

Il diritto fallimentare

e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

2/2021

Rivista diretta da

Girolamo Bongiorno, Massimo Di Lauro, Bruno Inzitari
Giuseppe Terranova, Stefano Ambrosini, Antonio Carratta
Giuseppe Ferri jr, Enrico Gabrielli, Fabrizio Guerrera, Lorenzo Stanghellini

Direttore responsabile

Concetto Costa



G. Giappichelli Editore

Il diritto fallimentare
e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

2/2021

Il diritto fallimentare e delle società commerciali

RIVISTA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

2/2021

Rivista diretta da

Girolamo Bongiorno, Massimo Di Lauro, Bruno Inzitari
Giuseppe Terranova, Stefano Ambrosini, Antonio Carratta
Giuseppe Ferri jr, Enrico Gabrielli, Fabrizio Guerrera, Lorenzo Stanghellini

Direttore responsabile

Concetto Costa



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - Il diritto fallimentare e delle società commerciali

ISSN 0391-5239

EISSN 2704-8055

Pubblicazione Bimestrale

Direttore responsabile: Concetto Costa

G. Giappichelli Editore - 10124 Torino

via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111 - Fax 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

Pubblicato on-line nel mese di marzo 2021
ad opera di G. Giappichelli Editore.

INDICE-SOMMARIO

pag.

Parte Prima: Dottrina

Articoli

- FABRIZIO GUERRERA, *Le misure cautelari in fase di accesso della società alle procedure di crisi o d'insolvenza: profili critici di diritto societario e processuale* (The precautionary measures in pre-bankruptcy inquiry: Critical issues of company law and procedural law) 251
- FEDERICO CAPPALÀ, *I rapporti processuali del fallito: riflessioni a margine della transizione in atto dalla legge fallimentare al Codice della Crisi d'Impresa* (Processual condition of bankrupt: observations on the sidelines of the approval of "Codice della Crisi d'Impresa") 269
- ANGELO RAFFAELE MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo "spazio concorsuale europeo" del nuovo diritto della crisi di impresa* (The illusory alignment to the "EU insolvency procedures space" of the new Italian business crisis law) 286
- PIERPAOLO PIRANI, *Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la L. n. 3/2012 e il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza* (The subjective prerequisite of the composition of the indebtedness between law n. 3/2012 and the new Code of the Crisis and Insolvency Procedures) 317
- STANISLAO DE MATTEIS, *La liquidazione controllata nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza* (Liquidation controlled in the Code of Business Crisis and Insolvency) 349

Parte Seconda: Giurisprudenza

Principali note ed osservazioni a sentenza

MARIO PIO FUIANO, <i>Sulla (in)applicabilità dell'art. 393 c.p.c. al processo fallimentare</i> (On the (in)applicability of art. 393 c.p.c. to bankruptcy proceedings)	384
DAVIDE DE FILIPPIS, <i>Accordo del sovraindebitato: gli atti in frode, la semantica e il progressivo avvicinamento al concordato preventivo</i> (Over-indebted agreement: acts in fraud, semantics and the progressive approach to the arrangement with creditors)	420
CLAUDIA D'URSO, <i>La responsabilità degli amministratori nelle società in house: problemi di giurisdizione</i> (The liability of directors of in-house company: problems of jurisdiction)	447
CHIARA RAVINA, <i>Opponibilità della cessione del quinto alla procedura di sovraindebitamento</i> (Effects of the opening of a consumer restructuring proceeding on a salary backed loan)	471

Per i nuovi abbonati l'accesso alla versione digitale della Rivista sarà consentito tramite credenziali da richiedere via mail a ufficioabbonamenti@giappichelli.it oppure telefonando allo 011/8153543.

TRIBUNALE DI CATANIA, 10 GENNAIO 2020

Pres. M. SCIACCA, Rel. G. MARINO

Fallimento – Fallimento delle società – Fallimento di società in house – Azione di responsabilità verso gli amministratori – Giurisdizione – Giurisdizione civile – Giurisdizione contabile – Giurisdizione concorrente.

(Art. 146 L. Fall.; artt. 2392-2394 c.c.; art. 12 D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175)

In tema di azione di responsabilità di amministratori di società in house è possibile il concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto, laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio, attesa la diversità degli interessi tutelati e dei soggetti beneficiari della tutela.

(Omissis).

«L'eccezione di difetto di giurisdizione è infondata, atteso che per come di recente chiarito dalle Sezioni Unite è possibile il concorso tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria atteso che i danni reclamati – seppur fondati sugli stessi fatti – attengono a sfere differenti (così in motivazione Cass. S.U. 13.9.2018, n. 22406: “A detto quesito il Collegio ritiene di dover rispondere nel senso della possibilità del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, in quanto, come già affermato nella richiamata decisione n. 26806 del 2009, laddove sia prospettato anche un danno erariale, al di là di una semplice interferenza fra i due giudizi, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio”, cfr. anche Cass., S.U., 7 gennaio 2014, n. 63; Cass., 14 luglio 2015, n. 14632, in cui si sottolinea l'insussistenza della violazione del principio del ne bis in idem, stante la tendenziale diversità di oggetto e di funzione fra i due giudizi). Nella vicenda processuale in esame appare evidente l'attribuzione dell'azione esercitata dalla curatela fallimentare alla giurisdizione del giudice ordinario, attesa la natura prettamente civilistica delle norme azionate alle quali la società, per le ragioni indicate, non può sottrarsi. Sotto altro profilo, non può sottacersi la rilevanza dell'esigenza di tutela degli interessi dei creditori soddisfatti, pretermessa ove si accettasse la tesi prospettata dal ricorrente. Né può omettersi di rilevare che la proponibilità dell'azione di responsabilità esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, L. F., che cumula le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore della società e dei creditori sociali, in relazione alle quali assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma, quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei credito-

ri sociali (Cass. 29 settembre 2016, n. 19340), costituisce la necessaria conseguenza, come sottolineato dal Procuratore Generale nonché dalla difesa della curatela, del fallimento della società *in house*, ritenuto ammissibile – come già evidenziato – dalla giurisprudenza di questa Corte e nella specie dichiarato con decisione passata in giudicato. Il tema della soggezione delle società partecipate da soggetti pubblici, costituite nelle forme del codice civile nei termini sopra delineati, trova riscontro, ai fini ermeneutici in relazione al periodo anteriore alla sua entrata in vigore – ed anche con riferimento alle società *in house providing* – nel D.Lgs. 19 agosto 2016, che all’art. 12 espressamente prevede: “I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2”. La specifica attribuzione alla giurisdizione della Corte dei conti delle azioni relative al danno erariale lascia chiaramente intendere la configurabilità di un danno non erariale, al cui ristoro, soprattutto con riferimento alla posizione dei creditori sociali, non è idonea, e pertanto non può avere alcuna efficacia ostensiva alle azioni proponibili davanti al giudice ordinario, l’azione concernente la responsabilità contabile».

LA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI NELLE SOCIETÀ *IN HOUSE*: PROBLEMI DI GIURISDIZIONE

THE LIABILITY OF DIRECTORS OF IN-HOUSE COMPANY: PROBLEMS OF JURISDICTION

CLAUDIA D’URSO

Dottore in Giurisprudenza nell’Università di Catania

Abstract: Lo scritto, traendo spunto da una recente sentenza del Tribunale di Catania, si occupa della responsabilità degli organi sociali nelle società *in house*, esaminando in particolare il problema del coordinamento tra giurisdizione civile e giurisdizione contabile. L’analisi è condotta alla luce dei dati normativi rinvenibili nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica e di un recente arresto delle Sezioni Unite a favore di una possibile concorrenza tra le due azioni nelle due sedi, civile e contabile, con cui si è dunque ammesso un doppio binario di giurisdizione. Infine, si

indaga la sussistenza di strumenti di coordinamento processuale che consentano di raccordare i due sistemi di giurisdizione, evidenziando al contempo le criticità della soluzione dei giudici nomofilattici e il suo possibile superamento.

Parole chiave: società *in house*, fallimento, azione di responsabilità verso gli amministratori, giurisdizione civile, giurisdizione contabile, giurisdizione concorrente.

Abstract: Drawing on a recent judgement of the Tribunal of Catania, the paper examines the question of the liability of directors of in-house company and, in particular, the problem of the compatibility between the civil jurisdiction and the Italian “Corte dei Conti” jurisdiction. The analysis is carried out looking at both the provisions of the Consolidated Law on public shareholdings companies and a recent judgement of the Cassation who is in favor of a possible concurrency of actions in front of both Courts, allowing, thereby, a double binary of jurisdiction. Finally, by focusing on the existence of processual tools to coordinate the two systems of jurisdiction, it highlights the critical issues of the aforementioned Cassation judgement and the possibility of a deviation from it.

Keywords: in-house company, bankruptcy, liability actions against directors, civil jurisdiction, “Corte di conti” jurisdiction, concurrent jurisdiction.

