi: quello individuale, contrastante con l'interesse individuale degli altri, in quanto ognuno mira a realizzare il massimo di utile proprio dalla combinazione sociale e quindi ad ottenere che il punto d'incontro e di composizione degli interessi sia il più vicino possibile al proprio interesse individuale; e l'interesse di partecipante all'organizzazione e all'impresa, che è il riflesso soggettivo dell'interesse comune, uguale in tutti, perché è afferente non all'individuo in quanto tale, ma all'individuo come elemento della comunità. In linea funzionale, questo interesse comune è strumentale rispetto all'interesse individuale quando si guarda la loro coesistenza dal punto di vista dell'individuo; è invece assorbente, domani nate rispetto all'interesse individuale, sì da esigerne il sacrificio, quando la coesistenza si veda dal punto di vista dell'organizzazione»

⁹¹ Sulla neutralizzazione del modello societario, in una prospettiva puramente civilistica, da cui si è ricavata l'inessenzialità dello scopo di lucro, si veda, per tutti, G.

Si tratta di una conseguenza che si collega anche all'inesistenza di una nozione unitaria di interesse sociale e alla pertinenza alla struttura societaria di una pluralità di interessi quali ad esempio quello dei lavoratori, dei finanziatori, dei risparmiatori, del mercato o della continuazione dell'impresa, anche se in crisi, la cui osservanza è prescritta in appositi testi legislativi e che pertanto non può essere misconosciuta dagli amministratori⁹².

Pertanto, l'interesse sociale risulta permeabile alla presenza di interessi alieni alla mera compagine dei soci, e la sua concreta individuazione non appare semplice.

Sembra avere un contenuto più specifico l'obbligo di non agire in conflitto di interessi. La disciplina sancita dall'art. 2391 c.c. prevede che l'amministratore debba dare notizia delle operazioni della società in cui sia rinvenibile un interesse proprio o di altri al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, astenendosi dal compiere l'operazione stessa. In questi casi, la semplice presenza di un interesse proprio o altrui, connesso all'eventuale omissione degli obblighi

SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nella società per azioni*, cit., p. 160 e ss.; nonché G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, cit..

⁹² Sull'interesse sociale, v. *amplius* F. GALGANO, *Sommario di diritto commerciale*, Milano, 2000, p. 18 e 19. L'Autore rileva una triplice articolazione dell'interesse sociale: «c'è, dunque, un interesse sociale preliminare: l'interesse a che il patrimonio sociale, formato con i conferimenti dei soci, sia utilizzato per l'esercizio di una attività economica, della specifica attività economica che forma oggetto della società; c'è poi un interesse sociale intermedio: l'interesse a che l'attività economica sia colta alla realizzazione degli utili; c'è, quindi, un interesse sociale finale: l'interesse a che gli utili realizzati siano divisi tra i soci». Per un'analisi delle diverse impostazioni dogmatiche nell'ordinamento italiano e delle conseguenti ricadute applicative, v.: P.G. JAEGER, *Interesse sociale*, Milano, 1972; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 e ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 56 e ss..

informativi, potrebbe integrare di per sé la prova del mancato rispetto degli obblighi imposti all'amministratore e, conseguentemente, il suo inadempimento.

Accanto a questi obblighi di carattere generale ve ne sono moltissimi di carattere specifico che si collegano a prescrizioni sancite dalla normativa societaria o previste in specifiche leggi.

Tuttavia, la legge non detta un elenco della totalità degli obblighi che gravano sugli amministratori. Il motivo di tale mancanza viene giustificato con un dato puramente empirico: «tali e tanti sono gli adempimenti ai quali gli amministratori sono tenuti nello svolgimento dell'attività sociale, che una completa elencazione sarebbe praticamente impossibile e probabilmente poco utile»⁹³.

⁹³ Così, v. F. BONELLI, in *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 160 e ss., il quale continua, osservando che «anche gli interpreti, per la stessa ragione, non hanno mai tentato di fare un elenco completo di tutti gli obblighi che il codice civile e svariate altre leggi (penali, previdenziali, fiscali, fallimentari...) impongono agli amministratori ed in genere si sono limitati a generiche classificazioni, delle quali si è espressamente sottolineata l'incompletezza e la disorganicità (...). L'unica distinzione che, nell'ambito delle obbligazioni dell'amministratore, ci sembra possa avere un significato, è quella tra obbligazioni aventi un contenuto specifico e già precisamente determinato dalla legge o dallo statuto (.....) ed obbligazioni in cui la prestazione dell'amministratore, cioè il comportamento dovuto, non è specificato e va determinato di volta in volta con riferimento a tutte le circostanze del caso». Una posizione differente è espressa da M. SANDULLI, *Commento all'art. 2392 c.c.*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, cit., pp. 472 e 473, dove viene proposto un altro tipo di classificazione: «in via primaria, il riferimento deve essere a tutti quegli adempimenti "legali" dovuti in ragione della carica: solo per fare qualche esempio, la convocazione delle assemblee. Accanto a questi doveri legati ad adempimenti funzionali alla organizzazione dell'ente, vi sono poi quelli legati all'esercizio dell'attività. Con riferimento a questo profilo, possiamo distinguere un'attività di amministrazione ed un'attività di gestione. La prima assomma l'amministrazione organizzativa dell'ente sia come "soggetto" che come "imprenditore"; la seconda riguarda l'attività operativa, che si concretizza nel compimento delle operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale».

Fra gli obblighi a contenuto specifico quelli che vengono comunemente indicati attengono: alla regolare tenuta delle scritture contabili⁹⁴; all'obbligo di redazione del bilancio⁹⁵; all'obbligo di convocare l'assemblea in caso di perdite⁹⁶; all'obbligo di eventuale

⁹⁴ Incontestabile è l'obbligo degli amministratori di tenere regolarmente le scritture contabili di cui agli artt. 2214 e ss. c.c., tanto più a fronte della perentoria precisazione dell'art. 2280-*bis* c.c., introdotto con il decreto di riforma, per il quale "la gestione sociale spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". Ai fini dell'irrogazione della sanzione civilistica, Autorevole dottrina sottolinea la necessità che dalla violazione consegua un danno alla società: non ritenendosi sufficienti ad individuare la responsabilità degli stessi amministratori mere irregolarità contabili, allorché da queste non derivi un pregiudizio patrimoniale. Sul punto, v. ancora F. BONELLI, in *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 160 e ss..

⁹⁵ A norma dell'art. 2423 c.c. «Gli amministratori devono redigere il bilancio di esercizio, costituito dallo stato patrimoniale, dal conto economico e dalla nota integrativa». Si tratta di un obbligo che grava sull'amministratore unico o sul consiglio di amministrazione e che, in quest'ultimo caso non è delegabile, in forza dell'esclusione formulata dall'art. 2381 c.c.. Esso include il dovere di redigere ed approvare il progetto di esercizio, osservando le modalità, i principi ed i criteri posti dall'art. 2423 c.c. e ss., sottoporre la bozza stessa al collegio sindacale (se istituito) per la relazione di questo portarla in approvazione all'assemblea della società che deve appositamente essere convocata, e, ad approvazione avvenuta, comunicare e depositare il documento presso le competenti sedi. L'omessa redazione del bilancio viene a costituire una delle più evidenti violazioni degli obblighi degli amministratori, altrettanto palese risulta che da tale violazione non si genera un danno immediato per la società, salvo in circoscritte ipotesi. L'omessa o irregolare redazione del bilancio costituisce comunque una delle ipotesi di grave irregolarità di cui all'art. 2409 c.c. ed esporrà, di conseguenza gli amministratori (ed i sindaci) agli effetti della procedura di controllo giudiziale promossa dalla minoranza sociale numericamente qualificata.

⁹⁶ L'art. 2446 c.c., volto alla conservazione dell'integrità del capitale sociale, dispone che quando risulta che il capitale sociale è diminuito di oltre un terzo, in conseguenza di perdite, gli amministratori, qualora essi non vi provvedano, il collegio sindacale devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti; nel perseguimento dello stesso obiettivo si pone il successivo art. 2447 c.c. che, nell'ipotesi specifica in cui, per la perdita di oltre un terzo del capitale, questo si riduca al di sotto del minimo legale, prescrive che gli amministratori debbano senza indugio convocare l'assemblea per deliberare la riduzione del capitale o il contemporaneo aumento del medesimo ad una cifra non inferiore a detto minimo, o la trasformazione della società. L'art. 2447 c.c. che si colloca nell'ambito della disciplina delle società per azioni, trova una sostanziale replica nel nuovo art. 2482-*ter*, dettato in materia di società a responsabilità limitata. L'azione di responsabilità promossa dalla società contro gli

revisione della stima del capitale sociale⁹⁷; il divieto di intraprendere nuove operazioni⁹⁸; il dovere di convocazione dell'assemblea su richiesta della minoranza⁹⁹; l'obbligo di impugnare le deliberazioni

amministratori vedrà quindi, da un lato, la società attrice che dovrà dimostrare l'inadempienza all'obbligo di convocazione dell'assemblea, il danno da ciò, ad essa, derivante e lo stretto nesso di causalità tra i predetti due elementi; e, in posizione di convenuto l'amministratore che dovrà provare di essere esente da colpe.

⁹⁷ Inerisce agli obblighi del mandato conferito agli amministratori l'incombenza di garantire la conservazione dell'integrità del capitale sociale. Questa obbligazione assume poi particolare rilievo nei confronti dei creditori sociali, della cui azione di responsabilità verso gli amministratori, ai sensi dell'art. 2394 c.c., un'eventuale violazione costituisce il presupposto. Precedentemente ad essa, se non altro in senso logico, può ritenersi altro dovere e cioè quello, posto a carico degli amministratori, di assicurare l'effettività del capitale sociale, vale a dire la congrua rispondenza tra valore effettivo del conferimento effettuato dal socio ed importo nominale del capitale. Tale obbligo intercorre per tutta la durata della società, ma emerge e si esprime con maggiore pregnanza in occasione di tre momenti della vita sociale: 1) all'atto della costituzione della società, ove l'atto costitutivo consenta, ed il socio intenda effettuare conferimenti, anziché in denaro, in natura, ovvero conferire crediti, *ex art.* 2343 c.c.; 2) in occasione di successivi aumenti di capitale in cui, del pari, uno dei soci intenda addivenire alla sottoscrizione della propria quota tramite conferimento di beni in natura o di crediti *ex art.* 2440 c.c.; 3) nel caso di trasformazione di una società in nome collettivo o in accomandita semplice in società per azioni, in accomandita per azioni o di responsabilità limitata, ai sensi del precedente testo dell'art. 2498 c.c. e, dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto societario, del nuovo art. 2500-*ter* c.c..

⁹⁸ L'obbligo di non intraprendere nuove operazioni, differentemente da quanto avveniva con la vecchia disciplina, non scatta più automaticamente con il verificarsi di perdite che riducano il capitale sociale al di sotto del minimo legale, ma solo con l'iscrizione nel registro delle imprese della dichiarazione in cui gli amministratori rilevano che si sono verificate perdite che hanno ridotto il capitale sociale al disotto del minimo legale (artt. 2484 e 2485 c.c.). In argomento v. F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 623, il quale rileva che «L'obbligo degli amministratori, la cui violazione ha determinato innumerevoli condanne in azioni esercitate da curatori fallimentari, è quello di non compiere nuove operazioni dopo che si siano verificate perdite che hanno ridotto il capitale sociale al disotto del minimo legale. La riforma del 2003 ha in parte modificato la disciplina applicabile che, però, in sostanza non è di molto cambiata rispetto alla precedente».

⁹⁹ Secondo quanto stabilisce l'art. 2367 c.c. «Gli amministratori o il consiglio di gestione devono convocare senza ritardo l'assemblea, quando ne è fatta domanda da tanti soci che rappresentino almeno il decimo del capitale sociale o la minore percentuale prevista nello statuto, e nella domanda sono indicati gli argomenti da trattare. Se gli amministratori o il consiglio di gestione, oppure in loro vece i sindaci o il consiglio di sorveglianza, non provvedono, il presidente del tribunale, sentiti i componenti degli

invalide; il divieto di uso di informazioni riservate; l'obbligo di dare esecuzione alle delibere assembleari; il divieto di agire in concorrenza con la società¹⁰⁰; l'obbligo di accertare l'esistenza dell'eventuale insorgenza di una causa di scioglimento della società e di procedere alla conseguente iscrizione nel registro delle imprese; e più in generale ogni altro obbligo previsto dalla legge.

Ai fini dell'insorgere della responsabilità civile dell'amministratore non è sufficiente che esso si sia reso inadempiente agli obblighi di carattere generale o a contenuto specifico derivanti dalla legge o dall'atto costitutivo.

Qualsiasi forma di responsabilità civile, sia essa contrattuale o aquiliana, non postula solo l'esistenza di un comportamento illegittimo dell'agente, ma anche che siano individuabili un danno ed un preciso nesso di causalità tra il danno stesso e quel comportamento.

organi amministrativi e di controllo, ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato, ordina con decreto la convocazione dell'assemblea, designando la persona che deve presiederla. (...).».

Legittimati a richiedere la convocazione dell'assemblea non sono solo quanti appaiono intestatari delle azioni, ma altresì l'usufruttuario delle azioni stesse, il creditore pignoratizio, il custode nel caso di sequestro giudiziario dei titoli, il girante (e non il giratario) delle azioni girate per procura, la società fiduciaria ed i possessori di azioni privilegiate.

¹⁰⁰ L'art. 2390 c.c., nel testo originario, sanciva che «Gli amministratori non possono assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili in società concorrenti, né esercitare un'attività concorrente per conto proprio o di terzi, salvo autorizzazione dell'assemblea». La riforma del diritto societario, conservando la norma ha inserito un ulteriore comma in forza del quale gli amministratori non possono neppure «essere amministratori o direttori generali in società concorrenti». L'inadempimento dello specifico obbligo permane sanzionato nel secondo comma del citato articolo 2390 c.c., a mente del quale «Per l'inosservanza di tale divieto l'amministratore può essere revocato dall'ufficio e risponde dei danni».

Questa regola generale non soffre eccezioni per la responsabilità degli amministratori di società¹⁰¹.

Pertanto il danno e il nesso di causalità, quali elementi costitutivi della responsabilità dell'amministratore, devono essere provati da chi agisce in giudizio¹⁰².

La prova dell'esistenza del danno potrà essere fornita con i mezzi più diversi¹⁰³, anche se sembra assumere una rilevanza prioritaria la prova documentale costituita dalle scritture contabili e dai bilanci.

Si tratta, tuttavia, di un'operazione che non sempre risulta agevole, in quanto «il pregiudizio derivante da specifici atti illegittimi imputabili agli amministratori non deve essere confuso con il risultato negativo della gestione patrimoniale della società nel suo complesso¹⁰⁴.

¹⁰¹ V.: Cass., 23 febbraio 2005, n. 3774, in *Giur. it.*, 2005, p. 1637; Trib. Milano 2 novembre 2004, *ivi*, 2005, p. 528; Trib. Milano, 18 luglio 2006, in *Le Società*, 2007, p. 875; Trib. Milano 19 dicembre 2006, *ivi*, 2008, p. 333.

¹⁰² Sul punto, cfr. Trib. Como, 17 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 408, ove si è rilevato che solo in alcuni casi il danno è in *re ipsa*, nel senso che dal comportamento dell'amministratore contrario ai doveri della carica deriva immediatamente e direttamente una diminuzione del patrimonio della società (per esempio, in ipotesi di sottrazione di beni, o di omissione di adempimenti tributari e previdenziali da cui discenda l'applicazione di pene pecuniarie), mentre in altri casi, più frequenti, la suddetta violazione non è immediatamente produttiva di un danno (per esempio, in ipotesi di creazione di fondi extrabilancio).

¹⁰³ Esso andrà commisurato in concreto con riferimento al pregiudizio che la società non avrebbe subito se quel determinato comportamento illegittimo, commissivo od omissivo, non fosse stato posto in essere dall'amministratore. Sul punto v. L. NAZZICONE, *Commento sub art. 2390*, in G. LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 186.

¹⁰⁴ M. CASSOTTANA, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.*, Milano 1984, 98 e ss.; P.G. JAEGER, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 548 e ss.; L. PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità tra atti di mala gestio e danno*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 86 e ss.; R. RORDORF, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società*, 1993, p. 619 e ss.; A. ROSSI, *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 81; S. PATTI, *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 601 e ss.;

Per il nesso di causalità occorre, invece, operare una distinzione, in quanto assumerà un fondamentale rilievo il fatto che la prova afferisca alla violazione di obblighi a contenuto specifico, ovvero di canoni generali di comportamento¹⁰⁵.

Nel primo caso, infatti, il dovere è indicato in modo puntuale e dalla legge, e dallo statuto, perciò il mancato adempimento sarà di facile ricognizione; nel secondo, invece, la dimostrazione richiederà la preventiva individuazione del modello astratto di comportamento "medio" cui avrebbe dovuto uniformarsi la condotta dell'amministratore ed il successivo raffronto con la "difforme" condotta concreta¹⁰⁶.

E. GABRIELLI, *La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci della società fallita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 7 e ss..

¹⁰⁵ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, in P. CENDOM (a cura di), *Trattato*, cit., pp. 595 e 596.

¹⁰⁶ Sul punto v. R. BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2005, p. 217, il quale riferisce del nesso di causalità sotto il profilo dell'onere probatorio «se vi sia una presunzione a carico degli amministratori che non abbiano adempiuto ai loro obblighi, o se occorra la prova positiva che il danno non si sarebbe verificato in caso di puntuale svolgimento del *munus*. La questione si ricollega al più generale problema della natura giuridica dell'azione. È affermazione tratlizia che la natura contrattuale importi la presunzione di colpa *ex art.* 1218. Il dolo, invece, rilevante ai sensi dell'art. 1225, deve essere positivamente dimostrato. Ciò però non implica una presunzione di inadempimento, che è invece da provare". Egli affronta il *thema* dell'onere della prova anche sotto un altro angolo prospettico relativamente agli "eventuali requisiti specifici di professionalità statutariamente previsti all'art. 2387 c.c., comportanti una maggiore responsabilità, fino a connotare il mandato gestorio in senso spiccatamente professionale, con il conseguente richiamo della disciplina legale, incluso l'art. 2236 c.c.. In questo senso, la strada era stata aperta con l'art. 62, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che dava un aggancio ai codici di autodisciplina di cui ai successivi artt. 2387 e 2409septiesdecies (consiglio di amministrazione nel sistema monistico), relativi a codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o società di gestioni di mercato regolamentati". Sull'argomento dell'onere probatorio v. *amplius* Cass. Civ., I sez., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. it.*, 2005, p. 68 e ss., con commento di R. WEIGMANN, nella quale viene stabilito che: "l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti

Particolari problemi possono nascere in conseguenza della previsione nell'ambito dell'art. 2392 c.c. della responsabilità solidale fra gli amministratori. L'art. 2392 c.c., dispone che: «essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose».

Secondo la disposizione citata, la responsabilità non sorge per il solo fatto che si sia verificato un danno a carico della società e che questo sia in qualche modo riferibile alla condotta degli amministratori: è necessario un *quid pluris* identificato nel fatto che il singolo gestore abbia partecipato personalmente all'atto causativo del danno, o, nel diverso caso in cui non vi abbia partecipato, che questi non abbia fatto quanto poteva per contenere le derivazioni dannose a carico della società.

Il richiamo operato dalla disposizione in favore dell'art. 2381 c.c. sta ad indicare l'imposizione in capo all'amministratore di un onere di informazione e una conseguente responsabilità per il caso di mancato intervento.

dall'appartenenza al gruppo deve essere concretamente provata dall'amministratore, convenuto in giudizio dalla società stessa per sentirlo condannare a risarcire il danno". E, in luogo di altri, v. Trib. Como, 16 giugno 2001, in *Giur. It.*, 2002, p. 568 e ss., con commento di S. CERRATO, *A proposito di responsabilità degli organi sociali e prova del danno*.

3. L'azione sociale di responsabilità nella disciplina generale dell'art. 2393 c.c..

L'art. 2393 c.c., come già anticipato, regola i profili processuali dell'azione sociale di responsabilità. In essa perciò sono contenute disposizioni dirette a dettare le condizioni per l'esercizio da parte della società dell'azione di responsabilità, il termine prescrizione dell'azione stessa, le circostanze in cui all'esercizio dell'azione consegue la revoca dell'amministratore e le specifiche condizioni della rinuncia o della transazione da parte della società sui diritti fatti valere con l'azione.

Rispetto alla previgente versione dell'art. 2393 c.c.¹⁰⁷, l'attuale formulazione della norma presenta significative novità¹⁰⁸.

¹⁰⁷ L'art. 2393 c.c. prima della riforma così recitava: «(1)L'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione. (2) La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare. (3)La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla loro sostituzione. (4)La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale».

¹⁰⁸ Il d.lgs. 6/2003 ha operato tre interventi. In primo luogo, il 2° comma è stato integrato aggiungendo un inciso finale con cui si precisa che la deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco delle materie da trattare, «quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio». In secondo luogo, nel dettato legislativo è stato inserito un nuovo 3° comma, dove si stabilisce che «l'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica». In terzo luogo, il comma 4 dell'art. 2393, ora divenuto il 5° comma del medesimo articolo, in tema di possibilità per la società di rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e di transigere, purché non vi sia il

Secondo quanto stabilito dalla norma, l'azione sociale di responsabilità deve essere il risultato di una decisione a cui i soci prendono parte e può trovare applicazione anche nel caso in cui la società versi in stato di liquidazione.

voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale, è stato aggiornato, coordinandolo con il nuovo art. 2393 *bis*. In proposito, bisogna tenere presente che il 1° e il 2° comma di tale nuova disposizione consentono l'esercizio dell'azione sociale da parte di una minoranza la cui consistenza può essere inferiore al quinto, se così prevede lo statuto sociale o se se si è nel campo delle società nelle quali si faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, dove, ai fini della legittimazione, è sufficiente rappresentare un quarantesimo del capitale sociale. Per non vanificare le azioni di minoranza esercitate da soci rappresentativi di meno di un quinto del capitale sociale, era necessario riscrivere l'ultima parte dell'art. 2393, che infatti adesso attribuisce, al comma 5, il diritto di veto, rispetto a rinunzie o transazioni, a tutte alle minoranze legittimate all'esercizio dell'azione sociale *ex art. 2393 bis*, 1° e 2° comma, indipendentemente dalla circostanza che raggiungano la soglia del venti per cento. Resta invece immutata la regola dettata dal 1° comma dell'art. 2393, secondo cui l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea, anche se la società è in liquidazione, e quella dettata dal 3° comma, adesso diventato 4° comma, sempre dell'art. 2393. In base a tale ultima disposizione, la deliberazione dell'azione di responsabilità, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, importa la revoca degli amministratori contro cui è proposta e la loro sostituzione a cura dell'assemblea.

L'art. 2393, rubricato "azione sociale di responsabilità" recita quanto segue: «l'azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea anche se la società è in liquidazione. La deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori può essere presa in occasione della discussione del bilancio, anche se non è indicata nell'elenco della materia da trattare, quando si tratta di fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio. L'azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. L'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica. La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa col voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso l'assemblea stessa provvede alla sostituzione degli amministratori. La società può rinunziare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinunzia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, ovvero la misura prevista nello statuto per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità ai sensi dei commi primo e secondo dell'articolo 2393 *bis*».

In questo contesto, assume un particolare ruolo la deliberazione assembleare che deve essere approvata in base alle maggioranze previste per l'assemblea ordinaria.

Secondo l'orientamento dominante, la deliberazione assembleare costituisce una condizione dell'azione. Ne consegue che essa può anche sopravvenire nel corso del giudizio con effetto sanante *ex tunc*¹⁰⁹, mentre nel caso di inerzia degli amministratori in ordine alla convocazione dell'assemblea, soccorreranno i sindaci in virtù degli artt. 2406 e 2408 c.c., ovvero, nel caso in cui anche questi omettano di provvedervi, vi provvederà il tribunale a norma dell'art. 2367 c.c..

Al fine di facilitare la promozione dell'azione anche nei confronti degli amministratori ancora in carica, il legislatore ha previsto che la deliberazione possa essere adottata nel corso dell'assemblea di bilancio anche se non è indicata nelle materie da trattare¹¹⁰ e purché sia relativa a fatti di competenza dell'esercizio a cui il bilancio stesso si riferisce¹¹¹.

¹⁰⁹ Sul punto, v. F. VASSALLI, *op. cit.*, p. 689. Sull'efficacia sanante *ex tunc* che, alla deliberazione assembleare viene accordata in giurisprudenza, v. *amplius* Cass., 28 luglio 2000, n. 9904, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 221 e ss.. Nel medesimo senso v. Cass. 11 novembre 1996, n. 9849, in *Società*, 1996, p. 1221 e ss., nella quale espressamente viene ribadito il principio *de quo*. Si richiede, infatti, al giudice investito di un'azione sociale di responsabilità *ex art.* 2393 di accertare: «la sussistenza della deliberazione assembleare che, a norma del comma primo della menzionata disposizione, tale azione approva; la verifica deve essere svolta in via preliminare, costituendo quella deliberazione un presupposto (ancorché suscettibile di regolamentazione *ex tunc*) che attiene alla legittimazione di colui che ha agito nel processo, ossia alla stessa efficacia della costituzione in giudizio della società in nome e per conto della quale l'azione di responsabilità è stata esercitata».

¹¹⁰ Sul punto, v. A. TOFFOLETTO, *La responsabilità degli amministratori verso la società*, in AA.VV., *Diritto delle società (Manuale breve)*, Milano, 2004, pp. 226 e 227. Normalmente, sono gli amministratori che provvedono a stilare l'ordine del giorno, orbene partendo da questo dato di carattere pratico, ben si evince che difficilmente gli amministratori metteranno nell'elenco delle materie da trattare l'azione di responsabilità contro sé stessi con conseguente diminuzione percentuale dei casi in cui l'assemblea voterà

Inoltre, il terzo comma dell'art. 2393 c.c. ha voluto potenziare la funzione del collegio sindacale, chiarendo che «l'azione di responsabilità può anche essere promossa a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti».

L'azione può essere esperita nei cinque anni successivi alla cessazione dell'amministratore dalla carica. Ciò determina che il termine quinquennale di prescrizione *ex art. 2949*, primo comma, c.c. comincia a decorrere non dal momento in cui si è prodotto il danno lamentato dalla società, ma dalla cessazione dell'amministratore dalla

l'azione di responsabilità in base all'ordine del giorno. In questo senso v. G. PRESTI e M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2005, vol. II, p. 156, ove si rileva che «per evitare l'*impasse* derivante dalla circostanza che sono gli amministratori stessi a formulare l'ordine del giorno, la deliberazione in esame può essere presa in occasione dell'assemblea convocata per la discussione del bilancio».

¹¹¹ «La possibilità per l'assemblea di deliberare, al di fuori dell'ordine del giorno, solo relativamente ai fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio parrebbe tradursi in una sorta di termine di decadenza annuale per la proposizione dell'azione». Così, E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 804. Nello stesso senso v. S. AMBROSINI, *L'amministrazione e i controlli nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, n. 3/2003, p. 316. La locuzione «fatti di competenza dell'esercizio cui si riferisce il bilancio» è già nota nell'ambito del codice civile, nella specie, all'art. 2423bis in cui nell'indicazione dei "principi di redazione del bilancio" si fa riferimento ai proventi e agli oneri "di competenza dell'esercizio, indipendentemente dalla data dell'incasso o del pagamento» Così, L. NAZZICONE, *Commento all'art. 2393*, in G. Lo Cascio (a cura di, *La riforma del diritto societario*, *cit.*, p. 194. Sul punto, rileva ancora L. NAZZICONE, *op. loc. cit.*, che se «nell'obbligazione risarcitoria, l'obbligo sorge al momento in cui è integrata la fattispecie, composta dalla condotta colposa o dolosa e dal pregiudizio: perciò, il riferimento introdotto dall'art. 2393 c.c. ricomprende certamente i danni verificatisi o scoperti nel corso dell'esercizio stesso, ancorché derivanti da condotte poste in essere dagli amministratori negli esercizi precedenti», è pur vero che «deve ritenersi che la norma consenta, altresì, la deliberazione con riguardo alle condotte inadempienti poste in essere dagli amministratori nel corso dell'esercizio afferente il bilancio oggetto di approvazione: coerente con la *ratio* della disposizione è, invero, che le condotte degli amministratori possono essere valutate dall'assemblea che approva il bilancio, la quale è spesso la prima riunione convocata dopo la loro commissione».

carica¹¹². Si tratta di una deroga al principio generale stabilito dall'art. 2935 c.c. in base al quale «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere».

Il quinto comma dell'art. 2393 c.c. prevede come conseguenza dell'esperimento dell'azione di responsabilità la revoca degli amministratori. Affinché quest'ultima possa conseguire direttamente dall'azione è, tuttavia, necessario il «voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale». In seguito alla deliberazione, i soci, nell'ambito della stessa seduta, dovranno procedere nuovamente a votazione ai fini della sostituzione degli amministratori revocati.

Secondo quanto espressamente sancito dalla norma in esame, ad una società che intenda promuovere un'azione sociale di responsabilità è data la possibilità di rinunciare all'esperimento della stessa, ovvero di transigervi¹¹³. Tuttavia, si richiede il necessario verificarsi di due condizioni. In primo luogo, occorre un'espressa deliberazione assembleare che convalidi l'utilizzazione di un tale strumento.

In secondo luogo, si richiede che nell'ambito della conseguente delibera assembleare non si registri il voto negativo di una minoranza di soci che rappresenti almeno un quinto del capitale sociale. Si tratta di

¹¹² F. GALGANO, *op. cit.*, p. 315.

¹¹³ In argomento v. G. AULETTA, *op. cit.*, p. 483, il quale ricorda che l'art. 2393 ultimo comma «non si riferisce alla mera rinuncia agli atti del giudizio (che non estingue mai l'azione e necessita di accettazione delle parti costituite aventi interesse alla prosecuzione), bensì alla sola rinuncia all'azione (quale definitiva e unilaterale dismissione del potere)». Occorre comunque rilevare che, come ricorda Trib. Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 326 e ss., «una volta consumata la fattispecie di *mala gestio* potenzialmente dannosa, non hanno efficacia esimente la generica deliberazione di manleva per l'attività svolta, né, tanto meno la rinuncia preventiva all'azione di responsabilità, eventualmente contenuta in patti parasociali; occorrendo, a pena di nullità per l'indeterminabilità dell'oggetto, la specificazione degli episodi esaminati sui quali la società non intenda perseguire gli amministratori».

limitazioni, poste a tutela delle minoranze sociali, che si pongono in sintonia con la previsione dell'art. 2393-bis.

Per quanto riguarda gli ulteriori aspetti processuali, occorre rilevare che l'art. 1, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, infatti, comprende espressamente le azioni in questione tra quelle cui si applica il cosiddetto rito societario, introdotto da detto decreto, e sulle quali il tribunale giudica in composizione collegiale¹¹⁴.

4. L'azione sociale proposta dalla minoranza ai sensi all'art. 2393-bis c.c..

L'azione sociale di cui all'art. 2393-bis c.c. rappresenta una delle maggiori novità introdotte dalla riforma del diritto societario¹¹⁵.

La scarsa applicazione pratica dei giudizi di responsabilità elevati a norma dell'art. 2393 c.c., prevalentemente circoscritta alle sole ipotesi

¹¹⁴ Anche con riferimento alla situazione preesistente all'entrata in vigore del citato d.lgs. n. 5 del 2003, l'orientamento favorevole alla competenza del giudice del lavoro era stato ritenuto superato da Cass., 6 giugno 2003, n. 9090, in *Foro it.*, 2004, I, p. 551 e ss.; Cass., 2 marzo 1999, n. 1726, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1853 e ss., in *Giur. it.*, 1999, p. 1879 e ss., in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1354 e ss., nonché in *Le società*, con commento favorevole di S. AMBROSINI, in quanto incompatibile con la riserva di collegialità posta dall'art. 48, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, come modificato dall'art. 88, della legge 26 novembre 1990, n. 353.

¹¹⁵ Su cui v., tra gli altri: G. OPPO, *L'azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 405 e ss.; R. RORDORF, *I poteri degli azionisti di minoranza nel testo unico dei mercati finanziari*, in *Scritti in onore di Vincenzo Salafia*, Milano, 1998, p. 141 e ss.; P. FABRIS, *Sulla natura dell'azione sociale di responsabilità esercitabile da parte dei soci di minoranza nelle società quotate*, in *Nuova giur. civ.*, 1999, II, p. 349 e ss.; F.M. MUCCIARELLI, *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 59 e ss.; E. SABATELLI, *Questioni in tema di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte della minoranza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 88 e ss..

di cessione del pacchetto di controllo della società e di ammissione ad una procedura concorsuale, ha condotto il legislatore a rivedere l'istituto dell'azione sociale di responsabilità al fine di renderlo maggiormente fruibile ed accessibile alla generica massa dei soci.

Per la prima volta si introduce una specifica azione sociale proposta dalla minoranza dei soci ai fini dell'ottenimento della condanna degli amministratori al risarcimento del danno in favore della società.

La disciplina dell'azione è ritagliata sul solco già tracciato dall'art. 129 del T.U.F. (d.lgs. n. 58/1998) e le differenze con l'azione proposta ai sensi dell'art. 2393 c.c. non sono moltissime.

La norma, rubricata "azione sociale di responsabilità esercitata dai soci", stabilisce quanto segue: «l'azione sociale di responsabilità può essere esercitata anche dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo.

Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione di cui al comma precedente può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto.

La società deve essere chiamata in giudizio e l'atto di citazione è ad essa notificato anche in persona del presidente del collegio sindacale.

I soci che intendono promuovere l'azione nominano, a maggioranza del capitale posseduto, uno o più rappresentanti comuni per l'esercizio dell'azione e per il compimento degli atti conseguenti.

In caso di accoglimento della domanda, la società rimborsa agli attori le spese del giudizio e quelle sopportate nell'accertamento dei fatti che il giudice non abbia posto a carico dei soccombenti o che non sia possibile recuperare a seguito di loro escussione.

I soci che hanno agito possono rinunciare all'azione o transigerla; ogni corrispettivo per la rinuncia o la transazione deve andare a vantaggio della società.

Si applica all'azione prevista dal presente articolo l'ultimo comma dell'articolo precedente».

La previsione normativa è volta a creare un meccanismo di legittimazione sostitutiva dei soci per l'esercizio dell'azione sociale di cui all'art. 2393 c.c.. In altri termini, la minoranza esercita in nome proprio, ma nell'interesse della società, la medesima azione la cui legittimazione normale spetterebbe all'assemblea.

La legittimazione attiva, nell'ambito delle società non quotate, compete alla frazione del quinto del capitale sociale o alla diversa misura prevista dallo statuto, comunque non superiore al terzo. Per le società quotate, il quantitativo è invece fissato in un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto¹¹⁶.

¹¹⁶ La prescrizione di specifici *quorum* ai fini della legittimazione ad agire si riconnette con il relativo problema delle conseguenze che, dalla perdita dei requisiti di legittimazione, possono farsi ricondurre. Il problema è di maggiore evidenza, atteso che sia l'art. 2393-bis c.c. sia l'art. 129 del T.U.F. nulla dicono in proposito. Sul punto, v. L. NAZZICONE, *op. loc. cit.*, p. 206 e G. AULETTA, *op. loc. cit.*, p. 487, i quali sono concordi nel considerare il requisito una condizione dell'azione e non un mero presupposto processuale con la conseguenza che potrà sopraggiungere in corso di causa, ma deve comunque sussistere al momento della decisione nel merito. Alla lacuna normativa può soccorrere il richiamo all'art. 2378, relativo al procedimento di impugnazione delle delibere assembleari che al secondo comma regola il caso del venir meno delle azioni richieste, ed effettua un richiamo all'art. 111 c.p.c., per il quale il processo

Altra differenza importante attiene all'estensione della legittimazione all'esercizio dell'azione anche in capo ai titolari di categorie di azioni diverse da quelle ordinarie. L'art. 2393-bis parla, infatti, genericamente di soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale, ed anche le azioni privilegiate o altre categorie di azioni, come quelle emesse a favore dei dipendenti, concorrono alla formazione del capitale sociale e alla conseguente attribuzione della qualifica di socio. Quindi, viene riconosciuto in capo a tutti i soci, indipendentemente dalla tipologia di azioni possedute, un interesse alla correttezza della gestione ed alla reintegrazione del capitale sociale.

L'azione dà vita ad un giudizio, cui la società deve autonomamente esser chiamata a partecipare, non dissimile da quello che si svolge a seguito dell'esercizio dell'azione sociale disciplinata dal precedente art. 2393. La società assume quindi la veste di un litisconsorte necessario nella causa iniziata dalla minoranza.

prosegue tra le parti originarie. In ogni caso, M. PRESTI e G. RESCIGNO, *op. loc. cit.*, p. 158, criticamente rilevano che "benché la tesi della condizione dell'azione abbia un maggior numero di fautori, va sottolineato che il suo accoglimento rappresenta un potente disincentivo all'esercizio dell'azione – soprattutto nel caso di investitori professionali – perché costringe l'attore ad immobilizzare per un periodo non breve le azioni corrispondenti alla soglia di legittimazione". Sul punto, v. *amplius* S. AMBROSINI, *Appunti in tema di amministrazione e controllo nella riforma delle società*, in *Società*, 2003, p. 356, il quale ritiene che: «i "contrappesi" previsti dalla norma siano tutto sommato idonei, se non a scongiurare, quanto meno a limitare il rischio di azioni di disturbo: per un verso, il quorum del 20% del capitale necessario per l'esercizio dell'azione (che scende al 5% per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio); per altro verso (e direi soprattutto), il fatto che i soccombenti debbano sopportare le spese del giudizio e che il corrispettivo dell'eventuale transazione vada a vantaggio della società e non degli attori; pur non potendo escludersi, in verità, accordi "sottobanco" tra soci di maggioranza e soci di minoranza per una rinuncia all'azione che sia, in qualche modo, "remunerata"».

La società, come già detto, è l'unica titolare del diritto al risarcimento del danno dovuto dagli amministratori. Si tratta, pur sempre, di un'azione sociale di responsabilità e, conseguentemente, il risultato utile di tale azione spetta esclusivamente alla società stessa.

Lo stesso vale anche in ordine all'eventuale corrispettivo pattuito in caso di transazione. Analogamente all'azione ordinaria di responsabilità sociale, anche l'azione sociale proposta dalla minoranza è passibile di rinuncia o transazione ad opera della medesima società, purché non consti l'opposizione di soci titolari della partecipazione qualificata indicata dall'ultimo comma dell'articolo da ultimo citato. Anche i soci che hanno proposto l'azione possono rinunciarvi o transigere, ma permane l'obbligo (il cui rispetto potrebbe però non essere agevolmente verificabile) di riversare a vantaggio della società ogni corrispettivo eventualmente percepito per la rinuncia o la transazione.

5. L'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c..

L'art. 2394 c.c. offre una tutela ai creditori sociali contro le violazioni poste in essere dagli amministratori delle società per azioni.

Si tratta di un'azione che, tuttavia, può esperita solo in presenza di alcuni presupposti alquanto stringenti. Ed infatti, l'azione potrà essere esperita solo in caso di violazioni inerenti alla conservazione

dell'integrità del patrimonio sociale e quando il patrimonio sociale stesso risulta insufficiente al soddisfacimento dei crediti sociali.

Queste caratteristiche hanno collocato l'azione in questione prevalentemente in sede fallimentare. Tuttavia, in tale ambito, i creditori perdono la loro legittimazione all'esercizio dell'azione e, nell'eventualità in cui venga esercitata dal curatore, finisce per assumere un'importanza piuttosto limitata. Il curatore, infatti, in sede fallimentare, cumulativamente ed inscindibilmente con l'azione di cui all'art. 2394 c.c., esercita anche l'ordinaria azione sociale prevista dall'art. 2393 c.c. che ha una portata decisamente più ampia, in quanto colpisce tutte le violazioni poste in essere dagli amministratori e non solo quelle relative all'integrità del capitale sociale.

