

**LE SOCIETÀ
PUBBLICHE TRA
INQUADRAMENTO
PRIVATISTICO
E NORMATIVA
PUBBLICISTICA**

**In ricordo di
Egidio Lamberti**

SATURA  EDITRICE



INDICE

RENATO RORDORF

Già Presidente Aggiunto della Corte di cassazione, nonché Componente della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa

Le società pubbliche tra inquadramento privatistico e normativa pubblicistica » 1

MARIO CAMPOBASSO

Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università della Campania *Luigi Varvitelli*

Il potere di nomina diretta degli amministratori e dei sindaci da parte del socio pubblico » 15

RAFFAELE CANTONE

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, già Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

Le società pubbliche nel perimetro dell'«anticorruzione amministrativa» » 31

FERRUCCIO CAPALBO

Consigliere della Corte dei Conti Sezione regionale di controllo per la Campania

Società partecipate da enti pubblici: art. 12 d.lgs. 175/16 e nuovi spazi per la giurisdizione contabile » 61

PAOLO CELENTANO

Presidente della Sezione Specializzata in materia d'Impresa della Corte d'Appello di Napoli

La revoca degli organi di amministrazione e di controllo delle società a partecipazione pubblica » 103

STANISLAO DE MATTEIS

Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, Componente del Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria

La *governance* della crisi d'impresa: le «società pubbliche». Prime riflessioni a margine del codice della crisi e dell'insolvenza e del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.... p. 115

FRANCESCO FIMMANÒ

Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università *Mercatorum*, Componente del Consiglio di Presidenza della Corte dei Conti

L'abuso di eterodirezione della società pubblica » 171

VITTORIO OCCORSIO

Professore associato di Diritto privato nell'Università *Mercatorum*, Notaio in Roma

Assetti organizzativi e clausole statutarie delle società pubbliche..... » 207

NICOLA RASCIO

Professore Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Napoli *Federico II*

Profili del concorso fra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile in materia di responsabilità risarcitoria degli organi di società pubbliche » 267

LUIGI SALVATO

Procuratore Generale Aggiunto presso la Corte di cassazione

Considerazioni conclusive » 283

PROFILI DEL CONCORSO FRA GIURISDIZIONE ORDINARIA
E GIURISDIZIONE CONTABILE
IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ RISARCITORIA
DEGLI ORGANI DI SOCIETÀ PUBBLICHE*

NICOLA RASCIO

SOMMARIO: 1. Un caso emblematico e la cornice in cui si colloca. – 2. Altre fattispecie (esemplificative) di concorso fra le due giurisdizioni. – 3. Il possibile concorso delle giurisdizioni per la responsabilità risarcitoria degli organi di società pubbliche. – 4. Controindicazioni certe e rimedi impraticabili. – 5. La soluzione invalsa nel diritto vivente. – 6. Un possibile diverso meccanismo di risoluzione del concorso di giurisdizioni. L'azione surrogatoria.

1. *Un caso emblematico e la cornice in cui si colloca.* – È proprio di questi giorni una sentenza con cui la Corte di cassazione ha risposto affermativamente al quesito, «se il giudice ordinario abbia o meno la competenza giurisdizionale a conoscere della domanda di condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, ivi compreso il danno all'immagine, promossa dall'Istituto autonomo case popolari nei confronti di un proprio dirigente in conseguenza di fatti illeciti costituenti reato [... ed] in particolare, se la giurisdizione ordinaria sia o meno preclusa dalla circostanza che, anteriormente alla notifica dell'atto di citazione [...] da parte dell'Amministrazione interessata, la Procura regionale della Corte dei conti abbia, in relazione ai medesimi fatti materiali [...], promosso [...] azione di responsabilità amministrativa per il risarcimento del danno, patrimoniale e all'immagine, ottenendo dalla

* Sono state omesse le parole di circostanza ed aggiunte, nelle note e senza pretesa di completezza, alcune prime indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

Sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti la richiesta sentenza di condanna [...], impugnata dal convenuto in grado di appello».

E questo responso ha confermato il proprio saldo orientamento per il quale «l'azione di responsabilità contabile nei confronti del dipendente di un'amministrazione pubblica non è sostitutiva delle ordinarie azioni civilistiche di responsabilità nei rapporti tra l'amministrazione e il soggetto danneggiante», sicché deve «negarsi che vi sia [...] una giurisdizione esclusiva [...] della Corte dei conti [...], mentre va riconosciuta la coesistenza di diverse azioni di natura risarcitoria, che possono essere esercitate anche contestualmente»¹.