Sommario: 1. Il fatto e la soluzione del Tribunale. – 2. Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale prima del TUSP. – 3. L’art. 12 TUSP: i problemi interpretativi e le soluzioni proposte. – 4. La soluzione adottata dal Tribunale e la difficile “*cohabitation*” delle due giurisdizioni. – 5. I tentativi di superamento delle tesi dualistiche. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il fatto e la soluzione del Tribunale

La decisione in commento si occupa di un’azione di responsabilità promossa ex art. 146, 2° comma, L. Fall. da parte della curatela fallimentare¹ di una società *in house* nei confronti dei suoi amministratori affinché ne venisse accertata la responsabilità per *mala gestio* ai sensi degli artt. 2393 e 2394 c.c. con conseguente loro condanna al risarcimento del danno.

Nella sentenza in epigrafe il Tribunale di Catania affronta e risolve partitamente le diverse contestazioni proposte dai convenuti amministratori alla predetta azione di responsabilità. Uno dei punti di maggiore interesse dell’articolata pronuncia si riferisce al tema del riparto di giurisdizione in relazione alle azioni di responsabilità esperite nei confronti degli organi sociali di società *in house*, cioè di quelle società partecipate pubbliche che si caratterizzano per il c.d. *controllo analogo*, requisito

¹ Anche nelle società a partecipazione pubblica, la dichiarazione di fallimento comporta l’assegnazione alla curatela fallimentare della legittimazione ad esercitare l’azione di responsabilità “a doppio titolo”, sia per la società sia per i creditori sociali. Si veda sul punto F. GUERRERA, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, fasc. 3, 2017, p. 382.

per cui è necessario che l'ente conferente eserciti su quello conferitario un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, e per il requisito c.d. dell'*attività prevalente*, in base al quale il soggetto conferitario deve svolgere la parte prevalente della propria attività in favore dell'ente che lo controlla.

In ordine a tale tipologia di società è nota la questione se, in ragione del possibile danno *erariale*² subito dalla società, e dall'ente pubblico controllante, per la condotta negligente degli organi sociali, la giurisdizione spetti al tribunale ordinario o alla magistratura contabile³. Nel caso in esame, all'atto della costituzione i convenuti hanno preliminarmente eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario relativamente all'azione di responsabilità proposta nei loro confronti in favore di quella della Corte dei Conti. I giudici catanesi hanno ritenuto infondata tale eccezione di giurisdizione sulla base di un recente orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 22406/2018⁴. I giudici nomofilattici, con riferimento ad una vicenda processuale del tutto simile al caso di cui si discute, avevano infatti dovuto affrontare per la prima volta dopo l'entrata in vigore del TUSP (testo normativo tuttavia non applicabile alla vicenda al loro esame, in quanto entrato in vigore posteriormente) la questione della possibile o meno concorrenza tra azione contabile per *danno erariale* presso la Corte dei Conti e azione di responsabilità sociale davanti al giudice ordinario promossa dal curatore fallimentare nell'ipotesi di danni cagionati direttamente al patrimonio di una società *in house*. La Corte di Cassazione, con la suddetta ordinanza, ha ammesso la possibile concorrenza tra le azioni di responsabilità nelle due sedi, ordinaria e contabile, e ha escluso

² Il danno *erariale* consiste nel danneggiamento o nella perdita di beni o denaro (danno emergente) prodotto da parte di funzionari, amministratori o dipendenti alla propria o ad altra amministrazione (art. 1, 4° comma, L. n. 20/1994), o nel mancato conseguimento di incrementi patrimoniali per le casse dello Stato (lucro cessante), così come disposto dall'art. 1223 c.c. Il pregiudizio subito dalla amministrazione può essere sia "*diretto*", ossia quel pregiudizio economico che ricade direttamente sulle risorse dell'amministrazione danneggiata (si pensi ad un'erogazione finanziaria illecita, ad un peculato e/o sottrazione di beni), sia "*indiretto*" quando il danno è conseguente all'erogazione da parte dell'amministrazione di una somma di denaro a favore di terzi disposta a seguito di sentenza del giudice civile (o del giudice amministrativo) o di transazione. Rientrano nel danno *erariale* anche danni di natura non patrimoniale, come ad esempio il *danno all'immagine* della Pubblica Amministrazione, inteso come grave perdita di prestigio causata da un'azione illecita di un suo rappresentante.

³ In generale sul punto M. COSSU, *Delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici – Delle società di interesse nazionale*, in *Il Codice Civile – Commentario artt. 2449-2451*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, pp. 199-214.

⁴ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22406 (ordinanza), con nota di C. COMMANDATORE, *Le molteplici responsabilità degli organi sociali delle società a partecipazione pubblica*, in *Urb. e app.*, 2019, 2, p. 190, e di V. BONTEMPI, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 2, p. 217, e di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 2019, 1, p. 67.

so che un tale concorso possa integrare una violazione del principio di *ne bis in idem*, in quanto tali azioni sarebbero basate su differenti presupposti. Il Tribunale di Catania, facendo applicazione di quanto affermato dalle Sezioni Unite, ha quindi statuito che «è possibile il concorso tra giurisdizione contabile e giurisdizione ordinaria atteso che i danni reclamati – seppur fondati sugli stessi fatti – attengono a sfere differenti».

Nella vicenda processuale al loro esame i giudici catanesi hanno ritenuto legittima l'attribuzione dell'azione esercitata dalla curatela fallimentare al giudice ordinario per due ulteriori ordini di ragioni. In primo luogo, hanno evidenziato i giudici, ove si aderisse alla tesi che attribuisce la giurisdizione esclusivamente alla magistratura contabile verrebbero irrimediabilmente pretermessi gli interessi dei terzi creditori, in quanto il patrimonio della società *in house* non verrebbe reintegrato. In secondo luogo, la legittimità di tale attribuzione al giudice ordinario si spiega a motivo della natura civilistica delle norme azionate alle quali la società non può sottrarsi. Invero, l'ormai normativamente previsto assoggettamento delle società *in house* al fallimento (*ex art. 14 TUSP*) ha come necessaria conseguenza l'applicabilità delle relative norme, tra cui, quindi, anche l'art. 146, 2° comma, L. Fall., che prevede la proponibilità da parte della curatela fallimentare dell'azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali. Tale azione, cumulando l'azione *ex art. 2392 c.c.* a favore della società e l'azione *ex art. 2394 c.c.* a favore dei creditori sociali, costituisce uno «strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali».

Ad ulteriore sostegno della loro decisione, i giudici hanno fatto riferimento in via ermeneutica – in quanto non applicabile *ratione temporis* al caso oggetto di decisione – all'art. 12, D.Lgs. n. 175/2016 (c.d. TUSP)⁵ con il quale il Legislatore ha introdotto una specifica disciplina relativamente al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e contabile nel caso di azioni di responsabilità riguardanti società a partecipazione pubblica e *in house*. Secondo il Tribunale di Catania la sopra menzionata previsione normativa – che, come si vedrà, ha dato adito a diverse soluzioni interpretative a causa di una formulazione poco chiara – ha, con riferimento alle società *in house*, specificamente attribuito alla giurisdizione della Corte dei Conti le

⁵ Art. 12, D.Lgs. n. 175/2016 (TUSP), Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, che così recita: “I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

azioni relative al danno *erariale*, con ciò presupponendo anche la possibile configurabilità di un danno *non erariale* del cui ristoro deve invece occuparsi il giudice ordinario attraverso l'instaurazione di giudizi di responsabilità innanzi a quest'ultimo. Per tale ragione, a parere dei giudici, l'eventuale azione instaurata innanzi alla magistratura contabile «*non può avere alcuna efficacia ostativa alle azioni proponibili davanti al giudice ordinario*», e ciò pertanto implica e giustifica una possibile concorrenza di azioni nelle due sedi.

2. Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale prima del TUSP

Prima dell'intervento del Legislatore con il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, la questione relativa all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente, se ordinaria o contabile, con riferimento alle azioni di responsabilità promosse nei confronti degli organi sociali di società a partecipazione pubblica era largamente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza⁶.

La questione di giurisdizione si pone a motivo della camaleontica natura giuridica delle società pubbliche e dei conseguenti dubbi sull'applicabilità delle regole pubblicistiche o privatistiche. In effetti, se tali società venissero considerate alla stregua di soggetti sostanzialmente pubblici, si tratterebbe di una responsabilità di tipo amministrativo-contabile e la competenza spetterebbe esclusivamente alla Corte dei Conti, in quanto il danno al patrimonio sociale cagionato dagli organi sociali si configurerebbe quale danno *erariale*. All'opposto, ove si facesse prevalere esclusivamente il dato formale dello schema societario utilizzato, gli amministratori di società partecipate pubbliche risponderebbero solo civilmente dei danni arrecati al patrimonio sociale e la giurisdizione spetterebbe dunque al giudice ordinario.

Il dibattito ha riguardato in particolare il regime di responsabilità applicabile agli organi sociali di società *in house* a motivo dei particolari requisiti che connotano tale tipologia di società, requisiti che la allontanano dal modello di società di capitali così come tipizzato dal Legislatore. Difatti, seppur riconducibili alla disciplina del Libro V del codice civile, le società *in house* risultano affidatarie di un'attività di interesse pubblico e sono sottoposte al "controllo analogo" degli enti pubblici soci; si determina così una compresenza tra finalità pubbliche e soggettività di diritto privato con conseguente ipotizzabile configurazione di un doppio regime di responsabilità, civile e amministrativa-contabile, in capo agli amministratori.