Tuttavia, sono stati riconosciuti alcuni vantaggi propri di tale tipologia di azione. L'azione *ex art. 2394 c.c.* può, infatti, essere esperita in sostituzione di quella sociale nell'eventualità in cui quest'ultima risulti già prescritta. In particolare, diversamente da quanto avviene per l'azione sociale, la prescrizione di questa tipologia di azione inizia a decorrere solo dal momento in cui risulta l'insufficienza del patrimonio sociale.

Inoltre, come si è visto, la società potrebbe aver rinunciato all'azione sociale, ma ciò non impedisce la proposizione di un'azione della minoranza *ex art. 2393-bis* e, a maggior ragione, di un'azione dei creditori sociali.

Si deve, inoltre, rilevare che, sebbene l'insufficienza del patrimonio sociale per la soddisfazione dei creditori e lo stato di

insolvenza normalmente coincidano, i presupposti fra le due situazioni sono differenti¹¹⁷.

Ai sensi dell'art. 5, della Legge Fallimentare, la situazione di insolvenza «si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». Questa incapacità irreversibile di adempiere ai propri debiti, non si collega necessariamente ad una diminuzione del capitale sociale, ma può discendere anche dalla mancanza di pronta liquidità, tale da impossibilitare il rispetto dei termini di scadenza nell'attività solutoria. Ciò nonostante, il saldo tra attivo e passivo

¹¹⁷ Il rapporto fra le due situazioni, di insufficienza del patrimonio sociale e di insolvenza, è sempre stato problematico. La giurisprudenza, normalmente tende ad affermare che «l'insufficienza del patrimonio non coincide con il dissesto, o insolvenza, costituente il presupposto del fallimento, ed implica sicuramente un *quid pluris* rispetto alla dichiarazione del fallimento medesimo; deve trattarsi di situazione verificata oggettivamente in un momento temporale anteriore alla dichiarazione, pur potendosi esteriorizzare, risultando percepibile dai terzi sia prima che dopo tale dichiarazione (...) il fallimento cioè, non può mai inserirsi nella sequenza causale sfociata nell'insufficienza generatrice della responsabilità, la quale si colloca temporalmente nel suo momento genetico, sempre e necessariamente a monte della procedura concorsuale che rappresenta, per altro, il punto di emersione di una precedente insufficienza radicata, prima e fuori di tale procedura, in comportamenti commissivi od omissivi degli amministratori» (Cass., Sezioni Unite, 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 768). La soluzione è adesivamente accolta anche da F. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 196. Sul punto, v. anche C. CONFORTI, *op. cit.*, p. 735, che propone un'ulteriore distinzione tra insufficienza patrimoniale e perdita del capitale sociale. Le due nozioni rispondono a contenuti molto differenti giacché la voce patrimonio risulta comprensiva della voce capitale. Egli richiama Cass. 25 luglio 1979, n. 4415, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 325, in cui viene chiarito che: «perdita del capitale sociale non è ancora perdita del patrimonio perché quest'ultimo comprende tutti i beni appartenenti alla società, destinati al soddisfacimento dei creditori, sicché vi può essere perdita del capitale sociale quando vi è pareggio tra attivo e passivo perché tutti i beni sono assorbiti dall'importo dei debiti. In tal caso se tutti i creditori possono soddisfarsi sul patrimonio sociale, non vi è azione dei creditori contro gli amministratori, pur essendovi perdita integrale del capitale sociale».

patrimoniale potrebbe rimanere positivo, perché, ad esempio, costituito da ingenti immobilizzazioni patrimoniali¹¹⁸.

Nel caso disciplinato dall'art. 2394 c.c., l'insufficienza del patrimonio sociale deve essere individuata, sulla base di una semplice operazione matematica volta a ricavare un eccesso di passivo rispetto all'attivo¹¹⁹.

Il patrimonio sociale, infatti, a norma dell'art. 2740 c.c., funge da garanzia generica per i creditori sociali, un suo eventuale deperimento ad opera degli amministratori sembrerebbe creare loro un "danno ingiusto" ai sensi dell'art. 2043 c.c.¹²⁰.

Tuttavia, le soluzioni offerte in ordine alla qualificazione della natura giuridica dell'azione in esame in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale non sono univoche.

¹¹⁸ In questo senso v. in dottrina A. SILVESTRINI, *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, p. 686 e ss.. In giurisprudenza, v. Cass., 20 maggio 1993, n. 5736, in *Fallimento*, 1993, p. 1135 e ss..

¹¹⁹ Sulla conformazione dell'obbligo di conservazione del capitale, v. F. FERRARA e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 530, ove si rileva che gli «obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale sono quegli obblighi che hanno per finalità immediata o principale tale conservazione». Differentemente, A. SILVESTRINI, *Commento all'art. 2394*, in M. SANDULLI e V. SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., pp. 494 e 495, pone in luce che non solo rilevano gli obblighi a contenuto specifico, ma gli amministratori «possono essere chiamati a rispondere anche quando non vi sia stata la violazione di una tipizzata regola di comportamento, ma ricorrano semplicemente atti di *mala gestio*». Da ultimo, v. A. TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 228, il quale precisa che: «ancora una volta non si tratta di un'eccezione al principio della responsabilità limitata che caratterizza le società per azioni, poiché gli amministratori non sono chiamati a far fronte alle perdite, ma sono tenuti a risarcire i creditori per non aver adempiuto correttamente ai propri doveri causando un danno al patrimonio sociale, e così indirettamente ai creditori medesimi».

¹²⁰ Così, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 287, che ricollega la lesione subita dai creditori alla violazione del più generale *neminem laedere*.

Le conseguenze pratiche derivanti dalla qualificazione dell'azione non sono di poco conto in quanto vengono ad incidere direttamente sull'onere della prova.

Ove si ammetta che l'azione si colleghi ad una responsabilità contrattuale, è sufficiente per l'attore provare il semplice inadempimento all'obbligo previsto dalla legge in materia di conservazione del patrimonio sociale, spettando eventualmente agli amministratori di dimostrare di essere immuni da colpa.

Nel caso in cui si accolga la tesi della responsabilità extracontrattuale, invece, spetta all'attore provare l'ingiustizia del danno e la colpa degli amministratori secondo l'ordinario modello sancito dall'art. 2043 c.c..

La giurisprudenza, sebbene non abbia preso ufficialmente posizione in merito, di fatto, ha sempre ritenuto che per provare la responsabilità degli amministratori sia sufficiente dimostrare l'inosservanza di uno degli obblighi generici o specifici dal cui inadempimento sia derivato un danno alla società¹²¹.

Analoghi dubbi sorgono in ordine alla qualificazione dell'azione come diretta ed autonoma ovvero in termini di surrogatoria¹²².

¹²¹ Sul punto, v.: Cass., 25 luglio 1979, n. 4415, in *Fallimento*, 1980, p. 313 e ss.; Cass., 10 giugno 1981, n. 3755, in *Fallimento*, 1981, p. 899 e ss.; Cass., 7 novembre 1997, n. 10937, in *Fallimento*, 1998, p. 697 e ss. e Cass., 24 marzo 1999, n. 2772, in *Società*, 1999, p. 1065 e ss..

¹²² Sul punto, v. M.C. BARTESAGHI, M. BONACCHI, F. FOSSATI, C. RONCALLO, G. SOLIMENA, A. TALENTI, *Società per azioni*, in *Diritto e realtà*, diretto da E. ZANELLI, Torino, 1994, III, p. 169, ove si rileva che «da una parte si è sostenuto che – se la rinuncia all'azione sociale di responsabilità non è ostativa dell'azione dei creditori – quest'ultima fa capo ai creditori in modo autonomo e diretto. D'altra parte si è avuto buon gioco a sostenere il contrario: se il legislatore ha sentito il bisogno di affermare che la rinuncia della società non preclude l'esercizio da parte dei creditori, ciò significa

A favore della tesi surrogatoria muoverebbe la possibile riconduzione dell'azione volta alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, di cui all'art. 2394 c.c., nella più ampia fattispecie della conservazione delle ragioni creditorie di cui all'art. 2900 c.c.¹²³.

Le due norme sono assimilabili sotto il profilo funzionale in quanto condividono il medesimo scopo di tutela delle ragioni dei creditori.

L'accoglimento di questa impostazione implica una sostanziale identità della fattispecie con l'azione proponibile ai sensi dell'art. 2393 c.c. dal soggetto surrogato, con l'inevitabile conseguenza di esporre i

che detta ultima è surrogatoria e che solo per volontà del legislatore può sopravvenire ad un provvedimento abdicativo dell'assemblea».

¹²³ A favore di questa impostazione, G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001, p. 409 e F. FERRARA e F. CORSI, *op. cit.*, p. 531, ove si rileva che «l'azione dei creditori ha identico contenuto di quella che spetta alla società in quanto è il danno risentito da questa che riverbera i suoi effetti sui creditori diminuendo la loro garanzia, s'intende che, se l'azione è già stata svolta utilmente dalla società, i creditori non potranno più intenderla, perché il patrimonio sociale è già stato reintegrato e gli amministratori non possono essere costretti a risarcire due volte lo stesso danno». In giurisprudenza, v. Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, I, p. 1803 e ss. e Cass., 27 novembre 1982, n. 6431, in *Società*, 1983, p. 751 e ss.. In particolare, la Cassazione, nel decidere sul fallimento Matarrese, afferma che «l'azione di responsabilità esercitata ai sensi dell'art. 2394 c.c., nei confronti dell'amministratore di una società dai creditori sociali o dal curatore del fallimento della società medesima (a differenza dell'azione ex art. 2395 successivo, avente natura aquiliana) è un'azione surrogatoria tendente alla reintegrazione del patrimonio sociale, diminuito dall'inosservanza degli obblighi facenti carico agli amministratori e che, come tale, presuppone non già una responsabilità diretta di detto amministratore verso i creditori sociali, bensì una responsabilità dello stesso verso la società (quale quella nascente dalla violazione del divieto di nuove operazioni posto dall'art. 2449 c.c.), nonché l'inerzia di quest'ultima nel senso considerato dalla legge ai fini della proposizione di un'azione surrogatoria». Nello stesso senso, v. Fall. Carbon Italiana S.p. A. c. Gaudusio, Trib. Milano, 22 dicembre 1983, in *Società*, 1984, p. 883 e ss..

creditori a tutte le eccezioni che gli amministratori potrebbero opporre alla società¹²⁴.

Il carattere autonomo muove, invece, dall'analisi delle divergenze rispetto all'azione di cui all'art. 2393 c.c.. Le differenze si appuntano, infatti, sui profili che ineriscono alla legittimazione attiva, attribuita ai creditori in un caso e alla società nell'altro; alla *causa petendi*, limitata ad una violazione del dovere di conservazione del patrimonio sociale, nella prima ipotesi, ovvero estesa a tutti gli obblighi imposti dalla legge o dallo statuto; nonché all'estensione del *petitum* che nel caso dei creditori è limitato, mentre nel caso della società si estende al lucro cessante.

Sulla base di queste considerazioni, la dottrina attuale sembra prevalentemente orientata ad attribuire natura diretta e carattere autonomo all'azione¹²⁵.

¹²⁴ Per un'analisi sulle conseguenze derivanti dalla qualificazione dell'azione in termini di surrogatoria, v. Trib. Palermo, 11 settembre 1992, in *Società*, 1993, p. 788, in cui si precisa che «esperita dal creditore azione surrogatoria sul presupposto dell'inerzia del debitore, e verificatesi successivamente la proposizione da parte del surrogato di un'azione che assorba e superi quella del surrogante, viene meno la legittimazione straordinaria di questo ultimo con conseguente inammissibilità della sua domanda; tale conseguenza rappresenta una diretta applicazione del principio secondo cui il debitore surrogato conserva, pure in dipendenza dell'azione surrogatoria, la piena azionabilità e disponibilità del proprio diritto surrogatoriamente esercitato dal suo creditore in forza della legittimazione straordinaria attribuitagli dalla legge, con la conseguenza che, venuta meno l'inerzia del titolare del diritto (che costituisce una delle condizioni per l'esperibilità dell'azione surrogatoria), la cessazione della situazione di inerzia del debitore, determina il venir meno della legittimazione straordinaria del surrogante (...) i sostituiti, abbiano perduto ogni interesse ad agire (*legitimatio ad causam*), ex art. 100, codice procedura civile, interesse che costituendo una condizione dell'azione deve sussistere al momento della decisione».

¹²⁵ Sul punto, v. *ex multis*: F. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 308; F. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 293 e M.C. BARTESAGHI, M. BONACCHI, F. FOSSATI, C. RONCALLO, G. SOLIMENA, A. TALENTI, *op. cit.*, p. 170. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 6 febbraio 1989, in *Società*, 1989, p. 703 e ss., ove si rileva che «l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2394 c.c. ha

6. L'azione individuale del socio e del terzo ai sensi all'art. 2395 c.c..

L'art. 2395 c.c., non intaccato dalla riforma, dispone che «le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o la terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori.

L'azione può essere esercitata entro cinque anni dal compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo».

L'articolo in commento è posto a tutela delle ragioni dei soci e dei terzi *direttamente* danneggiati dalla gestione degli amministratori della società¹²⁶.

La norma si basa, quindi, su un presupposto differente rispetto a quello che caratterizza le azioni sinora esaminate.

natura autonoma spettando ai creditori sociali direttamente e non in via surrogatoria dell'azione sociale di cui all'art. 2393 c.c.».

¹²⁶ Sul punto, v. le considerazioni di U. DE CRESCENZO, *Le azioni di responsabilità*, in L. PANZANI (a cura di), *Diritto fallimentare*, Ipsoa, 2002, II, p. 10, il quale rileva che «la funzione della disposizione è quella di prevedere un'azione di responsabilità diretta nei confronti degli amministratori della società per gli atti illeciti compiuti, pur nell'esercizio delle loro funzioni di organi della società, direttamente in danno dei soci e dei terzi e non consente loro di trincerarsi dietro l'eccezione che l'atto illecito sarebbe stato compiuto in veste di organo della società, con la conseguenza che dovrebbe essere quest'ultima a subire *in primis* l'azione ex art. 2043 c.c. da parte del danneggiato. Quest'ultima considerazione mette in evidenza la *ratio* della norma che è quella di spingere gli amministratori ad avere un comportamento cauto e corretto anche verso i terzi, pena la propria diretta responsabilità» Nello stesso senso, v. M. C. BARTESAGHI, M. BONACCHI, F. FOSSATI, C. RONCALLO, G. SOLIMENA, A. TALENTI, *Società per azioni*, in *Diritto e realtà*, diretto da E. ZANELLI, Torino, 1994, III, p. 169, nel commento all'art. 2395, secondo i quali il disposto della disposizione assume una particolare importanza in quanto «consente il superamento di quella tradizionale immunità storicamente attribuita agli organi delle persone giuridiche».

Sia le azioni sociali che quella a tutela dei creditori prevedono come presupposto un danno al capitale sociale. Questo danno, sofferto direttamente dalla società è in grado di riverberarsi sulla consistenza dei diritti patrimoniali degli azionisti, in termini di minor redditività della propria partecipazione o diminuzione del valore della stessa, o sulla possibilità di veder soddisfatte le ragioni dei creditori.

L'azione prevista dall'art. 2395 c.c., pur implicando anch'essa la violazione da parte degli amministratori di regole inerenti al loro compito, non presuppone che da tali violazioni sia derivato un qualche pregiudizio al patrimonio della società, ma ha invece riguardo unicamente agli effetti dannosi verificatisi direttamente nel patrimonio individuale del socio o del terzo¹²⁷. Al verificarsi del danno previsto dall'art. 2395 c.c., la società e il suo patrimonio rimangono indifferenti in quanto il danno si produce immediatamente e «direttamente» a carico del patrimonio personale del socio o del terzo che non necessariamente s'identifica con un creditore sociale.

Si conferisce, quindi, al socio o a qualsiasi soggetto che possa essere stato leso dalla condotta degli amministratori la possibilità di agire *uti singuli* per ottenere il risarcimento dei danni direttamente sofferti¹²⁸.

¹²⁷ Così, *ex multis*, R. RODORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (II parte)*, cit., p. 1332. Conformemente, v.: G. PRESTI e M. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 159; S. PESCATORE, *L'impresa societaria a base capitalistica. Amministrazione e controllo*, in *Manuale di diritto commerciale* diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2003, p. 304 e ss..

¹²⁸ Dubbi interpretativi, con riferimento all'individuazione del danno diretto, sono stati sollevati da M.C. BARTESAGHI, M. BONACCHI, F. FOSSATI, C. RONCALLO, G. SOLIMENA, A. TALENTI, *op. cit.*, p. 171, in quanto «parte della dottrina ritiene, infatti, che il comportamento illecito produttivo di un danno debba essere diretto proprio contro i

Sia la dottrina che la giurisprudenza sono pressoché unanimi nel ritenere che si tratti di una responsabilità di natura extracontrattuale¹²⁹.

Sono comunque rinvenibili alcuni limiti all'esercizio dell'azione, in quanto il comportamento illecito e dannoso dell'amministratore deve essere inerente all'esercizio della sua carica.

Nonostante la riconduzione della fattispecie nell'ambito della responsabilità extracontrattuale e la conseguente operatività del principio dell'atipicità dell'illecito aquiliano, l'azione risponde a delle caratteristiche tipologiche determinate che non consentono di superare il collegamento con la funzione esercitata. In altri termini, l'azione non

singoli danneggiati; in questa prospettiva la responsabilità in esame risulta subordinata ad un'attività intenzionalmente diretta contro il socio o il terzo, ovvero di un comportamento esclusivamente doloso».

¹²⁹ Sul punto, v.: U. DE CRESCENZO, *op. cit.*, p. 7; F. FERRARA e F. CORSI, *op. cit.*, p. 532; G. PRESTI e M. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 159; L. NAZZICONE, *op. ult. cit.*, p. 218; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 507; R. RODOLF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, cit.. Sembrano porsi a favore del riconoscimento di una responsabilità contrattuale, le considerazioni di S. PESCATORE, *op.ult. cit.*, p. 305, il quale rileva che «la lesione deve essere ascritta ad atti od omissioni posti in essere o perpetrate dagli amministratori nell'esercizio ovvero in occasione del loro ufficio, quindi in violazione di obblighi preesistenti all'illecito; da non trascurare, ancora, il fatto che l'art. 2395 c.c. testualmente afferma che le previsioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori, collegando, quindi, queste loro specifiche responsabilità con quella nei confronti della società (art. 2393 c.c.) e dei creditori sociali (art. 2394); tali elementi parrebbero deporre, allora, per la natura contrattuale anche della responsabilità verso il singolo socio ed il singolo terzo». Con riferimento a quest'ultima ipotesi, v. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 288. In giurisprudenza, a favore della tesi della natura extracontrattuale, v. fra le molte: Cass., 12 giugno 2007, n. 13766, in *Giur. it.*, 2007, p. 2761 e ss.; Cass., 28 maggio 2004, n. 10271, in *Foro it.*, 2005, I, p. 816 e ss., con nota di L. NAZZICONE; Cass., 1 aprile 1994, n. 3216, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1302 e ss.; Cass., 7 settembre 1993, n. 9385, in *Fallimento*, 1994, p. 44 e ss.; Cass., 3 agosto 1988, n. 4817, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 381 e ss.; Cass., 7 settembre 1993, n. 9835, in *Società*, 1994, p. 48 e ss. e in *Fallimento*, 1994, p. 44 e ss.; Cass., 1 aprile 1995, n. 3216, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1320 e ss..

potrà essere esperita in relazione a qualsiasi comportamento dannoso posto in essere, illegittimamente, da chi si trovi anche a rivestire la carica di amministratore di una società, ma è necessario che quel comportamento sia espressione tipica dell'attività gestoria dell'amministratore.

Conseguentemente, l'antigiuridicità della condotta va valutata in rapporto ai doveri legali e statutari che si è già visto essere propri del rapporto di amministrazione, «ancorché gli effetti dannosi delle violazioni di siffatti doveri qui si producano al di fuori del perimetro soggettivo di quel rapporto (intercorrente unicamente tra la società e l'amministratore) per investire direttamente la posizione del singolo socio o del terzo: in ciò appunto consiste la peculiarità della fattispecie considerata dal citato art. 2395, che perderebbe ogni ragione d'essere se la si stemperasse completamente nell'alveo onnicomprensivo della figura dell'azione di risarcimento per fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c.»¹³⁰.

Ulteriori profili problematici si collegano alla possibilità di prefigurare una possibile responsabilità concorrente a carico della

¹³⁰ Così, R. RODORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (II parte)*, in *Le Società*, 2008, p. 1332, il quale aggiunge in nota che «non sembra perciò del tutto felice la formula adoperata da Cass., 3 aprile 2007, n. 8359, in *Giur. it.*, 2007, p. 2761 e ss., secondo la quale non rileva che il danno sia stato arrecato al socio o al terzo dagli amministratori nell'esercizio del loro ufficio o al di fuori di tali incombenze, attesa la natura extracontrattuale dell'azione che costituisce un'applicazione dell'ipotesi disciplinata dall'art. 2043 c.c. Più persuasiva, viceversa, l'affermazione di App. Milano, 23 giugno 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 1049 e ss. e di Trib. S.M. Capua Vetere, 10 ottobre 2006, in *Le Società*, 2008, p. 486 e ss., ove si sostiene che gli amministratori di società sono tenuti a rispondere del danno ingiusto cagionato direttamente ai soci od ai terzi a seguito del compimento di un atto illecito nell'esercizio delle funzioni loro proprie, mentre rispondono ai sensi dell'art. 2043 c.c. qualora il danno ingiusto sia stato cagionato a terzi al di fuori dell'attività gestoria».

società, poiché trattasi di danno prodotto dagli amministratori di questa.

Sul punto sono presenti due orientamenti distinti, entrambi favorevoli ad una tale estensione.

Secondo una prima impostazione, si potrebbe invocare l'art. 2049 relativo alla responsabilità dei padroni e dei committenti¹³¹.

Una seconda impostazione, invece, fa leva sul rapporto di immedesimazione organica identificabile tra la società ed i propri amministratori, le cui condotte sarebbero direttamente riferibili alla società, che diventerebbe anch'essa responsabile. Letta in questi termini, la disposizione dell'art. 2395 c.c. finirebbe semplicemente per estendere agli amministratori la responsabilità già prevista per la società nei confronti dei soci e dei terzi¹³².

Per quanto riguarda la casistica relativa alla concreta utilizzazione di una tale azione, occorre rilevare che questa ha trovato applicazione prevalentemente in relazione alle ipotesi in cui gli amministratori hanno rappresentato in modo infedele, nell'ambito del bilancio di esercizio, lo stato della società, determinando nel socio o nel

¹³¹ M. FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, cit., p. 370.

¹³² Così, F. DI SABATO, *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, cit., p. 670 e ss.. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 21 aprile 1986, in *Società*, 1989, p. 703 e ss., ove si rileva che «trattasi di azione extracontrattuale perché non discende da inadempimento ad obblighi derivanti da contratto, ma da comportamenti dolosi o colposi diretti a procurare un danno, questi comportamenti devono riguardare gli atti relativi alla carica di amministratore di società, il danno si realizza direttamente a carico dell'attore non direttamente a carico del patrimonio della società e di riflesso soltanto sul patrimonio dell'attore, l'azione può essere svolta dal socio o da un terzo creditore della società, l'azione è cumulabile con le azioni contrattuali esperibili contro l'amministrazione stessa o la società in base al negozio che ha prodotto gli effetti dannosi sul patrimonio dell'attore».

terzo la decisione di sottoscrivere azioni di questa o di accordarle un finanziamento¹³³.

Inoltre, quest'azione può eventualmente concorrere con le altre azioni previste dalla disciplina societaria atteso che, secondo quanto espressamente sancito dall'art. 2395 c.c., «le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno» direttamente patito dal socio o dal terzo. Ne deriva, quindi, la possibilità di un esercizio congiunto di due azioni contro i medesimi soggetti, l'una promossa dalla società *ex art.* 2393 e l'altra proposta ai sensi dell'art. 2395.

7. La responsabilità per l'attività di «direzione e coordinamento di società».

La disciplina introdotta dagli artt. 2497 e ss. c.c. introduce particolari meccanismi di responsabilità per le eventualità in cui la società sia soggetta ad attività di «direzione e coordinamento» da parte di altra società o ente¹³⁴.

¹³³ Come è stato opportunamente rilevato da G. PRESTI e M. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 159, in ipotesi come questa «la società non ne ha alcun danno, anzi gode di un vantaggio poiché aumentano le risorse a sua disposizione; il danno è subito direttamente dal terzo che, se avesse conosciuto la reale situazione, non avrebbe sottoscritto le azioni o accordato il prestito». Per un'ulteriore casistica, cfr.: L. NAZZICONE, *op. cit.*, p. 217; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 283 e ss.. In giurisprudenza, v. Cass., 17 novembre 1982, n. 6154, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 873 e ss. e Cass., 26 febbraio 1982, n. 1222, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 578 e ss..

¹³⁴ Ancorché la formula dell' «attività di direzione e coordinamento di società» appaia mutuata dall'ordinamento settoriale del credito, il legislatore, nell'adottarla non ne ha fornito alcun apporto di carattere definitorio. L'esercizio dell'attività di direzione e

Si tratta di una forma di responsabilità che non riguarda direttamente gli amministratori, ma si riferisce ai soci della controllante nei confronti dei pregiudizi patiti dai soci ed i creditori sociali della controllata¹³⁵.

L'art. 2497 c.c. stabilisce che «le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione

coordinamento da parte della capogruppo era in effetti già previsto dall'art. 61 del d.lgs. 385/93, che configurava l'esistenza di potere-dovere di emanare direttive ai fini della stabilità del gruppo. Tuttavia le esperienze ermeneutiche utilizzabili risultano circoscritte al gruppo bancario, rispetto al quale, peraltro, la fattispecie viene perlopiù solo richiamata, e non definita. Infatti, essendo prevista a garanzia di un'efficace azione di vigilanza su tutte le componenti del gruppo creditizio, tale attività, nella sostanza, si esplica in relazione all'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo, nell'ambito del quale non sembra agevole rintracciare qualche appiglio interpretativo d'ordine generale, utile per dare concreto contenuto alla nozione stessa. Sul punto, cfr. P. FERRO-LUZZI e P. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 31, 1993, p. 33 ss.. Gli Autori appaiono propensi a estendere la disciplina del gruppo bancario al di là dello specifico settore di riferimento. In particolare si ritiene che l'art. 61 del T.U.B., non farebbe altro che riconoscere l'attività di direzione e coordinamento di società come una naturale estrinsecazione del controllo, dalla quale conseguirebbe il dovere di collaborazione degli amministratori della controllata. Conseguentemente i principi formulati con riferimento al settore bancario sarebbero destinati ad assurgere a parametri di riferimento di carattere generale. *Contra*, M. PERASSI, *Gruppi societari e bancari. Brevi riflessioni sui progetti di riforma del diritto societario*, disponibile sul sito internet www.associazionepreite.it; G. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996; EAD., *Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione del modello organizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 704; F. VELLA, *Le società holding*, Milano, 1993, p. 209 ss..

¹³⁵ Come rilevato da R. BERNABAI, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, cit., p. 227, la legittimazione passiva dell'azione spetta alla «società, o all'ente, che esercita attività di direzione e coordinamento, quale autore mediato del fatto dannoso, formalmente attribuibile all'amministratore della società controllata».

sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società».

La norma, che introduce un'azione a tutela dei soci e dei creditori di una società sottoposta all'attività di direzione e coordinamento, regola gli effetti della violazione del principio di corretta gestione da parte degli amministratori della società controllante, quando la gestione di questa e quella della società controllata siano soggette ad attività di direzione e coordinamento¹³⁶.

La responsabilità ha natura extracontrattuale, in quanto il rapporto contrattuale del socio può rinvenirsi solo con la società di appartenenza, non nei confronti della capogruppo.

Secondo la dottrina, la norma si pone come eccezionale rispetto all'art. 2395 c.c., legittimando all'azione i singoli soci per tenere conto della situazione dei gruppi, «ove la società controllata per definizione è prona al controllo, consentendo quindi ai soci esterni di agire giudizialmente per la perdita di valore della loro partecipazione»¹³⁷.

Occorre inoltre rilevare che, ai sensi dell'art. 2497-ter c.c. «le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate devono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione».

La norma, quindi, ammettendo la trasposizione all'interno degli organi amministrativi della controllata delle decisioni assunte da quelli

¹³⁶ Così, V. SALAFIA, *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Le Società*, n. 1/2004, p. 5.

¹³⁷ L. NAZZICONE, *op. cit.*, p. 218.

della controllante, al contempo si esige che gli interessi, che abbiano sotteso l'adozione della decisione, siano analiticamente indicati.

La finalità della norma è quella di agevolare il sindacato sulla loro rispondenza ad un interesse di gruppo che, in quanto tale, risulta essere riferibile anche alla controllata, e non ascrivibile unicamente alla sfera della controllante o di altra società del gruppo, pena l'annullabilità della deliberazione¹³⁸.

Riferimenti allusivi all'interesse di gruppo si rinvencono anche nel primo comma dell'art. 2497 c.c., che in particolare esclude la responsabilità della controllante per la lesione dei diritti dei soci esterni e dei creditori della controllata «*quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*». Il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento è da intendersi nella realizzazione dell'interesse di gruppo, in quanto le società, o gli enti che esercitano tale attività, possono agire perseguendo un «*interesse imprenditoriale proprio o altrui*», ossia, ai fini della realizzazione di un interesse che non è quello della singola società controllata, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi di corretta gestione, che legittimano l'adozione di una politica di gruppo.

Si tratta della c.d. teoria dei vantaggi compensativi¹³⁹, che ha contribuito al riconoscimento giuridico al fenomeno dei gruppi di

¹³⁸ Cfr. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit..

¹³⁹ Sul punto è emblematica l'ampiezza e la vastità dei contributi, in quanto il tema costituisce il «campo problematico» (P. SPADA, *op. ult. cit.*) che più di tutti ha sollecitato la dottrina nell'esame del fenomeno dei gruppi, al punto che ogni autore che se ne è trovato a parlare non si è potuto esimere da una sua trattazione. Fra i molti, cfr.: A. MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, p.

imprese come «organizzazione unitariamente considerata»¹⁴⁰. Ciò implica che, pur restando unitaria, in quanto tesa all'unificazione dell'attività delle varie imprese del gruppo in funzione del c.d. *interesse di gruppo*, l'attività di direzione dovrà nel contempo essere coordinata, ovvero non si dovrà fondare sulla sistematica prevaricazione dell'interesse di alcuni su quello di altri.

Per effetto dell'adozione di una tale impostazione, come chiarito nella Relazione della legge delega, che peraltro accoglie le formulazioni anteriormente coniate da dottrina e giurisprudenza, la lesione degli interessi dei soci dovrà essere dimostrata "valutando l'interesse sociale non solo con riferimento ad una operazione isolatamente considerata, ma con riferimento al quadro generale, di gruppo appunto, nel quale si svolge l'impresa sociale".

723 e ss.; P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss..

¹⁴⁰ Testualmente, A. NIUTTA, *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, pp. 374-381. A sostegno dell'esistenza di una diversificazione non solo nominalistica tra le due formule, viene addotto il dato inerente alla conservazione della vecchia terminologia nella nuova legge sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.lgs. n. 270/99), che, sebbene posteriore all'introduzione del T.U.B., ha preferito riferirsi alla «direzione comune», piuttosto che alla formula «direzione e coordinamento di società».

LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA NEGLI ENTI PUBBLICI ECONOMICI E NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

SOMMARIO: **1.** *La delimitazione della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa nell'evolversi degli approcci giurisprudenziali. La pluralità dei criteri adottati in ragione dell'evolversi dei modi di utilizzazione dello strumento societario.* **2.** *La delimitazione della giurisdizione della Corte dei conti nel passaggio dal criterio soggettivo a quello oggettivo. L'esclusione della responsabilità amministrativa per l'attività di impresa.* **3.** *L'approdo al criterio della natura delle risorse impiegate nell'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2003, n. 19667 sugli enti pubblici economici e la sua ambigua trasposizione nelle società a partecipazione pubblica nell'ambito della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 febbraio 2004, n. 3899.* **4.** *I tentativi di risistemazione della materia fra coordinate sostanziali e aspetti formali. Profili di diversificazione della fattispecie e ancoraggio alla nozione di ente pubblico.* **5.** *La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 19 dicembre 2009, n. 26806. La rilevanza del modello organizzativo societario e la conseguente sottoposizione alle regole di responsabilità per questo previste.* **5.1.** *(segue) La responsabilità amministrativa del socio pubblico conseguente alla mancata attivazione degli strumenti risarcitori propri del modello organizzativo societario.* **5.2.** *(segue) La responsabilità degli amministratori per danno «diretto» al socio pubblico.* **6.** *Il regime di responsabilità per gli amministratori degli enti pubblici in forma societaria. L'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2009, n. 27092 e gli indici rivelatori della pubblicità dell'ente societario.* **7.** *Gli interventi normativi in materia di responsabilità amministrativa fra discipline generali e legislazione d'urgenza.* **7.1** *Le ipotesi speciali di responsabilità amministrativa nella legislazione d'urgenza e nelle disposizioni delle leggi finanziarie.* **7.2.** *L'art. 16-bis del c.d. "decreto mille proroghe" e il criterio della quotazione in borsa.* **7.3.** *Dal c.d. "lodo Bernardo" (d.l. n. 78/2009) alle successive modifiche recate dal d.l. n. 103/2009.* **7.4.** *I recenti tentativi di ridimensionamento della responsabilità amministrativa: Atto Camera 4059 - Proposta emendativa 12.04.* **8.** *Quadro di insieme. Il complicato assetto della responsabilità amministrativa tra disciplina generale, disciplina speciale ed interpretazione evolutiva della giurisprudenza. La valenza generale del criterio della natura giuridica dell'ente.*

1. La delimitazione della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa nell'evolversi degli approcci

giurisprudenziali. La pluralità dei criteri adottati in ragione dell'evolversi dei modi di utilizzazione dello strumento societario.

L'estensione della giurisdizione della Corte dei conti è stata storicamente condizionata dal susseguirsi di approcci interpretativi differenziati che sono stati in vario modo animati da interventi normativi non sempre pienamente coerenti.

La vicenda, inoltre, è intrinsecamente condizionata dall'interpretazione che viene data alla disposizione dell'art. 103, comma 2, della Costituzione¹⁴¹, secondo la quale «La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge».

Le maggiori problematiche si collegano alla tecnica di riparto della giurisdizione che si basa sull'individuazione di una particolare materia, «la contabilità pubblica», che non ha dei confini definiti e la cui concreta determinazione, almeno in astratto, viene rimessa al legislatore ordinario¹⁴².

Questi, lungi dal fornire un sistema normativo sufficientemente chiaro si è, a sua volta, affidato alle risultanze della giurisprudenza, prevalentemente della Corte di Cassazione, che è stata, di fatto, investita del compito di definire i confini della materia.

¹⁴¹ Per un'analisi dei diversi approcci al cospetto della norma costituzionale, v., *ex multis*, F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008, p. 199 e ss..

¹⁴² Sul punto, v. A. BARLETTONI ARLERI, *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Urbino, 1994. Secondo l'Autore, appartengono alla materia della contabilità pubblica le modalità di conservazione ed uso anche di tutti i beni che trascendono l'organizzazione dello Stato-ente per ricomprendervi tutti quelli che attengono alla finanza pubblica nel suo complesso che trova degli espliciti ancoraggi costituzionali nell'ambito degli articoli 23, 43, 53, 81, 101 e 103, della Costituzione.

Per effetto dell'assenza di linee normative chiare, l'effettiva delimitazione della giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa è stata gestita dalla giurisprudenza con grande autonomia, cercando di offrire delle soluzioni appaganti rispetto all'evoluzione del contesto storico-giuridico di riferimento¹⁴³.

Ovviamente, le maggiori problematiche si sono registrate, e permangono ancora adesso, con riferimento a quegli ambiti in cui i confini di delimitazione fra i differenti rami del diritto non appaiono certi. L'analisi delle problematiche connesse all'applicazione dell'istituto della responsabilità amministrativa alle società pubbliche ha

¹⁴³ Le difficoltà incontrate nella definizione dei confini della giurisdizione contabile, soprattutto con riferimento alle vicende inerenti alla natura pubblica o privata del regime di responsabilità, sono emblematicamente rappresentate dal numero di monografie specificatamente dedicate alla risoluzione di tali problemi. Fra le monografie specificatamente dedicate al problema della responsabilità amministrativa e società a partecipazione pubblica, v., in particolare, M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008. Fra i lavori di maggior rilievo sul tema assume una significativa importanza il numero tematico della rivista di *Servizi pubblici e appalti* (n. 2 del 2006), specificatamente dedicato al tema, G. ROSSI (a cura di) «*Le società di proprietà pubblica. Controlli e Responsabilità*», ove sono presenti autorevoli contributi. Fra i testi di carattere generale che si sono specificatamente soffermati sul tema, v.: M. DENTAMARO, *Il danno ingiusto nel diritto pubblico. Contributo allo studio dell'illecito nella decisione amministrativa*, Milano, 1996; F.G. COCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997; C. DE BELLIS, *Danno pubblico e potere discrezionale*, Bari, 1999; S. PILATO, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi 19/94, 20/94 e 639/96*, Padova, 1999; L. SCHIAVELLO, *La nuova configurazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001; E.F. SCHLITZER (a cura di), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; C. PAGLIARIN, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei Conti*, Padova, 2002; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio della riforma*, Milano, 2003; M. MIRABELLA, *Le responsabilità nella pubblica amministrazione e la giurisdizione contabile*, Milano, 2003; D. GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità amministrativa per danno all'erario. Profili strutturali e funzionali della responsabilità*, Milano, 2004; W. CORTESE, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Padova, 2004; V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2004.

rappresentato uno dei settori che, soprattutto negli ultimi tempi, ha attirato le maggiori attenzioni da parte della dottrina¹⁴⁴.

Così, i primi interventi sono stati mossi dall'intento di preservare ambiti di esenzione da tale forma di responsabilità connessi all'enfasi riposta al cospetto del modello organizzativo dell'ente pubblico economico. L'affermazione di un modello di intervento dei pubblici poteri che si caratterizzava per la natura imprenditoriale dell'attività svolta e per il rilievo tendenzialmente privatistico degli atti posti in essere, pertanto, ha fornito una solida base concettuale per escludere l'applicabilità di tale forma di responsabilità che si considerava intimamente collegata all'esercizio di pubblici poteri in senso stretto.

¹⁴⁴ La tematica è stata oggetto di un recente studio da parte del Gruppo di lavoro ASTRID, diretto da L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, del 6 ottobre 2008, il cui *Paper* provvisorio, disponibile sul sito www.astrid-online.it, è stato redatto da M. MACCHIA. La bibliografia sul punto è comunque vastissima, fra i molti, v.: G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubb. e app.*, 2006, n. 2, p. 185 e ss.; F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 1 e ss.; L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, *Serv. pubbl. e app.*, 2006, n. 2, p. 223 e ss.; E. CARDI, *Le società di proprietà pubblica. Riflessione sulle problematiche emergenti, Servizi pubblici e appalti*, 2006, n. 2, p. 237 e ss.; V. DOMENICHELLI, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione (le confuse linee di confine tra le giurisdizioni)*, in *Diritto e società*, 2003; D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 249 e ss.; F. LOMBARDO, *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, in *Foro Amm.- C.d.S.*, 2005, p. 629 e ss.; A. MIMMO, *Le responsabilità di amministratori e funzionari nelle aziende pubbliche trasformate in s.p.a.*, in *Le società*, 2002, p. 306 e ss.; C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2004, vol. 5, p. 312 e ss.; L. VENTURINI, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte conti*, 2001, p. 294 e ss. e disponibile sul sito www.corteconti.it.