Ora, dal combinato disposto degli artt. 102 e 103 Cost. si ricava, anzitutto, che la giurisdizione del G.O. ha carattere residuale, ossia sussiste tutte le volte in cui non sia attribuita ad altro giudice. Ed ancora che, mentre il G.A. ha generalmente giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi, occorrendo la previsione di legge per estenderla a quella dei diritti soggettivi «in particolari materie», la Corte dei conti ha giurisdizione generale nelle materie di contabilità pubblica, al di fuori della quale occorre l'attribuzione da parte del legislatore.

A quest'ultimo riguardo la Corte costituzionale, già con le sentenze nn. 189/1984 e 241/1984², sulla premessa della «tendenziale ma non assoluta generalità della giurisdizione contabile prevista dal 2° comma dall'art. 103 Cost.», aveva dichiarato inammissibili, in quanto dirette a sindacare valutazioni riservate alla «discrezionalità del potere legislativo», questioni di costituzionalità di disposizioni attributive alla giurisdizione del G.O. (anziché a quella della Corte dei conti) della cognizione delle controversie concernenti la responsabilità per danni degli amministratori e degli impiegati degli enti locali e delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

In una prospettiva diversa, ma con esiti – per quanto qui rileva – non dissimili, sembra muoversi in tempi più recenti la giurisprudenza della Suprema Corte, la quale per un verso riconosce invece «in tema di contabilità pubblica, [...] la giurisdizione piena ed esclusiva della Corte dei conti», senza la necessità di alcuna *interpositio legislatoris*, bensì senz'altro

¹ Cass., sez. un., 4 ottobre 2019, n. 24859 (ord.).

² C. Cost., 11 luglio 1984, n. 189, e 30 luglio 1984, n. 241, in *FI*, 1985, I, 38, con nota di L. VERRIENTI, *Responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di enti locali: osservazioni circa i rapporti tra la giurisdizione della Corte dei conti e quella del giudice ordinario*.

in virtù dell'applicazione diretta dell'art. 103, 2° comma, Cost., che costituisce «norma di chiusura e di garanzia di valori ordinamentali, quali quelli della tutela degli equilibri finanziari definiti oggi espressamente previsti in Costituzione»³; e tuttavia, per altro verso, pone «al di fuori delle materie di contabilità pubblica», le quali soltanto sono già ricomprese entro il «limite esterno della giurisdizione della Corte dei conti» di «rilevanza costituzionale», le controversie in tema di responsabilità, per le quali «occorre dunque che la giurisdizione della Corte dei conti abbia il suo fondamento in una specifica disposizione di legge»⁴.

In ogni caso – necessiti cioè la norma di legge per sottrarla alla giurisdizione tendenziale ma non assoluta della Corte dei conti, ovvero per attribuirle ad essa – la tutela risarcitoria nei confronti dell'amministratore o del dipendente di soggetti pubblici può essere affidata dal legislatore tanto all'A.G.O. quanto alla Corte dei conti: e così, allora, anche fra di esse ripartita o finanche attribuita ad entrambe per le medesime fattispecie.

2. *Altre fattispecie (esemplificative) di concorso fra le due giurisdizioni.* – È dunque concepibile un concorso fra le due giurisdizioni per tutele risarcitorie fondate sui medesimi «fatti».

E per la verità nell'ordinamento si rinvengono pure ipotesi ulteriori, in aggiunta a quella segnalata in apertura. Valgano due esempi.

A. *Responsabilità civile dei magistrati.*

È noto che la legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di «Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati», in linea di principio conferisce azione risarcitoria (solo) contro lo Stato, da esercitare nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri dinanzi al tribunale territorialmente competente (art. 4), a coloro che abbiano «subìto un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia» (art. 2); e quindi (artt. 7-8) prevede i casi in cui, accolta la domanda, sussiste «l'obbligo» del Presidente

³ Cass., sez. un., 8 novembre 2016, n. 22645.

⁴ Cass., sez. un., 2 settembre 2013, n. 20075, in *GDA*, 2013, 1079.

del Consiglio dei ministri di agire, entro due anni dal risarcimento, in rivalsa nei confronti del magistrato responsabile, riconoscendo pure per questa azione la giurisdizione dell'A.G.O., in deroga alla generale attribuzione al Giudice contabile dei giudizi di rivalsa nei confronti dei dipendenti pubblici *ex art.* 103, 2° co., Cost., e artt. 22 e 19, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, «Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato».

Laddove, però, il danno sia «conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni», la tutela risarcitoria, regolata «dalle norme ordinarie», è data «nei confronti del magistrato e dello Stato [...] come responsabile civile» (art. 13, 1° comma). In questo caso, «All'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede *altresì* secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti» (art. 13, 2° comma): dall'avverbio si desume «un possibile concorso tra azione contabile e azione civile», che lo Stato può – ed anzi deve, altrimenti potendo incorrere, a sua volta, la Presidenza del Consiglio dei Ministri in responsabilità contabile (art. 13, comma 2-*bis*) – esercitare per recuperare la somma versata a titolo risarcitorio⁵.