Il tema è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza, specie di legittimità, che

⁶Per una ricostruzione dottrina e giurisprudenziale della questione si veda anche C. TEDESCHI, *La responsabilità degli amministratori delle società in house e la tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 3, p. 405 s.

nel corso degli anni si è variamente espressa, ora ampliando, ora restringendo, l'area di operatività della magistratura contabile.

Con la sentenza n. 26806/2009 le Sezioni Unite, esprimendosi sulle società a partecipazione pubblica in generale, avevano assunto un atteggiamento di tipo formalistico e, stabilendo due importanti principi, avevano individuato un duplice livello di responsabilità. In primo luogo, veniva affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulle azioni di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica a causa di condotte illecite poste in essere dagli amministratori o dai dipendenti. Asserivano, infatti, le Sezioni Unite che, non solo, non è configurabile alcun *rapporto di servizio* (uno degli elementi indispensabili ai fini del radicamento del giudizio contabile) tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore della società partecipata, ma neppure è configurabile un *danno erariale* – inteso come danno *direttamente* arrecato al patrimonio dell'ente pubblico socio – data la distinzione tra la società di capitali e la personalità dei singoli soci titolari della partecipazione e la conseguente autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi⁷. Da ciò ne conseguirebbe l'impossibilità di riferire il danno cagionato al patrimonio della società partecipata al patrimonio dell'ente o degli enti pubblici soci. È indubbiamente vero che il danno subito dal patrimonio della società partecipata avrà dei riflessi sui suoi soci, in quanto inciderà negativamente sul valore delle loro partecipazioni, tuttavia la prevalenza da accordare alle regole di diritto privato impone di tenere ben distinti i danni *direttamente* sofferti dai patrimoni dei singoli soci da quelli che invece costituiscono un mero riflesso dei danni arrecati al patrimonio della società⁸.

In secondo luogo, i giudici di legittimità avevano ammesso una possibile concorrente giurisdizione contabile solo nell'ipotesi in cui gli amministratori o i componenti degli organi di controllo della società partecipata dall'ente pubblico avessero posto in essere condotte tali da cagionare un danno *diretto* al patrimonio del socio pubblico, integrando quest'ultimo un danno *erariale*.

⁷ Le attribuzioni della giurisdizione contabile, la cui protezione costituzionale si rinviene all'art. 103 Cost., sono individuate innanzitutto nell'art. 13, R.D. n. 1214/1934, ove si prevede che la Corte dei Conti “*giudica sulle responsabilità per danni arrecati all'erario da pubblici funzionari, retribuiti dallo Stato, nell'esercizio delle loro funzioni*”. Tale ambito è stato ampliato dall'art. 1, 4° comma, L. 14 gennaio 1994, n. 20, per cui il giudizio della Corte si estende alla responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici anche per danni cagionati ad enti diversi da quelli di appartenenza.

⁸ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, IX, p. 935; che sul punto conclude: «*Si capisce, allora, come il danno inferito 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: perché non implica alcun danno erariale, bensì unicamente un danno sofferto da un soggetto privato (appunto la società), riferibile al patrimonio appartenente soltanto a quel soggetto e non certo ai singoli soci – pubblici o privati – i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale*».

A parere della Suprema Corte, con l'esclusione della giurisdizione contabile nei casi di danno al patrimonio sociale non si creerebbe una lacuna nella tutela dell'interesse dei soci pubblici⁹. Difatti, a tutela degli interessi pubblici, la Corte soggiungeva – ed è questa un'ulteriore ipotesi di giurisdizione concorrente – che rimarrebbe in ogni caso possibile «*l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei conti*».

Questa soluzione è stata ribadita in numerose decisioni successive¹⁰ ed è stata mantenuta ferma anche nella pronuncia delle Sezioni Unite¹¹ che, nel novembre del 2013, aveva tuttavia introdotto – e non sono mancate critiche al riguardo – un'eccezione con riferimento alle società *in house*, riattraendole verso la responsabilità amministrativa.

La Corte di Cassazione nella sopra citata sentenza del 2013, predisponendo un articolato *excursus* motivazionale, aveva infatti stabilito che la Corte dei Conti avesse giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dal Procuratore contabile nei confronti degli organi sociali di una società *in house providing* per i danni da essi causati al patrimonio di tale società. Dopo aver compiuto un'attenta ricostruzione della figura delle società *in house* e averne ricordato i requisiti (controllo analogo, attività prevalentemente svolta nei confronti del socio pubblico e partecipazione totalmente pubblica), la Suprema Corte osservò come tali caratteristiche fossero sufficienti a rendere evidente l'anomalia del fenomeno dell'*in house providing* rispetto alle altre società a partecipazione pubblica¹². Ed è a questo punto che i giu-

⁹ M. BIALLO-P. GHIGLIONE, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: l'orientamento delle SS.UU.*, in *Società*, 2010, p. 814: “L'affermazione di questo nuovo criterio di riparto della giurisdizione consente inoltre di superare vari problemi sorti dall'impostazione precedente, in primis quelli del mancato coordinamento tra le due forme di responsabilità, civile e amministrativa, e del conseguente rischio di duplicazione del regime di responsabilità in capo agli amministratori”.

¹⁰ *Ex multis*, si vedano: Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2010, n. 519; Id., Sez. Un., 12 ottobre 2011, n. 20941; Id., Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14655; Id., Sez. Un., 9 marzo 2012, n. 3692.

¹¹ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, in *Pluris*, con nota di M.P. FERRARI, *Società in house e giurisdizione della Corte dei conti*, in *ilQuotidianoGiuridico.it*, 2013; e con nota di A. SCARCELLA, *Alla Corte dei conti il giudizio sull'azione di responsabilità contabile degli amministratori*, in *ilQuotidianoGiuridico.it*, 2013; con nota di F. FIMMANÒ, *La giurisdizione sulle “società in house providing”*, in *Società*, 2014, I, p. 55.

¹² Di diverso avviso C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche*, in S. FORTUNATO-F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, p. 15 s., secon-

dici nomofilattici, equiparando *tout court* le società *in house* ad un'amministrazione pubblica¹³, affermarono che non risultava possibile configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house* con l'ulteriore conseguenza che il rapporto tra il patrimonio dell'ente e quello della società si doveva porre in termini di separazione patrimoniale, e non di distinta titolarità. Invero, motivò la Corte, le società *in house* hanno della società solo la forma esteriore poiché in realtà costituiscono delle articolazioni della Pubblica Amministrazione. Ne deriva che gli organi di tali società, a differenza degli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, possono ritenersi legati a questa da un *rapporto di servizio*, presupposto quest'ultimo necessario ai fini della configurabilità della responsabilità amministrativa. Ed inoltre, in mancanza di alterità tra l'ente pubblico partecipante e la società *in house*, il danno eventualmente arrecato dagli amministratori al patrimonio della società verrebbe altresì cagionato al patrimonio dell'ente pubblico, integrandosi così anche il presupposto del danno *erariale*. La sussistenza dei suddetti elementi giustificerebbe (in aggiunta, nel caso concreto, al dolo o alla colpa grave) l'attribuzione alla giurisdizione della Corte dei Conti dell'azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi sociali delle società *in house*¹⁴.

do il quale, dall'angolo visuale del privatista, sussiste una inconciliabilità fra società e responsabilità contabile tale per cui dove c'è l'una non può esserci l'altra. Così, per sciogliere il nodo interpretativo, si dovrebbe o contestare la sussistenza della responsabilità contabile o negare che in presenza della responsabilità contabile possa parlarsi di società in senso proprio.

¹³ In particolare, la Suprema Corte affermava che: «*La società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare invece in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. È stato osservato, infatti, che essa non è altro che una longa manus della pubblica amministrazione, al punto che l'affidamento pubblico mediante in house contract neppure consente veramente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo (Corte cost. n. 46/13, cit.); di talché l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa (così Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/08, cit.). Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva.*

¹⁴ La Corte concludeva enunciando il seguente principio di diritto: «*La Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.*

3. L'art. 12 TUSP: i problemi interpretativi e le soluzioni proposte

In vigenza di questo oscillante quadro giurisprudenziale, il Governo venne chiamato dalla legge delega n. 124/2015 ad introdurre una «*precisa definizione del regime delle responsabilità degli amministratori delle amministrazioni partecipanti nonché dei dipendenti e degli organi di gestione e di controllo delle società partecipate*»¹⁵. Con il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica (D.Lgs. n. 175/2016), di attuazione della sopra citata legge delega, è stata quindi introdotta, nel suo art. 12, una specifica disciplina in tema di responsabilità degli organi partecipanti e dei componenti degli organi delle società a partecipazione pubblica ed *in house*. Tuttavia, è opinione diffusa che tale norma non sia riuscita a soddisfare quegli obiettivi che la legge delega aveva indicato e che al contrario abbia sollevato incertezze interpretative tali da lasciare immutato il problema del contrasto tra giurisdizioni¹⁶.