La seconda fase di evoluzione dell'istituto è invece segnata dal crescente utilizzo degli strumenti di stampo privatistico che, una volta proposti come modello usuale di azione dei pubblici poteri, ha indotto la Corte di Cassazione a rivisitare il proprio originario orientamento. Per effetto di un uso indiscriminato dei modelli organizzativi privati e dell'implementazione di modelli di azione di stampo consensuale, la Corte di Cassazione ha spostato il punto prospettico dell'analisi sulla giurisdizione contabile, facendo assumere una valenza assorbente alla natura pubblica delle risorse impiegate indipendentemente da eventuali profili di connessione con la natura giuridica dell'ente o con l'esercizio di funzioni autoritative in senso stretto. Si tratta di una fase animata dall'esigenza di reagire ai non infrequenti abusi in cui il ricorso a modelli privatistici, che sul versante organizzativo si è tradotto in un uso smodato delle società per azioni come soluzione usuale per l'esercizio di pubbliche funzioni, è stato in realtà animato da esigenze elusive della disciplina pubblicistica.

La terza fase è invece animata da esigenze di risistemazione della materia. Le soluzioni volte all'estensione della responsabilità amministrativa anche agli enti pubblici economici e alle società a partecipazione pubblica pubbliche finivano per presentare parecchi aspetti di incoerenza con il sistema e non poche problematiche di ordine applicativo. In quest'ultima fase, la Corte di Cassazione offre delle soluzioni sicuramente migliorative delle precedenti, ma non ancora pienamente appaganti, in cui è la natura dell'ente societario a determinare l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti, mentre rimane ancora priva di specifiche conseguenze l'eventuale

caratterizzazione in termini imprenditoriali dell'attività svolta e l'eventuale contesto concorrenziale in cui opera l'ente.

In questa sede, saranno ripercorsi gli elementi distintivi di tali approcci, per poi verificare i profili di criticità che presentano soprattutto in ragione delle varie incursioni legislative *medio tempore* verificatesi.

Sulla materia, infatti, il legislatore è intervenuto più volte, cercando di arginare le prese di posizione offerta dalla giurisprudenza della Corte regolatrice e contribuendo, tuttavia, a disegnare un sistema quantomeno incerto, se non addirittura contraddittorio.

2. La delimitazione della giurisdizione della Corte dei conti nel passaggio dal criterio soggettivo a quello oggettivo. L'esclusione della responsabilità amministrativa per l'attività di impresa.

I primi approcci interpretativi con riferimento all'estensione della responsabilità amministrativa per gli amministratori e i dipendenti degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica sono segnati dall'avvicendamento di soluzioni interpretative assai diverse.

La Corte di Cassazione, in connessione con l'evoluzione dell'assetto organizzativo della pubblica amministrazione, ha progressivamente definito un regime di esenzione connesso al carattere imprenditoriale delle funzioni svolte.

Secondo l'impostazione originariamente accolta dalla Suprema Corte sin dalla pronuncia del 5 febbraio 1969, n. 363, la giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità degli amministratori risultava delimitata dalla presenza di due elementi: sotto il profilo soggettivo, si richiedeva la natura pubblica dell'amministrazione o dell'ente al quale l'agente era legato da un rapporto di servizio, mentre il profilo oggettivo rifletteva la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell'ambito della quale si era verificato l'evento fonte di responsabilità.

A seguito dell'intervento dell'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 1982, n. 1282, l'orientamento sopra richiamato cambiò sensibilmente per restare, poi, sostanzialmente immutato per poco più di un ventennio.

Fermi restando i presupposti precedentemente individuati, la Suprema Corte, con riferimento agli enti pubblici economici, ritenne di limitare la giurisdizione della Corte dei conti alle sole ipotesi in cui il danno fosse provocato dall'esercizio di un'attività amministrativa in senso proprio.

Si riteneva, infatti, che «se il carattere generale della giurisdizione della Corte dei conti non può essere messo in dubbio, quando ricorrano i due elementi, l'uno soggettivo che attiene alla natura pubblica dell'ente e l'altro oggettivo che riflette la qualificazione pubblica del denaro, tale giurisdizione va peraltro esclusa in relazione agli enti

pubblici economici, con riguardo alle attività che si collocano nell'ambito dell'esercizio imprenditoriale che è proprio di tali enti»¹⁴⁵.

La predetta impostazione giungeva quindi ad affermare una sostanziale incompatibilità fra responsabilità amministrativa e attività imprenditoriale.

In siffatto contesto, l'assunzione del rischio economico, connesso alla natura imprenditoriale dell'attività svolta, finiva per precludere in partenza l'adozione di scelte che potessero essere in qualche modo vincolate al rispetto delle regole della contabilità pubblica.

Si tratta di un approccio che affonda le sue radici in articolate riflessioni che riposano sull'analisi dei profili genetici degli enti pubblici economici e delle stesse modalità operative che li contraddistinguono.

Infatti, veniva espressamente rilevato che «gli enti pubblici economici svolgono funzione di regolamentazione dell'economia, e quindi perseguono finalità di carattere pubblico, attraverso un'attività di produzione per il mercato e d'intermediazione nello scambio al pari degli imprenditori privati. Essi normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato (artt. 2093 e 2201 c.c.) e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell'imprenditore privato.

La categoria degli enti pubblici economici è, infatti, sorta proprio per la necessità di realizzare un tipo di organizzazione più idoneo allo svolgimento di attività d'impresa, svincolata dalle regole troppo rigide della contabilità pubblica e sottoposta a forme più appropriate di controllo, e per rendere possibile il conseguimento di utili attraverso la partecipazione alla vita degli affari, di regola in regime di concorrenza

¹⁴⁵ Così, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 2 marzo 1982, n. 1282.

con gli imprenditori privati del settore. Il conseguimento degli utili – cioè il fine di lucro – se non in chiave di pura redditività, deve essere inteso come diretto a realizzare almeno quanto occorre per compensare i fattori produttivi impiegati e, se non costituisce lo scopo ultimo della creazione degli enti pubblici economici (rappresentato dalla pubblica finalità per la quale essi vengono costituiti), deve normalmente essere soddisfatto al fine di consentire all'ente di vivere ed operare, essendo gli utili connessi al modo in cui l'attività economica viene svolta»¹⁴⁶.

La giurisprudenza successiva, escluse alcune sporadiche eccezioni¹⁴⁷, si è tendenzialmente uniformata al principio espresso nell'ordinanza n. 1282/1982, premurandosi, talvolta, di offrire un più articolato approfondimento delle ragioni che depongono per l'esclusione della giurisdizione della Corte dei conti.

In particolare, l'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 ottobre 1983, n. 6178, ha incentrato il proprio apporto motivazionale sull'analisi della nozione di "contabilità pubblica" per

¹⁴⁶ Così, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 2 marzo 1982, n. 1282.

¹⁴⁷ Per ragioni di completezza, appare opportuno sottolineare che l'orientamento espresso dalla Suprema Corte non è stato da subito oggetto di un pacifico accoglimento da parte del giudice contabile. A ridosso dell'ordinanza n. 1282/1982 la Corte dei conti, Sez. I Giur., 26 aprile 1982, n. 53, ha, infatti, affermato la sussistenza della propria giurisdizione sulla responsabilità di un funzionario dipendente da un ente pubblico economico. Nella pronuncia della Corte dei conti, Sez. I Giur., 16 settembre 1972, n. 103, invece, è stata sostenuta la giurisdizione contabile nei confronti di un ente di gestione delle partecipazioni statali, adducendosi la maggior incidenza dei profili pubblicistici che contraddistinguerebbero tali tipologie di enti al cospetto dei normali enti pubblici. L'epilogo della vicenda è stato poi segnato dalla pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 dicembre 1985, n. 6328 – sulla quale v. *infra* questo Capitolo - che ha confermato l'orientamento dell'ordinanza n. 1282/1982 più volte menzionata.

negarne la riferibilità all'attività posta in essere da soggetti preposti all'esercizio di funzioni imprenditoriali.

Secondo quanto chiarito dalla Corte in tale ultima pronuncia, infatti, «la nozione di contabilità pubblica, certamente differenziata, quand'anche legislativamente non definita, non può invero intendersi se non con riferimento al costituito sistema normativo pubblicistico che, per lo Stato e per altri enti Pubblici, territoriali e non, tipicamente regola i modi di acquisizione, gestione, impiego e conservazione dei mezzi finanziari mediante i quali l'ente pubblico persegue e realizza i propri fini istituzionali, nonché i controlli sui comportamenti e le attività al riguardo dovuti o concretamente posti in essere dai soggetti che quei mezzi, sotto i profili e per i fini indicati amministrano».

In altri termini, in assenza di un modello comportamentale sufficientemente dettagliato, per gli enti pubblici economici difetterebbero quei parametri a cui poter rapportare la legittimità dell'attività imprenditoriale posta in essere.

Infatti, si ritiene che «costituisce ulteriore e indeclinabile presupposto per affermare la giurisdizione della Corte dei conti in ordine ai giudizi di responsabilità l'esistenza di norme del sistema da cui nei sensi chiariti si deduce la nozione di contabilità pubblica che prefigurino uno schema di comportamento, nell'esercizio della propria funzione, del soggetto sottoposto a giudizio.

Ciò è certamente per lo Stato e per gli Enti pubblici non economici (...) per la diretta immediata realizzazione degli istituzionali fini di interesse generale, con attività per ogni aspetto tipicamente e precisamente regolata, e rigidamente sottoposta a controllo; e invece

non è per gli enti pubblici economici, al riguardo dell'attività imprenditoriale esercitata che, per le proprie caratteristiche strutturali e funzionali, esula dalla materia della contabilità pubblica, e non è, e non può ritenersi regolata dal menzionato sistema normativo a quella pertinente».

Tali profili sono stati oggetto di analisi anche nella coeva pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 ottobre 1983, n. 6179, che si è soffermata maggiormente sulle caratteristiche essenziali che consentono di contrapporre l'attività amministrativa a quella imprenditoriale, con le conseguenti differenziazioni in ordine all'applicabilità di relativi regimi di responsabilità differenziati.

Secondo quanto affermato dalla Corte in tale pronuncia, «l'azione amministrativa infatti deve essere conforme a specifici precetti ed il suo esercizio è subordinato alla sussistenza di determinati presupposti nonché all'osservanza di particolari forme e limiti; la «discrezionalità amministrativa» peraltro non è libertà ma solo facoltà di scelta per l'organo pubblico tra i più possibili provvedimenti, scelta che deve essere in ogni caso operata – come ha osservato la dottrina – in relazione all'interesse pubblico generico, nonché a quel concreto interesse pubblico per la cui realizzazione il potere è stato conferito, riguardo al che ancora la dottrina ha sottolineato la netta differenza rispetto all'autonomia privata.

Orbene, allorché il dipendente di un ente pubblico economico (o comunque la persona ad esso legata da rapporto di servizio) deve adottare determinate iniziative, proprio perché esse attengono alla gestione di un'impresa la quale opera completamente

nell'area di diritto privato (...), non può mai configurarsi l'uso da parte sua di un potere di "discrezionalità amministrativa" nel senso sopra indicato, bensì solo l'esercizio di quelle facoltà rientranti, per l'appunto, nel potere d'iniziativa economica privata che – essendo il dipendente tenuto ad agire ovviamente, non nell'interesse proprio, bensì in quello dell'ente a cui appartiene – dovrà in ogni caso essere conforme a quei criteri di correttezza, diligenza e fedeltà che presiedono alla materia delle obbligazioni (...).

Mentre pertanto per gli enti pubblici non economici si giustifica - ai fini della valutazione delle responsabilità dei preposti ai propri organi - una giurisdizione specializzata quale è quella della Corte dei conti, nei riguardi degli enti pubblici economici non vi è ragione alcuna di derogare alla giurisdizione del giudice ordinario che è quella istituzionalmente investita per giudicare in materia di responsabilità conseguente a violazione delle norme del diritto privato.

Richiamando peraltro quanto sopra argomentato circa la distinzione ontologica e funzionale fra l'apparato della pubblica amministrazione e l'impresa pubblica nonché i distinti settori di operatività dell'uno e dell'altra sia pur nella prospettiva per l'uno e per l'altra dell'interesse generale, si osserva ancora come non possa condividersi l'opinione secondo cui gli enti pubblici sarebbero legati da un rapporto di servizio verso lo Stato, come tale giustificante, nella materia di che trattasi, la deroga alla giurisdizione ordinaria».

In conformità a quanto già affermato nelle precedenti sentenze nn. 4244, 5184, 6009 del 1979 e n. 2 del 1980, si è infatti ritenuto che la giurisdizione contabile sia configurabile «nell'esclusiva ipotesi di

sussistenza di un “effettivo rapporto di servizio” in senso tecnico-giuridico nei confronti dello Stato-amministrazione, con riferimento peraltro alle pubbliche funzioni da esso svolte – ancorché attraverso altri enti di ciò investiti – e non già ai compiti di natura economica che lo Stato-comunità assume in un determinato momento storico nel modo che si è in precedenza evidenziato».

A conclusioni analoghe si perveniva con riferimento al regime di responsabilità applicabile nel caso di danni direttamente cagionati all’organizzazione di appartenenza da parte di amministratori e dipendenti di società per azioni in mano pubblica. In particolare, nella pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 14 dicembre 1985, n. 6328, l’incompatibilità fra responsabilità amministrativa e il modello operativo societario è stata addotta come argomento per giustificare la permanenza della giurisdizione ordinaria sulla responsabilità degli amministratori degli enti pubblici di gestione delle partecipazioni statali (fino ad allora non direttamente investiti da alcuna pronuncia della Suprema Corte).

Infatti, si rilevava che «Le società operative sono soggette interamente al diritto privato e la responsabilità dei loro amministratori è quella di cui agli artt. 2392 e ss. c.c.. Gli amministratori degli enti di gestione quali organismi di mediazione fra i soggetti che assumono le decisioni politiche e le società operative, hanno un rapporto di carattere pubblicistico col Governo (...) ma il loro operare non può essere ispirato a criteri diversi da quelli a cui devono obbedire le società partecipate, a pena dell’irrealizzabilità del criterio dell’economicità e cioè dell’equilibrio fra i fattori di produzione ed i costi – da un lato – ed i

ricavi dei beni o dei servizi prodotti – dall’altro; criterio che garantisce il mantenimento in vita dell’impresa»¹⁴⁸.

La soluzione è rimasta pressoché immutata per lungo tempo, sino a quando la stessa Corte di Cassazione ha modificato radicalmente la precedente percezione del problema, estendendo la configurazione di una tale responsabilità anche in capo agli enti pubblici economici e alle società per azioni a partecipazione pubblica.

3. L’approdo al criterio della natura delle risorse impiegate nell’ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre

¹⁴⁸ Per interventi più recenti che riposano sul medesimo approccio interpretativo, v. ad esempio, Cass., Sezioni Unite, 2 ottobre 1998, n. 9780, in *Foro it.*, I, 1999, p. 575 e ss., ove si afferma quanto segue: «a carico degli amministratori o funzionari di enti di gestione delle partecipazioni statali, come in genere di enti pubblici economici, la giurisdizione contabile della Corte dei Conti sussiste con limitato riguardo agli atti esorbitanti dall’esercizio di attività imprenditoriale ed integranti espressione di poteri autoritativi di autorganizzazione, ovvero di funzioni pubbliche svolte in sostituzione di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici non economici, perché, in caso contrario, non è configurabile un rapporto di servizio con lo Stato; pertanto, deve essere esclusa tale giurisdizione, ed affermata quella del giudice ordinario, nell’ipotesi di responsabilità risarcitoria di detti amministratori o funzionari per l’occultamento e l’illecita gestione di somme provenienti dalle attività di impresa delle società partecipate». Ed ancora: «il requisito della natura pubblica dell’ente doveva essere riferito agli enti pubblici non economici, poiché gli enti pubblici economici, pur perseguendo finalità di carattere pubblico, normalmente svolgono la loro attività nelle forme del diritto privato e in tale svolgimento sono soggetti alla disciplina dell’imprenditore privato», aggiungendo che «alla natura, agli scopi ed al modo di operare degli enti pubblici economici mal si addice il rigore del controllo della contabilità pubblica in senso stretto». In merito alla giurisprudenza sorta sulla base di tali orientamenti interpretativi, v.: A. ANDREANI, *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 16 e ss.; V. PALMIERO, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (legge 21 marzo 1958, n. 259)*, in *Amm. e Cont.*, 1993, p. 69 e ss.; P. PIZZA, *La responsabilità amministrativa e gli amministratori di società per azioni partecipate da enti pubblici*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2000, II, p. 123 e ss..

2003, n. 19667 sugli enti pubblici economici e la sua ambigua trasposizione nelle società a partecipazione pubblica nell'ambito della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 febbraio 2004, n. 3899.

Nel corso degli anni, l'impostazione seguita dalla giurisprudenza non è stata oggetto di alcun significativo ripensamento e si è assestata sui principi richiamati, fino all'energica svolta segnata dall'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2003, n. 19667¹⁴⁹.

In tale pronuncia, invero, la Suprema Corte, mutando radicalmente la posizione assunta nell'ambito dell'ordinanza n. 1282/1982, è giunta ad affermare la sussistenza della responsabilità amministrativa e la conseguente giurisdizione della Corte dei conti in un'ipotesi in cui il danno era stato prodotto nei confronti di un ente pubblico economico da un soggetto qualificato come «funzionario di fatto» dell'ente medesimo¹⁵⁰. Collocando su un piano elettivo d'indagine

¹⁴⁹ Sul punto, v.: G. ROSSI, *Le società di partecipazione pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubb. e app.*, 2006, n. 2, p. 185 e ss.; G. CORSO, P. SAVONA, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, *ivi*, p. 197 e ss.; A. BINDI e G.M. CARUSO (a cura di), *Sintesi del rapporto sulle società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, *ivi*, p. 247 e ss.; G. NAPOLITANO, *Le società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2005, p. 999 e ss.; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

¹⁵⁰ La soluzione accolta appare preannunciata da Cass., Sezioni Unite, 19 gennaio 2001, n. 11 e da Cass., Sezioni Unite, 6 giugno 2002, n. 8229, entrambe richiamate nel corpo della motivazione. In particolare, nella prima ipotesi si era dichiarata l'irrilevanza dell'utilizzo degli strumenti privatistici da parte di un ente pubblico non economico ai fini dell'individuazione della giurisdizione della Corte dei conti. Nella seconda, si rilevava che «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della corte dei conti non è limitata alla sola attività provvedimentale, ma comprende tutti i comportamenti commissivi o omissivi, imputabili a dolo o colpa grave, dai quali sia derivato un danno per lo stato o l'ente pubblico» (Mass., 2002).

i profili qualitativi del soggetto passivo, l'impostazione indicata finisce per delimitare le due giurisdizioni in funzione della natura, pubblica o privata, delle risorse impiegate.

Le ragioni di una tale scelta vengono giustificate da un'articolata riflessione che, prendendo le mosse dall'analisi del processo di privatizzazione, ha investito profili attinenti all'evoluzione della nozione di pubblica amministrazione, al correlato incremento delle modalità operative di stampo privatistico e al mutato assetto normativo di riferimento.

Si tratta di un apparato motivazionale particolarmente ricco di spunti che, per essere inteso in tutto la sua portata, appare opportuno riportare pedissequamente nei suoi tratti essenziali.

«In anni più recenti il processo c.d. di privatizzazione ha subito un'accelerazione, anche al fine di assicurare alla P.a. una maggiore efficienza, e ciò sotto due profili: dal lato della forma giuridica, per la quale si menziona qui esemplificativamente l'art. 15, d.l. 11.7.1992, n. 333, convertito dalla legge 8.8.1992, n. 359 (che ha disposto la trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici quali l'Iri, l'Eni, l'Ina e l'Enel), e l'art. 113, d.lgs. 18.8.2000, n. 267, già art. 22, legge 8 giugno 1990, n. 142 il quale prevede che i servizi pubblici locali possano essere gestiti anche a mezzo di società per azioni od a responsabilità limitata).

Dal punto di vista, invece, del "*modus operandi*", l'art. 11 legge 7 agosto 1990 n. 241 dispone che l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine

di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero, nei casi previsti dalla legge in sostituzione di questo; a tali accordi si applicano, se non diversamente previsto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili (vedasi al riguardo Cass., Sez. Un., n. 9130/94); l'art. 2 comma 2, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 dispone a sua volta che, salvo eccezioni, i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II del libro IV del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; la disciplina privatistica trova applicazione per espressa disposizione di legge speciale (art. 1, ultimo comma, legge n. 186/88), ad un ente pubblico considerato non economico, quale l'Agenzia spaziale italiana (Cass., Sezioni Unite, 19 gennaio 2001, n. 11)».

«L'evoluzione, alla quale si è fatto cenno, rende labile (...) la distinzione tra enti pubblici non economici ed enti pubblici economici, e nel contempo non del tutto coerenti i criteri di riparto di cui al consolidato orientamento giurisprudenziale».

«Stante tale innovativo quadro, può conclusivamente affermarsi (...) che l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato.

Ancorché in forme privatistiche gli enti pubblici economici - soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura - svolgono dunque anch'essi attività

amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato».

«Il processo di privatizzazione dell'amministrazione pubblica, del quale s'è detto non ha comportato una corrispondente e normativa riduzione della sfera di competenza giurisdizionale della Corte dei conti nella materia che qui interessa; al contrario, è stata attuata dalle leggi degli anni '90, una espansione di tale sfera.

Se significativo in tal senso è anche il quinto comma dell'art. 11, della legge n. 241 del 1990 (il quale riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi procedurali e sostitutivi, previsti dallo stesso articolo), decisiva è però la considerazione complessiva di tale evoluzione legislativa la quale evidenzia il processo di omologazione delle condotte che radicano la giurisdizione contabile, intenti di semplificazione e razionalizzazione del sistema e, appunto, il progressivo ampliamento di tale giurisdizione in materia di responsabilità, ampliamento non a caso accompagnato o seguito dal nuovo assetto strutturale della Corte dei conti di cui alla menzionata legge n. 20 del 1994.

Particolarmente rilevanti appaiono, in tale contesto, l'abrogazione, ad opera della legge n. 142 del 1990, della distinzione, ai fini del riparto di giurisdizione, tra responsabilità formale degli amministratori e dipendenti degli enti locali e generica responsabilità amministrativa (vedasi, sul punto, Cass., Sez. Un., n. 5789 del 1991), ed il superamento, introdotto dalla legge n. 20 del 1994 e successive

modifiche, della responsabilità contrattuale quale limite della giurisdizione della Corte dei conti.

L'ambito della quale, ristretto per il passato, nella materia che qui interessa, a tale responsabilità (amministrativa o contabile, quest'ultima relativa agli agenti contabili, a coloro, cioè, che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato), investe dunque ora, anche la responsabilità extracontrattuale peraltro nei soli confronti di amministrazioni od enti pubblici diversi da quelli di appartenenza (così l'art. 1, ultimo comma, legge n. 20 del 1994 citata)».

«Data l'ampia formulazione della norma, deve ritenersi che essa faccia riferimento anche agli enti pubblici economici oltre che a quelli non economici ed alle amministrazioni: depongono in tal senso la lettera e la *ratio* di essa, ed il rilievo che, allorquando il legislatore ha invece inteso introdurre delle limitazioni o delle distinzioni, lo ha fatto, come nel quasi coevo art. 1, comma 2, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.

Se, in ordine alla giurisdizione, che continua ad essere attribuita al giudice ordinario, sulla responsabilità extracontrattuale di amministratori e dipendenti pubblici in danno di soggetti diversi da amministrazioni od enti pubblici quel che rileva, ai sensi dell'art. 2043 c.c. è che la condotta dell'agente sia contrassegnata da dolo o colpa ed abbia prodotto un danno ingiusto ad essa causalmente collegato (vedasi, da ultimo, Cass. nn. 9260/97, 1045/99 3132/01 e 3980 e 7630 del 2003), altrettanto è a dirsi per la stessa responsabilità dei medesimi soggetti in danno invece di amministrazioni ed enti diversi da quelli di appartenenza devoluta invece alla Corte dei conti.

Il “*discrimen*” tra le due giurisdizioni risiede infatti unicamente nella qualità del soggetto passivo e, pertanto, nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui esso si avvale avendo il legislatore del 1994 inteso più incisivamente tutelare il patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici, diversi da quelli cui appartiene il soggetto agente - e così, in definitiva, l'interesse pubblico -, con l'attribuzione della relativa giurisdizione alla Corte dei conti presso la quale (a differenza di quanto invece avviene, salvo eccezioni che qui non interessano per il giudice ordinario), è istituito il procuratore regionale abilitato a promuovere i relativi giudizi nell'interesse generale dell'ordinamento giuridico».

«Orbene, la norma innovativa di cui all'art. 1, ultimo comma, legge n. 20 del 1994 ha una sua evidente ricaduta anche in tema di responsabilità contrattuale: se, infatti, nella responsabilità extracontrattuale in danno di amministrazioni od enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, le modalità della condotta (violatrice di norme tanto di diritto pubblico che di diritto privato) del soggetto agente sono giuridicamente irrilevanti quanto alla giurisdizione, a maggior ragione esse lo sono divenute allorquando il danno sia stato cagionato alla stessa amministrazione di appartenenza, non essendo pensabile che il legislatore abbia voluto tutelare in misura meno incisiva quest'ultima.

Non a caso, del resto l'art. 1, legge n. 20 del 1994 fa riferimento al “comportamento” degli amministratori e dipendenti pubblici soggetti a giudizio di responsabilità nonché al “fatto dannoso” ed al “danno”: è, dunque l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica il

dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile, e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso.

Deve, pertanto, affermarsi che sono attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa, per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, ultimo comma, legge n. 20 del 1994, anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici (restando invece per tali enti esclusa la responsabilità contabile, per la quale l'art. 45, r.d. n. 1214/34 dispone che la presentazione del conto costituisce l'agente dell'amministrazione in giudizio, e, dunque, presuppone l'applicabilità di norme pubblicistiche generalmente escluse, invece, per detti enti)».

«Conclusivamente: 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 come queste Sezioni Unite hanno precisato con sentenza n. 40 del 2000), allo stesso modo ha, in definitiva, inteso operare il legislatore relativamente alla giurisdizione in materia di responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici, e 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 alla stregua del quale le norme ordinarie sopra indicate devono essere interpretate».

L'impostazione seguita nell'ordinanza in parola ha trovato l'avallo della successiva giurisprudenza¹⁵¹ che ha confermato la giurisdizione del giudice contabile anche in presenza di un'entità strutturata in forma societaria.

È proprio quest'ultimo il caso affrontato nell'ambito della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 febbraio 2004, n. 3899, relativo ad una società a partecipazione pubblica quasi totalitaria e deputata alla gestione di un servizio pubblico. In tale pronuncia, pur ammettendosi che nell'ipotesi esaminata sarebbero stati sufficienti i tradizionali criteri d'individuazione del rapporto di servizio¹⁵², si rinvia *per relationem* all'iter argomentativo seguito nell'ambito dell'ordinanza n. 19677/2003.

L'approccio seguito nell'ordinanza n. 19667/2003 si è poi consolidato nella recente pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 25 maggio 2005, n. 10973, là dove è stato ribadito che sono attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa per fatti commessi da amministratori e dipendenti di enti pubblici

¹⁵¹ Oltre alle pronunce riportate nel testo, cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 19 febbraio 2004, n. 3351 e indirettamente Corte di Cassazione, 9 giugno 2004, n. 10979.

¹⁵² In particolare, si rileva che «fermo il carattere pubblico del servizio relativo all'impianto e all'esercizio di mercati annonari all'ingrosso di Milano, anche escludendo che la Sogemi s.p.a. agisse come *longa manus* del Comune e quindi in una situazione di compenetrazione organica, non può certamente negarsi che tra la suddetta società e l'ente territoriale si fosse stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta 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. Rapporto di servizio che, per costante giurisprudenza, implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione (*ex plurimis*, Cass., SS.UU., 22 gennaio 2002, n. 715)».

economici, dopo l'entrata in vigore dell'ultimo comma dell'art. 1, della legge n. 20 del 1994.

L'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni unite ha trovato esplicite adesioni anche in numerose pronunce della Corte dei conti¹⁵³. Tra le più significative, vanno menzionate Corte dei conti, Sez. Giur. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67 e Corte dei conti, Sez. Giur. Lombardia, ordinanza 9 febbraio 2005, n. 32.

Segnatamente, nella prima, la Corte dei conti ha affermato la propria giurisdizione per il giudizio nei confronti dei dipendenti di una società per azioni con dotazione di capitale pubblico derivante dalla trasformazione di un precedente Consorzio, quale la "Società Abruzzese per il Servizio Idrico". Nella seconda, si è ritenuto sussistere il regime della responsabilità amministrativa nei confronti dei dipendenti di Enel Power, società di diritto privato interamente partecipata da Enel S.p.A.¹⁵⁴.

¹⁵³ Cfr., tra le altre: Corte dei conti, Sez. Giur. Veneto, 194/04; Corte dei conti, Sez. Giur. Marche, n. 1137/04; Corte dei conti, Sez. Giur. Veneto, n. 67/2006.

¹⁵⁴ È rimasto, invece, costante l'approccio interpretativo offerto per l'estensione della responsabilità amministrativa nei confronti di soggetti privati (sia persone fisiche che giuridiche) che si trovino a qualsiasi titolo inserite nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione per lo svolgimento di attività amministrative in senso stretto.

L'orientamento è stato ribadito dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 luglio 2004, n. 12301 ove si afferma espressamente quanto segue: «Questa forma di responsabilità si può configurare a carico di un soggetto estraneo all'amministrazione pubblica alla duplice condizione, che vi sia stato un atto di conferimento della funzione diretto a procurare un servizio o un bene all'amministrazione e che il conferimento di questa costituisca il mezzo per il raggiungimento dei fini che ad essa sono attribuiti dalla legge». Si tratta comunque di soluzioni largamente condivise sia dalla giurisprudenza della Suprema Corte che da quella della Corte dei conti, anche nel periodo anteriore al mutamento d'indirizzo interpretativo segnato dalla citata ordinanza n. 19667/2003. Al riguardo, significativa è la pronuncia della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 17 novembre 1994, n. 9751, ove si rileva che «I compiti di verifica tecnico-contabile dei

In seguito all'emersione dell'orientamento giurisprudenziale avviato con l'ordinanza 22 dicembre 2003, n. 19667 in materia di enti pubblici economici, la responsabilità amministrativa ha subito un significativo ampliamento dei suoi orizzonti iniziali.

Nell'affermare la responsabilità amministrativa di un funzionario di fatto di un ente pubblico economico per il danno prodotto nei confronti del medesimo ente, le Sezioni Unite tracciano un nuovo *discrimen* tra le due giurisdizioni: non più la natura dell'attività svolta (imprenditoriale o meno), bensì la natura (pubblica o privata) delle risorse impiegate, e degli scopi con esse perseguiti.

In tale decisione, si rinviene in nuce una nuova configurazione della giurisdizione contabile, poi esplicitata nelle successive pronunce, in termini di giurisdizione esclusiva sul danno pubblico, sussistente in ogni caso di cattiva gestione di risorse finanziarie della collettività, indipendentemente dal fatto che tali risorse siano gestite secondo schemi di tipo pubblicistico o privatistico (oramai assunte come neutrali), ed indipendentemente dal titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta.

progetti di ricostruzione e di controllo sulla realizzazione degli interventi finanziari, assegnati alla Italtecnica Sud nell'ambito della complessa procedura per l'erogazione dei contributi pubblici di cui agli artt. 21 e 32, legge 14 marzo 1981, n. 219 (relativa alla ricostruzione delle zone danneggiate in Basilicata e Campania dal sisma del 1980), comportando un vero e proprio inserimento funzionale, ancorché temporaneo, di tale soggetto nell'apparato organizzativo della p. a., quale organo tecnico e straordinario della stessa con conseguente assunzione della veste di agente, determinano l'assoggettamento della Italtecnica Sud alla responsabilità patrimoniale verso lo stato ed alla correlata competenza giurisdizionale della corte dei conti *ex art. 52, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214*». Per l'approccio offerto in ordine a tali ipotesi dalla giurisprudenza contabile, cfr. Corte dei conti, Sez. Giur. Sicilia, 30 maggio 1989, n. 94.

Il riconoscimento della soggezione degli amministratori di società pubbliche all'azione di responsabilità erariale rappresenta la naturale applicazione di questa mutata ricostruzione della giurisdizione contabile.

In questo caso, la sostanza pubblica, identificata nella proprietà pubblica del capitale sociale, opera come causa di attrazione delle figure soggettive in esame nell'ambito della giurisdizione contabile, in quanto il capitale sociale non rileva come patrimonio della società, bensì per la sua connessione con la finanza pubblica, mentre l'organizzazione societaria viene considerata come pura forma, del tutto irrilevante¹⁵⁵.

Non stupisce dunque che, nella sentenza n. 3899 del 26 febbraio 2004, sia stata dichiarata la sottoposizione alla giurisdizione contabile degli amministratori di una società a partecipazione comunale pressoché totalitaria, incaricata della gestione di un pubblico servizio. Pur ammettendosi che nell'ipotesi esaminata sarebbero stati sufficienti i tradizionali criteri d'individuazione del rapporto di servizio¹⁵⁶, si rinvia

¹⁵⁵Evidenti i legami di una tale visione rispetto al processo di privatizzazione, al sempre più frequente affidamento a soggetti privati di compiti propri della sfera pubblica, ad una nozione allargata di pubblica amministrazione fondata sull'elemento finalistico, alla neutralizzazione dello schema societario, nonché allo sviluppo di discipline a carattere misto.

¹⁵⁶ In particolare, si rileva che «fermo il carattere pubblico del servizio relativo all'impianto e all'esercizio di mercati annonari all'ingrosso di Milano, anche escludendo che la Sogemi s.p.a. agisse come *longa manus* del Comune e quindi in una situazione di compenetrazione organica, non può certamente negarsi che tra la suddetta società e l'ente territoriale si fosse stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta 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. Rapporto di servizio che, per costante giurisprudenza, implica l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale

per relationem all'iter argomentativo seguito nell'ambito dell'ordinanza n. 19677/2003.

L'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni unite ha trovato esplicite adesioni anche in numerose pronunce della Corte dei conti¹⁵⁷, ove il criterio della provenienza delle risorse utilizzate ha costituito la base delle argomentazioni attinenti al riscontro di tale forma di responsabilità.

Normalmente si riscontra un passaggio «dalla responsabilità amministrativa dei soli amministratori e dipendenti pubblici per il danno patrimoniale da essi determinato alle finanze dell'amministrazione di appartenenza in relazione alla violazione di obblighi di servizio, alla "responsabilità finanziaria", intesa come una generale forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze, in cui possono incorrere tutti i soggetti che abbiano maneggio o che utilizzino pubbliche risorse e che si configura, in via generale, in relazione alla violazione degli obblighi nascenti in capo al soggetto stesso dalla finalizzazione delle risorse pubbliche»¹⁵⁸

con il quale si è costituito ed attuato il rapporto in questione (*ex plurimis*, Cass., SS. UU., 22 gennaio 2002, n. 715)».

¹⁵⁷ Tra le più significative, meritano menzione Corte dei conti, Sez. Giur. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67 e Corte dei conti, Sez. Giur. Lombardia, ordinanza 9 febbraio 2005, n. 32. In particolare, nella prima, la Corte dei conti ha affermato la propria giurisdizione per il giudizio nei confronti dei dipendenti della "Società Abruzzese per il Servizio Idrico", ovvero di una società per azioni con dotazione di capitale pubblico derivante dalla trasformazione di un precedente Consorzio; nella seconda, invece, si è ritenuto sussistere il regime della responsabilità amministrativa nei confronti dei dipendenti di Enel Power, società interamente partecipata da Enel S.p.A. Sul punto, cfr., anche: Corte dei conti, Sez. Giur. Veneto, n. 194/04; Corte dei conti, Sez. Giur. Marche, n. 1137/04 e Corte dei conti, Sez. Giur. Veneto, n. 67/2006, disponibili sul sito www.corteconti.it.

¹⁵⁸ Così, Corte dei conti, Sez. Giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114. Singolare la ricostruzione operata dalla Corte dei conti, Sez. Giur. Friuli Venezia Giulia, n. 656 del

La giurisprudenza ha quindi accolto un tale orientamento, ritenendo che l'estensione della responsabilità amministrativa agli amministratori di società a partecipazione pubblica si fonda essenzialmente sul principio per cui l'utilizzo di risorse pubbliche, indipendentemente dallo strumento pubblico o privato al quale si ricorre, costituisce il presupposto necessario e sufficiente per legittimare la giurisdizione della Corte dei conti¹⁵⁹.

Nonostante i numerosi rilievi critici sollevati dalla dottrina in merito all'estensione della responsabilità amministrativa con riferimento alle società pubblica, l'orientamento della giurisprudenza è rimasto immutato per molto tempo.

I profili di maggiore perplessità sono stati sollevati con riferimento alla compatibilità del nuovo sistema di responsabilità con il principio di legalità e con i principi dell'ordinamento comunitario.

Per quanto riguarda la prima delle questioni indicate, i dubbi sono sorti con riferimento all'assenza nell'ambito dell'ordinamento di una norma che preveda la possibile estensione della giurisdizione contabile in favore di soggetti che assumono una forma privatistica in virtù di un'apposita scelta del legislatore che non è accompagnata da alcuna valutazione in ordine al regime di responsabilità.

Secondo l'orientamento della Corte Costituzionale¹⁶⁰, la giurisdizione della Corte dei conti ha carattere tendenziale e necessita

2007, ove la sussistenza della responsabilità amministrativa viene ricollegata alla natura di organismo di diritto pubblico, confondendo così il piano operativo delle categorie.

¹⁵⁹ In questi termini, v. pure Cass., Sezioni Unite, 27 settembre 2006, n. 20886.

¹⁶⁰ V. *ex multis*, Corte Costituzionale, sentenze n. 24/1993 e n. 327/1998.

per potersi esplicitare della c.d. *interpositio legislatoris*: l'apporto della giurisprudenza non sarebbe infatti legato alla necessità di colmare alcuna lacuna dell'ordinamento, atteso che il regime civilistico appositamente dettato per il modello societario dispone di specifici strumenti per l'attivazione dei necessari meccanismi risarcitori¹⁶¹.

Altre perplessità sono legate alla dubbia compatibilità fra il regime della responsabilità amministrativa e l'attività di impresa. Costituisce un dato indiscutibile il fatto che l'attività di impresa possa essere svolta indifferentemente da un soggetto privato e da un soggetto pubblico, con l'effetto che essa ha caratteri suoi propri, rispetto ai quali la qualificazione dell'imprenditore è del tutto irrilevante: quello dell'impresa è un diritto comune a privati e pubblici operatori¹⁶².

Tale identità di disciplina, cui consegue la neutralità dell'assetto proprietario dell'impresa, è d'altronde un fattore che condiziona lo sviluppo di mercati effettivamente concorrenziali. Pertanto, in

¹⁶¹ Cfr. L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, n. 2, p. 228, la quale evidenzia ulteriori limiti alla legittimità di una deroga in via giurisprudenziale alla giurisdizione generale della autorità giudiziaria ordinaria, in considerazione delle caratteristiche del proprio processo contabile, quali, per citare solo le principali, l'impari posizione delle parti e la possibilità di ricorrere in Cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione, con conseguente sottrazione di tali controversie alla funzione nomofilattica della stessa. In senso conforme, v. anche G. BARZARI, *La giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2004, IV, p. 534. L'Autore dubita della compatibilità costituzionale di questo nuovo indirizzo interpretativo della Suprema Corte, prospettandone profili di contrasto sia con l'art. 3 che con l'art. 25 della Costituzione, in quanto la previsione della responsabilità erariale degli amministratori delle società pubbliche finisce per differenziare il trattamento di società e amministratori in funzione della composizione del capitale e realizza contemporaneamente una sottrazione della relativa lite al giudice naturale precostituito per legge.

¹⁶² Cfr. L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, cit., p. 229.

considerazione dell'irrilevanza della qualificazione dell'imprenditore, se è vero che la proprietà pubblica dell'impresa non può comportare vantaggi competitivi, allo stesso modo non può tradursi in svantaggi, specie se l'impresa pubblica si confronta in un mercato di dimensione europea.

Proprio in uno svantaggio può tradursi, invece, la soggezione delle scelte di gestione al sindacato della Corte dei conti, in quanto l'attività di impresa mal si presta ad essere valutata secondo le regole della contabilità pubblica¹⁶³. Un sistema tanto complesso e tanto gravoso per il funzionamento della società pubblica-impresa, quale quello della responsabilità amministrativa, finisce così per produrre il risultato di vanificare le ragioni della trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni: dotare l'impresa pubblica di una struttura organizzativa che le consenta di competere in modo più agevole con le imprese private in un contesto di mercato sempre più aperto¹⁶⁴.