B. *Risarcimento del danno ambientale.*

Nella Parte VI del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, «Norme in materia ambientale», il Titolo III, dedicato al «Risarcimento del danno ambientale», anzitutto (cfr. l'art. 311) attribuisce al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare una facoltà di scelta⁶, per conseguire «il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale», fra la tutela giurisdizionale dinnanzi all'A.G.O. (pure «esercitando l'azione civile in sede penale») e l'adozione di ordinanza ingiunzione, la quale rende improponibile ovvero improcedibile la domanda giudiziale, salvo solo «la possibilità dell'intervento in qualità di persona offesa dal reato nel giudizio penale» (art. 315).

⁵ Cfr. S. IZZO, *Commento all'art. 13*, in *La responsabilità civile dei magistrati. Commento alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, a cura di F. Auletta, S. Boccagna e N. Rascio, Bologna 2017, 387 ss.

⁶ Su cui v. F. GIANPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente: la concorrenza delle giurisdizioni*, in *DR*, 2007, 725 ss.

Con l'ordinanza, che a seguito di apposita istruttoria può essere emessa nei confronti del responsabile nonché di colui nel cui interesse o a vantaggio del quale il comportamento dannoso è stato tenuto, il Ministro dapprima «ingiunge [...] il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine fissato» e quindi, in mancanza, «il pagamento [...]» delle somme corrispondenti ai «costi delle attività necessarie» al ripristino medesimo (art. 313, 1°, 2° e 3° comma). Avverso l'ordinanza è consentito «ricorrere al Tribunale amministrativo regionale competente in relazione al luogo nel quale si è prodotto il danno ambientale».

Tuttavia, qualora il danno sia stato provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti e resti inattuata l'ordinanza di ripristino, la disciplina è diversa, prevedendo che «il Ministro [...] anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio» (art. 313, 6° comma), così dischiudendo l'alternativa fra G.O. e (non più G.A., bensì) G.C.

Le fattispecie – si ripete: meramente esemplificative – considerate mi pare suggeriscono che la previsione di un concorso di giurisdizioni sia funzionale ad ovviare a possibili inerzie del soggetto pubblico titolare del diritto, al quale dunque si reputa opportuno non lasciare il monopolio della tutela risarcitoria in sede ordinaria quando si tratti di danno erariale (essendo invece obbligatoria l'azione del pubblico ministero presso la Corte dei conti).

Ed in effetti proprio questa giustificazione viene sovente invocata per superare i dubbi di costituzionalità derivanti da simile concorrenza di giurisdizioni, posta in termini di alternatività, e relativi, se non altro, alla compressione della garanzia del «giudice naturale precostituito per legge» (art. 25, 1° comma, Cost.) ed alla diversa ampiezza del sindacato di legittimità innanzi alla Corte di cassazione, ridotto ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione» qualora l'azione venga esercitata dinanzi al G.C. piuttosto che presso il G.O. (art. 111, 7° e 8° comma, Cost.).

3. Il possibile concorso delle giurisdizioni per la responsabilità risarcitoria degli organi di società pubbliche. – L'art. 12, d.lgs. 9 agosto 2016, n. 175,

«Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica», in un sistema nel quale, ove non derogate, trovano applicazione «le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, 3° comma), se per un verso ribadisce che in linea di principio «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» (1° comma, primo periodo, prima parte); per altro verso fa anzitutto «salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*» (1° comma, primo periodo, seconda parte) e fornisce poi la definizione di «danno erariale» quale «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» (2° comma), precisando altresì che alla Corte dei conti è (anche) «devoluta [...], nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2» (1° comma, secondo periodo).

Sulla scorta di questo (invero non limpidissimo)⁷ dato, le ipotesi di concorso di più frequente individuazione sono, quantomeno⁸: *i*) quella della responsabilità da direzione e coordinamento di società partecipate pubbliche (anche non *in house*), che abbia prodotto danno al valore della partecipazione e di cui rispondono per danno erariale dinnanzi alla Corte dei conti sia rappresentanti degli enti pubblici partecipanti (*ex* 2° comma, cit.) sia, (se corresponsabili) in solido con loro, gli amministratori della partecipata (*ex* 1° comma, cit.), i quali però sono contemporaneamente anche esposti in sede di giurisdizione ordinaria (specie *ex* 146 l.f.), insieme all'ente controllante e agli eventuali altri partecipanti e/o beneficiari *ex* art. 2497 c.c.; e *ii*) quella dell'azione diretta, ad es. per il danno all'immagine o per il danno da disservizio subito dalla comunità, suscetti-

⁷ Cfr. di recente, P. POTOTSCHNIG, *Responsabilità degli amministratori e questioni ricorrenti alle prime luci del Codice della crisi d'impresa*, in *Soc.*, 2019, 755 ss.