Il testo dell'art. 12, come sovente accade, subì varie modifiche durante l'iter di approvazione legislativo¹⁷. La sua bozza, infatti, prevedeva la generale giurisdizione del giudice ordinario sulle azioni di responsabilità di diritto comune nei confronti degli organi sociali per i danni arrecati al patrimonio della società partecipata da un ente pubblico, ed escludeva la configurabilità di una responsabilità amministrativa se non nei casi di danno *erariale*. Tale regola era indistintamente applicabile a tutte le società a partecipazione pubblica – società *in house* comprese – senza alcuna eccezione; una soluzione che dunque rimarcava l'orientamento espresso dalla Suprema Corte nel 2009 e disconosceva invece quello del 2013.

Il testo che è stato in definitiva approvato, a parere di molti, sembra invece avvi-

¹⁵ Art. 18, 1° comma, lett. c, della legge delega n. 124/2015.

¹⁶ B. GILIBERTI-C. BASSOLINO, *Rapporto di servizio e danno diretto nella giurisdizione erariale in materia di società a partecipazione pubblica*, in F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ-R. CANTONE (a cura di), *Le Società Pubbliche – Fenomenologia di una fattispecie*, II, Napoli, 2020, p. 865, che sul punto rilevano che: «Nonostante la sussistenza dei diversi profili critici nel testo dell'art. 12 del testo unico appena delineati, la disposizione non ha subito alcuna modifica né da parte del 'correttivo' di cui al D.lg. 16 giugno 2017, n. 100, né della l. 30 dicembre 2018, n. 145 che ha invece inciso su varie altre disposizioni. Eppure, il Consiglio di Stato nel parere 638/2017 reso sul 'correttivo' aveva sottolineato che l'art. 12 era «una di quelle che hanno suscitato, sinora, il più ampio dibattito dottrinario, in relazione ai dubbi interpretativi che ne emergono».

¹⁷ Il testo originario dell'art. 12 TUSP recitava: «1. I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salvo il danno erariale. 2. Costituisce danno erariale esclusivamente il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che abbiano con dolo o colpa grave trascurato di esercitare i propri diritti di socio, pregiudicando il valore della partecipazione».

cinarsi a quanto statuito delle Sezioni Unite nel 2013. L'art. 12 TUSP prevede che sia le società a partecipazione pubblica che le società *in house* debbano rapportarsi ad un sistema di responsabilità "a doppio binario"¹⁸, civile e amministrativo¹⁹. Secondo l'interpretazione prevalente, tuttavia, i regimi di giurisdizione sarebbero differenziati in base al tipo di società²⁰; da un lato, per le società a partecipazione pubblica è previsto che i suoi amministratori rispondano davanti al giudice ordinario dei pregiudizi da essi cagionati alla società, ai creditori sociali e ai singoli soci o terzi, ad eccezione del caso in cui il danno sia stato arrecato *direttamente* al socio pubblico, nel qual caso gli amministratori (o in ogni caso i rappresentanti dell'ente pubblico) risponderanno davanti al giudice contabile per danno *erariale*. Dall'altro lato, per le società *in house*, sembrerebbe doversi affermare – anche qui secondo l'interpretazione che appare prevalente – la giurisdizione contabile sulle azioni di responsabilità nei confronti dei suoi organi sociali anche per i danni subiti dalla società *in house* e solo *indirettamente* dal socio pubblico²¹.

Le modificazioni subite dall'art. 12 TUSP durante l'*iter* di approvazione legislativo hanno pertanto determinato un ampliamento del perimetro della giurisdizione contabile, quantomeno nelle società *in house*; scelta normativa che si ritiene dovuta

¹⁸ F. COSSU, *L'organo di controllo interno delle società a partecipazione pubblica: responsabilità, giurisdizione e funzionamento*, in F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ-R. CANTONE (a cura di), *Le Società Pubbliche – Fenomenologia di una fattispecie*, I, Napoli, 2020, p. 665, che sul punto sottolinea che l'accezione con cui oggi viene utilizzato il riferimento al "doppio binario" è in parte differente rispetto a quello originariamente pensato da giurisprudenza e dottrina. Si è passati da una ripartizione delle competenze tra giudice ordinario e contabile sulla base di un criterio di devoluzione per "materia" trattata, ad un criterio differente fondato sulla presenza di un rapporto di servizio tra il soggetto giuridico e la Pubblica Amministrazione. In tal senso si veda anche P. CREA, *Responsabilità degli amministratori di società e di enti pubblici economici: giurisdizione della Corte dei conti*, in www.lexitalia.it, 2005; M. DIPACE, *Responsabilità amministrativa, azione di responsabilità sociale e principio di parità*, in *Rass. Avv. Stato*, 2007, pp. 389-411.

¹⁹ A. DI NUNZIO-E. DE CARLO, *Il decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica*, in M.C. LENOCI-D. GALLI-D. GENTILE (a cura di), *Le società partecipate dopo il correttivo 2017*, Roma, 2017, p. 57.

²⁰ F. COSSU, *op. cit.*, p. 698, che sottolinea come, alla luce delle numerose differenze intercorrenti tra le due giurisdizioni, l'applicazione dell'ordinario regime sulla responsabilità degli amministratori verso la società o di quello sulla responsabilità amministrativa ha importanti ripercussioni sia sotto il profilo della disciplina sostanziale sia riguardo al regime processuale e al giudice competente, rispettivamente individuabili nel giudice ordinario o nel giudice contabile. Per un ulteriore approfondimento sulle differenze tra le due forme di responsabilità si veda anche T. MIELE, *La responsabilità amministrativa e contabile dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo delle società partecipate pubbliche e la giurisdizione della Corte dei conti*, in F. FIMMANÒ-A. CATRICALÀ-R. CANTONE (a cura di), *Le Società Pubbliche – Fenomenologia di una fattispecie*, I, Napoli, 2020, p. 834.

²¹ F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità, nota a Cass., Sez. Un., n. 22406 del 2018 (ordinanza)*, in *Società*, 2019, 1, pp. 73-74.

alla criticabile prassi degli enti pubblici controllanti di rimanere inerti di fronte al loro diritto di instaurare davanti al giudice ordinario giudizi di responsabilità per danni da *mala gestio*, determinando con ciò un sostanziale esonero da responsabilità civilistica degli organi sociali negligenti o infedeli delle società *in house*.

Per vero, tra le varie modifiche al testo originario, si segnala l'inserimento al primo comma di un riferimento alle società *in house*, prevedendo che per queste rimanga salva la giurisdizione della Corte dei Conti per il danno *erariale* causato dai suoi amministratori e dipendenti. In dottrina²², per quanto riguarda il riferimento al danno *erariale* sono state prospettate due interpretazioni: o ritenere che l'aver fatto salva la giurisdizione del giudice contabile "*per il danno erariale*", in realtà sottintenda che, anche per le società *in house*, possa prodursi un danno *non erariale* e di conseguenza ammettersi, in questo caso, la giurisdizione del giudice ordinario – interpretazione, come visto, accolta dai giudici catanesi nella sentenza in commento – oppure ritenere che il Legislatore abbia considerato ogni ipotesi di danno al patrimonio della società *in house* quale danno *erariale in re ipsa* con conseguente esclusiva giurisdizione contabile.

Questa seconda interpretazione potrebbe sostenersi considerando tale società come articolazione interna all'ente pubblico – sulla base dell'impostazione risalente all'arresto delle Sezioni Unite del 2013²³ – con la conseguenza che il danno arrecato al patrimonio della società *in house* da atti lesivi degli amministratori, è danno *erariale* in virtù della situazione di dipendenza economica dal socio pubblico.

Tuttavia, numerosi sono i motivi per i quali si tende ad accogliere la prima delle due interpretazioni prospettate in dottrina, ammettendo dunque che il danno al patrimonio sociale di una società *in house* possa avere una doppia natura, *erariale* e *non erariale*. Invero, lo stesso TUSP dispone per le società a partecipazione pubblica, e quindi anche *in house*, l'applicazione delle norme di diritto comune per quanto non espressamente derogato (art. 1, 3° comma). Inoltre, la responsabilità erariale degli amministratori per *mala gestio* mira a ristorare il danno subito dall'ente socio attraverso un risarcimento diretto a suo favore e a carico degli amministratori negligenti. Pertanto, ove si ammettesse in via esclusiva la giurisdizione contabile, in caso di incapienza del patrimonio sociale i creditori – ai cui diritti deve riconoscersi una tutela almeno pari se non prevalente rispetto a quella dell'ente controllante – rimarrebbero insoddisfatti, non potendo questi agire *ex art. 2394 c.c.* e non potendo agire il curatore fallimentare nei casi di fallimento della società *in house* (il caso esaminato dal Tribunale di Catania è proprio un'ipotesi di fallimento di una società *in house*

²² C. IBBA, *Crisi dell'impresa a controllo pubblico e responsabilità degli organi sociali*, in S. FORTUNATO-F. VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, pp. 65-74.

²³ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283, cit.

in cui ove il giudice avesse aderito alla suddetta tesi i creditori sarebbero rimasti senza tutela).