¹⁶³ Il profilo caratterizzante l'attività di impresa è quello del rischio, ossia dell'intrinseca imponderabilità delle scelte: le decisioni che vanno prese nella gestione di un'attività di impresa si basano su una serie indefinita di variabili che possono essere anche non del tutto verificabili e oggettivizzabili. Ne deriva che la responsabilità per il compimento di scelte inerenti ad un'attività di impresa può essere solo una responsabilità di risultato, valutabile con i criteri della responsabilità di gestione e non anche con quelli della responsabilità amministrativa. Cfr. G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, cit., p. 193.

¹⁶⁴ Cfr. G. CORSO, P. SAVONA, *Le società di proprietà pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, cit., 186. D'altronde, la scelta consacrata nel 1956 di staccare le partecipazioni statali dalla proprietà diretta in capo allo Stato si giustificava proprio con il fine di evitare l'applicabilità alle partecipazioni stesse delle regole della contabilità, ritenute inadeguate ad una loro gestione secondo i canoni imprenditoriali. Cfr. G. BARZARI, *La giurisdizione della Corte dei conti*, cit., p. 537.

In buona sostanza, nella nuova giurisprudenza della Corte di Cassazione è possibile registrare un'insufficiente considerazione della profonda eterogeneità rinvenibile nelle società pubbliche.

Di contro, un'adeguata valutazione di tale diversità consentirebbe di mettere in evidenza ipotesi di un uso improprio, ora di istituti privatistici (come la stessa società, che risulta schema organizzativo inidoneo per quegli enti che esercitano pubbliche funzioni), ora di istituti pubblicistici, quali la responsabilità amministrativa, riferibile con difficoltà a quei soggetti (enti pubblici economici e società pubbliche) che appunto esercitano un'attività di impresa¹⁶⁵.

Le maggiori perplessità vengono però collegate ai profili di compatibilità con l'ordinamento comunitario.

Ciò in quanto, per effetto della responsabilità amministrativa si viene ad innestare un insolita sovrapposizione di meccanismi risarcitori che potrebbero determinare sia un pregiudizio concorrenziale delle società pubbliche, che un'eventuale discriminazione per i soci non pubblici che partecipano al relativo capitale.

Il regime speciale di responsabilità, infatti, si va ad affiancare alla disciplina civilistica che sancisce delle specifiche responsabilità degli amministratori nei confronti della stessa società, dei singoli soci, dei creditori sociali e dei terzi in genere.

La commistione di queste due forme di responsabilità, inoltre, genera un assetto che presenta notevoli problemi in relazione ai diversi presupposti su cui le stesse si fondano.

¹⁶⁵ Cfr. G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, cit., p. 191.

La responsabilità civile, come noto, si basa sulla c.d. *business judgement rule*, che implica una valutazione di razionalità *ex ante*, mentre, all'opposto, la responsabilità amministrativa presuppone un sistema di valutazione che si esplica necessariamente *ex post*¹⁶⁶.

La previsione di un regime di responsabilità aggiuntivo finisce quindi per tradursi nell'imposizione di oneri organizzativi aggiuntivi legati ad un procedimento di controllo funzionale al rispetto dell'obbligo di denuncia al procuratore contabile.

Ulteriori profili di frizione derivano dall'alterazione del rapporto con gli eventuali soci privati, in quanto si è sostenuto che il socio pubblico sarebbe destinatario di un canale privilegiato per l'attivazione dei meccanismi risarcitori di cui non possono disporre gli altri soci¹⁶⁷.

Tutti i fattori enunciati sono stati indicati in ragione del possibile contrasto con la libertà di circolazione dei capitali (art. 56 Trattato CE) e con il diritto di stabilimento (art. 43 Trattato CE). Tuttavia, la giurisprudenza, nell'affrontare materie affini, ha riscontrato che i profili di incompatibilità con l'ordinamento comunitario finiscono per ridursi ad una possibile restrizione della libertà di circolazione dei capitali, che costituisce una precondizione per l'esplicarsi della libertà di cui all'art. 43 del Trattato CE.

Sulla falsa riga dei principi già elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di *golden share*, si potrebbe infatti sostenere che gli azionisti pubblici godono di uno strumento che va al di là dei loro investimenti e che finisce per ridurre l'influenza del socio privato in

¹⁶⁶ Così, il *Paper* di ASTRID, *La responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 17.

¹⁶⁷ Cfr. *Paper* di ASTRID, cit., pp. 23-24.

ragione dell'effetto deterrente connesso all'obbligatorietà dell'azione del p.m. contabile¹⁶⁸.

Probabilmente animato dalle medesime preoccupazioni sollevate dalla dottrina, il legislatore, dal canto suo, si è premurato di circoscrivere l'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa ove maggiori erano apparsi i profili di frizione con l'ordinamento comunitario.

L'art. 16-*bis*, della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito, con modificazioni, il decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni

¹⁶⁸ Sul punto, v. ancora il *Paper* di ASTRID, cit., pp. 23-24, ove si rileva che occorre comunque verificare «(i) se sussistano ragioni imperative di interesse generale che giustificano una tale deroga al diritto societario comune e (ii) se le misure nazionali adottate per far fronte a tale supposto interesse siano adeguate e necessarie allo scopo». Per quanto riguarda la prima condizione, si rileva che «non è possibile fondare tale deroga sul generico interesse al buon uso delle risorse pubbliche, poiché la Corte di giustizia ha da tempo escluso che tra i motivi di interesse generale, validamente invocabili per limitare una libertà economica fondamentale, si possano includere generiche ragioni economico-finanziarie». Pur ammettendo che un tale interesse pubblico sia idoneo a giustificare la sovrapposizione dei titoli di responsabilità, si ritiene che «resterebbe da provare la necessità e l'adeguatezza delle misure che questo regime speciale comporta, ossia bisogna dimostrare che non esistono altri istituti, di carattere meno restrittivo, in grado di assicurare tale interesse, tra quelli offerti dal diritto comune. Orbene, l'esistenza di un completo sistema di garanzie a tutela degli interessi della società e di quelli dei singoli soci sembra rendere ardua una tale dimostrazione, anche in considerazione del fatto che, nella gran parte delle società partecipate, gli enti pubblici detengono la maggioranza delle azioni o, quantomeno, quote tali da consentire l'esercizio autonomo di un'azione di responsabilità. Se, inoltre, si aggiunge che la sovrapposizione delle forme di responsabilità, come dimostrato da autorevoli commentatori, comporta un pregiudizio al corretto funzionamento degli istituti civilistici, l'adeguatezza del regime derogatorio appare ancora meno sostenibile». Pur rilevando che «l'azione di responsabilità erariale ha spesso rappresentato una forma (impropria) di supplenza al mancato utilizzo degli strumenti di diritto civile, da un punto di vista storico», si conclude considerando che tali ragioni sarebbero difficilmente invocabili «per escludere che il regime derogatorio sulla responsabilità rappresenti un'indebita restrizione ai movimenti dei capitali e, perciò, una violazione delle libertà economiche sancite dai Trattati comunitari».

urgenti in materia finanziaria (c.d. decreto milleproroghe), ha chiarito 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»:

(i) «la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile»;

(ii) «le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario»;

(iii) tali disposizioni «non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore» della legge di conversione.

Si tratta di un atteggiamento che, come già visto, soprattutto negli ultimi tempi, sta caratterizzando l'approccio riservato dal legislatore al cospetto delle società quotate che, nelle ipotesi in cui non godano di una partecipazione pubblica maggioritaria, vengono sempre più spesso assimilate a quelle ordinarie.

Tuttavia, l'art. 16-*bis*, escludendo la giurisdizione contabile per le società quotate con una partecipazione pubblica inferiore al 50%, la disciplina in parola finisce per confermare, seppur implicitamente, la responsabilità amministrativa per tutte le ipotesi che non trovano un'esplicita riconducibilità nell'ambito di previsione di cui al medesimo articolo.

In altri termini, ponendosi come una sorta di eccezione ad una regola mai formulata per le vie legislative, la norma in parola finisce per legittimare e rafforzare l'orientamento giurisprudenziale in materia, chiudendo così la strada ad ogni possibile ripensamento.

L'orientamento interpretativo espresso dalle Sezioni Unite nell'ordinanza n. 19667/2003, nonostante le critiche a questo mosse da più parti della dottrina che ne ha puntualmente evidenziato i vari profili di incoerenza e le ricadute applicative dalla dubbia compatibilità con il sistema generale delle norme del diritto societario, è rimasto inalterato fino alla fine del 2009, quando la Corte di Cassazione è ritornata energicamente sul punto.

4. I tentativi di risistemazione della materia fra coordinate sostanziali e aspetti formali. Profili di diversificazione della fattispecie e ancoraggio alla nozione di ente pubblico.

L'estensione della responsabilità amministrativa in capo ai dipendenti e agli amministratori di società a partecipazione pubblica ha riscontrato un rinnovato interesse a partire dalle pronunce della Suprema Corte del dicembre 2009.

Si tratta di un tritico di pronunce particolarmente significativo perché volto a coprire la gamma delle varie ipotesi di coinvolgimento nell'ambito della sfera di giurisdizione contabile delle strutture societarie partecipate dai pubblici poteri.

La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 21 dicembre 2009, n. 26834, resa con riferimento a Equitalia Polis S.p.A., afferma il principio per cui sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni per i danni prodotti all'erario in

conseguenza della mancata esazione dei ruoli consegnati per la riscossione alla stessa società concessionaria.

Si tratta di una conferma del tradizionale orientamento volto ad ancorare la giurisdizione contabile al riscontro del rapporto di servizio esistente con il concessionario preposto all'esazione. Pertanto, almeno su questo punto, l'intervento operato dalle Sezioni Unite non sembra aver portato alcuna significativa innovazione, in quanto è stato sostanzialmente riproposto l'orientamento tradizionale che, anche nelle più remote configurazioni della responsabilità amministrativa, aveva sempre ammesso una sua possibile estensione in capo a soggetti privati nell'eventualità di un'immissione nell'esercizio di pubbliche funzioni collegate, ad esempio, all'esistenza di un rapporto concessorio.

Decisamente più significativa è la portata delle pronunce della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, resa con riferimento a Enel Power S.p.A., e della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 22 dicembre 2009, n. 27092, relativa a RAI Radiotelevisione Italiana S.p.A.¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Dette pronunce sono state oggetto di numerosi commenti. Senza alcuna pretesa di esaustività, sul punto, cfr.: M. SINISI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di s.p.a. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, p. 71 e ss.; V. TENORE, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, p. 92 e ss.; G.F. CARTEI e P. CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 935 e ss.; G. D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1477 e ss.; O. CAGNASSO, *Una "brusca frenata" da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa – contabile*, in *Giur. it.*, 2010, p. 853 e ss.; P. PATRITO, *Responsabilità di amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e di diritto sostanziale*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1709 e ss.; M. COLONNA, *Danni al patrimonio delle società. Difetto di giurisdizione della Corte dei conti – giurisdizione del Giudice ordinario*,

Solo attraverso la lettura congiunta delle due pronunce si può intendere appieno la visione complessiva del fenomeno propria della Corte che definisce regimi sostanzialmente antitetici in ragione della possibile riconducibilità o meno delle società alla nozione di ente pubblico. Così, nella prima pronuncia si finisce per escludere la responsabilità amministrativa degli amministratori di Enel Power, mentre nella seconda, in ragione della riconducibilità di Rai Radiotelevisione Italiana S.p.A. alla nozione di ente pubblico, si afferma chiaramente la sottoposizione dei relativi amministratori alla giurisdizione della Corte dei conti.

5. La sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 19 dicembre 2009, n. 26806. La rilevanza del modello organizzativo societario e la conseguente sottoposizione alle regole di responsabilità per questo previste.

La sentenza n. 26806 del 19 dicembre 2009¹⁷⁰ prende le mosse da un'attenta distinzione fra la responsabilità della società e la

disponibile sul sito *www.lexitalia.it*, 2010, (n. 1); F. CAPALBO, *I limiti esterni alla giurisdizione della Corte dei Conti e società partecipate: una brusca battuta d'arresto*, *ivi*.

¹⁷⁰ Preme osservare sin da subito che il ragionamento sviluppato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806 – oggetto di specifica disamina in questa sede – è stato ripreso pedissequamente nell'ordinanza n. 520 del 15 gennaio 2010, in *Società*, 2010, p. 803 e ss., con nota di GHIGLIONE – BAILO, *Responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU.*. Detta ordinanza è stata pronunciata dalle Sezioni Unite con riferimento al regolamento preventivo di giurisdizione proposto da un dipendente della Snamprogetti S.p.A. per sentir dichiarare se rientri nella giurisdizione del giudice ordinario o del giudice contabile la cognizione della domanda – oggetto del giudizio di responsabilità erariale

responsabilità degli amministratori per poi focalizzarsi solo sugli aspetti relativi a quest'ultima.

Non si tratta quindi di analizzare la responsabilità amministrativa della società in quanto persona giuridica per i danni erariali da questa eventualmente prodotti in capo ad una P.A., bensì di valutare e scegliere se agli amministratori e dipendenti di una S.p.A. in mano pubblica si applichino le norme di diritto societario ovvero se dalla presenza di capitali pubblici consegua invece l'assoggettamento di questi soggetti alle norme proprie della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei conti.

La differenza, come avverte la Suprema Corte, è rilevante, in quanto «nel primo caso la s.p.a. "pubblica" è il soggetto responsabile del danno che deve risarcire con il proprio patrimonio sociale, nel secondo caso essa diviene il soggetto danneggiato il cui patrimonio deve essere reintegrato».

Le Sezioni Unite non mancano di rilevare le difficoltà riscontrate nella definizione degli ambiti della giurisdizione contabile. Finché era possibile registrare una «più netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato, la normale corrispondenza tra la natura pubblica dell'attività svolta dall'agente ed il suo organico inserimento nei ranghi della pubblica amministrazione», la demarcazione dei confini tra l'agire

pendente dinanzi alla Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia - proposta con atto di citazione e finalizzata ad evidenziare la responsabilità per danno erariale di esso ricorrente quale dipendente, con il ruolo di direttore dei progetti, della s.p.a. Snamprogetti in relazione alla gestione, in violazione delle regole poste dall'ordinamento nazionale e comunitario, di una gara di appalto bandita da Enipower S.p.A. controllata da Eni S.p.A. a sua volta partecipata dallo Stato, con ricadute sulla validità ed efficacia dei contratti stipulati.

dell'amministrazione in forza della potestà pubblica ad essa spettante e per le finalità tipicamente a questa connesse ed il suo agire invece *iure privatorum* erano di più agevole definizione e tutti questi elementi contribuivano a creare un sistema in grado di facilitare la conseguente individuazione dei limiti esterni della giurisdizione in esame.

Nell'attuale momento storico, invece, tali confini sono decisamente più sfumati in quanto, da un lato, le finalità della pubblica amministrazione vengono soventemente incanalate in ambiti tipicamente privatistici; dall'altro, ai soggetti privati viene affidata con sempre maggior frequenza la realizzazione di finalità una volta ritenute di pertinenza esclusiva degli organi pubblici.

Quasi a giustificare il rigore, la Corte rileva che il precedente approccio interpretativo è stato adottato per evitare il rischio di un sostanziale svuotamento - o almeno di un grave indebolimento - della giurisdizione del giudice contabile in punto di responsabilità. Per tale motivo, è stato privilegiato un approccio definito più "sostanzialistico", ma che in realtà appariva decisamente formale in quanto si trattava di un criterio oggettivo ancorato alla natura pubblica delle risorse finanziarie, piuttosto che alla natura pubblica del soggetto o delle funzioni esercitate.

Le conclusioni formulate con riferimento agli enti pubblici economici nell'ambito della pronuncia n. 19667 del 22 dicembre 2003, tuttavia, non vengono assolutamente rinnegate in quanto viene confermato il principio per cui l'esercizio di «attività amministrativa» in forma di impresa non implica alcun esonero dal regime della

responsabilità amministrativa, mantenendosi, invece, l'enfasi sulla natura pubblica del soggetto danneggiato e delle relative risorse.

Gli enti pubblici economici, infatti, restano nell'alveo della pubblica amministrazione anche nelle ipotesi in cui operano imprenditorialmente, con strumenti privatistici.

Tuttavia, tale principio, che non sembrerebbe soffrire particolari problemi agli enti pubblici economici, quando rapportato a strutture aventi la forma societaria risulta più problematico.

Le società per azioni infatti non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. Costituisce affermazione pacifica nella dottrina e nella giurisprudenza che la natura pubblica del socio non si trasmette automaticamente in capo alla società da questi partecipata.

Si rende dunque necessaria una prima distinzione fra enti pubblici economici e società a partecipazione pubblica: i primi rientrano nell'ambito di giurisdizione della Corte dei conti, mentre per le seconde è necessaria un'indagine aggiuntiva che deve prendere avvio dalla disciplina dettata dal codice civile per la regolazione del modello societario.

Come già visto, il modello societario è retto da un impianto normativo molto articolato ed organico, ma decisamente scarno con riferimento alla disciplina delle società a partecipazione pubblica¹⁷¹.

Il codice civile dedica alla società per azioni a partecipazione pubblica solo alcune disposizioni, contenute nell'art. 2449 (e

¹⁷¹ V. *infra* Capitoli Primo e Secondo.

originariamente anche nell'art. 2450) modificato numerose volte a seguito dei vari procedimenti di infrazione avviati in sede comunitaria¹⁷².

Nella formulazione vigente, il primo comma dell'art. 2449 c.c. prevede quanto segue: «Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare

¹⁷² In particolare, l'art. 2449 c.c., nella formulazione risultante a seguito della novella recata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, prevede che allo Stato e agli enti pubblici che siano soci della società lo statuto possa conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori, i quali possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. L'articolo 13, della legge 25 febbraio 2008, n. 34, in seguito ai numerosi giudizi volti a vagliare la compatibilità della norma con la disciplina comunitaria, ha sostituito l'art. 2449 c.c. con la seguente formulazione «1. Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale. 2. Gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. 3. I sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica. 4. Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346. Il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. A tal fine è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti».

L'art. 2450 c.c., oramai abrogato dall'art. 3, del d.l. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito con la legge n. 43/2007, prevedeva, invece, che «le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche nel caso in cui la legge o lo statuto attribuisca allo Stato o a enti pubblici, anche in mancanza di partecipazione azionaria, la nomina di uno o più amministratori o sindaci o componenti del consiglio di sorveglianza, salvo che la legge disponga diversamente».

un numero di amministratori e sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale».

Il secondo comma del medesimo articolo stabilisce, invece, che i membri degli organi sociali di nomina pubblica «hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea»¹⁷³.

¹⁷³ La norma, nella sua originaria formulazione, al contempo, aggiungeva, al terzo comma, quanto segue: «sono salve le disposizioni delle leggi speciali», come a sottolineare che solo ed esclusivamente in virtù di un intervento del legislatore sia possibile alterare tale identità di posizione giuridica. Di questo avviso: R. RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le Società*, 2005, IV, p. 423 e ss.; B. PETRAZZINI, *Commento all'art. 2449*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, Torino, 2004, p. 1697 e ss.; M. BERTUZZI, in M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, *Patrimoni destinati. Partecipazioni statali. Società in accomandita per azioni*, Milano, 2003, sub artt. 2449 e 2450 c.c., pp. 208 e 220; L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 466 e ss.; R. URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, pp. 748 e 762; F. GOGGIAMANI, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate*, nota a Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, IV.

In senso contrario, v, invece, A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 844, secondo il quale il riferimento alle disposizioni di legge speciale svolgerebbe semplicemente la funzione di formale rinvio alla stratificata e consistente produzione normativa che si è aggiunta a quella codicistica in materia di società pubbliche. Tuttavia, posta la natura assolutamente generale del principio per cui *lex specialis derogat generali*, l'interpretazione appena ricostruita della specificazione introdotta con la riforma al comma 3 dell'art. 2449 c.c. avrebbe l'effetto di conferirle un carattere ridondante. Sembra quindi più opportuno ritenere che il legislatore del 2003 sia voluto invece intervenire nel dibattito relativo allo *status* dei componenti degli organi sociali di nomina pubblica nel senso sopra chiarito.

Nella generale previsione dell'art. 2449, comma 3 c.c. rientra di sicuro l'art. 6, della legge n. 145/2002, il quale stabilisce che «le nomine degli organi di vertice e dei consigli di amministrazione (...) delle società controllate o partecipate dallo Stato (...) conferite dal Governo o dai Ministri nei sei mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura (...) possono essere confermate, revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto di fiducia al Governo». Tale disposizione, che segnala l'emersione a livello normativo, del rapporto fiduciario tra vertice politico e soggetti preposti alle società a partecipazione statale, pone *ex lege* una giusta causa di revoca dall'incarico di amministratore, la quale pertanto esclude il diritto dell'amministratore revocato al risarcimento del danno.

Fatta eccezione per i profili inerenti alla nomina e revoca degli organi sociali¹⁷⁴, specificamente contemplati, la norma in questione non

¹⁷⁴ La qualificazione del relativo atto di nomina e del corrispondente atto di revoca è stata proposta sia in termini pubblicistici che privatistici. Se si accede al primo orientamento è giocoforza individuare negli atti di nomina e revoca i tratti tipici del provvedimento amministrativo (supponendosi essi adottati dal soggetto pubblico nella sua veste autoritativa) e dunque i presupposti della giurisdizione amministrativa e di un'eventuale decisione di annullamento. Di contro, corollario della tesi privatistica è la qualificazione della nomina e della revoca come atti di natura negoziale a struttura unilaterale, essendo stati adottati nell'esercizio di un diritto potestativo, riconosciuto ad un soggetto pubblico che, avendo optato per lo strumento societario, ha scelto di agire *jure privatorum* e dunque di sottoporsi alla giurisdizione ordinaria. In argomento si iscrive una recente pronuncia delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione (sentenza 15 aprile 2005, n. 7799), la quale qualifica il potere di nomina e revoca pubblica come estrinsecazione di una potestà di diritto privato, e non già di un potere pubblico, ed in considerazione di ciò esclude la generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo. La pronuncia in commento segna un inequivocabile cambio di rotta del giudice di legittimità rispetto all'orientamento espresso nella sentenza della Sezione I, 15 luglio 1982, n. 4139, ove si è escluso il diritto al risarcimento del danno a favore dell'amministratore di nomina pubblica revocato in assenza di giusta causa, sul presupposto che è inibito al giudice ordinario sindacare il contenuto di un provvedimento discrezionale della pubblica amministrazione, quale è appunto quello di revoca dell'amministratore, a favore del quale sono esperibili tutti i rimedi concessi dall'ordinamento a tutela degli interessi legittimi. La decisione della Suprema Corte ha l'effetto di confermare le decisioni già assunte, in relazione alla medesima controversia dal TAR e dal Consiglio di Stato. Secondo l'interpretazione accolta dalla Suprema Corte, in qualità di giudice della giurisdizione, l'attribuzione del potere in questione ad un soggetto pubblico ha il solo effetto di sottrarlo all'assemblea, cui compete naturalmente secondo il diritto comune, mentre non condiziona la natura giuridica degli atti di nomina e revoca. Tali conclusioni non sono tuttavia generalizzabili, in quanto legate a specifici presupposti, rappresentati dalla fonte negoziale del potere (lo statuto) e dal riconoscimento dello stesso in capo al soggetto pubblico in qualità di socio: posta la natura privata della società a capitale pubblico (la proprietà pubblica del capitale non è di per sé elemento sufficiente a qualificare come persona giuridica l'ente societario), il socio pubblico può influenzare il funzionamento della società solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario e non anche con poteri di tipo pubblicistico. Ne deriva l'appartenenza alla giurisdizione ordinaria della controversia avente ad oggetto la legittimità dell'atto di revoca dell'amministratore di nomina pubblica, cui può essere riconosciuto un diritto soggettivo alla conservazione della carica sociale. In altri termini, la Cassazione, nella pronuncia in esame, analizza la configurazione del potere di nomina e revoca limitatamente a come esso viene conformato dall'art. 2449 c.c..

Diverso è invece il caso speculare, rientrante nella previsione dell'art. 2450 c.c., originariamente contenuta nel Codice civile e successivamente espunta, in cui il potere

stabilisce quindi alcun regime speciale in ordine alla responsabilità di detti organi, che resta dunque disciplinata dalle ordinarie norme previste dal codice civile a questo riguardo.

ha fonte legale e viene attribuito al soggetto pubblico a prescindere dalla titolarità di una partecipazione azionaria. Ne deriva una duplice possibile qualificazione degli atti di esercizio del potere stesso: atti negoziali nella prima ipotesi, con conseguente giurisdizione ordinaria, e provvedimenti nella seconda. Tuttavia, se diversa in queste due fattispecie è la conformazione del potere identici sono gli effetti del suo esercizio, in quanto l'art. 2450 c.c. rinvia all'art. 2449 c.c., per cui, in linea di principio, anche i componenti degli organi sociali nominati da un soggetto pubblico non socio «hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei membri nominati dall'assemblea», e quindi anche identiche garanzie. Per un commento esaustivo alla pronuncia in questione v. F. GOGGIAMANI, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate*, cit.. Non sembra pertanto che alla qualificazione dell'atto di revoca come provvedimento consegua necessariamente la sussistenza della giurisdizione amministrativa, dipendendo il corretto incardinamento della controversia sotto l'aspetto della giurisdizione dalla configurazione della pretesa fatta valere dal soggetto. Così, se per esempio l'amministratore revocato fa valere la propria aspettativa al mantenimento dell'incarico, allora viene in discussione la legittimità del provvedimento di revoca, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. Di contro, se questo stesso soggetto aspira ad una tutela risarcitoria, allora viene in discussione non la legittimità del provvedimento, bensì la presenza o meno di una "giusta causa" ex art. 2383, comma 3, c.c., da valutare non in riferimento al rapporto fiduciario con l'ente pubblico, ma all'ordinamento societario, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno a favore dell'amministratore e soprattutto del componente dell'organo di controllo nominati e revocati dall'ente pubblico, negato dalla già citata sentenza della Cassazione, Sez. I. 15 luglio 1982, n. 4139, è tra l'altro funzionale a tutelarne la posizione di autonomia e di indipendenza, che sarebbe invece compromessa da un regime di revoca *ad libitum*. Di questo avviso: M. BERTUZZI, in M. BERTUZZI – G. BOZZA – G. SCIUMBATA, in *Patrimoni destinati. Partecipazioni statali. Società in accomandita per azioni*, cit., p. 221; R. RORDORF, *Le società "pubbliche"*, cit., p. 429; L. SALERNO, *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma*, cit., p. 464; V. SALAFIA, *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli Enti pubblici*, in *Soc.*, 2001, p. 724. Gli artt. 2449 e 2450 c.c. hanno l'effetto di sostituire il soggetto pubblico nell'esercizio di un potere che fisiologicamente compete all'assemblea. Ciò significa che nell'esercizio del potere di nomina il soggetto pubblico opera sostanzialmente come organo della società, tant'è che il rapporto giuridico generato dalla nomina si instaura tra l'amministratore e la società medesima. Sembra pertanto che la pretesa risarcitoria debba essere indirizzata nei confronti non del soggetto pubblico, bensì della società.

Si tratta di principi che, a giudizio della Corte, valgono anche per le società eventualmente partecipate da un ente pubblico.

La scelta del modello societario implicherebbe la volontà di assoggettarsi alle regole previste per quel modello. La scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta.

Sugli amministratori delle società pubbliche incombono gli stessi obblighi e diritti previsti per gli amministratori di società private.

In questa prospettiva, si afferma quanto segue: «Dall'identità dei diritti e degli obblighi facenti capo ai componenti degli organi sociali di una società a partecipazione pubblica, pur quando direttamente designati dal socio pubblico, logicamente perciò discende la responsabilità di detti organi nei confronti della società, dei soci, dei creditori e dei terzi in genere, nei medesimi termini - contemplati dagli artt. 2392 e segg. del codice - in cui tali diverse possibili proiezioni della responsabilità sono configurabili per gli amministratori e per gli organi di controllo di qualsivoglia altra società privata».

Tuttavia, possono verificarsi dei problemi di confine nel caso in cui non vi sia corrispondenza fra il modello formale prescelto (società) e il fenomeno sostanziale.

La Suprema Corte, sul punto, disconosce il precedente orientamento interpretativo seguito nell'ambito della pronuncia 26 febbraio 2004, n. 3899, e rileva che, nonostante l'esistenza di una relazione funzionale fra la struttura societaria e l'ente territoriale di riferimento, l'automatica trasposizione in capo agli amministratori di

tale società del regime di responsabilità pubblicistico non appare del tutto calzante.

Secondo la Corte, infatti, la ricostruzione operata nella sentenza n. 3899/2004 più volte citata non appare «del tutto univoca», in quanto rileva «per un verso, che l'elemento determinante della decisione era costituito, in quel caso, dal rapporto di servizio intercorrente tra la società privata ed il comune (piuttosto che dal rapporto partecipativo e dal conseguente investimento di risorse finanziarie pubbliche nel patrimonio della società privata) e, per altro verso, che la questione se il danno subito dal comune partecipante alla società fosse diretto, o meramente riflesso, rispetto a quello arrecato al patrimonio sociale, costituiva un profilo estraneo al giudizio sui limiti della giurisdizione».

Da ciò si rende necessario un ulteriore approfondimento volto a verificare l'effettiva estensione del rapporto di servizio e la sua capacità di ripercuotersi sulla posizione degli amministratori.

Rileva, infatti, la Corte che, «in primo luogo, non sembra si possa prescindere dalla distinzione tra la posizione della società partecipata, cui eventualmente fa capo il rapporto di servizio instaurato con la pubblica amministrazione, e quella personale degli amministratori (nonché dei sindaci o degli organi di controllo della stessa società): i quali, ovviamente, non s'identificano con la società, sicché nulla consente di riferire loro, *sic et simpliciter*, il rapporto di servizio di cui la società medesima sia parte».

Bisogna distinguere i casi in cui la responsabilità degli amministratori è fatta valere secondo gli strumenti propri del diritto societario, in relazione al danno arrecato alla società, dai casi in cui gli

amministratori possono essere direttamente responsabili per i danni prodotti nei confronti di singoli soci o dei terzi.

La prima forma di responsabilità è disciplinata dagli artt. 2393 e ss. c.c. per le società per azioni, mentre, per le società a responsabilità limitata, dal primo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2476 c.c.. Nel secondo caso, invece, quanto alla responsabilità che gli amministratori possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o terzi si tratterà di verificare l'applicabilità della disciplina prevista, per le società per azioni, dall'art. 2395 c.c. e, per le società a responsabilità limitata, dal sesto comma del citato art. 2476 c.c..

Per i danni cagionati al patrimonio sociale non esiste un «danno erariale», atteso che la personalità giuridica della società e l'autonomia patrimoniale che spetta ai soci non consente di riferire a quest'ultimi (anche se soci pubblici) i danni che si sono prodotti in capo al patrimonio della società.

In altri termini, il danno prodotto al patrimonio della società non è un danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che sia socio della predetta società.

Si tratta di considerazioni strettamente legate al valore riconosciuto alla personalità giuridica della società e al conseguente effetto primario che da questa discende.

Si è infatti già visto che, conformemente ai fenomeni associativi, si realizza una scissione fra la posizione del socio e quella della società. Tale divaricazione è strettamente funzionale a garantire quale scopo primario del modello societario la realizzazione di un'autonomia

patrimoniale perfetta fra soci e società che non consente di riferire al patrimonio del socio pubblico «il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato».

Le Sezioni Unite, tuttavia, riconoscono che, in certi termini, «il danno sofferto dal patrimonio della società è per lo più destinato a ripercuotersi anche sui soci, incidendo negativamente sul valore o sulla redditività della loro quota di partecipazione; ma - fatte salve le limitate eccezioni oggi introdotte dall'art. 2497 c.c. (come modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003), in tema di responsabilità dell'ente posto a capo di un gruppo di imprese societarie, che qui non rilevano - il sistema del diritto societario impone di tener ben distinti i danni direttamente inferti al patrimonio del socio (o del terzo) da quelli che siano il mero riflesso di danni sofferti dalla società».

Per i danni che si producono sul patrimonio sociale, spetta solo alla società attivarsi in vista di un futuro ristoro e, tali danni non devono confondersi con i danni che, eventualmente, si producono direttamente in capo al socio, rispetto ai quali spetta solo al socio stesso attivarsi.

Proprio con riferimento alla prima tipologia di danni, la Corte cerca di riprodurre il medesimo meccanismo che si produce nel processo di causazione del danno.

Nella prospettiva del socio, questo, appare infatti come un riflesso indiretto del danno causato alla società e, pertanto, i meccanismi di soddisfazione del socio devono necessariamente ripercorre il

medesimo itinerario e devono realizzarsi nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il pregiudizio¹⁷⁵.

Il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale, che, nel sistema del codice civile, può dar vita all'azione sociale di responsabilità ed eventualmente a quella dei creditori sociali, non è idoneo a configurare anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti.

In questo caso, infatti, non si realizza alcun danno erariale, ma unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), che è riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci, pubblici o privati che siano.

Tali soggetti, infatti, sono titolari unicamente delle rispettive quote di partecipazione e i loro conferimenti originari restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale.

La soluzione trova conferma nelle difficoltà di coordinamento che si realizzerebbero tra l'azione di fronte alla Corte dei conti e l'azione di responsabilità sociale: la prima è obbligatoria, ha finalità sostanzialmente sanzionatoria, richiede il dolo o la colpa grave e di regola non si ripercuote sulla posizione degli eredi; l'azione di responsabilità sociale, invece, è discrezionale, assolve ad uno scopo ripristinatorio, per l'attivazione della stessa è sufficiente la sola colpa lieve e il debito si trasmette agli eredi¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Del resto, tale schema di soddisfazione delle pretese del socio rispecchia uno schema di azione ormai consolidato. Sul punto, v., *ex multis*: Corte di Cassazione, 5 agosto 2008, n. 21130; *Eadem*, 3 aprile 2007, n. 8359; *Eadem*, 27 giugno 1998, n. 6364 e 28 febbraio 1998, n. 2251, citate nell'ambito della medesima sentenza in commento.

¹⁷⁶ In tal senso, la Corte di Cassazione rileva espressamente quanto segue: «l'esattezza di tale conclusione trova conferma anche nell'impossibilità di realizzare, altrimenti, un

La soluzione trova un'ulteriore conferma nell'assenza di una disciplina per il possibile concorso fra azione contabile e azione del socio privato eventualmente presente nella compagine sociale.

Ed invero, in tutti i casi in cui la compagine sociale si componga della presenza di soci privati, sarebbe impossibile precludere a questi ultimi il ricorso agli ordinari strumenti di tutela approntati dal codice civile in relazione ai danni sofferti per il comportamento illegittimo degli organi sociali.

Pertanto, ipotizzando un possibile concorso tra l'azione del procuratore contabile e l'azione sociale di responsabilità contemplata dal codice civile, sarebbe necessaria un'accurata disciplina di un tale possibile concorso, stante la profonda diversità delle rispettive caratteristiche. L'assenza di una tale disciplina di coordinamento finisce, in ultima analisi, per assolvere una valenza confermativa dell'impossibilità di un concorso fra le due azioni che si risolve nella negazione della giurisdizione contabile. Le Sezioni Unite, pertanto, ritengono che la negazione della responsabilità amministrativa degli amministratori per i danni arrecati alla società non comporta alcuna lacuna o diminuzione di tutela per il patrimonio del socio pubblico.

soddisfacente coordinamento sistematico tra l'ipotizzata azione di responsabilità dinanzi giudice contabile e l'esercizio delle surriferite azioni di responsabilità (sociale e dei creditori sociali) contemplate dal codice civile. L'azione del procuratore contabile ha presupposti e caratteristiche completamente diverse dalle azioni di responsabilità sociale e dei creditori sociali contemplate dal codice civile: basta dire che l'una è obbligatoria, le altre discrezionali; l'una ha finalità essenzialmente sanzionatoria (onde non implica necessariamente il ristoro completo del pregiudizio subito dal patrimonio danneggiato dalla *mala gestio* dell'amministratore o dall'omesso controllo del vigilante), le altre hanno scopo ripristinatorio; l'una richiede il dolo o la colpa grave, e solo in determinati casi è esercitabile anche contro gli eredi del soggetto responsabile del danno; per le altre è sufficiente anche la colpa lieve ed il debito risarcitorio è pienamente trasmissibile agli eredi».

Quest'ultimo, infatti, è, almeno astrattamente, in grado di tutelare i propri interessi attraverso gli ordinari strumenti societari. L'operatività dei normali strumenti previsti dal codice civile per l'attivazione della responsabilità sociale non comporta alcuna lesione delle aspettative patrimoniali del socio pubblico, soprattutto in seguito alla riforma del diritto societario.

Rileva, infatti, la Corte 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 monopolio dell'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, terzo comma, c.c.) 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».

5.1. (segue) La responsabilità amministrativa del socio pubblico conseguente alla mancata attivazione degli strumenti risarcitori propri del modello organizzativo societario.

L'esistenza di adeguati meccanismi che il diritto societario ha predisposto per l'eventuale risarcimento del danno, tuttavia, assume una valenza differenziata a seconda del punto prospettico d'analisi.

Se, per un verso, è idonea a determinare l'esclusione della responsabilità amministrativa per gli amministratori della società, dall'altro, può comportare una nuova e specifica ipotesi di responsabilità direttamente imputabile al socio pubblico.

Se il socio pubblico non si attiva e, in conseguenza di tale inerzia si produce un danno sul patrimonio dell'ente pubblico partecipante, chi aveva i poteri di decidere in ordine all'attivazione dei meccanismi previsti dal diritto societario sarà passibile di un'azione di responsabilità di fronte alle Corti dei conti.

In questo caso, l'inerzia del socio pubblico è idonea a realizzare un danno diretto in capo all'erario. Per effetto del comportamento del socio, benché omissivo, lo schermo della personalità giuridica della società non assolve più le sue naturali funzioni di filtro sulla giurisdizione e il danno, ripercuotendosi direttamente in capo al patrimonio pubblico, resta necessariamente sottoposto alle regole della responsabilità amministrativa.

Il ragionamento operato dalla Corte, sebbene, almeno in linea di principio, appaia impeccabile, sembra in realtà comportare solo uno slittamento del problema dalla posizione degli amministratori a quella del socio pubblico.

L'azione di responsabilità sociale costituisce infatti una semplice facoltà del socio che potrebbe scegliere, per vari motivi, di non proporla e continuare a riporre fiducia nell'operato degli amministratori.

La teorizzazione del principio sancito nella pronuncia n. 26806 del 2009 sembra invece imporre un comportamento attivo del socio al cospetto di ogni fatto gestionale astrattamente idoneo a produrre un danno.

In altri termini, in base alla ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, un'azione la cui proposizione si caratterizza per un'inevitabile componente discrezionale si tramuterebbe, per il socio pubblico, automaticamente in obbligatoria.

Il socio pubblico sarebbe così costretto a proporre l'azione di fronte ad ogni fatto gestionale potenzialmente produttivo di danno e, in conseguenza di tale comportamento, si potrebbero verificare effetti ancor più dirompenti di quelli che si collegavano alla diretta sottoposizione degli amministratori alla giurisdizione contabile.

La soluzione presenta, inoltre, non pochi problemi di ordine applicativo anche in ragione della corretta definizione dell'elemento soggettivo della responsabilità.

Le limitazioni rispetto alla responsabilità amministrativa che, giova ricordarlo, opera solo nei casi di dolo e colpa grave, devono essere rapportate alla figura del socio e non a quella degli amministratori.

Si riscontrano così delle evidenti difficoltà applicative, non prive di rilevanti implicazioni teoriche.

Astrattamente, sono infatti prospettabili due opzioni.

La prima è di ritenere che operi un meccanismo di assimilazione fra il dolo e la colpa grave degli amministratori e quella del socio; la seconda, invece, dovrebbe appuntarsi sul riconoscimento dell'assoluta

indipendenza delle valutazioni in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo.