⁸ Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22406, in *CG*, 2019, 67; e Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Soc.*, 2010, 1361, con note rispettivamente di F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente «a tutto campo» della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*; e D. DALFINO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*, alle quali senz'altro si rinvia, anche per indicazioni ulteriori.

bile di essere fatto valere anche dall'ente pubblico partecipante ex art. 2395 c.c. o dall'ente pubblico territoriale, oltre che dal p.m. contabile.

4. *Controindicazioni certe e rimedi impraticabili.* – È intuitivo, che ogniquale (possano astrattamente essere; ed in concreto) vengano adite entrambe le giurisdizioni in grado di esprimersi nel merito sulle medesime condotte dannose, si determinano tanto sicure diseconomie processuali quanto possibili rischi, alternativi, di contrasto (almeno logico) fra le decisioni ovvero di duplice condanna degli stessi soggetti per gli stessi danni.

Non è però applicabile lo strumento, che il codice di rito civile appresta per prevenire simili rischi, della eliminazione del giudizio posteriore in caso di pendenza contemporanea di controversie identiche (art. 39 c.p.c.) e della preclusione (*ne bis in idem*) alla sua decisione nel merito in caso di pendenza successiva.

Ad impedirlo, infatti, pure dopo le prese di posizione della Corte di cassazione e della Corte costituzionale⁹ ed ancora gli interventi del legislatore¹⁰ in punto di *translatio iudicii* o comunque di salvezza degli effetti della domanda a seguito di pronuncia di difetto di giurisdizione, ci sarebbe già la previsione dell'art. 362, 1° comma, c.p.c., che, contemplando la possibilità (della denuncia con ricorso per cassazione) di «conflitti positivi [...] di giurisdizione tra giudizi speciali, o fra questi e i giudizi ordinari», induce ad escludere in questo ambito l'applicazione del criterio della prevenzione¹¹.

Più al fondo manca, a ben vedere, il presupposto dell'identità delle azioni, pur quando dirette ad ottenere la condanna dei medesimi soggetti per i medesimi addebiti, poiché l'azione esercitata dal p.m. contabile:

- risulta (o comunque può risultare) diversa dal punto di vista del soggetto attivo, perché il Procuratore presso la Corte dei conti, se anche potesse dirsi che agisce come sostituto processuale del socio pubblico, comunque non avrebbe legittimazione ad esercitare l'azione della società

⁹ Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109; e Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, entrambe in *FI*, 2007, I, 1009, con nota di R. ORIANI, *È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale.*

¹⁰ Art. 59, legge 18 giugno 2009, n. 69; art. 11, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

¹¹ Cfr. Cass., 25 luglio 2013, n. 18100 (ord.).

né quella spettante ai creditori o direttamente agli eventuali soci privati (così come, specularmente, *ex art. 2394-bis c.c.* il curatore fallimentare è legittimato ad esercitare le azioni di cui agli artt. 2393-2394 c.c., ma non anche quella *ex art. 2395 c.c.*);

- presenta un *petitum* circoscritto al danno erariale e mira a soddisfare solo il socio (pubblico), il quale dunque, pronunciata ed eseguita la condanna, finisce per essere preferito (agli altri eventuali soci e comunque) ai creditori sociali, sovvertendo il comune ordine di soddisfazione, secondo il quale i soci dovrebbero essere gli ultimi ad essere rimborsati del valore del loro investimento;

- in ogni caso ha finalità (non solo e non tanto risarcitoria, ma anche e prevalentemente) deterrente/sanzionatoria, in quanto, tra l'altro, relativa ad un'obbligazione parziaria, dipendente da dolo o quantomeno da colpa grave, suscettibile di riduzione discrezionale da parte del giudice ed intrasmissibile agli eredi, se non nei limiti dell'arricchimento conseguito¹².