Infine, escludere che possa prodursi un danno *non erariale* contrasterebbe con la soluzione data dal Legislatore alla questione della fallibilità delle società *in house* che, come noto, non vengono ricondotte all'area di esclusione dal fallimento prevista per gli enti pubblici. Sarebbe paradossale, infatti, che la società fallisse ma il curatore non potesse agire nei confronti degli organi sociali a tutela dei creditori e per ristorare i danni subiti dal patrimonio sociale. Ne consegue la necessaria applicabilità delle norme relative alle procedure concorsuali – come nel caso di specie dell'art. 146, 2° comma, L. Fall. – ai fini della tutela degli interessi dei creditori sociali e di terzi soggetti che verrebbero irrimediabilmente pregiudicati ove si ammettesse la giurisdizione esclusiva del giudice contabile²⁴.

4. La soluzione adottata dal Tribunale e la difficile “cohabitation” delle due giurisdizioni

Nella decisione in commento i giudici catanesi, anche attraverso il riferimento in via ermeneutica all'art. 12 TUSP, ammettono la possibile concorrenza tra le azioni di responsabilità, in sede contabile e civile, verso gli organi sociali di una società *in house*. La soluzione resa dal Tribunale, come si è detto, era stata già adottata dai giudici di legittimità con l'ordinanza a Sezioni Unite n. 22406/2018, con cui la Suprema corte aveva proposto una lettura sistematica del rapporto tra giurisdizione civile e contabile. La coesistenza delle due azioni fa però sorgere, sul piano processuale, complessi problemi non facilmente risolvibili. Al riguardo va ricordato che in dottrina, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, si prospettavano, con particolare riferimento alle società *in house*, principalmente tre soluzioni al fine del coordinamento delle due azioni di responsabilità a cui sono sottoponibili gli organi sociali.

Secondo un primo orientamento, sarebbe possibile cumulare la responsabilità amministrativa e la responsabilità civilistica per i medesimi fatti dannosi concentrando le due azioni davanti ad una delle due giurisdizioni (Corte dei Conti o giudice ordinario). Tuttavia, tale modalità di coordinamento incontra degli ostacoli sotto il profilo processuale in quanto, da una parte, il Codice della giustizia contabile –

²⁴ F. GUERRERA, *op. cit.*, pp. 382-383, che sul punto scrive: “... fuori da questo modello, i creditori non potrebbero aspirare ad altro che a una tutela individuale di tipo ‘aquiliano’ dei loro diritti soggettivi, magari fondata sull'art. 28 Cost., che prevede la responsabilità dei funzionari pubblici estesa in solido all'ente pubblico nell'ambito della cui organizzazione essi hanno operato per gli atti compiuti dai primi in violazione dei medesimi; ma si tratta, chiaramente, di una visuale regressiva e del tutto insoddisfacente dal punto di vista giuscommercialistico”.

che pur sancisce al suo art. 3 il “principio di concentrazione”²⁵ – non consente l’intervento “autonomo” dei privati, escludendo quindi la proponibilità di azioni civili-stiche nel processo contabile²⁶; dall’altra parte, il Procuratore contabile è esclusivamente abilitato ad operare davanti alla Corte dei Conti, non potendo quindi agire dinnanzi al giudice ordinario.

Secondo altri, il rapporto tra le due azioni si dovrebbe configurare in termini di alternatività²⁷, nel senso che ove fosse stato instaurato un giudizio davanti ad una delle due giurisdizioni, l’altra azione sarebbe preclusa. Anche questa soluzione non può tuttavia essere accolta, sulla base di almeno due ragioni. La prima derivante dallo stesso testo dell’art. 12, dalla cui lettura sembra al contrario chiaro il riferimento ad una possibile coesistenza delle due azioni alla luce delle diverse tipologie di danno, *erariale e non erariale*; la seconda ragione poggerebbe invece sulle irriducibili coesistenti esigenze di tutela sia dell’interesse dei privati sia dell’interesse pubblico, ed invero la soluzione dell’alternatività porterebbe sicuramente alla lesione di uno di questi interessi²⁸.

Si è infine prospettata, da altri ancora²⁹, la possibilità del concorso tra le azioni di responsabilità. La Suprema Corte, nella sopra citata ordinanza, ha accolto quest’ultimo orientamento e ha ammesso quindi in termini espliciti la possibile concorrenza di azioni di responsabilità³⁰ nelle due sedi, ordinaria e contabile, escludendo che un tale concorso possa integrare una violazione del principio di *ne bis in idem*, in quanto si tratterebbe di azioni basate su differenti presupposti³¹. La Corte ha

²⁵ Art. 3, D.Lgs. n. 174/2016, Codice di giustizia contabile, per cui: “*Nell’ambito della giurisdizione contabile, il principio di effettività di cui all’art. 2 è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice contabile di ogni forma di tutela degli interessi pubblici e dei diritti soggettivi coinvolti, a garanzia della ragionevole durata del processo contabile*”.

²⁶ F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 383.

²⁷ L. VENTURINI, *L’azione di responsabilità amministrativa nell’ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell’interesse pubblico*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2005, p. 3442 ss.

²⁸ C. COMMANDATORE, *Le molteplici responsabilità degli organi sociali delle società a partecipazione pubblica, nota a Cass., Sez. Un., n. 22406 del 2018 (ordinanza)*, in *Urb. e app.*, 2019, 2, p. 199.

²⁹ R. RORDORF, *Le società pubbliche nel codice civile*, in *Società*, 2005, 4, p. 428.

³⁰ Come noto, sia la decisione in commento sia l’ordinanza n. 22406/2018 delle Sezioni Unite hanno ammesso la possibile concorrenza tra l’azione contabile e l’azione esercitata dal curatore fallimentare ex art. 146, 2° comma, L. Fall. Tuttavia, si dovrebbe riconoscere portata generale a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, invero la possibile concorrenza tra azioni nelle due sedi non può essere circoscritta all’ipotesi del fallimento, pena una illegittima sperequazione nella tutela di patrimonio sociale e creditori tra le società sottoposte al fallimento e le società *in bonis*.

³¹ Tale ricostruzione sarebbe altresì compatibile con la recente giurisprudenza della Corte EDU che ha affermato che tale principio possa essere violato solo nel caso in cui vengano instaurati più giudizi di responsabilità relativi alla medesima condotta, quando questi si distinguano esclusivamente per il tipo di sanzione e non per i relativi presupposti, così Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in *www.camera.it*.

escluso tale violazione «*stante la tendenziale diversità di oggetto e di funzione fra il giudizio proposto dalla P.A. innanzi al giudice civile e il giudizio promosso dal Procuratore contabile innanzi la Corte dei conti*»³². In particolare, l'azione esercitata dal Procuratore contabile è obbligatoria ed è volta all'irrogazione di una condanna pecuniaria a titolo sanzionatorio nei confronti dell'amministratore che abbia cagionato un danno all'erario, un'azione dunque ad esclusivo vantaggio del socio pubblico. Invece, l'esercizio in sede civile delle azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali di una società *in house* è discrezionale e ha finalità risarcitorie operando quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale danneggiato, a tutela di soci e soprattutto dei creditori sociali³³.

Stante la diversità dei giudizi, la Corte ha dunque affermato l'esistenza in sede processuale di un modello a "doppio binario" basato su un parallelismo tra i due giudizi. Infatti a parere dei giudici, pur essendo possibile un'interferenza tra il giudizio civile e quello contabile e pur riguardando il medesimo fatto materiale, le due azioni rimarrebbero comunque tra loro indipendenti³⁴. Tale impostazione non era pienamente nuova nel panorama giurisprudenziale, infatti già precedentemente la Corte di Cassazione si era espressa sui rapporti tra le giurisdizioni consolidando così l'orientamento secondo cui "*giurisdizione penale e civile, da un lato, e giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale. L'eventuale interferenza, che può determinarsi tra tali giudizi, pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, senza dar luogo a questione di giurisdizione*"³⁵.

Dopo aver delineato lo stato dell'arte in merito al possibile coordinamento dell'azione contabile e delle azioni di diritto societario per danni al patrimonio sociale in tema di responsabilità di amministratori di società *in house*, ed essendo la giurisprudenza – sia di legittimità che di merito – giunta ad ammettere la possibile trattazione in parallelo dei giudizi nelle due sedi, bisogna ora analizzare cosa in concreto possa determinare tale interferenza tra giudizi. Difatti, non pochi sono i problemi di coordinamento che possono sorgere ove si eserciti un'azione di responsabilità per danni da *mala gestio* nei confronti dei medesimi amministratori, e per i medesimi

³² Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22406 (ordinanza), cit.

³³ Così Cass., Sez. Un., 2 settembre 2013, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, XI, p. 1079.

³⁴ F. COSSU, *op. cit.*, p. 709: "*Laddove nel tempo si formino due diversi titoli da eseguire sui beni dei componenti degli organi sociali, questi seguiranno le normali dinamiche del processo di esecuzione. E se una delle due azioni avrà bruciato sul tempo l'altra evidentemente non avrà esito fruttuoso per la sopravvenuta incapienza*".