Accogliendo la prima opzione si dovrebbe quindi ritenere che qualsiasi comportamento che prefigura l'esistenza del dolo o della colpa grave in capo agli amministratori si ripercuota inevitabilmente sulla posizione del socio, imponendo un corrispettivo onere di attivazione dei meccanismi della responsabilità sociale.

Secondo questa opzione interpretativa, il socio pubblico sarebbe chiamato ad operare una complessa valutazione sull'operato degli amministratori che non si appunta prevalentemente sui risultati della gestione, ma solo sull'elemento soggettivo della responsabilità.

I risultati negativi della gestione assumerebbero il ruolo di un semplice presupposto di fatto che imporrebbe al socio pubblico di valutare l'esistenza del dolo o della colpa grave degli amministratori da cui far discendere un'automatica attivazione dell'azione di responsabilità.

La valutazione del socio appare particolarmente problematica. Infatti, se è vero che non sembrano sussistere specifici problemi con riferimento al dolo, almeno nelle ipotesi in cui questo sia effettivamente riconoscibile, per la colpa grave il discorso è assai diverso.

In quest'ultima ipotesi si tratta infatti di valutare il grado della colpa rispetto a scelte di natura gestoria che, per espressa esplicitazione della disciplina societaria, sono rimesse solo agli amministratori.

Il socio pubblico verrebbe così a trasformarsi in una sorta di amministratore di secondo livello che sarebbe istituzionalmente

investito del compito di valutare puntuali scelte gestorie che, come si è visto, il diritto societario rimette solo agli amministratori.

Per effetto di un tale automatismo esistente fra responsabilità degli amministratori e responsabilità del socio, si verificherebbe un'inevitabile alterazione del modello organizzativo societario disciplinato dal codice civile. Nei rapporti fra società, amministratori e soci, questi ultimi, quando soci pubblici, si vedrebbero costretti ad entrare nelle singole vicende gestorie, incidendo gli spazi di autonomia espressamente riconosciuti alla figura degli amministratori.

Accogliendo, invece, la seconda delle opzioni interpretative prospettate, i problemi potrebbero essere ancora maggiori.

L'esigenza di valutare autonomamente il grado della colpa o l'intensità del dolo del socio pubblico, la cui posizione appare indipendente rispetto a quella degli amministratori, comporterebbe non pochi problemi di coordinamento.

Mentre per gli amministratori è infatti possibile individuare un astratto modello di corretta gestione, costituito in primo luogo dal rispetto della disciplina normativa, non esistono corrispondenti standard comportamentali per il socio.

La valutazione in ordine all'elemento soggettivo di quest'ultimo risulterebbe particolarmente complessa e potrebbe connettersi ad una pluralità di fattori. Potrebbe ad esempio dipendere dalla rilevanza economica dell'atto gestorio, dal grado di rischio pertinente ad ogni singola operazione, e da un'altra sconfinata gamma di elementi che, inserendosi in itinerari pressoché inesplorati, non sembrano offrire un

parametro sufficientemente definito per poter determinare il grado della colpa del socio.

Ad esempio, il comportamento degli amministratori che abbia ingenerato un danno di notevole entità, anche se caratterizzato da una colpa lieve, potrebbe generare una colpa grave in ragione della mancata attivazione dei meccanismi risarcitori propri del modello societario.

Ed ancora. In termini più generali, affermando l'indipendenza fra l'elemento soggettivo del socio e quello degli amministratori, si verrebbero a generare degli automatismi in ordine a qualsiasi condotta, anche legittima, produttiva di danno.

In questo modo, anche le vicende connesse all'assunzione del rischio economico, proprio di ogni attività imprenditoriale, potrebbero comportare la necessità di promuovere un'autonoma azione di responsabilità sociale.

Il socio sarebbe sempre e comunque obbligato a promuovere l'azione di responsabilità, con le inevitabili conseguenze sulla posizione degli amministratori che, ricorrendo le condizioni prescritte dall'art. 2393 c.c., alla promozione dell'azione, decadono, per espressa previsione di legge, dalla loro carica¹⁷⁷.

Per effetto di tale articolazione dei meccanismi di responsabilità, le società che vedono un socio pubblico nella loro compagine di azionisti sarebbero fisiologicamente portate a massimizzare la

¹⁷⁷ Come già visto *infra* Capitolo Secondo, infatti, secondo quanto stabilito dal quarto comma dell'art. 2393 c.c. «La deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso, l'assemblea provvede alla sostituzione degli amministratori».

prospettiva del profitto ben oltre i normali canoni dell'agire societario. Nelle società con soci privati, l'eventuale produzione di un danno derivante dalla gestione degli amministratori, infatti, non comporta un tale automatismo in quanto, come visto, la promozione dell'azione è rimessa alla volontà dei soci.

Le conseguenze di un siffatto approccio interpretativo verrebbero a snaturare lo strumento societario che, per effetto della presenza pubblica, dovrebbe essere maggiormente orientato alla produzione di utili rispetto alle società private.

In altri termini, per effetto della partecipazione pubblica sarebbe preclusa ogni scelta antieconomica, magari animata da un retrostante interesse pubblico del socio. Quest'ultimo è costretto a proporre l'azione di responsabilità ogni volta che l'operato degli amministratori non sia canalizzato in termini strettamente imprenditoriali.

Ogni comportamento in contrasto con lo scopo della suddivisione degli utili fra soci potrebbe originare la proposizione di un'automatica azione di responsabilità e, per effetto di questa impostazione, in ultima analisi, si giungerebbe all'assurda conclusione di disconoscere la possibilità, per i pubblici poteri, di disporre dello strumento societario per operare un intervento diretto nell'economia che non sia animato da interessi puramente lucrativi.

In buona sostanza, dunque, aderendo a questa opzione interpretativa, le società partecipate dai pubblici poteri verrebbero ad assumere una predisposizione al lucro fisiologicamente più accentuata delle società partecipate dai semplici privati. Mentre con riferimento a queste ultime, la discrezionalità nella proposizione dell'azione spettante

ai soci consentirebbe l'adozione di scelte antieconomiche, magari in ragione del fatto che sono orientate in una prospettiva di lungo periodo, nel caso delle società con soci pubblici la prospettiva del lucro avrebbe una valenza assorbente.

Pertanto, sembra possibile rilevare che, sebbene la ricostruzione operata dalla Corte regolatrice muova dall'intento di preservare le caratteristiche del modello organizzativo societario, l'affermazione di una diretta responsabilità del socio, in assenza di parametri sufficientemente definiti, rischia di sortire l'effetto diametralmente opposto, in quanto è astrattamente idonea a generare delle significative alterazioni del modello societario dagli esiti ancora incerti.

5.2. (segue) La responsabilità degli amministratori per danno «diretto» al socio pubblico.

Nella ricostruzione operata dalle Sezioni Unite, si riconosce la presenza di specifici spazi per la giurisdizione della Corte dei conti, non solo in relazione ad una possibile responsabilità dei soci, ma anche con riguardo all'operato degli amministratori.

Per giungere ad una tale conclusione che, almeno apparentemente, sembrerebbe in contrasto con i principi espressi in relazione all'operatività dei meccanismi generali della responsabilità sociale, la Corte di Cassazione sviluppa un ragionamento articolato sulla consistenza dei limiti della giurisdizione contabile.

Il contenuto ed i limiti della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità trovano la loro base normativa nella previsione dell'art. 13, del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, a mente del quale il giudice contabile giudica sulla responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. L'art. 1, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, d'altro canto, ha esteso il giudizio della Corte dei conti alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per danni cagionati ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza.

Secondo la Suprema Corte, ne consegue che «la giurisdizione di detta corte non è quindi circoscritta alla sola ipotesi di responsabilità contrattuale dell'agente, ma può esplicarsi anche in caso di responsabilità aquiliana».

Pertanto, non è preclusa in assoluto la possibile esistenza di una responsabilità amministrativa degli amministratori delle società per azioni, atteso che la giurisdizione della Corte dei conti permane per le ipotesi di responsabilità aquiliana e anche al di fuori di un formale rapporto di investitura.

In quest'opera ricostruttiva, viene assegnato un ruolo particolare al disposto dell'art. 16-bis, della legge 28 febbraio 2008, n. 31 che, convertendo il d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, ha stabilito quanto segue: «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».

Secondo la Corte regolatrice, a tale norma, benché non risulti applicabile ai giudizi in corso, deve essere assegnato «un evidente significato retrospettivo, nella misura in cui lascia chiaramente intendere che, in ordine alla responsabilità di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, vi sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa da quella ordinaria. Non si capirebbe, altrimenti, la ragione per la quale il legislatore ha inteso stabilire che, per l'avvenire (e limitatamente alle società quotate, o loro controllate, con partecipazione pubblica inferiore al 50%), la giurisdizione spetta invece in via esclusiva proprio al giudice ordinario».

Senonché, come chiariscono le Sezioni Unite, «resta però da verificare entro quali limiti, al di fuori del ristretto campo d'applicazione della disposizione da ultimo richiamata, sia davvero configurabile la giurisdizione del giudice contabile che il legislatore ha in tal modo presupposto in rapporto ad atti di *mala gestio* degli organi di società a partecipazione pubblica».

A tal fine, bisogna distinguere i casi in cui la responsabilità degli amministratori può essere fatta valere secondo gli strumenti propri del diritto societario per il danno arrecato alla società e i casi in cui gli amministratori possono essere direttamente responsabili per i danni prodotti nei confronti di singoli soci o dei terzi anch'essi oggetto di specifica disciplina nell'ambito del codice civile (art. 2395 c.c.).

Là dove il danno è prodotto “direttamente” dagli amministratori in capo all’ente pubblico sussiste la giurisdizione della Corte dei conti.

La presenza dell’ente pubblico all’interno della compagine sociale, infatti, impone una particolare cautela tesa ad evitare che si possa verificare un danno diretto all’ente pubblico medesimo.

In tali casi, la configurabilità di un’azione del procuratore della Corte dei conti non incontra particolari ostacoli, né appare in grado di generare delle difficoltà derivanti dalla possibile concorrenza di siffatta azione con quella ipotizzata in sede civile dai citati articoli 2395 e 2476, comma 6, poiché entrambe ambiscono in definitiva al medesimo risultato.

Ad avviso della Corte, in tali circostanze non importa indagare sulla natura dell’indicata responsabilità che, peraltro, non ha condotto ad univoche soluzioni neanche in ambito civilistico.

Dal che, risulta sostanzialmente ininfluenza la sua qualificazione in termini extracontrattuali¹⁷⁸ o contrattuali con l’inevitabile conseguenza, in quest’ultima ipotesi, di presupporre la violazione di un preesistente obbligo di corretto comportamento dell’amministratore e/o del componente dell’organo di controllo anche nei diretti confronti di ciascun singolo socio.

Secondo le Sezioni Unite, «quel che appare certo è che la presenza dell’ente pubblico all’interno della compagine sociale ed il

¹⁷⁸ Questa è la soluzione attualmente prediletta dalla giurisprudenza. Sul punto, v.: Cass., 5 agosto 2008, n. 21130; *Eadem*, 25 luglio 2007, n. 16416 e Cass., 3 aprile 2007, n. 8359, citate nella pronuncia in commento. Per un approfondimento sulla qualificazione della responsabilità conseguente ad ognuna delle azioni previste dal codice civile con specifico riferimento al modello societario, v. *infra* Capitolo Secondo.

fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l'impiego di pubbliche risorse non può sfuggire agli organi della società e non può non comportare, per loro, 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».

In altri termini, dalla presenza del socio pubblico verrebbe a dipendere una riconsiderazione del particolare rapporto che si verrebbe ad instaurare direttamente fra soci e amministratori.

La natura pubblica del socio, assottigliando il filtro della struttura societaria, sarebbe pertanto in grado di comportare una riqualificazione degli obblighi degli amministratori che assumerebbero un rilievo diretto nei confronti del socio ben oltre quanto consentito dai normali strumenti previsti dalla disciplina codicistica.

Emblematico in tal senso è l'esempio operato con riferimento al danno all'immagine collegato alla presenza di atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata.

Secondo la Corte, tale danno «può eventualmente prodursi immediatamente in capo a detto ente pubblico, per il fatto stesso di essere partecipe di una società in cui quei comportamenti illegittimi si siano manifestati, e che non s'identifica con il mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale (indipendentemente dall'essere o meno configurabile e risarcibile anche un autonomo e distinto danno all'immagine della medesima società)».

Il giudice di legittimità, inoltre, trova ulteriore conferma della correttezza dell'opzione interpretativa proposta «anche dal disposto dell'art. 17, comma 30-ter, della legge 3 agosto 2009, n. 102 (quale risulta dopo le modifiche apportate dal d.l. in pari data, n. 103, convertito con ulteriori modificazioni nella legge 3 ottobre 2009, n. 141), che disciplina e limita le modalità dell'azione della magistratura contabile appunto in caso di danno all'immagine, nelle ipotesi previste dall'art. 7, della legge 27 marzo 2001, n. 97, ossia in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nel precedente art. 3 della stessa legge, compresi quelli “di enti a prevalente partecipazione pubblica”. Non si vede come la medesima regola stabilita per i dipendenti non debba valere anche per gli amministratori e gli organi di controllo della società a partecipazione pubblica».

Anche in questo caso, tuttavia, la ricostruzione operata dalla Corte sembra prestare il fianco ad alcune critiche.

Infatti, sembra innegabile che, la ricostruzione operata, soprattutto se raffrontata alle diverse conclusioni accolte con riferimento alla responsabilità per danni arrecati al capitale sociale, presenta un assetto contraddittorio.

Nel caso di danno al capitale sociale, la natura pubblica del socio è considerata un elemento assolutamente estraneo al rapporto sociale, mentre nel caso dei potenziali danni diretti vengono presi in considerazione argomenti aggiuntivi che, riposando sulle particolari caratteristiche del socio, sarebbero in grado di comportare un maggior rigore nell'espletamento delle funzioni degli organi apicali della società.

In altri termini, le Sezioni Unite sembrano aderire ad un'opzione interpretativa assai mobile che enfatizza il ruolo della personalità giuridica della società e il rapporto con gli amministratori in modo assolutamente variabile.

In un caso, proprio in ragione del rilievo attribuito alla personalità giuridica della società e al ruolo che sono chiamati a svolgere gli amministratori all'interno della struttura societario, si disconosce la possibilità di superare i normali meccanismi risarcitori previsti dal codice civile.

Nell'altro caso, la natura giuridica del socio pubblico è invocata per determinare una differente percezione dei rapporti con gli amministratori, consentendo così un superamento dei meccanismi risarcitori, anch'essi di carattere speciale, previsti dal codice civile.

Occorre, inoltre, rilevare che tali differenziazioni operano in un contesto normativo in cui è specificatamente esplicitato che, anche in presenza di amministratori che siano espressione del socio pubblico, i doveri su questi incombenti sono esattamente gli stessi che incombono sugli amministratori nominati dai soci privati (art. 2449 c.c.).

Pertanto, anche l'ulteriore profilo relativo alla qualificazione di tale forma di responsabilità in termini contrattuali o extracontrattuali, la cui rilevanza è espressamente disconosciuta da parte delle Sezioni Unite, sembra assumere una valenza assorbente.

Invece, per effetto di questa permeabilità differenziata della personalità giuridica della società e dei conseguenti riflessi sulla qualificazione del rapporto con gli amministratori, si arriva alla singolare situazione per cui a obblighi di uguale natura, che trovano

riscontro nella medesima norma, corrispondono forme di responsabilità assai diverse.

6. Il regime di responsabilità per gli amministratori degli enti pubblici in forma societaria. L'ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 2009, n. 27092 e gli indici rivelatori della pubblicità dell'ente societario.

L'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 22 dicembre 2009, n. 27092¹⁷⁹ assume un particolare rilievo, in quanto è resa con riferimento ad una società, quale la RAI Radiotelevisione Italiana S.p.A., che presenta notevoli profili di attrazione nella sfera pubblica, pur ponendo in essere un'attività *latu sensu* imprenditoriale¹⁸⁰.

¹⁷⁹ In *Foro it.*, 2010, I, p. 1472 e ss..

¹⁸⁰ Occorre rilevare che la vicenda sulla quale è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di Cassazione era assai particolare. Si trattava infatti di un regolamento di giurisdizione promosso in conseguenza del pagamento di una sanzione pecuniaria, inflitta alla RAI dall'AGCOM - Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in conseguenza alla dichiarata illegittimità della nomina di un dirigente come componente del consiglio di amministrazione della società in violazione dei principi della disciplina specificatamente prevista per il settore delle comunicazioni. Nel caso di specie, il pagamento della sanzione non era imputato al bilancio della gestione del servizio pubblico, ma a quello dell'attività commerciale. In considerazione del destinatario del pagamento e del rapporto di intreccio azionario esistente, il pagamento della sanzione finiva sostanzialmente per risolversi in una partita di giro. Tuttavia, le Sezioni Unite disconoscono ogni rilievo a tali circostanze, ritenendo che le stesse, semmai, siano riferibili alla sussistenza in concreto di un danno erariale e quindi al merito della causa. In altri termini, secondo la Corte, la peculiarità della vicenda non incide sulla questione di giurisdizione, anche perché «l'importo della sanzione è soltanto una delle numerose voci del danno di cui sono stati chiamati a rispondere i convenuti, consistente anche nei compensi erogati a professionisti esterni, per consulenze e pareri sulla validità di quella nomina, oltre che per la difesa nel giudizio di opposizione al provvedimento irrogativo della sanzione, nell'aumento del

La ricostruzione operata dalla Corte si scontra con la tesi della presenza, all'interno di R.A.I. S.p.A., di due anime: una volta all'assolvimento del servizio pubblico televisivo retto da un rapporto di concessione e remunerato dal canone, e l'altra consistente nell'attività imprenditoriale finanziata direttamente tramite gli introiti pubblicitari, che viene espressamente disconosciuta.

Secondo questa interpretazione, la compresenza all'interno della RAI di un'anima imprenditoriale che si affianca a quella di matrice pubblicistica precluderebbe l'applicazione di un regime di responsabilità aggiuntivo in capo agli amministratori che sarebbe, almeno in astratto, idoneo a generare un'alterazione del confronto concorrenziale con le altre imprese radiotelevisive. In altri termini, il riconoscimento della giurisdizione della Corte dei conti verrebbe ad incidere su scelte ispirate a criteri necessariamente diversi dai canoni da osservare nella gestione del denaro pubblico e, pertanto, comporterebbe un'alterazione nei meccanismi di gestione delle scelte imprenditoriali.

Del resto, una tale opzione ermeneutica sembrerebbe, almeno *prima facie*, essere confermata dalla previsione legislativa della possibilità di promuovere confronti dei componenti del consiglio di amministrazione della RAI l'ordinaria azione civilistica di responsabilità, che opera con il vincolo di una previa deliberazione conforme dell'apposita Commissione di vigilanza.

Il riconoscimento operato in via legislativa in ordine ad una possibile promozione dell'azione non appare poter facilmente convivere

suo ammontare, conseguente al ritardo con cui è stata pagata, nel deterioramento dell'immagine della società, nei trattamenti economici accordati in via transattiva agli *ex* direttori generali».

con il riconoscimento di un'ulteriore forma di responsabilità attivabile su iniziativa del Procuratore contabile presso la Corte dei conti.

Tuttavia, tali tipologie di affermazioni non sono ritenute condivisibili da parte della Corte di Cassazione che ritiene l'argomento influente ai fini dell'individuazione di uno specifico spazio per la responsabilità amministrativa. Rileva, infatti, la Corte che «l'averne entrambe per oggetto il medesimo danno (peraltro con i limiti che per la seconda derivano dalla diversità dei presupposti e delle conseguenze, relativamente all'elemento soggettivo, alla sola eccezionale trasmissibilità agli eredi, alla facoltà di riduzione del *quantum*) non osta alla loro coesistenza, né comporta i rischi di duplicazione del risarcimento prospettati dai ricorrenti, poiché la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione, ma di proponibilità della domanda (Cass. 24 marzo 2006, n. 6581)».

Le Sezioni Unite, in questo caso, adottano un approccio ispirato a dei canoni decisamente più sostanziali rispetto all'analoga vicenda che aveva interessato il caso su Enel Power S.p.A..

La regola che nega la responsabilità amministrativa per gli amministratori delle società a partecipazione pubblica per i danni direttamente cagionati al patrimonio sociale viene, infatti,

espressamente esclusa per talune categorie di società che presentino uno statuto soggetto a regole legali *sui generis*¹⁸¹.

Nel caso di R.A.I. S.p.A., l'ente è sostanzialmente assimilabile ad un'amministrazione pubblica, in base alla ricorrenza di una serie di indici rivelatori che assumono una specifica consistenza¹⁸².

¹⁸¹ È dunque fatta salva la specificità di singole società a partecipazione pubblica: oltre al caso della RAI, oggetto di disamina in questo paragrafo, si ricorda anche il caso di ENAV S.p.A. sul quale le Sezioni Unite della Suprema Corte si sono pronunciate con l'ordinanza n. 5032 del 3 marzo 2010, disponibile sul sito *www.giustizia.it*. Ed infatti, con la pronuncia da ultimo richiamata, la soluzione avente ad oggetto la soggezione alla responsabilità amministrativa degli amministratori della R.A.I. S.p.A. è stata affermata anche per i dipendenti di ENAV S.p.A..

Giova all'uopo ricordare che la Corte afferma, in particolare, quanto segue: «è assolutamente irrilevante - al fine del decidere e di accertare se nella specie sussista, o meno, nei confronti dei ricorrenti la giurisdizione della Corte dei conti per i danni asseritamente da costoro arrecati all'Enav (percepando anticipi di missione sulla base di fogli di missione contraffatti) - sia la circostanza non controversa che l'Azienda autonoma di assistenza al volo è stata trasformata dall'art. 35, della legge 17 maggio 1999, n. 144, in società per azioni, sia che la condotta posta in essere dai ricorrenti integra in tesi anche una violazione dei loro doveri di dipendenti di tale società soggetta - come tale - alla giurisdizione del giudice ordinario *ex art. 409 c.p.c.*

Infatti:

- è indubbio, come ammettono i ricorrenti, che nella specie la totalità delle azioni dell'ENAV sono dello Stato (sì, per l'effetto, che a quest'ultimo - quale azionista unico - competono gli eventuali utili di gestione della società);
- molte attività dell'Enav (come puntualmente descritto nel controricorso della Procura Regionale) sono svolte - *ex lege* - con oneri totalmente a carico dello Stato;
- non è controverso che l'ente presta un servizio pubblico essenziale (cfr., legge 21 dicembre 1996, n. 665, art. 2);
- giusta la puntuale previsione di cui alla detta L. n. 665 del 1996, art. 5 "la Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione finanziaria dell'Ente con le modalità previste dalla legge 21 marzo 1958, n. 259, art. 12" (in tema di partecipazione della Corte dei conti al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria);
- sempre la stessa legge n. 665 del 1996 prevede (art. 7) che all'ENAV si applicano la legge 5 agosto 1978, n. 468, artt. 25 e 30 e successive modificazioni e integrazioni (in tema di contabilità generale dello Stato in materia di bilancio)».

¹⁸² Sulla natura giuridica di R.A.I. S.p.A., v., *ex multis*: M.S. GIANNINI, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978, p. 654 e ss.; F. BENVENUTI, *Sulla natura privatistica della Rai*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978, p. 664 e ss.; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons.*

Più in particolare, si rileva che la società:

a) è designata direttamente dalla legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo, svolto nell'interesse generale della collettività nazionale per assicurare il pluralismo, la democraticità e l'imparzialità dell'informazione;

b) è destinataria, per coprire i costi del servizio, di un canone di abbonamento, avente natura di imposta e gravante su tutti i detentori di apparecchi di ricezione di trasmissioni radiofoniche e televisive, che è riscosso e le viene versato dall'Agenzia delle Entrate;

c) è compresa tra gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, sottoposti pertanto al controllo della Corte dei Conti;

d) è tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti, in quanto "organismo di diritto pubblico" ai sensi della normativa comunitaria in materia.

St., 1977, p. 785 e ss.; F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 1982 (ed. ora, 2002); G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979; F.A. ROVERSI MONACO, *Brevi note in tema di società per azioni «pubblica»*, in *Cons. St.*, 1972, II, p. 951 e ss.; A. FRAGOLA, *Radiotelevisione*, in *Noviss. Dig. It., ad vocem*, App., VI, Torino, 1986, p. 264 e ss., che parla espressamente di un «ente pubblico o quanto meno una impresa privata ad etero direzione pubblica»; E. BOCCHINI, *La «società per azioni» RAI*, Editore Liguori, 1983, p. 240 e ss.; M.T. CIRENEL, *Società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato COLOMBO e PORTALE*, VIII, Torino 1992, p. 203 e ss.; E. DEL PIANTA, *Il contratto di servizio nel rapporto Stato- Rai*, in *Informazione e telecomunicazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Milano, 1999, p. 767 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., p. 172 ss. e 344 ss.; O. GRANDINETTI, *La riforma Gasparri del sistema radiotelevisivo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1182 e ss.; A. PACE, *La società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo: impresa come sostanza e proprietà pubblica come mera forma?*, in *Giur. Cost.*, 1995, I, p. 10 e ss.; O. GRANDINETTI, *La radiotelevisione*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, Parte Speciale, II, p. 1811 e ss..

Queste particolarità, a giudizio della Corte regolatrice, depongono univocamente nel senso dell'inclusione della RAI Radiotelevisione Italiana S.p.A. nel novero degli enti pubblici.

Dalla natura sostanziale di ente assimilabile a una amministrazione pubblica che va riconosciuta alla società, nonostante l'abito formale di società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici: lo Stato per il 99,55% e la S.I.A.E. - Società italiana degli autori ed editori per il residuo 0,45%) che riveste, «discende la qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici azionisti, con conseguente loro assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile».

La RAI, in quanto ente pubblico, si differenzia dalla generalità delle società per azioni. In ragione del carattere di ente pubblico, troveranno applicazione i principi già affermati nella sentenza n. 19667/2003 e i rispettivi amministratori saranno soggetti alla giurisdizione della Corte dei conti per i danni cagionati al patrimonio della stessa società¹⁸³.

¹⁸³ Sulla base di tali argomentazioni, la Corte ritiene «ininfluenti le argomentazioni svolte dai ricorrenti, nella parte in cui negano l'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa nei confronti degli amministratori e dei dipendenti della generalità delle società in mano pubblica, nel cui ambito la RAI nettamente si differenzia; quanto poi alle deduzioni che ad essa specificamente sono riferibili, va osservato: - la legge 14 gennaio 1994, n. 20, art. 1, ha ampliato l'ambito della giurisdizione contabile, comprendendovi la responsabilità per danno erariale degli amministratori e dipendenti di tutti gli enti pubblici, anche "economici" (Cass., 22 dicembre 2003, n. 19667, cui si è costantemente uniformata la successiva giurisprudenza di questa Corte); non difetta dunque il requisito della *interpositio legislatoris*; - i dubbi circa la legittimità costituzionale della norma così interpretata, formulati dai ricorrenti, sono per un verso irrilevanti, in quanto attengono in genere alle società "partecipate", per altro verso manifestamente infondati, con riguardo agli

La ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione sembra ripercorrere pedissequamente le elaborazioni di quella dottrina¹⁸⁴ che si era premurata di individuare una specifica nozione di enti pubblici in forma societaria.

Tuttavia, in tale operazione, l'apporto della giurisprudenza non può che considerarsi parziale, in quanto, differentemente dalla dottrina cui s'ispira, sembra disinteressarsi integralmente dei profili attinenti al regime dell'attività dell'ente-società.

In questo modo, una volta riconosciuti i caratteri pubblici dell'ente che, conformemente alle caratteristiche di ogni ente pubblico economico, dovrebbero essere prevalentemente espressi dagli strumenti di raccordo che si realizzano con l'ente territoriale di riferimento, la Corte di Cassazione si disinteressa degli elementi che potrebbero caratterizzare il contesto in cui opera l'ente medesimo.

enti pubblici anche economici, ai quali va equiparata la RAI, poiché la disposizione di cui si tratta ha esteso la giurisdizione della Corte dei conti non già a indistinti "blocchi di materie", nel senso precisato da Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204 e 11 maggio 2006 n. 191, bensì ad attività già potenzialmente comprese nella previsione dell'art. 103 Cost., perché riferibili alla pubblica amministrazione e pregiudizievoli per le sue finanze, anche se svolte in campo economico con gli strumenti del diritto privato».

¹⁸⁴ L'elaborazione della categoria di enti pubblici in forma societaria si deve a G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit.. La nozione è stata poi ripresa e sviluppata dallo stesso Autore nell'ambito del contributo, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubb. app.*, 2004, e si ritrova anche nei testi di più ampio respiro. Sul punto, v.: G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Torino, 2005; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sembrano aver ormai accolto la categoria. Fra gli studi di carattere monografico dedicati al tema, v.: G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica*, Milano, 2009; ID., *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubb. e app.*, 2004, 4, p. 701 e ss. (I parte) e in *Serv. pubb. e app.*, 2005, I, p. 149 e ss. (II parte); P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

E l'eventuale presenza di un'attività economica svolta all'interno di un mercato concorrenziale non sembra influenzare minimamente l'individuazione del giudice cui spetta la giurisdizione.

7. Gli interventi normativi in materia di responsabilità amministrativa fra discipline generali e legislazione d'urgenza.

La vicenda relativa alla responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, come già accennato, è stata complicata da una serie di interventi normativi che si sono inseriti sul dibattito giurisprudenziale e dottrinario costantemente in atto.

L'effetto di tali interventi, tuttavia, non è stato quello di risolvere le problematiche che ineriscono alla corretta definizione dell'ambito della giurisdizione contabile.

Nonostante gli intenti chiarificatori dichiarati, infatti, la gran parte di questi interventi ha semplicemente contribuito a complicare un quadro regolamentare quanto mai incerto.

I profili di incertezza normativa si sono incominciati a manifestare già in connessione al primo intervento organico di regolamentazione della materia.

La stessa legge n. 20/1994, con la previsione di cui all'art. 1, comma 4, estendendo tale forma di responsabilità anche in relazione ai danni prodotti ad un'amministrazione diversa da quella di appartenenza, ha conferito alla giurisdizione contabile una dimensione

obliqua o trasversale che tende fisiologicamente a generare dei confini incerti.

La problematica, che presenta carattere generale, si enfatizza quando rapportata al contesto societario.

Per effetto della gestione degli amministratori di una società a partecipazione pubblica potrebbero verificarsi, in capo al socio pubblico, dei danni conseguenti alla perdita del valore delle partecipazioni azionarie pubbliche. Secondo un approccio interpretativo formalistico, come visto maggioritario fino ai più recenti interventi delle Sezioni Unite, in relazione alla natura pubblica delle risorse si consoliderebbe la giurisdizione contabile che potrebbe verificarsi in ogni ipotesi in cui, per effetto della *mala gestio* degli amministratori, si produca un danno in capo alla società¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Le modalità di produzione indiretta del danno, come visto, nell'ambito delle pronunce della Corte di cassazione del dicembre del 2009, pur prefigurando la possibilità di garantire dei residui spazi di responsabilità amministrativa anche in relazione alle società non assimilabili agli enti pubblici economici, sono state valorizzate in termini assai diversi. Sulla possibile configurazione di un danno erariale connessa alla perdita di valore delle partecipazioni azionarie, cfr. M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit., p. 241 e ss.. In particolare, l'Autore rileva che, in questi casi, «è la società partecipata dall'ente pubblico a subire, in via immediata e diretta, alla stregua di quanto dispone l'art. 1223, comma 1 c.c., le conseguenze pregiudizievoli imputate ai presunti responsabili delle infrazioni ad obblighi e doveri, derivanti dalla legge e dallo statuto». Tuttavia, al contempo si riconosce che «quote o azioni, nella medesima società, subiscono una perdita di valore, di carattere mediato e riflesso, conseguente ad atti – e fatti – ritenuti illeciti. Ma la pubblicità – va ribadito – integra una qualità soggettiva, riconosciuta ad un socio di riferimento; e, questa, viene trasmessa, sul piano oggettivo, alle partecipazioni che esso detiene, senza che, per ciò soltanto, il danno possa essere qualificato come erariale». Le problematiche sulla possibile configurazione di danni diretti e danni indiretti si ripercuote, poi, sull'ulteriore problema del possibile concorso fra azioni che l'autore risolve ritenendo che «ipotizzandosi il concorso fra responsabilità amministrativa e azione sociale di responsabilità, processo contabile e processo civile siano accomunati dalla pendenza di azioni espressive di un rapporto – almeno tendenziale – di identità, sul piano soggettivo, oltre che oggettivo».

Problematiche ancora maggiori si sono presentate in relazione alle previsioni del decreto legge n. 47/1995, poi non convertito. L'art. 1, comma 4 del predetto decreto, infatti, sanciva espressamente la giurisdizione della Corte dei conti per gli amministratori delle società a partecipazione pubblica. Nonostante la mancata conversione del decreto, l'originaria previsione della norma è stata utilizzata (secondo un percorso interpretativo non pienamente convincente) proprio per giustificare l'estensione della responsabilità amministrativa in capo agli amministratori delle società a partecipazione pubblica¹⁸⁶.

Ulteriori profili problematici sono stati, poi, generati dalla legge 27 marzo 2001, n. 97 recante «*Norme sul rapporto tra procedimento penale e*

¹⁸⁶ Sul punto, cfr. L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, n. 2, 2006, p. 223 e ss., ove si rileva criticamente quanto segue: «Per una lettura completamente diversa della stessa vicenda basterà riportare, infatti, l'opinione di un autorevole studioso, che quale Ministro della Funzione pubblica nel 1993/94 ebbe un ruolo fondamentale nella predisposizione ed approvazione della legge n.20/94, secondo il quale la mancata conversione del d.l. contenente la norme che estendeva la responsabilità amministrativa agli amministratori delle s.p.a. in partecipazione pubblica si spiega con il fatto che il governo, resosi "conto dell'enormità della disposizione ha, poi, fatto marcia indietro"». Sul punto, v. anche le considerazioni di E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art.16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/ 2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, Relazione al convegno sul tema "Il regime giuridico dell'impresa pubblica", svoltosi all'Università Roma Tre - Facoltà di Giurisprudenza il 24 gennaio 2008, disponibile sul sito www.astrid-online.it. Come rileva l'Autore, «ancora può essere interessante notare come la sentenza tragga dalla mancata conversione del d.l. n. 47/1995, che all'art. 1, c. 4, prevedeva appunto la giurisdizione della Corte dei conti per la responsabilità degli amministratori delle s.p.a. in partecipazione pubblica ulteriore argomento a sostegno della propria tesi affermando che essa sarebbe derivata proprio dalla consapevolezza della superfluità della norma, divenuta inutile dopo l'estensione della giurisdizione contabile anche alla responsabilità extracontrattuale. Questa ricostruzione (...) non è priva di significato dimostrando comunque una sorta di sotteso pensiero giurisprudenziale che sembra andare oltre la stretta affermazione afferente i soli enti pubblici economici».

procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

Nell'ambito di questa disciplina, sulla quale si innestano anche i problemi connessi alla conseguente responsabilità amministrativa, si opera un diretto riferimento al trattamento da riservare ai dipendenti di «amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica» che si siano resi responsabili di determinate tipologie di reato indicate nell'art. 3, comma 1, della medesima legge.

La giurisprudenza della Corte dei conti non ha esitato dal trarne un'implicita affermazione dell'estensione della responsabilità in capo agli amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica. Secondo quanto ritenuto dalla giurisprudenza contabile «la formulazione dell'art. 7 della legge 97/2001, che prevede la comunicazione al Procuratore regionale della Corte dei conti, per l'eventuale esercizio dell'azione contabile per danno erariale, delle sentenze pronunciate non solo contro i dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici ma anche contro quelli di enti a prevalente partecipazione pubblica, porta sostegno alla tesi dell'affermazione della giurisdizione contabile sulla responsabilità dei dipendenti di s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica»¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Così Corte dei conti, Sez. Marche, 4 luglio 2001, n. 28. Sul punto, v. E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, cit., p. 12, il quale rileva che «Peraltro perplessità nascono dalla formula usata del legislatore (enti e non società od al limite organismi)».

7.1 Le ipotesi speciali di responsabilità amministrativa nella legislazione d'urgenza e nelle disposizioni delle leggi finanziarie.

I maggiori profili di criticità tuttavia non si collegano ai suddetti interventi normativi, considerato che questi, nonostante le perplessità generate, si inserivano pur sempre nell'ambito di testi normativi di portata generale.

A partire dalla Legge Finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296), si è sviluppato un *trend* normativo che ha visto le società pubbliche destinatarie di una serie di disposizioni che, disciplinando praticamente ogni aspetto della vita sociale, hanno interferito anche sullo specifico regime della responsabilità.

Molti di questi interventi normativi si caratterizzano per l'introduzione di specifiche ipotesi di responsabilità amministrativa che si collegano all'inosservanza delle disposizioni dettate in ordine al mancato rispetto di speciali condizioni di retribuzione del personale, in tema di consulenze, ovvero pertinenti al procedimento di nomina degli amministratori.

Si tratta di ipotesi in cui la qualificazione del danno in termini di danno erariale viene direttamente operata dalla norma indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto su cui il danno stesso ricade.

Fra queste norme, un particolare rilievo ha assunto il comma 593 dell'art. 1, della legge 27 dicembre 2006, n. 296¹⁸⁸ che, per la prima volta,

¹⁸⁸ La norma stabiliva quanto segue: «Fermo restando quanto previsto al comma 466, per gli amministratori delle società partecipate direttamente o indirettamente dallo

ha introdotto nell'ordinamento una specifica ipotesi di responsabilità amministrativa connessa alla violazione di norme impositive di particolari obblighi.

Il comma 44 dell'art. 3, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria per il 2008)¹⁸⁹, che si sostituisce al comma 593 dell'art.

Stato, la retribuzione dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001, dei consulenti, dei membri di commissioni e di collegi e dei titolari di qualsivoglia incarico corrisposto dallo Stato, da enti pubblici o da società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa, non può superare quella del primo presidente della Corte di cassazione. Nessun atto comportante spesa ai sensi del precedente periodo può ricevere attuazione, se non sia stato previamente reso noto, con l'indicazione nominativa dei destinatari e dell'ammontare del compenso, attraverso la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato, nonché comunicato al Governo e al Parlamento. In caso di violazione, l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso in solido, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita». Si tratta, ovviamente, di una norma che ambisce a finalità di contenimento della spesa pubblica che vengono tutelate in modo rigoroso, in quanto in caso di violazione l'amministratore che abbia eseguito il pagamento e il destinatario dello stesso dovranno rispondere in solido, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'eccedenza del compenso consentito. Non si chiarisce se le sanzioni potranno trovare applicazione anche in caso di violazioni attinenti alla sola trasparenza degli incarichi conferiti: il comma in parola parla genericamente di «violazioni», e quindi sembrerebbe ricomprendere anche una tale ipotesi, ma la necessità di commisurare l'ammontare della somma da corrispondere all'eccedenza del compenso consentito sembra deporre per la soluzione opposta.

¹⁸⁹ La norma stabilisce quanto segue: «Il trattamento economico onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle pubbliche finanze emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, agenzie, enti pubblici anche economici, enti di ricerca, università, società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica, nonché le loro controllate, ovvero sia titolare di incarichi o mandati di qualsiasi natura nel territorio metropolitano, non può superare quello del primo presidente della Corte di cassazione. Il limite si applica anche ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, ai presidenti e componenti di collegi e organi di governo e di controllo di società non quotate, ai dirigenti. Il limite non si applica alle attività di natura professionale e ai contratti d'opera, che non possono in alcun caso essere stipulati con chi ad altro titolo percepisce emolumenti o retribuzioni ai sensi dei precedenti periodi, aventi ad oggetto una prestazione artistica o professionale che consenta di competere sul mercato in condizioni di effettiva

1, della Legge Finanziaria per il 2007, ne riproduce gran parte dei precetti, ma non risolve le principali questioni ermeneutiche che avevano caratterizzato il precedente intervento normativo.