Neppure potrebbe sospendersi uno dei due giudizi, *ex art. 295 c.p.c.*

In disparte ogni altra considerazione (anche relativa alla mancanza, pure nella formulazione dell'articolo anteriore alla Novella del 1990, di una previsione testuale riferita alla pendenza di un giudizio contabile «dalla cui definizione dipende la decisione della causa»), non sussiste il necessario rapporto di pregiudizialità-dipendenza, essendo semmai le azioni esercitate presso le due giurisdizioni connesse per identità (almeno parziale) di *causa petendi* e *petitum*, sì da apparire piuttosto «parallele». Ed in effetti in qualche modo rievocano le fattispecie di legittimazioni concorrenti, cui consegue, laddove più legittimati agiscano contemporaneamente per ottenere (in tutto o in parte) il medesimo risultato, un concorso di azioni, che il legislatore regola, per favorire il coordinamento fra i processi e fra le decisioni, mediante lo strumento della connessione

¹² «Non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* tra il giudizio civile introdotto dalla P.A., avente ad oggetto l'accertamento del danno derivante dalla lesione di un suo diritto soggettivo conseguente alla violazione di un'obbligazione civile, contrattuale o legale, o della clausola generale di danno aquiliano, da parte di soggetto investito di rapporto di servizio con essa, ed il giudizio promosso per i medesimi fatti innanzi alla Corte dei conti dal Procuratore contabile, nell'esercizio dell'azione obbligatoria che gli compete, poiché la prima causa è finalizzata al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare della singola Amministrazione attrice, mentre l'altra, invece, è volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione essenzialmente o prevalentemente sanzionatoria»: cfr. Cass., 14 luglio 2015, n. 14632; e Cass., 20 dicembre 2018, n. 32929 (ord.).

(art. 40 c.p.c.), anche rafforzandolo (cfr. ad es. l'art. 2378, 5° co., c.c.), con conseguente trattazione e decisione congiunta delle cause connesse.

Ma neanche questa soluzione risulta praticabile, quando le cause connesse pendano innanzi a giurisdizioni diverse, poiché secondo la giurisprudenza «Salvo deroghe normative espresse, vige nell'ordinamento processuale il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione»¹³.

5. *La soluzione invalsa nel diritto vivente.* – Quanto precede, ossia la mancanza di alternative praticabili, probabilmente spiega la ragione per cui il coordinamento fra le diverse giurisdizioni concorrenti, chiamate a conoscere delle medesime fattispecie produttive di responsabilità risarcitoria, viene usualmente operato (e così pure limitato) dalla giurisprudenza mediante il ricorso alla formula, piuttosto frequentemente ripetuta, secondo la quale «la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale, sicché il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività anziché di esclusività», con la conseguenza che «l'eventuale interferenza che può determinarsi tra tali giudizi pone esclusivamente un problema», non di giurisdizione, ma «di proponibilità dell'azione di responsabilità»¹⁴.

Formula che, introducendo una ragione di preclusione per il secondo giudizio, va bene intesa, non sembrando diretta a paralizzarlo in ragione della mera introduzione ovvero della semplice decisione sul merito dell'altro (come sarebbe se venissero in gioco gli effetti della litispendenza e del giudicato, che si sono già detti non operanti), bensì solo in conseguenza e nei limiti del (e comunque successivamente al) raggiungimento in concreto dello scopo pratico cui esso era diretto: preclusione perciò, potrebbe allora dirsi, destinata ad operare *ex post* e non *ex ante*, anche ai fini della individuazione dell'iniziativa precedente e di quella successiva, destinata dunque ad arrestarsi.

Tanto emerge da quelle decisioni che completano l'enunciazione della formula appena evocata, per la quale si tratta di «questione non di giu-

¹³ *Ex multis*: Cass., 30 settembre 2019, n. 24298; Cass., sez. un., 19 aprile 2013, n. 9534 (ord.); Cons. Stato, Sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1998.

¹⁴ Così, ad es., Cass., sez. un., 7 gennaio 2014, n. 63; e Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6581 (ord.).

risdizione ma di proponibilità della domanda», precisando che «[d]’altra parte 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 bene della vita»¹⁵; ovvero, ancor più chiaramente, che «l’unico limite, del divieto di duplicazione delle pretese risarcitorie, [...] impone di tener conto, con effetto decurtante, di quanto già liquidato in sede contabile, che il debitore potrà far valere, se del caso, anche in fase di esecuzione»¹⁶.

E dunque, piuttosto, potrebbe forse dirsi che la preclusione dipenda da un (eventualmente sopravvenuto) difetto di interesse per l’iniziativa rivolta ad un risultato pratico già (nel frattempo) concretamente ed integralmente conseguito.

Così stando le cose, non sembra però del tutto appagante neppure la sintesi per cui il concorso fra le due giurisdizioni sarebbe allora regolato dal «principio della prevenzione» in sede di esecuzione, nel senso che «chi prima arriva meglio escute il patrimonio del soggetto giudicato responsabile» in entrambe le sedi, poiché «l’altra [azione] evidentemente non avrà esito fruttuoso per la sopravvenuta incapacità»¹⁷. Non del tutto appagante perché non considera l’ipotesi dello (*sfortunato* ...) responsabile, il cui patrimonio sia abbastanza capiente da soddisfare i «due diversi titoli da eseguire sui beni» che lo compongono.