³⁵ *Ex multis*: Cass., Sez. Un., n. 4883/2019 in *Foro amm.*, 2019, 10, c. 1590; Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2017, n. 31107, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. Un., 19 luglio 2016, n. 14792, in *Foro it.*, 2017, 11, 1, p. 3412; Cass., Sez. Un., 17 aprile 2014, n. 8927, in *Corr. giur.*, 2014, VI, p. 866.

fatti materiali, sia innanzi alla Corte dei Conti sia presso il giudice ordinario. Si rende dunque necessario indagare se esistono strumenti processuali di coordinamento del doppio binario di giurisdizione che tengano conto del divieto di duplicazione delle pretese risarcitorie, dei rapporti tra i relativi accertamenti di responsabilità – si pensi al possibile contrasto di giudicati – ed in generale del rischio di un sacrificio eccessivo in capo agli organi sociali derivante dal doversi difendere, seppur a diverso titolo, in due sedi diverse per i medesimi fatti materiali.

In merito ai rispettivi rapporti, giudice contabile e giudici di legittimità hanno assunto posizioni diverse.

In particolare, la Corte dei Conti ha ripetutamente affermato la propria piena autonomia rispetto al giudice ordinario. Pertanto, l'esito di un'azione di responsabilità in sede civile non può determinare alcun condizionamento al libero convincimento del giudice contabile, nell'eventualità dell'esercizio dell'azione erariale per gli stessi fatti e a carico degli stessi soggetti. Né, peraltro, il precedente esperimento di un'azione civile potrebbe produrre effetti preclusivi con riferimento all'azione del Procuratore contabile, infatti il giudice contabile ha affermato che *“anche ove il giudice ordinario abbia definito la liquidazione del danno, nulla vieta una pronuncia del giudice contabile sul quantum debeatur se l'intero credito erariale per cui è azione del P.G. non sia stato interamente soddisfatto nella previa sede civile”*³⁶. Tale rivendicazione di assoluta autonomia da parte della magistratura contabile lascia tuttavia aperti i problemi di convivenza e coordinamento con le azioni innanzi al giudice ordinario, in quanto la magistratura contabile non propone alcun rimedio a tutte quelle conseguenze che la duplicazione dei procedimenti potrebbe determinare (*iniusta locupletatio* in capo all'amministratore, violazione del principio di *ne bis in idem*, ecc.), limitandosi alla semplice asserzione di indipendenza.

Meno estrema la posizione assunta dalla Corte di Cassazione che, pur riconoscendo anch'essa l'autonomia tra le due giurisdizioni, ha prospettato un meccanismo preclusivo basato sull'unicità sostanziale dell'obbligazione risarcitoria che potrebbe scaturire dalle azioni di responsabilità esercitate nelle due sedi; entrambe tali azioni infatti hanno origine dal medesimo fatto dannoso e sono volte all'ottenimento del medesimo bene della vita³⁷. In particolare la Corte di Cassazione ha affermato che *“... il coesistere delle due diverse azioni, aventi, presupposti e finalità diversi, non determina un conflitto tra giurisdizioni, ma soltanto un'eventuale preclusione all'esercizio di un'azione quando con l'altra si sia ottenuto il medesimo*

³⁶ Si veda sul punto Corte Conti, Sez. I, 23 settembre 1992, n. 200, in *Riv. Corte conti*, 1992, V, p. 50. Allo stesso modo anche Corte dei Conti, Sez. riun., 17 febbraio 1992, n. 752, in *Riv. Corte conti*, 1992, II, p. 51.

³⁷ M. GOLIA, *Arbitrato e Corte dei conti: per le società in house providing “c'è (più di) un giudice a Berlino”?*, in *Riv. Arb.*, fasc. 1, 2020, p. 194.

bene della vita”³⁸, pertanto una volta che il bene della vita (pretesa risarcitoria) sia stato ottenuto in una delle due sedi dovrebbe ritenersi preclusa l’azione innanzi alla diversa giurisdizione, evitando così una duplicazione di procedimenti e di risarcimenti.

La soluzione prospettata dai giudici di legittimità presenta però dei limiti applicativi, innanzitutto non si tratta di un meccanismo preclusivo normativamente previsto per cui la sua attuazione è rimessa alla discrezionalità della magistratura; ed inoltre non risolve quelle problematiche che potrebbero sorgere ove le due azioni venissero instaurate in parallelo, prima che il meccanismo preclusivo basato sull’ottenimento del bene della vita possa operare. Con riferimento al primo dei due limiti segnalati, le maggiori problematiche riguardano i casi in cui si sia già agito in sede civile e la magistratura contabile si trovi a dover decidere sull’esperimento dell’azione erariale di responsabilità nei confronti degli stessi soggetti e per il medesimo fatto dannoso. Difatti, se si considera l’orientamento rigoristico della Corte dei Conti rivendicante la sua assoluta autonomia rispetto alla giurisdizione civile, non potrà non dubitarsi dell’effettiva disponibilità della magistratura contabile all’applicazione del meccanismo preclusivo proposto dalla Corte di Cassazione.

Passando al secondo dei due limiti indicati, esso si riferisce ai profili di incompletezza dell’impostazione prospettata dalla Corte di Cassazione la quale non ha fornito alcuno strumento di coordinamento processuale e/o sostanziale nel caso di instaurazione parallela dei due procedimenti nelle due sedi, civile e contabile. Al fine di superare tale limite, in giurisprudenza si è sostenuto che ove si giunga ad un accertamento di responsabilità in entrambe le sedi e vi sia una differenza nel *quantum* delle condanne bisognerebbe tenere conto, scomputandolo, di quanto già liquidato in uno dei due giudizi³⁹ così da non violare il divieto di duplicazione delle pretese risarcitorie. Parte della giurisprudenza contabile, in particolare, ha proposto di rimettere alla fase esecutiva il coordinamento delle decisioni assunte in parallelo dalle due giurisdizioni. Il convenuto potrebbe pertanto eccepire in sede di esecuzione o di opposizione all’esecuzione l’intervenuto totale o parziale saldo in sede civile degli importi al cui pagamento è stato condannato in via definitiva in sede contabile⁴⁰.

Tuttavia, anche qui emergono alcuni punti critici in quanto non si può non tenere conto del fatto che l’assoluta autonomia rivendicata dalla Corte dei Conti in sede cognitiva dovrebbe riflettersi anche in sede esecutiva. Viene in rilievo il principio – proprio del processo esecutivo – per cui le esecuzioni e le opposizioni “*devono ef-*

³⁸ Cass., Sez. Un., 17 aprile 2014, n. 8927, cit.

³⁹ C. COMMANDATORE, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁰ Si vedano sul punto: Corte Conti, Lombardia, Sez. reg. giurisd., 1° febbraio 2010, n. 18, in *Leggi d’Italia*; Corte Conti, Lombardia, Sez. reg. giurisd., 13 maggio 2010, n. 235, in *Leggi d’Italia*.

fettuarsi con riferimento a quella situazione giuridica che è rappresentata nel titolo, prescindendosi da tutto ciò che dal titolo non risulta”⁴¹, dunque in presenza di due titoli esecutivi, distinti ma riferibili alla medesima vicenda sostanziale, potrebbe non essere riconosciuto al convenuto esecutato il diritto di opposizione all’esecuzione per richiedere la riduzione di quanto già adempiuto in esecuzione di uno dei due titoli.

Inoltre, pur ammettendo la possibilità del debitore esecutato di poter agire in opposizione, si evidenzia che sono molteplici gli strumenti per la riscossione in sede contabile tra i quali l’amministrazione creditrice può optare; sorge dunque inevitabilmente una situazione di incertezza per l’esecutato relativamente all’individuazione del corretto strumento di difesa, in quanto dipendente dalle scelte di volta in volta compiute dall’amministrazione titolare del credito erariale⁴².

Alla luce di quanto detto, è possibile constatare che il sistema del doppio binario processuale, sia nella ricostruzione della Corte dei Conti sia in quella meno rigorista prospettata dalla Corte di Cassazione, se, da un lato, ha il merito di valorizzare l’autonomia dei giudizi civile e contabile, dall’altro, determina non poche difficoltà nel rinvenire nell’ordinamento positivo efficaci meccanismi di coordinamento tra procedimenti data l’assenza di una specifica regolamentazione normativa.

Tale *vulnus* normativo ha dei risvolti fattuali di estremo rilievo e di difficile composizione in via interpretativa. Una su tutte la potenziale lesione del principio di *ne bis in idem*; tale violazione, come già evidenziato, è stata esclusa da parte della Suprema Corte⁴³ e dai giudici catanesi a motivo della diversità dei presupposti tra le due forme di responsabilità e delle differenti finalità perseguite dai due accertamenti (l’una sanzionatoria, l’altra ripristinatoria), condizioni queste – a parere dei giudici – bastevoli per poter escludere la violazione del divieto di doppio giudizio sul medesimo fatto⁴⁴.

⁴¹ Cfr. C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2017, p. 216.

⁴² M. GOLIA, *op. cit.*, p. 197, che sul punto aggiunge: “A tal proposito, è bene ricordare che, per l’esecuzione del titolo giuscontabile, l’art. 213 C.g.c. prevede che, chiusa la fase di cognizione e intervenuta la condanna, il Pubblico ministero comunichi la sentenza munita della formula esecutiva all’amministrazione titolare del credito erariale. Sarà questa, poi, a provvedere alla riscossione del credito, scegliendo tra diverse alternative: a) mediante recupero in via amministrativa; b) mediante esecuzione forzata di cui al Libro III del codice di procedura civile; c) mediante iscrizione a ruolo ai sensi della normativa concernente, rispettivamente, la riscossione dei crediti dello Stato e degli enti locali e territoriali (art. 214, comma 5)”, l’Autore, dedicandosi in verità ai rapporti tra giurisdizione contabile e arbitrato, indaga altre possibili soluzioni di coordinamento tra le giurisdizioni – cui si rimanda per un approfondimento – prospettandone analiticamente le relative criticità.