La norma introduce un tetto massimo al compenso per i titolari di un qualsivoglia incarico conferito (tra l'altro) dalle società a prevalente partecipazione pubblica non quotate in borsa, parametrando le relative retribuzioni al compenso spettante al primo presidente della Corte di Cassazione. Si tratta di una disposizione che sembra porsi come

concorrenza. Nessun atto comportante spesa ai sensi dei precedenti periodi può ricevere attuazione, se non sia stato previamente reso noto, con l'indicazione nominativa dei destinatari e dell'ammontare del compenso, attraverso la pubblicazione sul sito web dell'amministrazione o del soggetto interessato, nonché comunicato al Governo e al Parlamento. In caso di violazione, l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita. Le disposizioni di cui al primo e al secondo periodo del presente comma non possono essere derogate se non per motivate esigenze di carattere eccezionale e per un periodo di tempo non superiore a tre anni, fermo restando quanto disposto dal periodo precedente. Le amministrazioni, gli enti e le società di cui al primo e secondo periodo del presente comma per i quali il limite trova applicazione sono tenuti alla preventiva comunicazione dei relativi atti alla Corte dei conti. Per le amministrazioni dello Stato possono essere autorizzate deroghe con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nel limite massimo di 25 unità, corrispondenti alle posizioni di più elevato livello di responsabilità. Coloro che sono legati da un rapporto di lavoro con organismi pubblici anche economici ovvero con società a partecipazione pubblica o loro partecipate, collegate e controllate, e che sono al tempo stesso componenti degli organi di governo o di controllo dell'organismo o società con cui è instaurato un rapporto di lavoro, sono collocati di diritto in aspettativa senza assegni e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza. Ai fini dell'applicazione del presente comma sono computate in modo cumulativo le somme comunque erogate all'interessato a carico del medesimo o di più organismi, anche nel caso di pluralità di incarichi da uno stesso organismo conferiti nel corso dell'anno. Alla Banca d'Italia e alle altre autorità indipendenti il presente comma si applica limitatamente alle previsioni di pubblicità e trasparenza per le retribuzioni e gli emolumenti comunque superiori al limite di cui al primo periodo del presente comma».

norma di chiusura di un articolato sistema di definizione dei compensi e che per tale ragione ha un ambito di applicazione molto ampio.

Il comma 44 fa espresso riferimento a retribuzioni elargite dalle società a partecipazione pubblica totalitaria o maggioritaria che siano «a carico delle pubbliche finanze».

Si tratta di una specificazione dal significato sicuramente oscuro. Se per le società a totale partecipazione pubblica, un criterio di carattere sostanziale potrebbe anche consentire che gli emolumenti da queste corrisposte incidano indirettamente su aspetti della finanza pubblica, lo stesso non può dirsi per le società che vantino una pur minoritaria partecipazione dei terzi.

Nel caso delle società miste, gli emolumenti corrisposti non potranno mai intendersi a carico delle pubbliche finanze, in quanto ogni società è dotata di una propria personalità giuridica e di un'autonomia patrimoniale che costituisce l'elemento caratterizzante del modello organizzativo prescelto.

Sia gli amministratori che sono espressione del socio pubblico che quelli che sono espressione del socio privato verranno retribuiti con il patrimonio della società che non si confonde con quello dei soci. Dopo il conferimento di capitale iniziale, la società gode di un'autonomia patrimoniale perfetta, sicché tanto i versamenti operati dal socio pubblico quanto quelli del privato perdono le caratteristiche della propria derivazione e si vengono a confondere nell'ambito di un unico patrimonio che fa capo ad un organismo dotato di un'autonoma personalità giuridica e di propri organi decisionali capaci di esprimere interessi e volontà distinte da quelle dei soci.

In altri termini, al fine dell'estensione del concetto di pubbliche finanze la presenza di capitale privato ostacola il ricorso alle tecniche di superamento della personalità giuridica che potrebbero invocarsi solo nel caso di una partecipazione pubblica totalitaria.

Perplessità ulteriori si collegano alle conseguenze che derivano dall'inosservanza della norma. Analogamente a quanto disposto nel citato comma 593 della Legge Finanziaria per il 2007, si stabilisce che «l'amministratore che abbia disposto il pagamento e il destinatario del medesimo sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare eccedente la cifra consentita».

Già in via legislativa si procede ad una specifica qualificazione del danno in termini di danno erariale, ma alla violazione della norma non sembra ricollegarsi una vera e propria forma di responsabilità amministrativa, atteso che la quantificazione della somma dovuta dai trasgressori viene svincolata dai normali criteri di quantificazione del danno, ed assume un valore prettamente sanzionatorio.

In tali ipotesi, per mezzo di una sorta di presunzione assoluta di sussistenza di un danno qualificabile come «danno erariale», si dovrebbe prescindere da ogni accertamento sulla sussistenza dei parametri per l'individuazione della giurisdizione della Corte dei conti ed il pubblico ministero contabile verrebbe ad assumere la titolarità di un'azione dal carattere sanzionatorio.

Tali considerazioni portano a criticare l'improprietà terminologica utilizzata del legislatore che, con riferimento ad una sanzione che decuplica l'ammontare del danno, parla espressamente di «rimborso». L'unica soluzione plausibile sarebbe quella di ritenere che

la somma così determinata sia comprensiva dei danni all'immagine che verrebbero in tal modo quantificati secondo dei parametri di determinazione certa.

Analoghe perplessità si collegano alla disposizione dell'art. 3, comma 56, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Questa norma, infatti, stabilisce che «è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo».

Sebbene la norma faccia riferimento ai soli enti pubblici, senza alcuna distinzione in relazione al carattere economico o meno dell'attività, la sua estensione analogica in capo alle società è stata prefigurata rapidamente. Ed infatti, la disposizione è stata introdotta in un contesto storico in cui, nonostante le aporie di alcune soluzioni giurisprudenziali, la responsabilità amministrativa con riferimento alle strutture societarie aveva raggiunto la sua massima espansione. Pertanto, il riferimento operato ai soli contratti stipulati da entità riconducibili alla figura dell'«ente pubblico» è stato ritenuto

comprensivo degli enti pubblici strutturati in forma societaria¹⁹⁰. Fra le maggiori problematiche che si connettono all'espressa qualificazione che riceve il danno in termini di danno erariale, una di queste attiene all'assenza di un criterio di quantificazione del danno che viene stabilito in misura fissa e assolutamente sproporzionata rispetto alle sofferenze economiche effettivamente patite dall'amministrazione. In questo caso, tuttavia, la presunzione circa il fatto che il danno così calcolato sia comprensivo anche del danno all'immagine appare più difficilmente giustificabile. Infatti, la stipula del contratto assicurativo, lungi dal produrre di per sé un danno, potrebbe garantire alla pubblica amministrazione un sicuro ristoro delle proprie pretese economiche.

Tuttavia, anche queste evoluzioni normative hanno avuto un'incidenza limitata sull'assetto complessivo delle forme di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti di società a partecipazione pubblica.

Il più profondo cambiamento normativo, infatti, si registra in connessione alla manovra finanziaria che si è posta a cavallo fra il 2007 e il 2008.

Probabilmente animato dalle medesime preoccupazioni sollevate dalla dottrina, il legislatore si è infatti premurato di circoscrivere l'ambito di applicazione della responsabilità amministrativa, con un

¹⁹⁰ Occorre comunque rilevare che la nullità opera solo con riferimento ai contratti di assicurazione predisposti in favore degli amministratori. Pertanto, se si dovesse prediligere un'interpretazione letterale non si potrebbe invocare un'analogia sanzione nel caso di assicurazioni predisposte per i dirigenti o i semplici dipendenti.

intervento per molti versi radicale¹⁹¹, ove maggiori erano apparsi i profili di frizione con l'ordinamento comunitario¹⁹².

¹⁹¹ Sul punto, v. M.A. SANDULLI, *L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche. Restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (Ovvero l'effetto perverso delle norme last minute)*, disponibile sul sito www.federalismi.it. Significativa l'ormai celebre espressione con cui l'Autrice definisce un tale normativa come un intervento «a gamba tesa». Come rileva la stessa Autrice, si tratta di una disciplina strettamente connessa all'intervento del Procuratore generale presso la Corte dei conti che, ribadendo la severa osservanza dei rispettivi obblighi di denuncia, aveva allarmato non poco gli amministratori e i dipendenti pubblici. Sul punto, v. la *Circolare del Procuratore Generale della Corte dei conti* del 2 agosto 2007, disponibile sul sito www.corteconti.it. Nella medesima direzione appaiono le considerazioni di E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/ 2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, cit., il quale, rifacendosi alle considerazioni dell'Autrice da ultimo citata, afferma che «la norma, nella sua rozza stringatezza, ha un effetto dirompente sul quadro normativo di riferimento della materia nel quale irrompe con la delicatezza di un elefante in un negozio di cristallerie».

¹⁹² Si è infatti già visto che la commistione di queste due forme di responsabilità genera inoltre un assetto che presenta notevoli problemi in relazione ai diversi presupposti su cui si fondano. La responsabilità civile infatti si basa sulla c.d. *business judgement rule*, che implica una valutazione di razionalità *ex ante*, mentre, all'opposto, la responsabilità amministrativa presuppone un sistema di valutazione che si esplica necessariamente *ex post*. Così, il *Paper* di ASTRID, *La responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 17. La previsione di un regime di responsabilità aggiuntivo finisce quindi per tradursi nell'imposizione di oneri organizzativi aggiuntivi legati ad un procedimento di controllo funzionale al rispetto dell'obbligo di denuncia al procuratore contabile. Gli altri profili di contrasto si collegano ad una possibile alterazione del rapporto con gli eventuali soci privati, in quanto, si è sostenuto che il socio pubblico sarebbe destinatario di un canale privilegiato per l'attivazione dei meccanismi risarcitori di cui non possono disporre gli altri soci. Si tratta di elementi che possono generare evidenti conflitti con la libertà di circolazione dei capitali (art. 56 Trattato CE) e con il diritto di stabilimento (art. 43 Trattato CE). Tuttavia, la giurisprudenza che ha affrontato materie affini ha riscontrato che i profili di incompatibilità con l'ordinamento comunitario finiscono per ridursi ad una possibile restrizione della libertà di circolazione dei capitali, che costituisce una precondizione per l'esplicarsi della libertà di cui all'art. 43 del Trattato CE. In questi casi, conformemente alla copiosa giurisprudenza maturata con riferimento alla problematiche poste dalla *golden share*, gli azionisti pubblici godono di uno strumento che va al di là dei loro investimenti e che finisce per ridurre l'influenza del socio privato in ragione dell'effetto deterrente connesso all'obbligatorietà dell'azione del p.m. contabile.

7.2. L'art. 16-bis del c.d. "decreto mille proroghe" e il criterio della quotazione in borsa.

Come già detto, l'art. 16-bis, della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito, con modificazioni, il decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, recante proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria (c.d. "decreto mille proroghe") 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 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. Le disposizioni di cui al primo periodo non si applicano ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Si tratta di una norma che ha suscitato sin da subito le attenzioni della più attenta dottrina¹⁹³, anche se le soluzioni prospettate in ordine alle conseguenze da connettervi sono state delle più varie.

¹⁹³ V., *ex multis*.; M.A. SANDULLI, *op. loc. ult. cit.*; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, cit.; G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, disponibile sul sito www.giustamm.it; E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/ 2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, cit.; M. PERIN, *S.p.A. pubbliche. controllo o impunità? Soluzioni del decreto mille proroghe e novità giurisprudenziali (note a margine dell'art. 16-bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito il c.d. decreto mille proroghe)*, disponibile sul sito www.lexitalia.it.

Infatti, com'è stato osservato, la norma è stata giudicata infelice sia da chi ha rilevato che l'esclusione sembra presumere una generale applicabilità della responsabilità amministrativa alle società pubbliche che l'ordinamento invece non prevede, sia da chi, per contro, ritiene che la possibile responsabilità erariale non vada connessa alla soglia di partecipazione, ma alla rilevanza della partecipazione stessa e che abbia, comunque, ambito di applicazione generale¹⁹⁴.

Del resto, la norma si caratterizza per la presenza di due effetti sulla giurisdizione contabile: uno, di ordine negativo, si realizza direttamente; l'altro, di ordine positivo, costituisce invece una proiezione mediata del primo.

L'effetto diretto è quello di precludere al giudice contabile ogni accertamento in ordine alla possibile esistenza di una responsabilità amministrativa per le società che siano quotate in borsa e presentino un capitale pubblico, anche indirettamente detenuto, inferiore alla quota del 50%, nonché per le società da quest'ultime controllate.

In altri termini, la quotazione in borsa, unitamente ad elementi attinenti all'entità della partecipazione pubblica, assurge direttamente per volontà di legge a unico ed assorbente indicatore della giurisdizione ordinaria sulla responsabilità degli amministratori.

¹⁹⁴ Così si esprime L. TORCHIA, *op. loc. ult. cit.*, riportando, rispettivamente le opinioni di M.A. SANDULLI, *L'art. 16-bis del decreto mille proroghe*, cit. e G. DI GASPARE, *La giurisdizione della Corte dei conti nell'art. 16-bis della legge n. 31/08 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti di imprese con capitale pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità*, 2008, disponibile sul sito www.amministrazioneincammino.it, per la prima delle opzioni interpretative; mentre, per la seconda, si riporta l'opinione di P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Milano, 2008, p. 729 e ss..

Gli effetti più dirompenti della disposizione in esame non si producono, tuttavia, in via diretta nell'affermazione della giurisdizione ordinaria, quanto piuttosto in via indiretta, ossia nell'implicito riconoscimento della giurisdizione contabile per tutte le ipotesi in cui le società non presentino i requisiti indicati espressamente dalla norma.

Il legislatore, infatti, escludendo la giurisdizione contabile per le società quotate con una partecipazione pubblica inferiore al 50% ha confermato, seppur mediamente, la responsabilità amministrativa per tutte le ipotesi che non trovano un'esplicita riconducibilità nell'ambito di previsione di cui al medesimo art. 16-*bis*.

In altri termini, ponendosi come una sorta di eccezione ad una regola mai formulata per le vie legislative, la norma in parola finisce per legittimare e rafforzare l'orientamento giurisprudenziale in materia, chiudendo così la strada ad ogni possibile ripensamento¹⁹⁵.

Pertanto, per molti versi, appaiono condivisibili le considerazioni di quella parte della dottrina che ha rinvenuto nella norma, più che un

¹⁹⁵ Sul punto appaiono assai significative le considerazioni di L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, cit., ove, in termini più generali, si rileva che «la disciplina speciale dettata per le società pubbliche non ha assunto, almeno per ora, le caratteristiche di un sistema concluso e a se stante, ma continua ad apparire come un insieme di deroghe alla disciplina generale, se pur con ampio ambito di applicazione. Non a caso la disciplina generale viene riaffermata per le società quotate, per le quali la natura di soggetti sottoposti interamente al mercato funge da diaframma contro l'intrusione delle regole pubblicistiche. Anche per le altre società le norme impongono, in ogni caso, specifici obblighi e non un regime giuridico completo e autosufficiente e, per l'appunto, occorre una norma che imponga l'obbligo in deroga alla generale disciplina codicistica. La natura derogatoria delle norme speciali comporta l'applicazione del rapporto regola/eccezione, in base al quale la portata dell'eccezione è sempre limitata e di stretta interpretazione e la *ratio* della norma di specie può comportare una differenza, ma non un contrasto o, addirittura, l'incompatibilità, con la norma di genere».

preciso disegno di politica legislativa, uno specifico interesse a preservare l'operato di un numero ristretto di amministratori.

È stato, infatti, rilevato che, «per le modalità con cui è stata clandestinamente introdotta in una sede del tutto impropria, con una formulazione assai abborracciata, che la norma dovesse servire a prevenire possibili azioni contabili, magari in itinere nei confronti di soggetti appartenenti ad una o più delle società esentate dalla giurisdizione contabile. Il timore era cioè che tale giurisdizione ancora in discussione potesse, alla luce dei segnali emersi nella giurisprudenza, essere riconosciuta proprio per quei casi. Timore invero non infondato e che però, per conseguire quell'effetto di esenzione, ha finito però per condurre all'estensione indiscriminata della giurisdizione contabile»¹⁹⁶.

L'unico effetto positivo che si poteva concretamente ricondurre alla norma era quello «di far chiarezza sulla questione precisando che i soggetti che producono un danno alla s.p.a. partecipata pubblica risarciscono il capitale sociale di questa e non l'erario degli enti pubblici partecipanti»¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Tali le considerazioni di E.F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/ 2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, cit. Secondo l'Autore, inoltre, la norma «finisce, all'attualità, con l'attribuire alla sola giurisdizione ordinaria le controversie che possono insorgere per quattro società (Enel, Eni, Finmeccanica e Terna) le uniche che rispondono ai requisiti richiesti dalla norma. Indirettamente quindi rimane attribuita alla Corte dei conti la giurisdizione sulle medesime controversie per tutte le altre società a partecipazione pubblica pur se minoritaria o addirittura marginale, non essendo esse quotate in borsa. Paradossalmente questa norma mentre sostanzialmente radica una giurisdizione contabile la cui sussistenza, specie verso le s.p.a. minoritarie, non era per nulla pacifica, formalmente appare voler "scippare" al medesimo giudice la sua funzione nei confronti di appena quattro società».

¹⁹⁷ Questa l'opinione di E.F. SCHLITZER, *op. loc. ult. cit.*, il quale prosegue affermando che «tale effetto può esser derivato dal fatto che il legislatore, volendo esonerare dalla

Tuttavia, come già anticipato, si è trattato di un effetto alquanto limitato, poiché la stessa giurisprudenza della Suprema Corte è addirittura giunta a giustificare, proprio in funzione dell'esistenza di una tale norma, la possibile configurazione della giurisdizione contabile con riferimento agli amministratori e ai dipendenti delle società pubbliche.

Infatti, la Corte di Cassazione nell'ambito della sentenza n. 26806/2009 ha attribuito alla norma un «evidente significato retrospettivo nella misura in cui lascia chiaramente intendere che, in ordine alla responsabilità di amministratori e dipendenti di società con partecipazione pubblica, vi sia una naturale area di competenza giurisdizionale diversa rispetto a quella ordinaria.

Non si capirebbe, altrimenti, la ragione per la quale il legislatore ha inteso stabilire che, per l'avvenire (e limitatamente alle società quotate, o loro controllate, con partecipazione pubblica inferiore al 50%), la giurisdizione spetta invece in via esclusiva proprio al giudice ordinario».

Le contraddizioni di un tale approccio normativo, variamente arginato dalla giurisprudenza, sono state puntualmente evidenziate dalla dottrina, la quale ha rilevato che la norma, così com'è strutturata, è in grado di legittimare, per le società non quotate, la presenza della giurisdizione contabile anche in presenza di una sola azione pubblica; per le società quotate, invece, è in grado di legittimare l'integrale

giurisdizione ordinaria tutte le società anche a minima partecipazione pubblica, non le poteva equiparare, *tout court*, agli organismi pubblici, cosa che avrebbe reso possibile l'applicazione della norma contabile sul danno ad amministrazione diversa da quella di appartenenza».

esclusione di ogni forma di responsabilità pubblica anche in presenza di un azionariato maggioritario pubblico¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Queste considerazioni appartengono a M.A. SANDULLI, *L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche. Restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (Ovvero l'effetto perverso delle norme last minute*, cit.. Sul punto vedi anche le critiche, che si assestano prevalentemente sulla tecnica di produzione legislativa proposte da M. PERIN, *S.p.A. pubbliche. controllo o impunità? Soluzioni del decreto mille proroghe e novità giurisprudenziali (note a margine dell'art. 16 bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito il c.d. decreto mille proroghe)*, cit., ove si rileva che «un buon legislatore, prima di intervenire in maniera così raffazzonata avrebbe dovuto verificare lo stato di efficienza e di legalità delle S.p.A. in mano pubblica, indagando sulla correttezza dei loro bilanci, vedendo se vivono con risorse provenienti dalle attività svolte in regime di mercato e concorrenza, ovvero se si alimentano di interventi pubblici o con posizioni più o meno di monopolio, in contrasto con l'interesse dei consumatori. Sempre il buon legislatore avrebbe dovuto verificare preliminarmente anche il livello di gradimento dei servizi resi ai cittadini da parte di queste Società, le quali gestiscono settori di grande importanza sociale (es. energia, acqua, fonti energetiche, ecc...). Tutto questo, all'interno del decreto mille proroghe non emerge, perché la norma in parola, molto probabilmente, è stata redatta sotto la dettatura di coloro che non gradiscono controlli terzi ed imparziali e confidano nell'inefficienza di un sistema civilistico ingolfato dal numero eccessivo di contenziosi». Tendenzialmente positivo, ma comunque critico il giudizio di M.P. CHITI, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Relazione al Convegno su *“Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina”*, Roma, Luiss, 14 maggio 2009 (testo aggiornato al 13 luglio 2009), il quale rileva che la scelta operata dal legislatore nell'ambito del d.l. 248 del 2007, convertito nella legge 31 del 2008, è «condivisibile ma troppo limitata», poiché «ragioni analoghe a quelle per le società quotate valgono anche per le altre società pubbliche ... più in generale, per gran parte delle società pubbliche appare inaccettabile che alla responsabilità civilistica si sommi la responsabilità amministrativa, sia nella prospettiva dei soggetti coinvolti, sia in quella dell'efficienza societaria». Parimenti critiche, anche se nel senso inverso, appaiono anche le considerazioni di quella parte della dottrina più propensa ad auspicare un'estensione della responsabilità amministrativa. Sul punto, v. P. NOVELLI, L. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, cit., p. 729 ss.. Decisamente meno critiche le posizioni di G. CAIA, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, cit., il quale considera che la norma «espressione di una razionale indicazione legislativa nella parte in cui, in via indiretta ma chiara, riconduce alla giurisdizione della Corte dei Conti la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società a capitale interamente pubblico e delle società partecipate “strumentali” o “funzionali” perché tipizzate dalla legislazione pubblicistica quanto alla figura ed alle relazioni con la Pubblica Amministrazione. Per le società con azioni quotate in mercati regolamentati con partecipazione pubblica, anche indiretta,

Si tratta di un atteggiamento che, come già visto, soprattutto negli ultimi tempi sta caratterizzando l'approccio riservato dal legislatore al cospetto delle società quotate che, nelle ipotesi in cui non godano di una partecipazione pubblica maggioritaria, vengono sempre più spesso assimilate a quelle ordinarie.

Questa esclusione è espressiva di una non condivisibile tendenza che si sta ormai consolidando nel nostro ordinamento.

La maggior parte delle normative che sono intervenute sul regime delle società di proprietà pubblica adottano il criterio della quotazione in borsa per negare l'applicazione di discipline di sfavore nei confronti delle società stesse¹⁹⁹. Si tratta di un criterio piuttosto

inferiore al 50 per cento nonché per le loro controllate, la scelta espressa dal medesimo 16 bis, di ricondurre la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti alla esclusiva cognizione del giudice ordinario, è parimenti razionale e corretta, e può essere vista come applicazione del criterio enunciato dalla Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466, che limitava la natura "differenziata e speciale" delle società sorte dalla trasformazione di enti pubblici alla situazione transitoria della partecipazione esclusiva o maggioritaria della Pubblica Amministrazione».

¹⁹⁹ Si tratta del criterio più ricorrente nell'ambito di tutta la regolamentazione del fenomeno delle società pubbliche. Sin dai primi interventi normativi la quotazione in borsa ha assunto un valore assoluto al fine di escludere l'applicazione della disciplina speciale. Si ritrova, ad esempio, nell'ambito della legge 27 dicembre 2006, n. 296 ove vi fanno riferimento le norme che incidono sulla riduzione del numero dei componenti del C.d.A. delle società del Ministero dell'economia e delle finanze (comma 465) e dei loro compensi (comma 466), sul limite massimo alla retribuzione dei soggetti titolari di qualsivoglia incarico (comma 593), sui limiti al compenso del presidente e dei membri del C.d.A. delle società partecipate da singoli o più enti locali (rispettivamente, commi 725, 726 e 728) e quelle sul numero massimo dei componenti dell'organo gestionale delle società locali (comma 729). Analogamente, la legge 24 dicembre 2007, n. 244, prevede espressamente l'esclusione delle società quotate dall'applicazione dell'art. 3, comma 44, in materia di tetti retributivi, e dal comma 12 del medesimo articolo. Un'identica causa di esclusione la contengono l'art. 16 bis, legge 28 febbraio 2008, n. 31, di conversione del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 in tema di responsabilità amministrativa; l'art. 18, legge 3 agosto 2009, n. 102, di conversione del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78 relativo alla disciplina sulla tesoreria statale; il comma 19 dell'art. 6 del d.l. n. 78/2010 in merito al divieto di aumenti di capitali; il comma 2-bis, dell'art. 18,

ambiguo che potrebbe essere ritenuto come un dato meramente formale o espressivo di una particolare realtà sostanziale.

Il tentativo di preservare degli ambiti di privilegio in favore di questa categoria di società si è consolidato nel corso del tempo ed è stato forzato al punto da assumere dei connotati quasi comici. Emblematico è il caso dell'art. 18, della legge 3 agosto 2009, n. 102 che fa riferimento a «società non quotate totalmente possedute dallo Stato», quando, invece, la quotazione in borsa è ontologicamente incompatibile con la detenzione totalitaria del capitale in capo ad un unico soggetto²⁰⁰.

Questa esclusione è espressiva di una non condivisibile tendenza che si è ormai consolidata nel corso del tempo.

La distinzione di trattamento fra quotate e non quotate sembra rispondere ad esigenze di maggior cautela nei confronti delle società soggette ad azionariato diffuso.

Tuttavia, proprio tali esigenze potrebbero giustificare l'imposizioni di oneri aggiuntivi volti a tutelare un azionariato non

del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, relativo al reclutamento del personale e all'assoggettamento al patto di stabilità interno; l'art. 9, comma 29, del d.l. n. 78/2010 volto all'imposizione di particolari politiche assunzionali; il comma 6, dell'art. 6 del d.l. n. 78/2010, relativo alla riduzione percentuale del compenso degli organi amministrativi; il comma 15 dell'art. 3, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 che impone, per la fornitura di beni e servizi, l'adozione di parametri di qualità e di prezzo rapportati a quelli messi a disposizione delle pubbliche amministrazioni dalla Consip Spa; i commi 8 e 9 dell'art. 23-bis relativi, rispettivamente, alla disciplina transitoria degli affidamenti di servizi pubblici e all'imposizione di particolari oneri e divieti.

²⁰⁰ Analogamente, l'art. 6, comma 6, del d.l. n. 78/2010 detta una disciplina relativa alla riduzione dei compensi degli organi amministrativi delle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione o da quest'ultime partecipate in misura totalitaria che, per espressa indicazione, non si applica alle quotate. È utile rilevare che nessuna società inserita nel conto economico consolidato è quotata in borsa.

sempre consono al ricorso agli strumenti di controllo previsti dalla disciplina civilistica.

La disciplina stabilita dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 per le società quotate si caratterizza, infatti, per una serie di elementi, fra i quali emerge un maggior grado di imperatività delle norme e una limitazione dell'autonomia statutaria, una maggiore estensione degli oneri di informazione nei confronti degli azionisti e la sottoposizione al controllo della CONSOB; una più intensa garanzia di veridicità del bilancio offerta sia nei confronti degli azionisti, che nei confronti del pubblico dei risparmiatori, assicurata attraverso il controllo della contabilità e del bilancio da parte di società di revisione e sottoposte alla vigilanza della CONSOB; la possibilità di emettere azioni di risparmio al portatore, che implicano un affievolimento dei diritti amministrativi dell'azionista a fronte di una più elevata remunerazione dell'investimento. Assai significativa è, inoltre, l'ipotesi prevista dall'art. 2409 c.c. che legittima il pubblico ministero a promuovere il controllo giudiziario sull'esistenza di gravi irregolarità degli amministratori e dei sindaci.

La disciplina complessivamente prevista per le società quotate sembra pertanto rispondere ad esigenze comuni al fenomeno della partecipazione pubblica. In entrambe le ipotesi, si corre il rischio che, in presenza di un azionariato non particolarmente attivo, gli amministrazioni possano perseguire interessi in conflitto con quelli della compagine sociale.

La scelta del legislatore di riservare un trattamento meno rigoroso nei confronti di tali società probabilmente si poggia su un

assunto, tutto da dimostrare, in base al quale le società quotate operano in regime di concorrenza.

La maggior parte delle volte esiste effettivamente una corrispondenza fra quotazione in borsa e regime concorrenziale, ma in presenza di un azionariato pubblico questa è solo una tendenza. Si tratta di una propensione e non già l'elemento caratterizzante delle società pubbliche quotate, in quanto vi sono società non quotate che operano in regime di concorrenza e vi sono società quotate che, soprattutto nei settori dei servizi a rete, operano in regime di monopolio (come Terna S.p.A.)²⁰¹.

L'eventuale quotazione in borsa della società, infatti, è un elemento che va tenuto distinto dal regime dell'attività della stessa. Il presupposto della corrispondenza fra quotazione in borsa e concorrenza non è ragionevole, e può comportare una serie di effetti altamente pregiudizievoli proprio in favore delle società che operano in un contesto concorrenziale.

La maggior parte delle norme impongono dei vincoli alla spesa che incidono evidentemente sull'attività della società e possono avere dei riflessi sulla sua gestione complessiva.

Le società esposte alla concorrenza potrebbero invocare uno svantaggio competitivo conseguente alla presenza degli oneri aggiuntivi che non le consentono di confrontarsi sul mercato. I vincoli esistenti in

²⁰¹ La società, pur essendo quotata in borsa, è stata costituita da Enel S.p.A. in forza dell'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 79/1999, ed è titolare della proprietà e della gestione della rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica. È altresì dei poteri pubblici indicati nell'art. 3, del d.lgs. n. 79 cit. ed è sottoposta agli indirizzi strategici ed operativi del Ministero dello sviluppo economico.

materia di reclutamento del personale, l'impossibilità di remunerare il personale e gli organi amministrativi in conformità all'assetto del mercato in cui opera l'impresa, le limitazioni attinenti numero degli amministratori, alla disponibilità risorse finanziarie per la disciplina sulla tesoreria statale e, soprattutto, il regime relativo alla responsabilità amministrativa descrivono un sistema altamente penalizzante.

Inoltre, proprio per le caratteristiche dell'azionariato di tali società, fisiologicamente poco consono alla partecipazione alle vicende che implicano scelte gestionali effettive, la previsione di meccanismi sostitutivi per l'esercizio dell'azione di responsabilità non sembrerebbe porre gravissimi problemi.

La presenza di un nucleo di azionisti non sufficientemente coeso il più delle volte preclude l'esercizio delle prerogative connesse all'assunzione della veste di socio. Ciò in quanto, come noto, ai fini del promovimento dell'azione di responsabilità è necessario il raggiungimento di determinati indici quantitativi di soci²⁰².

In assenza di adeguati strumenti di raccordo, l'azionariato diffuso si trova costantemente esposto alle decisioni di quella maggioranza, il più delle volte relativa, che riesce a controllare la nomina degli organi sociali.

Le esigenze di una tutela rafforzata rispetto a tali categorie di azionisti sarebbe perfettamente compatibile con ipotesi di sostituzione processuale obbligatoria, con la conseguente attribuzione dell'azione al procuratore contabile.

²⁰² V. *infra* Capitolo Secondo.

Si è infatti già visto che, proprio con riferimento alle società quotate in borsa, la disciplina, oltre a rafforzare gli strumenti di controllo per le maggiori esigenze di tutela che si presentano nei confronti dei risparmiatori, prevede specifiche ipotesi in cui il pubblico ministero (penale) è chiamato a proporre l'azione contro le gravi irregolarità eventualmente commesse dagli organi apicali della società (art. 2409 c.c.).

7.3. Dal c.d. "lodo Bernardo" (d.l. n. 78/2009) alle successive modifiche recate dal d.l. n. 103/2009.

L'assetto complessivo della disciplina della responsabilità amministrativa è stato ulteriormente inciso dall'art. 17, comma 30-ter, del decreto legge n. 78/2009, convertito in legge n. 102/2009, suscitando non poche perplessità, soprattutto in capo alla dottrina più vicina alle istanze della giurisprudenza contabile²⁰³.

Secondo quanto stabilito da questa norma, «le procure regionali della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine subito dall'amministrazione nei soli casi previsti dall'articolo 7, della legge 27 marzo 2001, n. 97. Per danno erariale perseguibile innanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si intende l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato

²⁰³ Sul punto, v., in particolare, M. PERIN, *Lodo Bernardo, decreto correttivo ancora molto limitativo delle indagini e la quasi abolizione della lesione all'immagine pubblica*, disponibile sul sito www.lexitalia.it e A. VETRO, *Il danno all'immagine della p.a. dopo il "Lodo Bernardo" (art. 17, co. 30-ter, d.l. n. 78 del 2009): una discutibile sentenza della Consulta*, 2011, disponibile sul sito www.giustamm.it.

ad uno degli organi previsti dall'articolo 114 della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. L'azione è esercitabile dal pubblico ministero contabile, a fronte di una specifica e precisa notizia di danno, qualora il danno stesso sia stato cagionato per dolo o colpa grave. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta».

Tale disposizione, che introduce una serie di limitazioni per l'ambito di estensione della giurisdizione contabile, presenta numerosi profili di criticità.

Fra questi, un particolare rilievo si connette alla limitazione della responsabilità per danno all'immagine che viene collegata alle sole ipotesi indicate dall'art. 7, della legge n. 97 del 2001²⁰⁴ e, pertanto,

²⁰⁴ L'art. 7, della legge n. 97/2001 - rubricato «*Responsabilità per danno erariale*» - stabilisce che «La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271».

connesse all'emissione di una pronuncia di condanna per reati di particolare gravità²⁰⁵.

Ancora più significativi, appaiono gli ulteriori riferimenti operati dalla disciplina in ordine all'esistenza di un «effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato agli organi previsti dall'art. 114, della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico»; alla qualificazione della natura giuridica del danno; e alla necessaria presenza di una «specifica e precisa notizia di danno» quale presupposto essenziale per l'attivazione del procuratore generale.

Infatti, l'assenza di tali presupposti determina la nullità dell'azione con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano²⁰⁶.

²⁰⁵ Più in particolare, si è rilevato che la norma sarebbe censurabile in sede costituzionale per una significativa violazione dei diritti di difesa delle amministrazioni pubbliche. Sul punto, appaiono assai significative le considerazioni di E.F. SCHLITZER, *Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2010*, il quale rileva che «ne emerge l'incostituzionalità per violazione del diritto di difesa delle Amministrazioni Pubbliche, che in violazione dell'art. 24, non potranno più agire in giudizio, sia pure attraverso l'obbligata intermediazione di questo attore pubblico, per la tutela dei propri diritti risarcitori, tutte le volte che la pretesa risarcitoria dipenda dal danno all'immagine derivante dalla commissione di reati diversi da quelli sopra citati». L'Autore non manca di rilevare i profili di incongruenza con la disciplina successivamente introdotta dal c.d. decreto Brunetta e osserva che «a riprova della confusione che sembra pervadere il legislatore in tema di risarcibilità del danno all'immagine delle persone giuridiche pubbliche, il d.lgs. n. 150 del 2009 (Riforma Brunetta) al secondo comma dell'art. 55-ter introduce, esplicitamente, senza ancorarla alla rilevanza penale dell'illecito, la risarcibilità del danno all'immagine subito a seguito di mancata prestazione lavorativa da parte del pubblico dipendente. Il conflitto con l'art. 17 comma 30-ter è evidente, poiché si introduce una fattispecie che questi ha espressamente preclusa, non essendovi non solo e non tanto un giudicato penale ma neppure la previsione di un reato, men che mai di uno "proprio"».

²⁰⁶ Sul punto, cfr. Corte dei conti, Sez. Giur. Campania, 26 ottobre 2009, n. 1300 dove, occupandosi dei profili di nullità connessi all'assenza di una notizia «specifica e precisa» di danno», si è ritenuto che «Ai sensi dell'art. 17, comma 30-ter, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, e modificato del decreto legge 3 agosto 2009, n. 103 convertito, con modificazioni, in legge 3 ottobre 2009, n. 141: Le procure della Corte dei conti possono iniziare

La disciplina appena descritta è stata successivamente modificata, con singolari cadenze temporali²⁰⁷, dal decreto legge 3 agosto 2009, n.

l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7, della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta. Secondo la tesi difensiva, nel caso di specie la notizia di danno è stata tratta da un articolo di giornale privo dei requisiti della specificità e concretezza richiesti dalla legge». Sul punto, v. anche l'analisi di M. SINISI, *Questioni di responsabilità amministrativa nell'ambito dell'impresa pubblica: vecchi e nuovi dubbi*, cit., ove sono riportate ulteriori indicazioni giurisprudenziali. Fra queste, una particolare importanza assume Corte dei conti, Sez. Giur. Lazio, 1 ottobre 2009, n. 424 che viene ricostruita dall'Autrice nei termini seguenti: «in virtù dell'asserita assenza di tale condizione, l'istante aveva chiesto che fosse dichiarata la nullità dell'invito a dedurre emesso dalla Procura regionale in sede di istruttoria, così deducendo la violazione dell'art. 17, comma 30-ter del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102, nel testo poi corretto dal d.l. 3 agosto 2009, n. 103 (e attualmente convertito in legge 3 ottobre 2009, n. 141). In applicazione della richiamata disposizione, la Corte dei conti ha affermato che un esposto presentato da una associazione sindacale, privo dei caratteri richiesti dalle norme per l'esercizio del potere istruttorio può dar luogo ad una mera attività di "controllo" da parte della Corte dei conti, e non anche all'esercizio del potere istruttorio e all'eventuale azione di responsabilità da parte della Procura regionale. Sulla base di tale presupposto ha dichiarato le nullità, nel caso di specie, dell'invito a dedurre emesso dalla Procura sulla base dell'esposto».

²⁰⁷ Sul punto, v. le significative indicazioni di M. SINISI, *op. loc. ult. cit.*, che, nell'ambito del suo interessante studio, dapprima, rileva che «Appare significativo il fatto che esso sia intervenuto nella medesima data (3 agosto 2009) della legge di conversione del D.L. 78 del 2009; circostanza, quest'ultima che testimonia l'estrema complessità della materia "stratificata" attraverso i (repentini e spesso contraddittori) tentativi di riordino legislativi» e poi conclude rileva che «alcune delle indicazioni legislative sono state, come visto, di brevissima durata, alcune addirittura dello spazio di "poche ore": ci si riferisce alla singolare e indicativa circostanza, sulla quale si è in precedenza posto l'accento, per cui il D.L. n. 3 agosto 2009, n. 103 è intervenuto il medesimo giorno dell'approvazione della legge 102/2009, di conversione del D.L. n. 78/2009, così come

103, convertito in legge 3 ottobre 2009, n. 141 recante «*Disposizioni correttive del decreto-legge anticrisi n. 78 del 2009*».

L'art. 17 del decreto in parola stabilisce espressamente quanto segue: «i primi tre periodi del comma 30-ter sono sostituiti dai seguenti: “Le Procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7, della legge 27 marzo 2001, n. 97”».

Sebbene la sanzione della nullità sia stata conservata per le ipotesi di attivazione dell'azione in assenza dei presupposti di legge, vengono meno gli originari riferimenti in ordine alla qualificazione del danno come «effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale arrecato ad uno degli organi previsti dall'articolo 114, della Costituzione o ad altro organismo di diritto pubblico, illecitamente cagionato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile».

7.4. I recenti tentativi di ridimensionamento della responsabilità amministrativa: Atto Camera 4059 - Proposta emendativa 12.04.

L'ostilità mostrata dal legislatore degli ultimi tempi al cospetto della responsabilità amministrativa relativa agli amministratori e

alcuni dei precedenti interventi normativi, più o meno “frettolosi”, che hanno indotto la più attenta dottrina a rilevarne a prima lettura i profili di maggiore criticità».

dipendenti di società pubbliche si è recentemente manifestata anche nell'ambito del processo di definizione della c.d. Legge comunitaria per il 2010.

In data 24 marzo 2011, infatti, la Commissione XIV "Politiche dell'Unione Europea" in sede referente ha approvato un emendamento che avrebbe sostanzialmente rivoluzionato la materia.

Sebbene la disposizione sia stata successivamente espunta dal testo definitivo appare significativa una sua pur parziale analisi.