Il senso dovrebbe invece essere che, nonostante la duplicità delle condanne e dunque dei titoli esecutivi ottenibili contro il medesimo soggetto, non sarà consentito risarcire due volte lo stesso danno, così come non è consentito allorché si ottiene la condanna per l’intero nei confronti di più debitori in solido: la somma degli importi indicati nel titolo esecutivo formatosi contro ciascuno di essi è solo apparente e si esaurisce nella maggiore probabilità di ricevere integrale soddisfazione in sede esecutiva, aggredendo più patrimoni.

Allora, dovrà similmente ammettersi, non derivando nessuna preclusione né dalla richiesta né dalla pronuncia della condanna in sede ordinaria e contabile, che si formino due titoli esecutivi nei confronti del soggetto ritenuto responsabile dalle due giurisdizioni e che all’esecuzione

¹⁵ Cass., sez. un., 17 aprile 2014, n. 8927, in motivazione.

¹⁶ Cass., 14 luglio 2015, n. 14632, sempre in motivazione.

¹⁷ F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite aprono ad una giurisdizione concorrente*, cit., rispett. 80, e 75.

sull'unico patrimonio si partecipi con entrambi – ad esempio il curatore fallimentare per l'intero importo del danno riconosciuto *ex art.* 146 l.f. ed il socio pubblico nei limiti del danno erariale accertato dalla Corte dei conti¹⁸ – beneficiando della loro duplicità e sommatoria nei rapporti con gli altri creditori in sede di distribuzione del ricavato, con il solo limite della conseguita soddisfazione integrale, secondo un meccanismo che ricorda quello contemplato dall'art. 61 l.f. a beneficio del «creditore di più coobbligati in solido», il quale «concorre nel fallimento di quelli tra essi che sono falliti, per l'intero credito in capitale e accessori, sino al totale pagamento».

Con la precisazione che questa barriera della soddisfazione integrale – capace di precludere una nuova esecuzione o, a seconda dei casi, la stessa condanna – potrà dirsi raggiunta solo con la preventiva, integrale soddisfazione del titolo di ampiezza maggiore, ossia quello formatosi in sede ordinaria e comprensivo sia del danno subito dal socio pubblico sia di quello (in ipotesi) sofferto (sempre in via mediata) dai creditori e da eventuali altri soci. Mentre nel caso inverso potrà sempre residuare un margine di insoddisfazione per questa (eventuale) frazione di danno (come pure per tutti i danni non derivanti da dolo o colpa grave o comunque non qualificabili come erariali).

Di modo che, in conclusione, il concorso di giurisdizioni appare strumento capace di assicurare maggiore tutela al credito erariale non solo nel momento dell'accertamento bensì pure nella fase esecutiva (munendolo così di una garanzia patrimoniale, per più di un verso, «rafforzata»).

6. *Un possibile diverso meccanismo di risoluzione del concorso di giurisdizioni. L'azione surrogatoria.* – L'art. 73, 1° comma, del codice di giustizia contabile, sotto la rubrica «Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale e altre azioni», riprendendo una previsione già contemplata nella legge finanziaria del 2006¹⁹, attribuisce al «pubblico ministero, al fine di

¹⁸ Art. 214, 1° comma, codice di giustizia contabile: «Alla riscossione dei crediti liquidati dalla Corte dei conti, con decisione esecutiva a carico dei responsabili per danno erariale, provvede l'amministrazione o l'ente titolare del credito, attraverso l'ufficio designato [...]».

¹⁹ Cfr. la legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, 174° comma, «Interpretazione autentica su azioni a tutela della garanzia patrimoniale»: «Al fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali, l'articolo 26 del regolamento di procedura di cui al regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038, si interpreta nel senso che il procuratore regionale della Corte dei conti dispone

realizzare la tutela dei crediti erariali», la facoltà di «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».

Il plesso giurisdizionale, in cui avvalersi degli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale, è individuato dallo stesso codice di giustizia contabile quanto al sequestro conservativo, prevedendo la competenza della sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti «competente a conoscere il merito del giudizio» nel caso di domanda *ante causam* (art. 74), e quella della «sezione che decide del merito del giudizio» per la domanda in corso di causa (art. 75).

Nulla è invece espressamente disposto per l'azione surrogatoria e per quella revocatoria.

Su quest'ultima si è però pronunciata, in più di una circostanza, la Corte di cassazione.