⁴³ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22406 (ordinanza), cit.

⁴⁴ La differenza di presupposti sulla responsabilità esclude a parere del Supremo consesso il rischio della violazione del principio di *ne bis in idem*. La ricostruzione sarebbe altresì avallata, come già detto in nota 27, da un recente *dictum* della Corte EDU che ha affermato che tale principio possa essere viola-

In realtà ad un esame più approfondito emergono alcuni orientamenti giurisprudenziali che potrebbero mettere in discussione la conclusione sopra esposta. Invero, da una parte, vi è la tendenza a riconoscere alla responsabilità civile una componente anche sanzionatoria e non solo ripristinatoria⁴⁵; dall'altra parte, non si può non tener conto dei moniti provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale che, pur ammettendo la liceità di un doppio binario sanzionatorio per i medesimi fatti dannosi quando i presupposti e le finalità delle due azioni siano differenti, richiede in ogni caso che ciò non determini un eccessivo sacrificio per il convenuto. È infatti necessario che la risposta dell'ordinamento ad un medesimo fatto materiale sia proporzionata e prevedibile da parte dell'individuo, ovvero sia che si disponga di un organico sistema di coordinamento del doppio binario procedimentale⁴⁶.

Alla luce delle considerazioni svolte, è evidente che nel nostro ordinamento non sia stato ancora delineato un meccanismo di coordinamento che risolva le analizzate criticità poste dalla concorrenza tra le azioni di responsabilità in capo agli organi sociali nei casi di danni al patrimonio di una società *in house*.

5. I tentativi di superamento delle tesi dualistiche

La soluzione proposta dal Tribunale di Catania nella sentenza in commento, sulla scorta dell'ordinanza n. 22406 delle Sezioni Unite, non è dunque priva di criticità dal punto di vista della sua applicazione concreta.

In realtà, alcuni autori hanno sostenuto che la concorrenza tra giurisdizione ordinaria e contabile non sia l'unica via percorribile al fine di tutelare al tempo stesso sia gli interessi pubblici che gli interessi privati coinvolti.

In particolare, in dottrina⁴⁷ è stata prospettata un'ulteriore soluzione che trove-

to solo nel caso in cui vengano instaurati più giudizi di responsabilità relativi alla medesima condotta, quando questi si distinguano esclusivamente per il tipo di sanzione e non per i relativi presupposti (Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in www.camera.it).

⁴⁵ Si fa riferimento alla nota sentenza della Corte di Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, VIII-IX, p. 1787, con cui i giudici di legittimità hanno affermato che deve essere superato il “*carattere monofunzionale della responsabilità civile*” costituito dalla finalità reintegratoria del risarcimento a favore di una visione polifunzionale della responsabilità civile. Si segnala che già in altre occasioni le Sezioni Unite avevano messo in luce che “*la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento*” (Cass., Sez. Un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *Giur. it.*, 2015, VI, p. 1413).

⁴⁶ Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, n. 24130, *A e B c. Norvegia*, in *Foro it.*, 2017, 2, IV, p. 53.

⁴⁷ C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 6, pp. 1244-1245.

rebbe fondamento normativo nell'art. 73, D.Lgs. n. 174/2016 (Codice di Giustizia contabile) secondo cui: «*Il pubblico ministero, al fine di realizzare la tutela dei crediti erariali, può esercitare tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, Titolo III, Capo V, del codice civile*». Tra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale vi è l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. che attribuisce al creditore una legittimazione straordinaria ad agire per far valere in giudizio diritti del proprio debitore a fronte di un'ingiustificata inerzia di quest'ultimo che potrebbe arrecare pregiudizio alle ragioni creditorie. In materia di società *in house*, potrebbe dunque configurarsi un sistema per cui, in primo luogo, spetterebbe all'amministrazione socia (o agli altri soggetti legittimati) il diritto ad agire in sede ordinaria per far valere la responsabilità per danni da *mala gestio* nei confronti degli amministratori e/o sindaci della società *in house*, e in secondo luogo, qualora l'amministrazione rimanga inerte, la menzionata norma legittimerebbe il Procuratore contabile ad esercitare in via surrogatoria, innanzi alla Corte dei Conti, le azioni di responsabilità civilistiche nei confronti degli organi sociali della società *in house*. Tale impostazione, determinante un fenomeno di co-legittimazione all'esercizio di una stessa azione davanti a distinte giurisdizioni⁴⁸, ha trovato riconoscimento in una sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 2015⁴⁹, tuttavia non si rilevano ulteriori conferme in giurisprudenza. Ciò potrebbe essere dovuto al macchinoso funzionamento di tale sistema "surrogatorio" che sembrerebbe in sostanza complicare invece che semplificare. Infatti, è vero che tale soluzione permetterebbe di disporre di uno strumento che consenta alla Procura contabile di tutelare l'integrità delle risorse pubbliche investite nella società *in house* senza al tempo stesso dar luogo a interferenze con le azioni civilistiche e senza ripercussioni negative per gli interessi dei creditori sociali, ma anche qui numerose sarebbero le difficoltà applicative. Una su tutte, il problema dell'individuazione del momento in cui si determini l'inerzia dell'amministrazione socia così da legittimare l'azione in via surrogatoria del Procuratore contabile.

Un superamento delle criticità derivanti dall'affermata concorrenza in diverse sedi tra azioni di responsabilità per i danni cagionati al patrimonio di una società *in house* potrebbe essere tentato oggi anche alla luce della diversa ricostruzione effettuata dalla Suprema Corte nel 2013⁵⁰. Tuttavia, da più parti sono stati sollevati

⁴⁸ C. COMMANDATORE, *op. cit.*, p. 200.

⁴⁹ Corte App. Napoli, 27 ottobre 2015, in *Giur. comm.*, 2017, p. 128, in cui venne affermato che: "... possibilità, non sempre adeguatamente valorizzata, che la Procura contabile agisca ex art. 2392 c.c. nei confronti degli amministratori in via surrogatoria dell'ente socio la cui inerzia pregiudichi il valore della partecipazione in applicazione dell'art. 1 comma 174 L. n. 266/05".

⁵⁰ Peraltro recentemente ribadita in: Cass. civ., Sez. Un., 21 giugno 2019, n. 16741, con nota di P.

dubbi in merito ad un distinto regime di giurisdizione applicabile alle società a partecipazione pubblica e alle società *in house*, delineato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 26283/2013, in base al quale per gli amministratori delle società *in house* si prevederebbe l'assoggettabilità esclusiva alla responsabilità erariale anche nel caso di danni cagionati direttamente al patrimonio sociale. Peraltro, gli assunti su cui tale sentenza si basa – tra gli altri, la mancanza di alterità soggettiva tra società *in house* ed ente pubblico controllante – non convincono per più di una ragione. In primo luogo i giudici di legittimità, sostenendo la tesi della negazione della personalità giuridica delle società *in house*, non hanno motivato il superamento del disposto dell'art. 2331 c.c., in base al quale con l'iscrizione nel registro delle imprese la società di capitali “*acquista la personalità giuridica*”. In secondo luogo, il superamento del *dictum* del 2013 in merito alla natura delle società *in house* quale “*mere articolazioni della pubblica amministrazione*” si impone anche alla luce delle norme introdotte dal D.Lgs. n. 175/2016 il cui art. 1, 3° comma, stabilisce che si applichino alle società a partecipazione pubblica le norme di diritto comune per quanto non espressamente derogato dal decreto stesso; il cui art. 14 assoggetta le società *in house*, al pari di ogni società di diritto privato, alla disciplina delle procedure concorsuali; ed altre ancora potrebbero citarsene a sostegno dell'evidente presa di posizione del Legislatore. Se ciò è vero, tutte le società a partecipazione pubblica, *in house* comprese, sarebbero sottoposte alla disciplina di diritto privato e quindi dotate di propria personalità giuridica ed autonomia patrimoniale⁵¹. Ne consegue che, guardando al piano della responsabilità, anche nelle società *in house* il danno cagionato dalla *mala gestio* degli amministratori direttamente al patrimonio sociale non potrebbe dunque configurarsi quale danno *erariale*. Inoltre, al pari di quanto previsto per le società a partecipazione pubblica in generale, anche per le società *in house* la possibile concorrenza di azioni nelle due sedi si avrebbe solo ove il danno sia stato arrecato direttamente all'ente pubblico socio – configurandosi in questo caso un danno *erariale*, con giurisdizione del giudice contabile – ed in capo agli organi sociali della società *in house* ed in ogni caso nei confronti di chi, titolare del potere di rappresentare il socio pubblico nella società controllata, non abbia esercitato i diritti lui spettanti per la reintegrazione del patrimonio sociale⁵².