Già la rubrica dell'art. 12-*bis* rappresenta significativamente la proiezione comunitaria che si vuole assegnare ai valori tutelati dalla ridefinizione dell'istituto.

La norma è, infatti, intitolata «*Adeguamento del regime di responsabilità erariale ai principi in materia di stabilimento, libera prestazione dei servizi e libera circolazione di capitali di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*».

L'art. 12-*bis* afferma espressamente quanto segue:

«1. Al fine di dare piena attuazione ai principi in materia di diritto di stabilimento, libera prestazione dei servizi e libera circolazione di capitali, di cui, rispettivamente, agli articoli 49, 56 e 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'articolo 1, comma 1-*bis*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il primo periodo sono inseriti i seguenti: «Agli effetti della responsabilità dei componenti degli organi societari o dei dipendenti di società partecipate, anche indirettamente, dallo Stato o da altre amministrazioni o enti pubblici in misura pari o superiore al 50 per cento, il danno erariale è costituito dalla eventuale differenza tra l'effettivo depauperamento finanziario o patrimoniale ed

il conseguente incremento finanziario o patrimoniale a vantaggio di pubbliche amministrazioni o organismi di diritto pubblico. Non costituisce, pertanto, danno erariale il pagamento di ammende o sanzioni o interessi per ritardato pagamento da parte delle predette società ad una pubblica amministrazione o organismo di diritto pubblico o comunque a vantaggio del pubblico erario.

2. La disposizione di cui al comma 1 costituisce interpretazione autentica dell'articolo 1, commi 1 e 1-*bis*, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, circa la responsabilità degli amministratori o dipendenti di società partecipate, anche indirettamente, dallo Stato o da altre amministrazioni o enti pubblici in misura pari o superiore al 50 per cento, sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica.

3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai giudizi pendenti nonché alle fattispecie accertate con sentenza passata in giudicato pronunciata in giudizio pendente alla data di entrata in vigore del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78. In tali casi, l'eventuale esonero di responsabilità è accertato in sede di ricorso per revocazione.

4. Nell'articolo 17, comma 30-*ter*, del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, l'espressione "sentenza anche non definitiva" deve essere interpretata nel senso di: "sentenza di merito anche non definitiva"».

Come si vede, l'intervento normativo è prevalentemente volto ad incidere sui criteri di determinazione del danno.

In particolare, la norma mirava ad introdurre un meccanismo per molti versi analogo a quello già visto nell'ambito delle azioni riconosciute dal codice civile con riferimento ai gruppi di imprese.

Si è infatti visto che l'art. 2497 c.c. prevede che «le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società».

Inoltre, lo stesso articolo esclude la responsabilità della controllante per la lesione dei diritti dei soci esterni e dei creditori della controllata «quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».

Si tratta di un'applicazione della nota teoria dei vantaggi compensativi che mira ad attribuire uno specifico rilievo al risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento²⁰⁸.

L'art. 12-bis citato cerca di riprodurre meccanismi sostanzialmente analoghi imponendo di valutare il danno in modo aggregato, ossia, tenendo conto del risultato economico complessivamente realizzato dall'insieme di enti che risultano collegati dal rapporto di partecipazione azionaria.

Al di là di tali aspetti che, in astratto, non appaiono esporsi a particolari profili di criticità²⁰⁹, vi sono ulteriori ed imprevisi effetti che si sarebbero potuti collegare all'introduzione di una tale norma.

²⁰⁸ Sul punto v. *infra* Capitolo Secondo.

Questa, infatti, disattendendo integralmente l'orientamento recentemente espresso dalle Sezioni Unite, avrebbe comportato, al pari di quanto avvenuto con l'art. 16-*bis* del c.d. decreto milleproroghe, un'implicita affermazione della responsabilità amministrativa delle società non quotate in borsa, rispetto alle quali la norma riproduceva la tecnica della giurisdizione implicita sostanzialmente adottata nell'ambito dell'omologo corrispondente del decreto milleproroghe.

La norma, infatti, si dichiara applicabile alle «società partecipate, anche indirettamente, dallo Stato o da altre amministrazioni o enti pubblici in misura pari o superiore al 50 per cento, sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica».

Il riferimento operato al cospetto delle società a partecipazione pubblica in misura superiore al 50%, sottoposte alla giurisdizione della Corte dei conti, si potrebbe interpretare secondo due accezioni.

Secondo una prima interpretazione, si potrebbe considerare che il legislatore, operando un rinvio alle società sottoposte alla giurisdizione della Corte dei conti, si sia sostanzialmente disinteressato della definizione della giurisdizione per operare un rinvio alle risultanze degli approcci interpretativi della Suprema Corte.

²⁰⁹ Sotto il profilo concreto, pare evidente, invece, che la norma sia volta ad arginare gli effetti della pronuncia delle Sezioni Unite sul caso RAI Radiotelevisione Italiana S.p.A.. Infatti, in ragione dell'espressa applicabilità ai giudizi in corso, sembra che la disciplina da essa dettata sia stata mossa principalmente dall'intento di preservare il pagamento della sanzione che costituiva oggetto di un tale giudizio. Come visto, il pagamento della sanzione inflitta alla RAI, riversandosi nelle casse del Ministero di riferimento, sotto il profilo pratico, è assimilabile ad una partita di giro. Pertanto, l'applicazione concreta della norma, imponendo di considerare che «Non costituisce, pertanto, danno erariale il pagamento di ammende o sanzioni o interessi per ritardato pagamento da parte delle predette società ad una pubblica amministrazione o organismo di diritto pubblico o comunque a vantaggio del pubblico erario», vedeva dei destinatari ben individuati.

Secondo una seconda opzione interpretativa, invece, la norma potrebbe essere letta nel senso di un'implicita affermazione della giurisdizione contabile per tutte le società che si caratterizzano per una presenza azionaria pubblica in misura superiore al 50%.

Proprio questa seconda opzione interpretativa si sarebbe posta in aperto contrasto con le risultanze dell'approccio da ultimo accolto nell'ambito delle pronunce di fine 2009 in cui, come visto, non è l'entità della partecipazione azionaria a radicare la giurisdizione presso la Corte dei conti, ma la presenza di un trattamento normativo speciale tale da consentire di definire la società come un ente pubblico.

8. Quadro di insieme. Il complicato assetto della responsabilità amministrativa tra disciplina generale, disciplina speciale ed interpretazione evolutiva della giurisprudenza. La valenza generale del criterio della natura giuridica dell'ente.

Il susseguirsi di differenti approcci interpretativi, in vario modo intervallati da interventi normativi non sempre cristallini, ha reso il problema di definizione della giurisdizione della Corte dei conti di non facile risoluzione.

Esistono, invero, una pluralità di criteri di assoggettamento alla giurisdizione contabile che, ancorandosi ad approcci giurisprudenziali o a specifiche disposizioni di legge, definiscono un quadro regolatorio alquanto complesso.

Gli amministratori e i dipendenti di società a partecipazione pubblica possono essere così sottoposti a differenti regimi di responsabilità che riposano sull'individuazione di presupposti diversi.

In primo luogo, è necessario distinguere le ipotesi di responsabilità diretta per i danni cagionati alla società, dalle ipotesi di responsabilità indiretta. Entrambe le ipotesi possono generare delle forme di responsabilità amministrativa.

La responsabilità diretta può trovare il proprio fondamento nella disciplina speciale introdotta nell'ambito delle leggi finanziarie.

Queste ipotesi di responsabilità amministrativa si collegano alla violazione di norme impositive di specifici obblighi comportamentali in ordine alla remunerazione degli incarichi. Per le modalità concrete di determinazione dell'entità del risarcimento, normalmente commisurato ad un multiplo del danno effettivamente patito, questa forma di responsabilità amministrativa dovrebbe essere inquadrata nell'ambito di una responsabilità di matrice sanzionatoria.

Secondo quanto stabilito dal comma 44, dell'art. 3, della Legge Finanziaria per il 2008, questa forma di responsabilità amministrativa troverà applicazione con riferimento ai destinatari di pagamenti effettuati da «società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica» e dalle loro controllate.

Un'altra forma di responsabilità che si collega direttamente ad una disposizione normativa è quella prevista dall'art. 7, della legge n. 97/2001 per il danno all'immagine connesso al verificarsi di alcune fattispecie di reato direttamente indicate dalla norma. Tale

responsabilità, come visto, si estende agli amministratori e ai dipendenti degli «enti a prevalente partecipazione pubblica».

A tale forma di responsabilità, secondo l'interpretazione ora prevalente in giurisprudenza, dovrebbe aggiungersi una forma di «responsabilità aquiliana», anche se «in difetto di una formale investitura pubblica dell'agente».

Si tratta di una forma di responsabilità che, secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite nell'ambito della sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806, si connette alla «presenza dell'ente pubblico nella compagine sociale» ed alla particolare attenzione che dovrebbe conseguire nell'adozione delle varie scelte gestorie.

Il presupposto di questa responsabilità è comunque individuato nella produzione di un danno diretto al socio pubblico per effetto di un'azione illegittima degli amministratori.

Tale danno diretto, normalmente si sostanzia in un danno all'immagine e, pertanto, dovrebbe essere assorbito dalle previsioni della legge n. 97/2001, ma in astratto non è possibile escludere a priori l'eventualità che assuma una diversa consistenza.

Per i danni prodotti in capo alla società la questione è più problematica.

Se la società presenta le caratteristiche per essere assimilata ad un ente pubblico, secondo quanto affermato nell'ambito dell'ordinanza delle Sezioni Unite 22 dicembre 2009, n. 27092, il danno, producendosi

direttamente in capo ad un soggetto pubblico, implica, in via generale, l'assoggettamento alla responsabilità amministrativa²¹⁰.

Tuttavia, secondo quanto previsto dall'art. 16-bis del decreto milleproroghe, la giurisdizione è del giudice ordinario nel caso in cui l'ente pubblico in forma societaria risulta quotato in borsa e non presenta una partecipazione azionaria pubblica superiore al 50%.

In realtà, si tratta di un'ipotesi alquanto limitata perché fra gli enti pubblici in forma societaria quotati in borsa con una partecipazione inferiore al 50% sembrerebbe potersi ricondurre solo la società Terna S.p.A. che, nonostante tali caratteristiche, presenta evidenti connotazioni in senso pubblicistico²¹¹.

Se la società, indipendentemente dall'entità della partecipazione pubblica, non presenta dei tratti che consentano la sua riconduzione alla figura degli enti pubblici in forma societaria, la responsabilità relativa ai danni posti in essere dagli amministratori e dipendenti della società sarà

²¹⁰ L'elaborazione della categoria di enti pubblici in forma societaria si deve a G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit.. La nozione è stata poi ripresa e sviluppata dallo stesso Autore nell'ambito dell'articolo *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubb. app.*, 2004, cit. e si ritrova anche nei testi di più ampio respiro. Sul punto, v., in particolare, G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, vol. I, 2005, cit.; ID., *Principi di diritto amministrativo*, cit.. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sembrano aver ormai accolto la categoria. Fra gli studi di carattere monografico dedicati al tema, v. G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica*, Milano, 2009; ID., *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubb. e app.*, 2004, 4, p.701 e ss. (I parte) e in *Serv. pubb. e app.*, 2005, I, p. 149 e ss. (II parte); P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, cit..

²¹¹ La società, infatti, pur essendo quotata in borsa, è sottoposta ad un penetrante controllo pubblico che si è manifestato sin dal processo genetico dell'ente. La società è stata costituita da Enel S.p.A. in forza dell'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 79/1999 ed è titolare della proprietà e gestione della rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica. È titolare altresì dei poteri pubblici indicati nell'art. 3, del d.lgs. n. 79/1999 ed è sottoposta agli indirizzi strategici ed operativi del Ministero dello sviluppo economico.

invece regolata dai normali meccanismi societari e, conseguentemente, la giurisdizione sarà quella del giudice ordinario.

Tuttavia, in tali ipotesi, residuano dei margini per la giurisdizione contabile che non sarà volta a regolare i rapporti con gli amministratori sociali, ma si sostanzierà in capo allo stesso socio pubblico in connessione all'eventuale mancata attivazione dei meccanismi risarcitori previsti dal diritto societario proprio con riferimento agli amministratori.

Come si può notare, l'esatta delimitazione della giurisdizione è un'operazione tutt'altro che semplice e presuppone, a seconda delle fattispecie, un'accurata analisi dei presupposti dell'azione.

Al di là delle ipotesi speciali evidenziate, il criterio base per la delimitazione della giurisdizione contabile, in ultima analisi, gravita intorno alla possibile qualificazione giuridica della società in termini di ente pubblico.

La questione sembra pertanto comportare un semplice spostamento del problema sull'individuazione dei parametri che consentono una tale qualificazione.

Sul punto, si è già detto diffusamente nell'ambito del primo capitolo. Per quanto vale la pena qui ricordare, si può comunque rilevare che il criterio che sembra assumere una valenza assorbente in tal senso è costituito dall'intervento normativo nel processo di nascita dell'ente.

Se l'esistenza della società è prevista come necessaria nell'ambito di un apposito provvedimento legislativo, l'impossibilità di disporre della propria esistenza, che è considerato come il primo parametro per il

riconoscimento della natura pubblica di un ente, comporta una sua indubbia qualificazione in termini pubblicistici²¹².

²¹² Sul punto, v. G. ROSSI, *Enti pubblici*, cit., p. 264 e ss.; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. Stato*, cit., p. 797 e ss..

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. La responsabilità amministrativa. La delimitazione degli indici sostanziali e il mancato rilievo della natura economica dell'attività svolta.

La delimitazione dell'estensione della responsabilità amministrativa è una vicenda che ripropone le più ampie problematiche derivanti dall'applicazione degli istituti pubblicistici a soggetti che, almeno formalmente, appaiono privati.

Si è visto che le società per azioni costituiscono un modello rigido caratterizzato dalla presenza di una disciplina particolarmente dettagliata.

Il modello societario è nato e si è sviluppato per offrire tutela ad interessi di natura puramente patrimoniale e, come tali, liberamente disponibili dalle parti.

L'effetto principale di un tale modello è quello di realizzare una scissione fra la personalità dei soci e quella della società, per assicurare ai primi un'autonomia patrimoniale perfetta da cui consegue una responsabilità patrimoniale limitata al solo capitale investito.

Si tratta di un modello generale che, trovandosi nella disponibilità di tutti i consociati, poggia su una disciplina particolarmente organica, retta da un articolato sistema di ripartizione delle competenze in cui i poteri dei vari organi sono soppesati per la stessa funzionalità della struttura.

Le regole attinenti alla responsabilità sociale, immanenti allo stesso modello societario, fungono da disciplina di chiusura rispetto ad un sistema che tende ad affermare un'integrale corrispondenza fra il potere di gestione e la responsabilità patrimoniale ad esso collegata.

Il modello societario risulta in questo modo compendiato da appositi strumenti che consentono di offrire specifiche garanzie rispetto agli effetti collaterali legati al processo di soggettivizzazione dell'ente.

L'impianto normativo, intervenendo direttamente nella definizione dei rapporti fra società, soci, creditori, terzi e amministratori offre una regolamentazione di specifiche azioni di responsabilità preposte alla tutela di tutti gli interessi potenzialmente coinvolti dal complesso sistema societario.

Si tratta di azioni che, in ultima istanza, sono preposte a tutela del diritto di proprietà o del diritto di credito, ossia di diritti patrimoniali e, pertanto, pienamente disponibili da parte dei rispettivi titolari che sono liberi di transigere o rinunciare.

Tuttavia, il modello in parola può essere alterato dai pubblici poteri così profondamente nei suoi meccanismi di funzionamento fino ad essere piegato alla tutela di interessi che solo mediatamente, e non sempre, assumono dei connotati patrimoniali.

Ognuna di queste alterazioni sul modello organizzativo trova giustificazione in ragione dei retrostanti interessi pubblici. Queste modificazioni possono incidere su aspetti marginali dell'ente ovvero possono essere più incisive e comportare così delle trasformazioni radicali dell'originario impianto civilistico che snaturano totalmente il

modello prescelto, fino ad escludere espressamente qualsiasi finalità lucrativa sancita dall'art. 2247 c.c..

In questo modo, possono individuarsi società per azioni partecipate dai pubblici poteri che non presentano alcuna connotazione pubblicistica e società per azioni che rispondono sostanzialmente al modello degli enti pubblici.

A fronte di una tale varietà di tratti caratterizzanti l'utilizzazione dello strumento societario, solo un approccio di matrice sostanzialistica potrebbe aiutare a capire quale sia la disciplina concretamente applicabile a tali strutture.

Il regime di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti solo raramente costituisce oggetto di apposita disciplina.

La vicenda della responsabilità amministrativa è stata così caratterizzata dal costante alternarsi di approcci interpretativi che, secondo l'evoluzione del contesto storico di riferimento, ne hanno compresso o ampliato l'estensione.

Le soluzioni fino ad ora adottate non sembrano essere giunte ad un punto di approdo definitivo e i dubbi in ordine al possibile concorso fra le azioni sociali, proprie del modello organizzativo societario, e l'azione del procuratore della Corte dei conti permangono.

L'applicazione dell'uno o dell'altro regime deriva dalla preferenza accordata a sistemi concettuali formalistici o a quelli di stampo sostanziale.

Le azioni sociali, trovando una legittimazione diretta nella disciplina codicistica, conseguono direttamente alla scelta operata dai pubblici poteri in ordine all'adozione del modello societario.

Al contrario, la responsabilità amministrativa, non trovando fondamento diretto nell'ambito di una disciplina specifica, presuppone un approccio interpretativo di stampo sostanzialistico diretto a ricavare la natura pubblica dell'ente a cui collegare le tutele specifiche previste dalla disciplina pubblicistica.

Si tratta, infatti, di una forma di responsabilità specificatamente pensata per amministratori e dipendenti di soggetti pubblici o comunque legati da un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione.

In questi casi, i profili di disponibilità degli interessi che permeano l'attività e le formule organizzative private vengono esclusi in partenza in conseguenza di un articolato processo di funzionalizzazione dell'ente. L'introduzione di elementi di doverosità che caratterizzano tutta l'attività amministrativa fa sì che le scelte operate dalle singole amministrazioni non godano degli stessi margini di arbitrarietà delle scelte private.

Proprio in funzione della preordinazione alla tutela di interessi pubblici, le scelte della pubblica amministrazione sono sottoposte a meccanismi di controllo variamente articolati e le regole di responsabilità previste, anche quando preordinate al conseguimento di effetti patrimoniali, sono rette da discipline diverse da quelle che regolano l'agire dei privati.

Di ciò se ne ha una riprova nella stessa configurazione della responsabilità amministrativa. Le difficoltà incontrate nell'inquadramento dogmatico della fattispecie sono sintomatiche della

compresenza di una pluralità di interessi che sembrano trascendere una concezione puramente patrimoniale del danno erariale.

All'interno di essa sono infatti presenti elementi propri della tutela recuperatoria e altri di una più spiccata ispirazione sanzionatoria che non a caso hanno stimolato la dottrina in ordine al suo inquadramento dogmatico.

Depongono in favore della sua qualificazione in termini pubblicistico-sanzionatori, l'obbligatorietà dell'azione, la titolarità della stessa in capo al Procuratore regionale della Corte dei conti, la presenza di una giurisdizione speciale e il c.d. potere riduttivo. Inoltre, ulteriori caratterizzazioni di stampo sanzionatorio si connettono alle speciali ipotesi di responsabilità amministrativa introdotte nell'ambito delle disposizioni di varie leggi speciali.

Questi caratteri lasciano comunque intendere la presenza di elementi estranei alle normali azioni di responsabilità esperibili sulla base della disciplina civilistica e giustificano le perplessità riscontrate nella ricostruzione del fenomeno.

La disciplina relativa alle azioni di responsabilità sociale e quella relativa alla responsabilità amministrativa differiscono profondamente sia nei presupposti che nelle conseguenze.

Logiche che poggiano su basi concettuali e presupposti distinti si trovano così riunite nell'ambito delle società pubbliche generando una serie di problemi di non facile soluzione.

Gli interventi normativi che si sono incidentalmente interessati del settore hanno contribuito a complicare il quadro regolamentare

della materia²¹³. L'art. 16-*bis*, del d.l. n. 247/2008 è emblematicamente espressivo di una tale tendenza, in quanto ha espressamente affermato la giurisdizione ordinaria per le società partecipate dai pubblici poteri in misura inferiore al 50% del capitale sociale che, al contempo, siano quotate in borsa.

Gli effetti più dirompenti della disposizione in esame non si sono prodotti, tuttavia, in via diretta, in conseguenza dell'affermazione della giurisdizione ordinaria, quanto piuttosto nell'implicito riconoscimento della giurisdizione contabile per tutte le ipotesi in cui le società non presentino i requisiti indicati dalla norma.

La norma ha, infatti, operato una distinzione fondata su parametri alquanto discutibili che non appaiono sufficientemente indicativi dell'effettiva natura sostanziale della società.

Più adeguato è apparso l'approccio della Corte di Cassazione che, negli ultimi tempi, sovvertendo l'originaria soluzione prospettata nell'ambito del filone interpretativo avviato con la sentenza n. 19667/03, sembra essere approdata a soluzioni più coerenti con le caratteristiche di un fenomeno così complesso.

Si tratta di un intervento che, animato da esigenze di razionalizzazione della materia, pone al centro del sistema la nozione di enti pubblici in forma societaria, già da tempo elaborata dalla dottrina.

La riconducibilità della singola società alla figura degli enti pubblici si riverbera sul regime di responsabilità degli organi apicali

²¹³ Cfr. M.A. SANDULLI, *L'art. 16-bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche*, cit..

dell'ente, assurgendo così a vero spartiacque fra le ipotesi di responsabilità amministrativa e responsabilità sociale.

L'intervento è apprezzabile per l'intento di contemperare l'esigenza di tutela delle ragioni pubbliche con soluzioni che siano al contempo idonee a preservare la scelta operata in ordine all'adozione di un modello organizzativo ben determinato nei suoi confini.

In questo modo, il regime di responsabilità amministrativa viene riferito solo in capo a società che presentano deviazioni rispetto all'ordinaria disciplina civilistica tali da renderle disomogenee rispetto al modello generale, mentre per le altre società non si ravvisano particolari ragioni per assumere in via interpretativa l'esistenza di un regime diverso da quello ricavabile dagli articolati meccanismi delle responsabilità sociali.

Più in particolare, per le società che siano assimilabili, sotto il punto di vista sostanziale, ad enti pubblici, il danno prodotto al patrimonio sociale si risolve automaticamente in un danno erariale con la conseguente esistenza della giurisdizione contabile (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 22 dicembre 2009, n. 27092).

Per le altre società, invece, continuano ad operare le azioni di responsabilità previste dalla disciplina civilistica (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 19 dicembre 2009, n. 26806).

Tuttavia, anche per le società che non presentino alcuna caratterizzazione in senso pubblicistico, residuano alcuni spazi per la responsabilità amministrativa che può essere riferita sia agli organi sociali che al socio pubblico.

Nella prima ipotesi, la responsabilità amministrativa si collega alla produzione di un danno che, non riversandosi sul patrimonio sociale, ma direttamente in capo al socio pubblico, rende inoperativi i meccanismi della responsabilità sociale. Il danno, non producendo conseguenze sul capitale sociale, si realizza direttamente in capo ad un soggetto pubblico e può quindi essere qualificato in termini di danno erariale.

Nella seconda ipotesi, invece, il danno si produce in capo al patrimonio sociale e i meccanismi della responsabilità amministrativa, pur restando esclusi per gli amministratori e i dipendenti, possono riprodursi in capo al socio pubblico. In altri termini, in questo caso il danno rileva nella prospettiva della diminuzione del valore della partecipazione azionaria. La presenza dei meccanismi propri del modello societario pone il socio pubblico nella posizione di potersi avvalere di specifiche azioni sociali preordinate al risarcimento del danno. Pertanto, nell'eventualità in cui questi abbia ommesso di esercitare le facoltà connesse all'assunzione della veste di socio sarà responsabile per i danni che derivino al proprio patrimonio in conseguenza di tale omissione.

Le soluzioni offerte dalla Suprema Corte migliorano sensibilmente il precedente orientamento interpretativo. Quest'ultimo infatti, si basava un'opzione omogeneizzante di tutte le strutture societarie che, per il solo fatto di essere a partecipazione pubblica, implicava un automatico assoggettamento degli amministratori e dei dipendenti al regime della responsabilità amministrativa.

Nonostante i progressi attuati, sembrano comunque permanere numerosi profili criticità.

Alcuni di questi attengono al riscontro dell'elemento soggettivo della responsabilità e assumono rilievo specifico con riferimento alla responsabilità amministrativa teorizzata in capo al socio pubblico per la mancata attivazione delle azioni sociali. Sebbene il principio sembri rispondere a delle esigenze di valorizzazione del modello organizzativo societario e appaia rispettoso della natura pubblica delle risorse finanziarie impiegate, sussistono serie difficoltà operative. L'assenza di parametri sufficientemente definiti per valutare il mancato esercizio dell'azione di responsabilità in termini di dolo o colpa grave comporta significative problematiche applicative, soprattutto ove si consideri che, ai sensi dell'art. 2393, comma 5, c.c., la proposizione dell'azione di responsabilità sociale comporta automaticamente la revoca degli amministratori.

Altri profili attengono, invece, alle vicende processuali e si riscontrano principalmente nel rischio di una potenziale sovrapposizione di giurisdizioni differenti.

Gli amministratori di società a partecipazione pubblica si trovano sottoposti ad un articolato sistema di responsabilità: alcune di esse traggono origine direttamente dal modello societario e dalla disciplina generale offerta dal codice civile e comportano quale naturale giurisdizione quella del giudice ordinario; altre, che si collegano all'evoluzione della giurisprudenza o a particolari interventi normativi, comportano, invece, l'attrazione della giurisdizione in capo alla Corte dei conti.

Sul medesimo fatto, almeno in astratto, potrebbero insistere distinte azioni di responsabilità attivate rispettivamente presso la giurisdizione contabile ovvero presso la giurisdizione ordinaria. A ciò si aggiunga che, in alcune ipotesi, indipendentemente dal riscontro di una chiara caratterizzazione pubblicistica, è lo stesso legislatore che prevede l'esistenza di specifiche forme di responsabilità amministrativa che si fondano sul semplice riscontro di una partecipazione pubblica.

In merito alle medesime vicende, potrebbero così instaurarsi distinti giudizi presso organi appartenenti a ordini giudiziari diversi che, facendo leva sui presupposti legittimanti l'esercizio dell'azione previsti dalle varie discipline, verrebbero a svilupparsi innanzi alla Corte dei conti o al giudice ordinario.

La giurisprudenza della Suprema Corte è ormai concorde nell'affermare che, laddove la Corte dei conti abbia giurisdizione, questa «è esclusiva, nel senso che è l'unico organo giudiziario che può decidere nelle materie devolute alla sua cognizione e va esclusa una concorrente giurisdizione del giudice ordinario»²¹⁴.

Tuttavia, in presenza di un sistema così disorganico e complesso, eventuali sovrapposizioni possono generarsi facilmente o essere addirittura istituzionalmente previste²¹⁵.

La giurisprudenza ha elaborato vari schemi concettuali per superare l'eventuale duplicazione dei giudizi di fronte al giudice ordinario e al giudice contabile.

²¹⁴ Sul punto, cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 dicembre 1999, n. 933; *Eadem*, 4 dicembre 2001, n. 15288.

²¹⁵ Sul punto, v. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 22 dicembre 2009, n. 27092, sul caso RAI S.p.A..

Si tratta di soluzioni che gravitano intorno alla nozione di interesse ad agire ovvero a quella di “cessata materia del contendere”²¹⁶.

Sul punto, appare significativa l’interpretazione della stessa Corte dei conti, Sez. Giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, ove, argomentando sugli effetti connessi all’emissione di una pronuncia di condanna, si rileva che questa «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 (ufficiosa e connotata da elementi di natura sanzionatoria questa innanzi la 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 (come si è visto) 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

²¹⁶ In realtà, è stato rilevato che «entrambe le situazioni in una sorta di endiadi descrivono una soluzione di carattere unitario», in quanto sia la giurisprudenza amministrativa che la giurisprudenza civile concordano nel ravvisare nella cessazione della materia del contendere il riflesso del venir meno dell’interesse delle parti a proseguire il giudizio a fronte di un obiettivo mutamento della situazione sostanziale investita dalla controversia. In termini pressoché analoghi, v. M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, cit., p. 257.

proposta innanzi al giudice 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 adito 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*)».

Si tratta di posizioni non sempre coerenti con l'assetto complessivo degli obblighi e degli oneri imposti agli amministratori che, in linea di principio, sono potenzialmente sottoposti a distinti giudizi paralleli.

Per tale ragione, appare ancor più significativa la posizione assunta nell'ambito dell'ordinanza delle Sezioni Unite 22 dicembre 2009, n. 27092, sul caso R.A.I. S.p.A.. In questa ipotesi, infatti, la Corte di Cassazione, affermando la giurisdizione contabile in presenza di un'esplicita regolamentazione dell'azione sociale contenuta nella disciplina appositamente dedicata a R.A.I. S.p.A., si è premurata anche di definire il rapporto intercorrente fra le due azioni. Secondo le Sezioni Unite, infatti, «la previsione legislativa della possibilità di promuovere nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione della RAI l'ordinaria azione civilistica di responsabilità (peraltro con il vincolo di una previa deliberazione conforme della Commissione di vigilanza) non implica l'esclusione dell'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile; l'avere entrambe per oggetto il medesimo danno (peraltro con i limiti che per la seconda derivano dalla diversità dei presupposti e delle conseguenze,

relativamente all'elemento soggettivo, alla sola eccezionale trasmissibilità agli eredi, alla facoltà di riduzione del *quantum*) non osta alla loro coesistenza, né comporta i rischi di duplicazione del risarcimento prospettati dai ricorrenti, poiché la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività, dando luogo a questioni non di giurisdizione, ma di proponibilità della domanda (Cass. 24 marzo 2006 n. 6581)».

La possibile concorrenza di distinte azioni con presupposti assai diversi, del resto, continua a porre numerosi problemi. Infatti, la scelta fra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria ha importanti implicazioni, perché la responsabilità amministrativa risulta, almeno in linea di principio, significativamente meno gravosa di quella derivante dal diritto privato e societario. L'operatività, nell'ambito del regime della responsabilità amministrativa, di soluzioni quali il c.d. potere riduttivo, delle limitazioni in merito alla trasmissibilità dell'obbligazione agli eredi o, ancora, di particolari principi in materia di solidarietà passiva, rende il raffronto con la responsabilità sociale particolarmente problematico.

Dalla scelta in merito allo strumento risarcitorio attivato possono infatti derivare pesanti implicazioni che caratterizzano soprattutto la fase della determinazione del danno e del riscontro dell'elemento soggettivo fonte di responsabilità.

La presenza di un tale trattamento differenziato, pertanto, dovrebbe imporre una maggior chiarezza in ordine al rapporto

intercorrente fra le varie giurisdizioni. Nonostante gli sforzi della giurisprudenza tendenti a razionalizzare il sistema, si necessiterebbe di un apposito intervento legislativo volto a chiarire l'effettivo rapporto fra le varie azioni.

Tuttavia, come si può agevolmente notare, tali profili di problematicità non costituiscono altro che un riflesso dell'incerto regime in merito all'individuazione degli effettivi limiti della giurisdizione contabile.

Infatti, i maggiori profili di criticità sembrano collegarsi proprio all'individuazione dei criteri per la riconducibilità della società alla figura degli enti pubblici. Tutti i parametri considerati dalla Suprema Corte si appuntano sul solo riscontro di profili attinenti alla soggettività pubblica dell'ente, senza prestare alcuna attenzione all'eventuale caratterizzazione dell'attività in termini di impresa.

Analogamente, alla soluzione interpretativa valevole per gli enti pubblici economici, l'eventuale operatività della società nell'ambito di un contesto concorrenziale fortemente competitivo non è idoneo a determinare nessuna conseguenza sul regime della responsabilità degli amministratori.

In questo modo, seppur in maniera più sfumata rispetto alla precedente disciplina, si finisce per accogliere un'opzione omogeneizzante fra società che, essendo assimilabili alla figura degli enti pubblici non economici, sono correttamente sottoposte alla disciplina della responsabilità amministrativa, e società che, svolgendo un'attività di impresa in senso stretto, dovrebbero essere destinatarie di

un assetto regolamentare più conforme alle caratteristiche della propria attività.

Il sistema complessivo di regolamentazione del fenomeno sembra pertanto vivere una contraddizione di fondo: si cerca spasmodicamente di emulare l'efficienza di matrice aziendalistica sottoponendo la pubblica amministrazione a modelli organizzativi e comportamentali propri del settore privato, per poi invocare anche con riferimento all'attività di impresa, che fisiologicamente si svolge con strumenti di diritto privato, l'applicazione di regimi di responsabilità di matrice pubblicistica.

Conformemente al carattere di impresa, la disciplina comune prevista per il modello societario e, più in generale, per l'impresa, dovrebbe trovare applicazione tutte le volte che non sia espressamente esclusa o che venga invocata l'applicazione di una normativa speciale. In altri termini, con riferimento a tali società i tratti pubblicistici dovrebbero essere solo quelli tassativamente previsti dalla legge²¹⁷.

²¹⁷ In questi termini, v. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 dicembre 2007, n. 26811.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV.**, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- AMBROSINI S.**, *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in AMBROSINI S., (a cura di), *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.
- AMBROSINI S.**, *L'amministrazione e i controlli nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, n. 3/2003, p. 308 e ss..
- AMMANNATI L.** (a cura di), *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995.
- ANDREANI A.**, *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 16 e ss..
- ANGELICI C.**, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, 1991, Torino, p. 131 e ss..
- ANTONIOLI M.**, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.
- ANTONIOLI M.**, *Società a partecipazione pubblica, poteri dei soci e riparto fra le giurisdizioni: spunti in tema di (atti sociali preordinati alla) revoca di un membro del Consiglio di amministrazione della RAI Radiotelevisione italiana s.p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3, p. 751 e ss..
- ASQUINI A.**, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 618 e ss..
- ASSONIME**, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008, disponibile sul sito www.assonime.it.
- ASTEGIANO G.**, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici degli enti pubblici degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1837 e ss..
- ATELLI M.**, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, in M. ATELLI (a cura di), *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli 2005.
- ATELLI M.**, *Ampliata la giurisdizione contabile agli atti di natura imprenditoriale*, in *Guida al diritto*, 2004, 4.
- ATELLI M., BRIGUORI P., GRASSO P., LAINO A.**, *Le responsabilità per danno erariale*, Milano, 2006.

- AULETTA G.**, *Il diritto assoluto d'esclusione nelle società di persone*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, III, Padova, 1950.
- AURIEMMA S.**, *La responsabilità amministrativa nella più recente giurisprudenza costituzionale*, Relazione al corso di formazione e aggiornamento tenutosi a Roma in data 1-3 aprile 2008 presso la Corte dei conti.
- AURIEMMA S.**, *Danno inferto al patrimonio pubblico o al patrimonio di SpA partecipata: il discrimine tra giurisdizione ordinaria e contabile*, Relazione al Corso di formazione per magistrati sul tema "Azioni societarie ed azioni di responsabilità nelle società a partecipazione pubblica, anche alla luce dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione", 11 marzo 2010.
- BACHELET V.**, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria*, in *Giur. Cost.*, 1958, p. 781 e ss..
- BARLETTONI ARLERI A.**, *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Urbino, 1994.
- BARTESAGHI M.C., BONACCHI M., FOSSATI F., RONCALLO C., SOLIMENA G., TALENTI A.**, *Società per azioni*, in *Diritto e realtà*, diretto da E. ZANELLI, Torino, 1994, III.
- BARZARI G.**, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori di società pubbliche tra tutela dell'interesse pubblico e uniformità di normazione*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, Rimini, Maggioli, 2004, IV, p. 534 e ss..
- BENAZZO P., PATRIARCA S., PRESTI G.**, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Milano, 2003.
- BENVENUTI F.**, *Sulla natura privatistica della Rai*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978, p. 664 e ss..
- BENVENUTO L.**, *La responsabilità civilistica degli amministratori di società pubbliche*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- BERLE A.A., MEANS G.C.**, 1932, *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan, New York (edizione italiana: *Società per azioni e proprietà privata*, Einaudi, Torino, 1966).
- BERNABAI R.**, *Profili processuali delle azioni di responsabilità*, in *Le Società*, 2005, p. 215 e ss..
- BERTI G.**, *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. Corte dei conti*, 2005, p. 6 e ss..
- BERTUZZI M.**, in **BERTUZZI M. – BOZZA G. – SCIUMBATA G.**, *Patrimoni destinati. Partecipazioni statali. Società in accomandita per azioni*, Milano, 2003, sub artt. 2449 e 2450 c.c..

- BINDI A. e CARUSO G.M.** (a cura di), *Sintesi del rapporto sulle società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubb. e app.*, 2006, n. 2, p. 247 e ss..
- BOCCHINI E.**, *La «società per azioni»* RAI, Editore Liguori, 1983.
- BONELLI F. – ROLLI M.**, voce *Privatizzazioni*, in *Enc. dir.*, IV aggiornamento, Milano, 2000.
- BONELLI F.**, *L'amministrazione delle spa nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 700 e ss..
- BONELLI F.**, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, Supplemento n. 3/2004, p. 620 e ss..
- BONELLI F.**, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, ed in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, p. 517 e ss..
- BONELLI F.**, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2004.
- BONELLI F.**, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1992.
- BORGIOLI A.**, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982.
- BRACCIODIETA A.**, *La nuova società per azioni*, Bari, 2006.
- BRIGUORI P.**, *La veste di S.p.A. non salva dai controlli della Corte dei conti*, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 17 e ss..
- BUONOCORE V.**, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 389 e ss..
- BUONOCORE V.**, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur. Comm.* 2004, I, p. 181 e ss..
- CACCIAVILLANI I.**, *Le «società pubbliche»*. Atti del Convegno su «Le società pubbliche», in *Riv. amm. rep. it.*, 2002, XII, p. 1152 e ss..
- CAFAGGI F.**, *Complementarietà istituzionali ed evoluzione dei modelli organizzativi nella riforma del diritto societario*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 9 e ss..
- CAIA G.**, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- CAIA G.**, *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in Atti del Convegno di studi sul tema "L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del pubblico ministero contabile", Perugia, 2008.
- CALANDRA BONAURA V.**, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 535 e ss..

- CALANDRA BUONAURA V.**, *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, vol. 4, Torino, 1991.
- CAMMELLI M., DUGATO M.**, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.
- CAPALBO F.**, *I limiti esterni alla giurisdizione della Corte dei conti e società partecipate: una brusca battuta d'arresto*, disponibile sul sito www.lexitalia.it, 2010, (n. 1).
- CAPUTI JAMBRENGHI V.**, *Azione ordinaria ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del Convegno di Varenna di studi di scienza dell'Amministrazione, Milano, 2006.
- CARDIA C.**, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Milano, 1994.
- CARDI E.**, *Le «società di proprietà pubblica». Riflessioni sulle problematiche emergenti*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, n. 2, p. 237 e ss..
- CARIELLO V.**, *Dal controllo congiunto all'attività congiunta di direzione e coordinamento di società*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1 e ss..
- CARIELLO V.**, *La pubblicità del gruppo (art. 2497 bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 466 e ss..
- CAROSELLI A.**, *La responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblico locale e degli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici. Note a sentenze della Cassazione, SS.UU. n. 19667 del 22 dicembre 2003 e Corte di Cassazione, SS.UU. n. 3899 del 22 febbraio 2004*, disponibile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.
- CASELLI G.**, *I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 149 e ss..
- CASO L.**, *Il dolo comune e il dolo erariale*, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 10 e ss..
- CASO L.**, *La giurisdizione sui dipendenti di s.p.a. in mano pubblica – l'ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale e la sua idoneità ad interrompere il termine di prescrizione dell'azione contabile*, disponibile sul sito www.corteconti.it.
- CASSESE S.**, voce *Azionariato di Stato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- CASSESE S.**, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.
- CASSESE S.**, *Problemi della storia delle partecipazioni statali*, in G. MINERVINI (a cura di), *Le imprese a partecipazione statale*, Napoli, 1972.
- CASSESE S.**, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2001.