Una prima volta nel 2007, stabilendo che «[l]'azione revocatoria promossa dal Procuratore regionale della Corte dei conti davanti alla relativa Sezione giurisdizionale per la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 2901 c.c., dell'atto di donazione compiuto da un pubblico dipendente nei confronti del quale sono stati eseguiti accertamenti sfociati nell'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativo-contabile, spetta [...] alla giurisdizione esclusiva della Corte dei conti»²⁰. Ed incontrando la critica della dottrina²¹, sulla scorta della triplice obiezione che anzitutto in questo modo si violano le previsioni degli artt. 102, 1° comma, e 103, 2° comma, Cost., non trattandosi di «materie di contabilità pubblica» e non sussistendo una disposizione di legge attributiva della stessa alla giurisdizione contabile (come invece per il sequestro); ancora, che non è possibile invocare, per radicare la giurisdizione contabile, ragioni di connessione (per accessoria) con la domanda relativa al credito erariale,

di 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».

²⁰ Cass., sez. un., 22 ottobre 2007, n. 22059 (ord.), in *CG*, 2008, 239, con nota di C. CONSOLO e (per i profili qui di interesse) di G. COSTANTINO, *Un giusto no al quesito di diritto (requisito di forma-contenuto dei soli ricorsi per cassazione) nel regolamento di giurisdizione; un discutibile sì alla giurisdizione contabile sulle azioni «accessorie»*.

²¹ G. COSTANTINO, *Un giusto no*, cit., 245 ss.; ID., *La tutela del credito erariale: le azioni esperibili davanti al giudice contabile*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, I, Napoli 2010, 597 ss.

le quali ragioni (come già segnalato) non giustificano deroghe alla giurisdizione; che, infine, esercitando l'azione revocatoria si attrae il terzo avente causa nell'ambito della giurisdizione contabile, cui però egli è estraneo, privandolo così delle garanzie del giudice naturale precostituito (art. 25, 1° comma, Cost.) e del ricorso per cassazione per (qualunque) violazione di legge (art. 111, 7° comma, Cost.).

Nondimeno, in seguito le Sezioni Unite²² hanno ripetutamente confermato la soluzione rilevando che il dato normativo «conferisce la legittimazione attiva al Procuratore regionale contabile, organo abilitato a svolgere le proprie funzioni unicamente davanti al giudice presso il quale è istituito; mira a “realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali”, tutela accessoria e strumentale a quella fornita dalle azioni di responsabilità erariale; trova “copertura” nell'art. 103, 2° comma, Cost., in quanto, nonostante l'eventuale coinvolgimento di diritti di terzi, estranei al rapporto di servizio con la P.A., attiene comunque alle “materie di contabilità pubblica”, riservate alla giurisdizione della Corte dei conti»²³. E solo aggiungendo che «la spettanza al pubblico ministero contabile dell'azione revocatoria davanti alla giurisdizione contabile non esclude la spettanza, come a qualsiasi creditore, all'amministrazione danneggiata, dell'azione revocatoria davanti al giudice ordinario, ancorché sulla base della stessa situazione creditoria legittimante l'azione del pubblico ministero contabile»²⁴.

²² V. ad es. Cass., sez. un., 3 luglio 2012, n. 11073.

²³ Argomento, quest'ultimo, che non sembra del tutto consonante con posizioni assunte dalla medesima Suprema Corte (e segnalate nel § 1) in punto di riparto di giurisdizione in tema di azioni di responsabilità nei confronti di soggetti legati alla P.A. da rapporto di servizio.

²⁴ Cfr. Cass., sez. un., 9 settembre 2013, n. 20597 (ord.); e, soprattutto, Cass., sez. un., 19 luglio 2016, n. 14792 (ord.), in *FI*, 2017, I, 3412, da cui è tratto il brano riportato nel testo e da cui pure è precisato: «Affermare che possano dunque avere corso sia l'azione revocatoria davanti al giudice contabile sia quella della p.a. in sede ordinaria implica il riconoscere un fenomeno di colegittimazione all'esercizio dell'azione a due diversi soggetti e davanti a due distinte giurisdizioni. I Questa colegittimazione certamente pone problemi di coordinamento fra l'esercizio delle azioni, ma essi vanno esaminati e risolti da ciascuna delle giurisdizioni eventualmente azionate nell'ambito dei poteri interni alla giurisdizione stessa. I Stabilire se l'azione possa esercitarsi da un legittimato quando è stata già esercitata dall'altro è questione che il giudice della giurisdizione adita per seconda deve risolvere all'interno dei suoi poteri giurisdizionali e non inerte alla questione di individuazione della sua giurisdizione. I Stabilire quali siano i riflessi della decisione sulla revocatoria assunta da una giurisdizione riguardo al giudizio pendente davanti all'altra giurisdizione su sollecitazione dell'altro legittimato concerne parimenti una questione che il giudice di ognuna delle due giurisdizioni deve risolvere esaminando l'azione introdotta e non la questione della sussistenza e della individuazione della giurisdizione».