PIAZZA, *Sui requisiti qualificanti le società in house providing e sulle contraddizioni che ancora caratterizzano tale modello*, in *Giur. comm.*, 2020, III, pp. 594-615; e con nota di S. CASTROVINCI ZENNA, *Sull'affidamento in house a favore di società a totale partecipazione pubblica nella prospettiva del riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 2020, VI, pp. 1305-1321.

⁵¹ C. PECORARO, *Le società in house: profili societari*, in *Le società a partecipazione pubblica. Commentario telematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, diretto da in C. IBBA-I. DEMURO, Bologna, 2018, pp. 224-227.

⁵² V. BONTEMPI, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, nota a *Cass., Sez. Un., n. 22406 del 2018 (ordinanza)*, in *Giorn. dir. amm.*,

6. Considerazioni conclusive

Considerate le difficoltà che derivano dalle suddette impostazioni, non resta che proporre una lettura “sistematica” del disposto dell’art. 12 TUSP⁵³ nella direzione di un superamento della sentenza n. 26283/2013 e in direzione della equiparazione dei regimi di giurisdizione per tutte le società a partecipazione pubblica⁵⁴. A tali fini, il nodo cruciale sta nel senso da attribuire all’inciso contenuto nel primo comma “*salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*”, comma che, anche alla luce della sua “aggiunta” in sede di lavori preparatori ad una norma già formulata, deve ritenersi una norma residuale voluta dal Legislatore *ad abundantiam*⁵⁵ per precisare, in considerazione dell’incertezza giurisprudenziale sul punto, che comunque rimane salva la giurisdizione della Corte dei Conti in caso di danno *erariale* cagionato dagli amministratori di una società *in house* e non recuperabile – o recuperato –

2019, 2, p. 225, secondo cui le ipotesi di concorrenza permarrebbero anche nel caso in cui la società *in house* venga dichiarata fallita. Si deve ritenere che al curatore fallimentare si trasferisca la legittimazione processuale all’esercizio di tutte le azioni di responsabilità, davanti al giudice ordinario, finalizzate al risarcimento del danno cagionato direttamente al patrimonio sociale; e al giudice contabile spetti solamente l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che abbiano cagionato un danno diretto al patrimonio dell’ente pubblico partecipante o nei confronti di chi rappresenta quest’ultimo.

⁵³ In proposito, e *ad adiuvandum* rispetto alla legittimità della lettura di seguito proposta nel testo, non può tralasciarsi che l’art. 18 della legge delega n. 124/2015 esprimeva, da una parte, il principio di “*h) eliminazione di sovrapposizioni tra regole e istituti pubblicistici e privatistici ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo*”, e dall’altra, il principio di “*a) proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica*”. Alla luce di tali principi sorgono dubbi circa la legittimità della disciplina contenuta nell’art. 12 TUSP così come maggioritariamente interpretata. Invero, in adesione al *dictum* della giurisprudenza di legittimità del 2013, la norma delinea differenti regimi di responsabilità e quindi non eliminerebbe la sovrapposizione tra giurisdizione contabile (regole pubblicistiche) e giurisdizione civile (regole privatistiche) con riferimento alle società *in house*, né mancano dubbi sulla proporzionalità delle deroghe alla disciplina di diritto comune viste le problematiche che la concorrenza tra le azioni determina. Per un approfondimento sul punto si veda: C. IBBA, *Crisi dell’impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società pubbliche dopo il Testo unico*, cit., pp. 1245-1246.

⁵⁴ M. LIBERTINI, “*Un nuovo diritto delle società pubbliche?*”, a cura di Roberto Miccù. *Note di lettura su un libro recente*, in *Orizzonti dir. comm.*, 2019, 3, p. 747 s., il quale, segnalando le problematichità derivanti dall’interpretazione maggioritaria dell’art. 12 TUSP, non esclude che «... la “salvezza” della giurisdizione contabile per il danno erariale arrecato agli enti soci della società *in house* ... potrebbe essere anche interpretata restrittivamente, intendendo come danno erariale solo quello subito “direttamente” dall’ente socio, cioè non mediato dal depauperamento del patrimonio della società».

⁵⁵ V. BONTEMPI, *op. cit.*, p. 226, che sul punto aggiunge che, a tali fini, sarebbe bastato il periodo successivo dell’art. 12 TUSP in cui si afferma in via generale la giurisdizione della magistratura contabile in materia di danno erariale.

tramite la reintegrazione del patrimonio sociale⁵⁶. In proposito, va infatti ulteriormente sottolineato che, al di là della problematica in astratto considerata, il danno derivante ai creditori consiste nel non poter soddisfare il proprio credito, ed il risarcimento di tale danno è recuperabile solo dalla società (in caso di fallimento, dal curatore)⁵⁷, mentre il danno subito dal socio pubblico, al di là del profilo sanzionatorio e di eventuali danni non patrimoniali, deriva dalla perdita del capitale investito, e che nelle società lo scopo dell'azione di responsabilità è altresì quello di ristore tale danno. Dunque, anche l'interesse pubblico può venir soddisfatto dall'azione civilistica, mentre non può dirsi lo stesso all'inverso, in quanto l'interesse dei creditori non può trovare soddisfazione nel giudizio contabile che, peraltro, prevenendo un risarcimento diretto all'ente socio, determina, nei casi di incapacienza del patrimonio sociale, un'alterazione nell'assetto di interessi delineato dalle norme civilistiche, privilegiando il socio pubblico a discapito delle legittime aspettative dei creditori sociali. Inoltre, il danno patrimoniale del socio pubblico sarebbe un danno "riflesso" non identificabile con il danno subito dal patrimonio sociale, ma derivante dalla perdita di esso. Pertanto, anche la connessa responsabilità sarebbe una responsabilità "di secondo grado", conseguente alla mancata o insufficiente reintegrazione del capitale sociale (che potrà avvenire solo "a valle" della soddisfazione dei

⁵⁶ Si ricorda che già la Corte dei Conti (Sez. I, 23 settembre 1992, n. 200, cit.) aveva riconosciuto la legittimità dell'azione del Procuratore contabile per ottenere la soddisfazione del credito erariale ove questo non fosse stato interamente soddisfatto nella previa sede civile, con ciò dunque sottintendendo che il danno patrimoniale subito dall'ente pubblico possa venire soddisfatto già con la reintegra del patrimonio della società *in house*, permettendo infatti all'ente pubblico di recuperare quanto investito.

⁵⁷ Al riguardo si deve segnalare brevemente il profilo relativo alla responsabilità delle società o degli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento in applicazione dell'art. 2497 c.c. (per un approfondimento, si veda l'ordinanza n. 22406 delle Sezioni Unite del 2018). Difatti, in virtù della subordinazione gerarchica degli amministratori della società *in house* all'ente pubblico controllante (c.d. controllo analogo) era stata riconosciuta dai giudici di legittimità la possibilità per i creditori sociali e per eventuali soci privati (o per il curatore, in caso di fallimento) di poter agire innanzi al giudice ordinario *ex art.* 2497 c.c. per rivalersi sull'ente pubblico controllante che aveva abusato della sua posizione di controllo rendendo incapiente il patrimonio della società *in house*. Tuttavia, si deve segnalare che il recente intervento del Legislatore, con il Decreto correttivo (D.Lgs. n. 147/2020) al Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, sembrerebbe condurre a risultati diversi rispetto agli approdi dei giudici di legittimità. Invero, all'art. 2, 1° comma, del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, con riferimento alla definizione di "gruppo di imprese" – quali l'insieme delle società, delle imprese e degli enti che esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica – le parole «escluso lo Stato» (specificate dal Legislatore nel 2009 attraverso un'interpretazione autentica intervenuta *ad hoc* relativamente alla vicenda della crisi Alitalia) sono state sostituite da «esclusi lo Stato e gli enti territoriali». A seguito di tale modifica, dunque, l'area di esclusione dei soggetti sottoposti alla responsabilità da abuso di direzione e coordinamento, inizialmente ricomprendente solo lo Stato, sembrerebbe oggi riguardare anche gli enti territoriali. Gli effetti di una interpretazione in tal senso, ove trasposta al caso delle società *in house*, porterebbero a dover escludere che gli enti territoriali che esercitano un controllo analogo su società *in house*, possano essere chiamati a rispondere *ex art.* 2497 c.c.

creditori). Se quindi l'azione di responsabilità esperita in sede civile è in grado, attraverso la reintegrazione della perdita subita, di soddisfare al contempo gli interessi della società *in house* (che vede reintegrato il proprio patrimonio), dei creditori sociali (che riacquistano un patrimonio su cui potersi soddisfare) e, almeno in parte, dello stesso socio pubblico (attraverso il ripristino del valore della sua partecipazione), sembrerebbe ragionevole orientarsi verso una lettura in senso "residuale" dell'azione di responsabilità in sede contabile, esperibile solo nel caso in cui venga cagionato un danno *erariale*, inteso quale danno diretto all'ente pubblico, e nei casi in cui il credito erariale non sia già stato interamente soddisfatto in sede civile.

In tal senso sembra pronunziarsi, ad una attenta lettura, lo stesso art. 12 TUSP che specifica al comma secondo che per danno *erariale* debba intendersi quel danno "*patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti*", e non quindi quello subito direttamente dal patrimonio sociale della società partecipata.