- CASSESE S.**, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 579 e ss..
- CASSESE S.**, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale?*, in *Foro It.*, 1999, III.
- CASSOTTANA M.**, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento di s.p.a.*, Milano 1984.
- CAVALLINI CADEDU L.**, *I confini della giurisdizione contabile nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Resp. amm. e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006.
- CERRATO S.**, *A proposito di responsabilità degli organi sociali e prova del danno (nota a Trib. Como, 16 giugno 2001)*, in *Giur. It.*, 2002, p. 568 e ss..
- CERRI A.**, *La "mano pubblica" e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto*, in *Giur. Cost.*, 1993.
- CHIARENZA C.**, *Problematiche specifiche delle istruttorie e dei giudizi in materia di SPA pubbliche, intervento all'incontro di studio sul tema "Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento ed affidate alla cognizione del Giudice contabile"*, Roma, Corte dei conti, 1-3 aprile 2008.
- CHIAREZZA – VANGELISTA**, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in TENORE V. (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, Milano 2008, p. 426 e ss..
- CHIAPPINIELLO A.**, *Relazione introduttiva*, in *Atti del Convegno di studi sul tema "L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del pubblico ministero contabile"*, Perugia, 2008.
- CHITI M.P.**, *Carenze della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, Relazione al Convegno sul tema *"Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina"*, Roma, Luiss, 14 maggio 2009 (testo aggiornato al 13 luglio 2009), in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1115 e ss., nonché disponibile sul sito www.assonime.it.
- CIMINI S.**, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano 2003.
- CIRENEI M.T.**, *Società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato COLOMBO e PORTALE*, VIII, Torino 1992, p. 203 e ss..

- CIRENEI M.T.**, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.*, 2005, I, p. 41 e ss..
- CIRILLO L.**, *Il danno all'immagine della p.A.: sua configurazione dogmatica alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2035 e ss..
- CLARICH M., G. FONDERICO**, *Spa pubbliche con risarcimento su base azionaria*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- CLARICH M.**, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 519 e ss..
- CLARICH M.**, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996.
- CLAUSI M.**, *Profili giuridici delle privatizzazioni*, in *Giur. mer.*, 1999, p. 435 e ss..
- COLOMBARI S.**, *Le società a partecipazione pubblica e la loro appartenenza a modelli e regimi giuridici diversificati. Nota critica a Consiglio di Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, 16 settembre 2008*, disponibile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.
- COLONNA M.**, *Danni al patrimonio delle società. Difetto di giurisdizione della Corte dei conti – giurisdizione del Giudice ordinario*, disponibile sul sito www.lexitalia.it, 2010, (n. 1).
- CONFORTI C.**, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, in P. CENDOM (a cura di), *Trattato*, Milano, 2003.
- CORPACI A.**, *L'azione pubblica nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 3 e ss..
- CORSO G.**, *Giudizio di responsabilità davanti alla Corte dei conti e principi costituzionali*, in *Nuove autonomie*, n. 3/1991, p. 321 e ss..
- CORSO G., P. SAVONA**, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, n. 2, p. 197 e ss..
- CORTESE W.**, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Padova, 2004.
- COSSU M.**, *Società aperte e interesse sociale*, 2006, Torino.
- COTTINO G.**, *Il diritto che cambia: dalle compagnie inglesi alla grande società per azioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 493 e ss..
- COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P.**, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2004.
- CUMIN G.**, *Il danno all'immagine come patologia del sistema (della responsabilità amministrativa)*, in *Riv. Corte dei conti*, 2008, p. 5 e ss..

D'AURIA G., *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale revirement della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, in *Foro it.*, 2005, p. 10 e ss..

D'AURIA G., *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, p. 9 e ss..

D'AURIA G., *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2007, p. 2493 e ss..

D'AURIA G., *Responsabilità dell'amministrazione e responsabilità del funzionario*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2008, n. 12, p. 3479 e ss..

DALMOTTO E., *Commento agli artt. 2393 e 2393 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., Bologna, 2004, p. 785 e ss..

DEMURO I., *Società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da COTTINO ed altri, Bologna, 2009, p. 873 e ss..

DENTAMARO M., *Il danno ingiusto nel diritto pubblico. Contributo allo studio dell'illecito nella decisione amministrativa*, Milano, 1996.

DE BELLIS C., *Danno pubblico e potere discrezionale*, Bari, 1999.

DE CRESCENZO U., *Le azioni di responsabilità*, in PANZANI L. (a cura di), *Diritto fallimentare*, Ipsoa, 2002, II.

DE GREGORIO M., *Responsabilità degli amministratori*, in *Il codice di commercio commentato*, vol. IV, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, 1938.

DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.

DE MARTINI A., *La tutela delle minoranze nel controllo giudiziario sugli atti delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 26 e ss..

DE NARDIS S., *Le privatizzazioni italiane*, Bologna, 2000.

DE PAOLIS M., *Le responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, Rimini, 2007.

DE ROBERTO A., *Prime riflessioni n tema di giurisdizione e di controllo della Corte dei conti dopo le leggi 19 e 20 del 1994*, in *La Corte dei conti oggi*, Atti della Tavola rotonda – Roma 9 marzo 1995, Milano, 1996.

DE ROSE C., *Iniziativa e posizione del p.m. nei processi di responsabilità*, in F. GARRI (a cura di), *La giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica*, Roma, 1994.

DEL PIANTA E., *Il contratto di servizio nel rapporto Stato- Rai*, in *Informazione e telecomunicazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, Milano, 1999, p. 767 e ss..

DELLA CANANEA G., *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e regole della concorrenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, n. 4, p. 49 e ss..

DELLA SCALA M.G., *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 391 e ss..

DI CHIO G., voce *Società a partecipazione pubblica*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *comm.*, XIV, Torino, 1997.

DI GASPARE G., voce *Privatizzazioni (privatizzazione delle imprese pubbliche)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995.

DI GASPARE G., *La giurisdizione della Corte dei conti nell'art. 16-bis della legge n. 31/08 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti di imprese con capitale pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità*, 2008, disponibile sul sito www.amministrazioneincammino.it.

DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili (nota a Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712)*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706 e ss..

DI SABATO F., *Riflessioni sparse sulla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 670 e ss..

DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2003.

DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995.

DOMENICHELLI V., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione (le confuse linee di confine tra le giurisdizioni)*, in *Diritto e società*, 2003.

DOMENICHELLI V. (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008.

DONATIVI V., *Le nomine pubbliche alle cariche sociali nelle società per azioni*, Torino, 2010.

DOSSENA G., *La privatizzazione delle imprese: modalità problemi e prospettive*, in *Scritti di economia aziendale*, Milano, 1990.

DUGATO M., *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 561 e ss..

DUGATO M., PIPERATA G., *Tribunal de Cuentas e responsabilità degli amministratori di società pubbliche in Spagna*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.

- ELEFANTI M., CERRATO D.**, *La governance delle imprese pubbliche locali*, disponibile sul sito *www.astrid-online.it*.
- FABRIS P.**, *Sulla natura dell'azione sociale di responsabilità esercitabile da parte dei soci di minoranza nelle società quotate*, in *Nuova giur. civ.*, 1999, II, p. 349 e ss..
- FAMA E. e JENSEN M.C.**, *La separazione di proprietà e controllo*, in *Journal of Law and Economics*, n. 27, 1983.
- FERRARA F. e CORSI F.**, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001.
- FERRARI E.**, *Comunicazione*, in V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008.
- FERRI G.**, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2001.
- FERRO-LUZZI P. e MARCHETTI P.**, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 31, 1993.
- FORTUNATO S.**, *I principi ispiratori della riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 728 e ss..
- FOSCHINI M.**, *Profili rilevanti delle c.d. «privatizzazioni»*, in *Studi in memoria di F. Piga*, II, Milano, 1992, p. 1270 e ss..
- FRACCHIA F.**, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. ec.*, 2004, III-IV, p. 589 e ss..
- FRAGOLA A.**, *Radiotelevisione*, in *Noviss. Dig. It., ad vocem, App.*, VI, Torino, 1986, p. 264 e ss..
- FRANCAVIGLIA R.**, *Responsabilità amministrativa per danno erariale e contabile e giudizio innanzi alla Corte dei conti*, Ancona, 2006.
- FRANCHI A.**, *La responsabilità degli amministratori di S.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.
- FRANCIOSO A.**, *Danno erariale per perdita di chance ed onere della prova*, in *Riv. Corte dei conti*, 2007, 1.
- FRANZONI M.**, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società*, Trattato diretto da GALGANO F., Torino, 2002, p. 311 e ss..
- FRANZONI M.**, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, in GALGANO F. (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Torino, 1994, p. 37 e ss..
- FRÈ G. e SBISÀ G.**, *Società per azioni*, I, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1997, pp. 847-859.
- FRENI E.**, *Le privatizzazioni*, in *Tratt. dir. amm. (dir. amm. gen.)*, diretto da CASSESE S., III, Milano, 2003, p. 3021 e ss..

FUNARI F., *La responsabilità degli amministratori: azione sociale e azione dei creditori* (nota a Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488), in *Le Società*, 1999, p. 557 e ss..

GABRIELLI E., *La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità verso amministratori e sindaci della società fallita*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 7 e ss..

GAGLIARDI M., *La responsabilità delle persone giuridiche con riguardo alle ipotesi di risarcimento del danno per lesione erariale*, in *Dir. e soc.*, 2007, 1, p. 263 e ss..

GALGANO F., *Lex mercatoria.*, Bologna, 2001.

GALGANO F., *La società per azioni*, Cedam, 1988.

GALGANO F., *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003.

GALGANO F., *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2001.

GALGANO F., *Sommario di diritto commerciale*, Milano, 2000.

GALLO C.E., *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in AA. VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, 2004.

GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998.

GAROFOLI R., *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lgs. 80/98)*, in *Foro It.*, 1999, III.

GASPARRINI PIANESI D., *La responsabilità amministrativa per danno all'erario. Profili strutturali e funzionali della responsabilità*, Milano, 2004.

GERACI O., *Il carattere personale della responsabilità amministrativa. Profili processuali*, in *Foro amm.*, 2001, p. 790 e ss..

GHIGLIONE – BAILO, *Responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS. UU.*, in *Società*, 2010, p. 803 e ss..

GIAMPAOLINO L., *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della corte dei conti. Innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1997, 11-12, p. 3328 e ss..

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978, p. 654 e ss..

GOGGIAMANI F., *Da una recente sentenza del Consiglio di Stato lo spunto per tornare ancora una volta sulle società pubbliche*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, II-III, p. 105 e ss..

- GOGGIAMANI F.**, *Profili sostanziali e giurisdizionali dell'atto di revoca degli amministratori delle società partecipate*, nota a Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *Serv. pubbl. app.*, IV, 2005.
- GOISIS F.**, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004.
- GRANDINETTI O.**, *La riforma Gasparri del sistema radiotelevisivo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1182 e ss..
- GRANDINETTI O.**, *La radiotelevisione*, in CASSESE S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, Parte Speciale, II, p. 1811 e ss..
- GRECO T.**, *Profili di danno nei confronti della pubblica amministrazione*, in *I danni: verso quali prospettive*, Atti del Convegno di Catania, 23 e 24 novembre 2007, a cura di CARIOLA A., CORSARO A., D'ALLURA G. e FLORIO F., Torino, 2008.
- GRUNER G.**, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato (I parte)*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, IV, p. 701 e ss..
- GRUNER G.**, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato (II parte)*, in *Serv. pubbl. app.*, in *Serv. pubb. e app.*, 2005, I, p. 149 e ss..
- GRUNER G.**, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica*, Milano, 2009.
- GUACCERO A.**, *Alcuni spunti in tema di governance*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 842 e ss..
- GUCCIONE V.**, *La responsabilità amministrativa e contabile*, in AA.VV., *Buon andamento della pubblica amministrazione e responsabilità degli amministratori*, Milano, 1985.
- GUERRIERI A.**, *I giudizi di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica. Giudice civile o giudice contabile? Una possibile mediazione*, in *Riv. Corte dei conti*, 2007, p. 6 e ss..
- IBBA C.**, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 464 e ss..
- IBBA C.**, *Gli statuti singolari*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1992, VII, p. 526 e ss..
- IBBA C.**, *Le società "legali"*, Torino, 1992.
- IBBA C.**, voce *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993.
- IBBA C.**, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1 e ss..
- IBBA C.**, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in I. CACCIAVILLANI (a cura di), *Le società pubbliche*, Atti del Convegno, Venezia 25, 26 e 27 novembre 2004, Padova, 2005, p. 176 e ss..

- IBBA C.**, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 21 e ss..
- IBBA C.**, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 386 e ss..
- IBBA C.**, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, 2011, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- IBBA C.**, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del Convegno di Varenna di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006, nonché in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 145 e ss..
- IRTI N.**, *Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico – giuridico)*, in P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia, Saggi, leggi, documenti*, Milano, 1995.
- IRTI N.**, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
- JAEGER P.G.**, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, p. 989 e ss..
- JAEGER P.G.**, voce *Privatizzazioni (profili generali)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1995.
- JAEGER P.G.**, *Interesse sociale*, Milano, 1972.
- JAEGER P.G.**, *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci nelle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 548 e ss..
- LIBERTINI M.**, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, n. 1.
- LIBONATI B.**, *I rapporti tra azionista pubblico e società partecipata*, Relazione al Convegno Assonime-LUISS sul tema "Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina", Roma, 13 maggio 2009, disponibile sul sito www.assonime.it.
- LOMBARDO F.**, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, in *Foro Amm.- C.d.S.*, 2005, p. 629 e ss..
- LONGAVITA F.M.**, *Il danno all'immagine della pubblica amministrazione come danno esistenziale*, Rimini, 2006.
- LONGAVITA F.M.**, *La giurisdizione della Corte dei conti sugli amministratori e dipendenti delle S.p.a.*, 2008, disponibile sul sito www.giustamm.it.

- LONGO N.**, *Natura giuridica e orizzonti politico-culturali della responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte dei conti*, 2001, 1, p. 365 e ss..
- LUPI A.**, *Osservazioni in tema di danno all'immagine*, in *Riv. Corte dei conti*, 1998, 3, p. 187 e ss..
- MADDALENA P.**, *Responsabilità civile e amministrativa: divergenza e punti di convergenza dopo le leggi nn. 19 e 20 del 1994*, in *Cons. Stato*, 1994, II, p. 1427 e ss..
- MADDALENA P.**, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *Consiglio di Stato - Giurisprudenza*, 2001, p. 1582 e ss..
- MAFFEI ALBERTI A.**, (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, Padova, 2005.
- MAFFEI ALBERTI A.** (a cura di), *Commento sub art. 2384 cod. civ.*, in *Commento sistematico al D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6*, Padova, 2005.
- MAGNOLI A.**, *La riforma del diritto societario in particolare sull'amministrazione delle società per azioni*, in *Il diritto dell'economia*, 2005, I, p. 105 e ss..
- MANTOVANI M.**, *L'intervento della Corte dei conti sulle Società per azioni partecipate dallo Stato e quotate in borsa*, in *Atti del convegno di studi sul tema L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del pubblico ministero contabile*, Perugia, 2008.
- MARASÀ G.**, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium juris*, 1998, p. 1317 e ss..
- MARASÀ G.**, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984.
- MARASÀ G.**, voce *Società speciali e società anonime*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993.
- MARASÀ G.**, *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della s.p.a. nella riforma*, *Giur. comm.*, 2003, I, p. 135 e ss..
- MARCHETTI P.**, *Le privatizzazioni in Italia. Saggi, leggi, documenti*, Milano, 1995.
- MARRIS R.**, 1964, *The economic theory of managerial capitalism*, Macmillan, London (edizione italiana, *La teoria economica del capitalismo manageriale*, Einaudi, Torino, 1972).
- MARZUOLI C.**, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 393 e ss..
- MASSERA G.**, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna 1978.
- MASSERA G.**, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1983.

- MASSERA A.**, *Le società pubbliche: principi di riordino del quadro giuridico. Osservazioni in margine al rapporto Assonime*, intervento svolto alla Tavola rotonda sul tema organizzata dalla SPISA in collaborazione con l'IISA e l'Assonime a Bologna il 4 febbraio 2009.
- MERCATI L.**, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002.
- MERUSI F.**, *Dalla responsabilità verso i cittadini alla responsabilità dei dipendenti pubblici nei confronti della p.a.*, in AA. VV., in SORACE D. (a cura di), *Le responsabilità pubbliche: civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998.
- MERUSI F.**, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. Amm.*, 2006, p. 1 e ss..
- MERUSI F. – IARIA D.**, voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1993.
- MIELE T.**, *Il danno erariale quale elemento della responsabilità amministrativa*, in DIGIANDOMENICO G., FAGNANO R. e RUTA G. (a cura di), *La responsabilità dei funzionari e dei pubblici amministratori*, Napoli, 1999.
- MIELE T.**, *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile: il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite*, in ATELLI M. (a cura di), *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli, 2005.
- MIGNOLI A.**, *Idee e problemi nell'evoluzione della «Company» inglese*, in *Riv. Soc.*, 1960, p. 633 e ss..
- MIGNOLI A.**, *Le società per azioni - problemi - letture - testimonianze*, Tomo II, Milano 2002.
- MIGNOLI A.**, *Interesse di gruppo e società a sovranità limitata*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 723 e ss..
- MIGNOLI A.**, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 725 e ss..
- MIMMO A.**, *Le responsabilità di amministratori e funzionari nelle aziende pubbliche trasformate in s.p.a.*, in *Le società*, 2002, p. 306 e ss..
- MINERVA M.**, *Danno derivante dalla cattiva gestione delle società a partecipazione pubblica (ovvero per una società pubblica "sincera")*, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- MINERVINI G.**, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche «privatizzate»*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 740 e ss..
- MINERVINI G.**, *Dell'amministrazione e del controllo*, in SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- MINERVINI G.**, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.

MIRABELLA M., *Le responsabilità nella pubblica amministrazione e la giurisdizione contabile*, Milano, 2003.

MONTALENTI P., *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 e ss..

MONTALENTI P., *La riforma del diritto societario: profili generali*, in (a cura di) S. AMBROSINI, *La riforma delle società: profili della nuova disciplina*, Torino, 2003.

MONTALENTI P., *Conflitto di interesse e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 710 e ss..

MONTEDORO G., *Società in house e responsabilità*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.

MONTELLA U., *Analisi del ruolo degli organi nelle gestioni privatistiche svolte dagli enti economici e dalle società pubbliche ai fini dell'individuazione della condotta antidoverosa e della imputabilità del danno erariale*, disponibile sul sito www.lexitalia.it.

MONTELLA U., *Finalmente la giurisdizione della Corte dei conti sulla responsabilità per danno erariale degli amministratori degli enti pubblici economici*, in *Cons. St.*, 2004, II, p. 322 e ss..

MUCCIARELLI F.M., *L'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori di società quotate*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 59 e ss..

NAPOLITANO G., *Le società "pubbliche" tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2005, p. 999 e ss..

NAZZICONE L., *Commento sub art. 2390*, in LO CASCIO G. (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

NAZZICONE L., *Commento sub art. 2393*, in LO CASCIO G. (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003.

NIGRO M., *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. St.*, 1977, p. 785 e ss..

NISPI LANDI M., *Due parole della Corte costituzionale sulla responsabilità amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2004, p. 11 e ss..

NIUTTA A., *La novella del codice civile in materia societaria: luci ed ombre della disciplina sui gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 373 e ss..

NOVELLI P., *Profili di responsabilità per danno erariale nelle partecipate pubbliche*, Relazione Convegno del Seminario Permanente sui Controlli della Corte dei conti sul tema "La gestione delle partecipate pubbliche, tra esigenze di economicità e finalità sociali", Roma, 23-24 settembre 2008.

NOVELLI P., VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008.

- OCSE**, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises. A Survey of OECD Countries*, 2005.
- OPPO G.**, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 771 e ss..
- OPPO G.**, *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, in *Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000.
- OPPO G.**, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 157 e ss..
- OPPO G.**, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Scritti giuridici*, VI, *Principi e problemi del diritto privato*, Padova, 2000, p. 29 e ss..
- OPPO G.**, *L'azione «sociale» di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 405 e ss..
- PACE A.**, *La società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo: impresa come sostanza e proprietà pubblica come mera forma?*, in *Giur. Cost.*, 1995, I, p. 10 e ss..
- PAGLIARIN C.**, *Colpa grave ed equità nel giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002.
- PAJNO A.**, *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006.
- PALMIERO V.**, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (legge 21 marzo 1958, n. 259)*, in *Amm. e Cont.*, 1993, p. 69 e ss..
- PANZANI L.**, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità tra atti di mala gestio e danno*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 86 e ss..
- PAOLA I.**, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*, in *Foro It.*, 2002, III.
- PAPA MALATESTA A.**, voce *Partecipazioni pubbliche*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995.
- PAROLA G.**, *Danno all'immagine alla pubblica amministrazione: riconfermata la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Resp. civ.*, 2007.
- PASQUALUCCI F.**, *La responsabilità amministrativa-contabile ed il principio di legalità*, disponibile sul sito www.corteconti.it.
- PASQUALUCCI F.**, **SCHLITZER E.F.**, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002.
- PASTORI L.**, *Responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici tra interventi normativi recenti e prospettive di riforma*, in *AA. VV.*, *Le*

responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale, a cura di D. SORACE, Padova, 1998.

PATRITO P., *Responsabilità di amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e di diritto sostanziale*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1709 e ss..

PATRONO M., *Riverberi interpretativi e applicativi del nuovo art. 111 Cost. sull'organizzazione della giustizia*, disponibile sul sito www.corteconti.it.

PATTI S., *La responsabilità degli amministratori: il nesso causale*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 601 e ss..

PATTI G., *La giurisdizione della Corte dei conti in caso di danni subiti dalla Rai*, in *Riv. Corte dei conti*, 2007, 2.

PECORARO C., *Privatizzazione dei diritti di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 947 e ss..

PERASSI M., *Gruppi societari e bancari. Brevi riflessioni sui progetti di riforma del diritto societario*, disponibile sul sito internet www.associazionepreite.it.

PERIN M., *I recenti orientamenti della cassazione sui confini della giurisdizione contabile di responsabilità amministrativa*, disponibile sul sito www.lexitalia.it, 3/2006.

PERIN M., *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: timori e preoccupazioni di amministratori, dirigenti e funzionari pubblici per i profili di responsabilità amministrativa*, disponibile sul sito www.diritto.it.

PERIN M., *S.p.A. pubbliche. controllo o impunità? Soluzioni del decreto mille proroghe e novità giurisprudenziali (note a margine dell'art. 16 bis della legge 28 febbraio 2008, n. 31, che ha convertito il c.d. decreto mille proroghe)*, disponibile sul sito www.lexitalia.it.

PERIN M., *Lodo Bernardo, decreto correttivo ancora molto limitativo delle indagini e la quasi abolizione della lesione all'immagine pubblica*, disponibile sul sito www.lexitalia.it.

PESCATORE S., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in BUONOCORE V. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003.

PESCATORE S., *L'impresa societaria a base capitalistica. Amministrazione e controllo*, in BUONOCORE V. (diretto da), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2003.

PETRAZZINI B., *Commento all'art. 2449*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di COTTINO – BONFANTE – CAGNASSO – MONTALENTI, Torino, 2004, p. 1697 e ss..

- PETRONI P.**, *Responsabilità amministrativo/contabile e implicazioni in tema di giurisdizione della Corte dei conti degli amministratori di società che gestiscono servizi pubblici locali*, disponibile sul sito www.diritto.it.
- PIASCO S.**, voce *Corte dei conti*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, 2000.
- PICONE L.**, *L'azione di responsabilità nelle società in amministrazione straordinaria* (nota a Cass. 24 marzo 1999, n. 2772), in *Le società*, 1999, p. 1065 e ss..
- PIGA E.**, *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*, in *Foro amm. – CDS*, 2007, 9.
- PIGA E.**, *Privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e liberalizzazione: antichi e nuovi schemi organizzativi nell'evoluzione della normativa, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, afferente i servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Rassegna giur. dell'energia elettrica*, Milano, 2005.
- PILATO S.**, *Personalità della responsabilità amministrativa e parziarietà dell'obbligazione risarcitoria: aspetti teorici e profili sistematici*, in *Riv. Corte dei conti*, 1996, 2, p. 367 e ss..
- PILATO S.**, *La responsabilità amministrativa. Profili sostanziali e processuali nelle leggi nn. 19/94, 20/94, 639/96*, Padova, 1999.
- PINELLI C.**, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1993.
- PINOTTI C.**, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del Convegno di Varenna di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006;
- PINOTTI C.**, *Violazioni del diritto comunitario e responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte dei conti*, 2004, 3, p. 390 e ss..
- PINOTTI C.**, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte dei conti*, 2004, vol. 5, p. 312 e ss..
- PINOTTI C.**, *Brevissime considerazioni in tema di giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di amministratori e dipendenti di società pubbliche*, relazione dattiloscritta.
- PIPERATA G.**, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche in Francia*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.

- PIREDDA M., VITOLO L.**, *Modalità di esercizio dei diritti dell'azionista nelle società direttamente partecipate dallo Stato*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- PIZZA P.**, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 372 e ss..
- PIZZA P.**, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.
- PIZZA P.**, *La responsabilità amministrativa e gli amministratori di società per azioni partecipate da enti pubblici*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2000, II, p. 123 e ss..
- POLICE A.**, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di "diritto speciale"*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996.
- POLICE A.**, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in *AA.VV., La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, Padova, 1997
- PRESTI G. e RESCIGNO M.**, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2005.
- PRINCIPATO P.**, *I controlli sulle società partecipate dagli enti locali*, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- PUGLIATTI S.**, *La proprietà e le proprietà, ora in La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.
- QUATRARO B.**, *Il bilancio di esercizio – Problematiche civili, fiscali e penali*, Milano, 1989.
- RAMAJOLI M.**, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, n. 2, p. 203 e ss..
- REBECCHI P.L.**, *Brevi osservazioni in tema di legittimazione passiva nel giudizio di responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società private in rapporto di servizio con la P.A.*, disponibile sul sito www.amcorteconti.it.
- RENNA M.**, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997.
- RENNA M.**, *La Sibec s.p.a. tra realtà normativa e prospettive d'attuazione*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 599 e ss..
- RICCO A.**, *Il cosiddetto danno all'immagine della pubblica amministrazione nella tematica della riparazione del danno non patrimoniale e la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. Corte dei conti*, 2004, 4, p. 237 e ss..
- RISTUCCIA M.**, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme*, in *Responsabilità amministrativa e*

giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme), Atti del Convegno di Varenna di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2006.

RISTUCCIA M., *Il ruolo del giudice contabile alla luce del principio del giusto processo*, in *Il Foro amm.*, 2001, 9, p. 2601 e ss..

RISTUCCIA M., *La responsabilità «sociale» erariale nelle società pubbliche*, Relazione al Convegno sul tema "Le società pubbliche", Venezia, 25, 26 e 27 novembre 2004, in *Riv. Corte dei conti*, 2000.

RISTUCCIA M., *Il nuovo sistema della responsabilità e la giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. Corte dei conti*, 1997, 2, p. 245 e ss..

RISTUCCIA M., *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.

RODORF R., *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Le società*, 2005, p. 423 e ss..

RODORF R., *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Le società*, n. 10/2008, p. 1193 e ss..

RODORF R., *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (II parte)*, in *Le società*, 2008, p. 1325 e ss..

RORDORF R., *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Le Società*, 1993, p. 619 e ss..

RORDORF R., *I poteri degli azionisti di minoranza nel testo unico dei mercati finanziari*, in *Scritti in onore di Vincenzo Salafia*, Milano, 1998.

ROMAGNOLI G., *Corporate Governance, Shareholders e Stakeholders; interessi e valori reputazionali*, in *Giur. Comm.* 2002, I, p. 350 e ss..

ROMAGNOLI G., *La responsabilità amministrativa dei componenti degli organi di gestione delle società a partecipazione pubblica. Tra "brusche frenate" e "annunciate accelerazioni"*, 2010, disponibile sul sito www.giustamm.it.

ROMAGNOLI G., *Gestione e controllo di Enti. Profili di responsabilità erariale per l'impiego di risorse pubbliche in società*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 568 e ss..

ROMAGNOLI G., *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007, a cura di DOMENICHELLI V., Padova, 2008 e in *Società*, 2008, p. 441 e ss..

ROMAGNOLI G., *Il socio pubblico, le società di capitali e l'impresa: prospettive ed interferenze*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 81 e ss..

ROSSI A., voce *Società con partecipazione pubblica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1993.

ROSSI A., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, Cedam, 2005.

ROSSI A., *Il danno e la sua quantificazione nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 81 e ss..

ROSSI G., *Le gradazione della natura pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, n. 3, e disponibile sul sito www.astrid-online.it.

ROSSI G., *L'evoluzione del sistema elettrico, in particolare il rapporto tra l'Enel e le imprese degli enti locali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1993, p. 3 e ss..

ROSSI G., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, p. 223 e ss..

ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 661 e ss..

ROSSI G., *L'incerto regime delle imprese pubbliche*, 2010.

ROSSI G., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2000.

ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, p. 221 e ss..

ROSSI G., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005.

ROSSI G., *Gli enti pubblici associativi*, Milano.

ROSSI G., *Gli enti pubblici*, 1991, Bologna.

ROSSI G., *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, n. 2, p. 185 e ss..

ROSSI G., *Società. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di F. Piga*, Milano, II, 1992, p.1811 e ss..

ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010.

ROSSI GUIDO, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008.

ROVERSI MONACO F.A., *Brevi note in tema di società per azioni «pubblica»*, in *Cons. St.*, 1972, II, p. 951 e ss..

SABATELLI E., *Questioni in tema di legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte della minoranza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 88 e ss..

SALAFIA V., *L'assemblea della società per azioni secondo la recente riforma societaria*, in *Le società*, 2003, p. 1054 e ss..

SALAFIA V., *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso la società e verso i creditori sociali (nota a Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488)*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 75 e ss..

SALAFIA V., *La responsabilità della holding verso i soci di minoranza delle controllate*, in *Le Società*, n. 1/2004, p. 5 e ss..

SALAFIA V., *Gli amministratori e i sindaci nominati dallo Stato o dagli Enti pubblici*, in *Soc.*, 2001, p. 724 e ss..

SALERNO L., *La nomina di amministratori e sindaci da parte dello Stato e degli enti pubblici: l'art. 2449 cod. civ. ai tempi della riforma*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 466 e ss..

SALVATO L., *Responsabilità civile degli amministratori per violazione del dovere di diligenza*, in *Società*, 2001, p. 14 e ss..

SANDULLI M.A., *L'art. 16-bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle spa pubbliche*, 2008, disponibile sul sito www.federalismi.it.

SANDULLI M.A., *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, relazione al Convegno sul tema "Il regime giuridico dell'impresa pubblica" - Università Roma Tre, 24 gennaio 2008, disponibile sul sito www.federalismi.it.

SANDULLI M.A., *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche, natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Serv. pubb. e app.*, Suppl. al n. 4/2004, p. 5 e ss..

SANDULLI M.A., *L'impresa pubblica: i limiti di applicabilità della normativa pubblicistica*, in GAROFOLI R. e SANDULLI M.A. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

SANDULLI M.A., *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. Parl.*, 2003, p. 125 e ss..

SANDULLI M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.

SANDULLI M., *Commento all'art. 2392 c.c.*, in SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.

SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nella società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 160 e ss..

SANTONASTASO F., *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002.

SANTONASTASO F., *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.

SANTORO P., *I nodi caldi della responsabilità amministrativa*, in *Amm. e cont.*, 1999, p. 96 e ss..

SANTORO E., *Il danno oggettivamente pubblico e il rapporto di servizio nella responsabilità amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2003, I, p. 335 e ss..

SANTOSUOSSO D., *Società a partecipazione pubblica e responsabilità degli amministratori (contributo in materia di privatizzazioni e competenza giurisdizionale*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, p. 53 e ss..

SCHERMI A., *Appunti sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni* (nota a Cass. 4 aprile 1998, n. 3483), in *Giust. civ.*, 1999, p. 1809 e ss..

SCHIAVELLO L., *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001.

SCHIAVELLO L., voce *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. dir.*, III agg., p. 895 e ss..

SCHLESINGER P., *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 126 e ss..

SCHLITZER E.F. (a cura di), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002.

SCHLITZER E.F., *Le più recenti innovazioni legislative e giurisprudenziali in materia di responsabilità amministrativa e di processo contabile*, in *Foro amm. CdS*, 2010, p. 230 e ss..

SCHLITZER E.F., *Relazione 2010*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.

SCHLITZER E.F., *Nuovi modelli di gestione delle risorse finanziarie pubbliche: quale tutela dei danni "erariali"*, Relazione al Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 24-26 settembre 2009.

SCHLITZER E.F., *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. milleproroghe (d.l. 31/12/2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n. 31)*, Relazione al Convegno sul tema "Il regime giuridico dell'impresa pubblica", svoltosi all'Università Roma Tre - Facoltà di Giurisprudenza il 24 gennaio 2008, disponibile sul sito www.federalismi.it.

SCHLITZER E.F., *Responsabilità amministrativa Decreto "mille proroghe"*, relazione svolta in occasione dell'incontro di studio tenutosi a Roma presso la Corte dei conti, 1-3 aprile 2008, sul tema "Evoluzione normativa e giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità sanzionatoria e di altre forme tipizzate di responsabilità introdotte dall'ordinamento ed affidate alla cognizione del Giudice contabile".

SCHLITZER E.F., *Il danno erariale: una nozione essenziale di non facile definizione*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Milano, 2006.

- SCHLITZER E.F.**, *Profili sostanziali della responsabilità amministrativa contabile*, in AA.VV., a cura di E.F. Schlitzer, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002.
- SCHÜLMERS R.**, *Principio di affidamento ed esimente politica nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Riv. Corte dei conti*, 2007, p. 3 e ss..
- SCIUTO M. – SPADA P.**, *Il tipo della società per azioni*, in G.E. COLOMBO – G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, III, p. 1 e ss..
- SCOCA F.G.** (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.
- SCOCA F.G.**, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006.
- SCOCA F.G.**, *Verso la responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica?*, 2008, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- SCOCA F.G.**, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 239 e ss..
- SCOGNAMIGLIO G.**, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996.
- SCOGNAMIGLIO G.**, *Gruppi bancari e non: legge e autonomia privata nella configurazione del modello organizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 704 e ss..
- SILVESTRI E.**, *Rapporto di servizio e giurisprudenza della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Studi in occasione del primo centenario della Corte dei conti nell'Unità d'Italia*, Milano, 1963.
- SILVESTRINI A.**, *Responsabilità degli amministratori nella s.p.a. e nella s.r.l. dopo la riforma societaria*, in *Società*, 2004, p. 686 e ss..
- SILVESTRINI A.**, *Commento all'art. 2394*, in SANDULLI M. e SANTORO V. (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003.
- SINISI M.**, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di S.p.A. a partecipazione pubblica e riparto di giurisdizione: l'intervento risolutivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, p. 71 e ss..
- SINISI M.**, *Questioni di responsabilità amministrativa nell'ambito dell'impresa pubblica: vecchi e nuovi dubbi*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, p. 12 e ss..
- SORACE D.** (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998.

- SORACE D.**, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, Relazione al Convegno: *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Varenna 15-17 settembre 2005, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile*, Milano, 2006, nonché in *Dir. amm.*, 2006, p. 249 e ss..
- SPADA P.**, *Autorità e libertà nel diritto delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 703 e ss..
- STADERINI F.**, *Responsabilità amministrativa e contabile*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV ed. vol. XIII, Torino, 1998.
- STADERINI F.**, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici tra risarcimento e sanzione*, in *Riv. Corte dei conti*, 1996, 2, p. 293 e ss..
- TENORE V.**, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle S.p.A. a partecipazione pubblica*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2010, p. 92 e ss..
- TENORE V.**, *La responsabilità amministrativo-contabile*, in AA. VV., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, diretto da V. TENORE, Milano, 2009.
- TENORE V.** (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2008.
- TERZINI F.**, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione della Corte dei conti*, 2010, disponibile sul sito www.astrid-online.it e in corso di pubblicazione sul Volume ASTRID, F. MERLONI e L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, 2010.
- TESAURO P.**, *La responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica, a seguito della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, 2010, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- TIGANO F.**, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008.
- TOFFOLETTO A.**, *La responsabilità degli amministratori verso la società*, in AA.VV., *Diritto delle società (Manuale breve)*, Milano, 2004.
- TORCHIA L.**, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, n. 2, p. 223 e ss..
- TORCHIA L.**, *La responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, 6 ottobre 2008, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- TORCHIA L.**, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, Relazione al Convegno sul tema "Le società pubbliche tra Stato e

- mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*", Roma, Luiss, 14 maggio 2009, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- TORCHIA L.**, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, 2009, disponibile sul sito www.assonime.it, e in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 791 e ss..
- TRAVAGLINO G.**, *Enti pubblici economici, danno erariale e riparto di giurisdizione*, in *Rass. giur. civ.*, Milano, 2004, 3.
- URSI R.**, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, IV, p. 747 e ss..
- URSI R.**, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CdS*, 2004, p. 696 e ss..
- VALLEFUOCO V.**, *Il giudizio sulla colpa per le società a prevalente partecipazione pubblica*, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- VANDELLI L. e ROVERSI MONACO F.A.** (a cura di), *Codice di Diritto Amministrativo*, Maggioli, 2010.
- VASSALLI F.**, *Commento all'art. 2393*, in *Società di capitali, Commentario a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES*, vol. II, Napoli, 2004.
- VASSALLI F.**, *L'art. 2392 c.c. novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in *AA.VV., Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società a cura di G. SCOGNAMIGLIO*, Milano, 2003.
- VELLA F.**, *Le società holding*, Milano, 1993.
- VENTURINI L.**, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 1.
- VENTURINI L.**, *Le fattispecie di responsabilità amministrativa ed il suo accertamento processuale: il "dolo erariale": natura ed incidenza; il potere sindacatorio: limiti e fine*, in *Foro amm. CdS*, 2004, p. 10 e ss..
- VENTURINI L.**, *Giurisdizione della Corte dei conti nei confronti degli amministratori e dipendenti delle amministrazioni, enti pubblici ed enti a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. Corte dei conti*, 2001, p. 294 e ss. e disponibile sul sito www.corteconti.it.
- VENTURINI A.**, *Danno c.d. «morale» patito dal soggetto pubblico: natura e giurisdizione della Corte dei conti, nota a Corte dei conti, Sez. Riun., 28 maggio 1999, n. 16/99/QM*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, p. 907 e ss..
- VERONELLI A.**, *L'organo amministrativo nel sistema monistico*, Milano, 2006.

- VETRO A.**, *Il danno all'immagine della p.a. dopo il "Lodo Bernardo" (art. 17, co. 30-ter, d.l. n. 78 del 2009): una discutibile sentenza della Consulta*, 2011, disponibile sul sito www.giustamm.it.
- VISENTINI G.**, *I principi della società per azioni come istituto giuridico delle economie di mercato: confronti con la recente riforma*, in *Il diritto fallimentare*, 2004, p. 925 e ss..
- VISENTINI G.**, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979.
- VOCI V.**, *La giurisprudenza sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, p. 1106 e ss..
- WEIGMANN R.**, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974.
- ZANDA G.**, *La grande impresa. Caratteristiche strutturali e di comportamento*, Milano, 1974, p. 267 e ss..
- ZILLER J.**, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, Testo rielaborato dell'intervento al 54° Convegno di Studi Amministrativi – *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi* – Villa monastero, Varenna, 18-19-20 settembre 2008.
- ZINGALE P.**, *La responsabilità della p.a. e dei suoi dipendenti*, Milano, 2005.
- ZOPPINI A.**, *Controlli societari e nuove responsabilità contabili*, disponibile sul sito www.astrid-online.it.
- ZUCCONI F.**, *La delega di fatto non esonera gli amministratori da responsabilità (nota a Cass. 4 aprile 1998, n. 3483)*, in *Le società*, 1999, p. 62 e ss..