Passando, infine, all'azione surrogatoria, pare preliminarmente opportuno rammentare l'orientamento giurisprudenziale per il quale, pur quando sussiste la giurisdizione del G.O. sull'azione di responsabilità nei confronti dei componenti degli organi di società a partecipazione pubblica, la Corte dei conti conosce di quella proponibile nei confronti degli amministratori dell'ente pubblico socio i quali, non avendo promosso l'azione sociale di responsabilità, ricorrendone i presupposti, sono a loro volta responsabili per l'eventuale depauperamento del patrimonio dell'ente²⁵: orientamento che sembra trovare riconoscimento nella già segnalata previsione dell'art. 12, 2° comma, d.lgs. n. 175/2016, laddove qualifica come danno erariale, sottoposto alla giurisdizione contabile, (pure) quello «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».

Proprio in relazione a questa ipotesi di responsabilità, in dottrina si è acutamente sostenuto che allora, a tutela del credito erariale nei confronti dei rappresentanti degli enti pubblici soci rimasti inerti, sarebbe consentito ai procuratori contabili l'esercizio, in via surrogatoria e dinanzi al giudice ordinario, delle azioni nei confronti dei soggetti responsabili della gestione o del controllo delle società a capitale pubblico, affinché rispondano in base alla normativa regolatrice dei rapporti sociali²⁶.

Mentre in giurisprudenza, riprendendo questa intuizione ma adeguandosi in punto di giurisdizione agli arresti della Suprema Corte in tema di azione revocatoria, almeno una pronuncia di merito ha ritenuto esistente «un sistema di tutele coerente ed esaustivo: ciò non solo per la ritenuta possibilità di agire in sede erariale sia nei confronti degli amministratori della società partecipata in caso di danno erariale diretto sia nei confronti del rappresentante dell'ente partecipante che abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio così pregiudicando il valore della partecipazione, ma anche in forza della possibilità, non sempre adeguatamente valorizzata, che la Procura contabile agisca ex art. 2392 c.c. nei confronti degli amministratori in via surrogatoria del-

²⁵ Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *GI*, 2010, 853, con nota di O. CAGNASSO, *Una «brusca frenata» da parte delle Sezioni unite della Cassazione alla vis espansiva della responsabilità amministrativa-contabile*, e *ivi*, 1709, con nota di P. PATRITO, *Responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica: profili di giurisdizione e diritto sostanziale*.

²⁶ G. COSTANTINO, *La tutela del credito erariale*, cit., 599 ss.

l'ente socio la cui inerzia pregiudichi il valore della partecipazione [...] ovviamente dinanzi alla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti, ferma restando la possibilità per l'amministrazione socia di agire direttamente *ex art. 2393 c.c.* nei confronti degli amministratori dinanzi al giudice ordinario: Cass., sez. un., ord. n. 22059/07, Cass., sez. un., ord. n. 20597/13»²⁷.

Ebbene, a voler aderire a questa soluzione²⁸, nella declinazione che (in inevitabile coerenza con quanto afferma la giurisprudenza di legittimità per la revocatoria) ammette in via surrogatoria il pubblico ministero contabile ad esperire dinnanzi alla Corte dei conti l'azione di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c. non esercitata dal socio pubblico, si perverrebbe al risultato, di escludere di fatto il concorso delle giurisdizioni, concentrando le tutele dinnanzi al G.C.: certo con esiti non proprio appaganti per le garanzie di cui agli artt. 25, 1° comma, e 111, 7° comma, Cost., ma con piena realizzazione della già segnalata esigenza, di non lasciare cioè nella disponibilità dell'ente pubblico titolare l'esercizio della tutela risarcitoria, sovente invocata proprio per giustificare le ipotesi di concorrenza fra le giurisdizioni.

²⁷ A. NAPOLI, 27 ottobre 2015, in *www.dejure.it*.

²⁸ Qualche dubbio sorge per la possibile alterità fra i soggetti titolari dell'azione che verrebbe esercitata in surroga dal p.m. contabile (vale a dire gli enti pubblici soci) ed i soggetti debitori (ossia «[i] rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque [i] titolari del potere di decidere per essi»), la cui garanzia patrimoniale dovrebbe essere preservata mediante l'esercizio in via surrogatoria dei diritti e delle azioni loro spettanti verso i terzi.