



27993 13

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Oggetto

SEZIONI UNITE CIVILI

Regolamento di giurisdizione

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. LUIGI ANTONIO ROVELLI - Primo Pres.te f.f. - R.G.N. 3083/2013
- Dott. ROBERTO MICHELE TRIOLA - Presidente Sezione - Cron. 27993
- Dott. RENATO RORDORF - Presidente Sezione - Rep. Ci
- Dott. MAURIZIO MASSERA - Consigliere - Ud. 08/10/2013
- Dott. ANTONIO SEGRETO - Consigliere - cc
- Dott. SALVATORE SALVAGO - Rel. Consigliere -
- Dott. ALFONSO AMATUCCI - Consigliere -
- Dott. SALVATORE DI PALMA - Consigliere -
- Dott. LUIGI MACIOCE - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 3083-2013 proposto da:

D. G. , elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE MAZZINI 6, presso lo studio dell'avvocato VITALE ELIO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati PATERNOSTRO DOMENICO, MEDUGNO LUIGI, per delega a margine del ricorso;

M. A. elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE 326, presso lo studio degli avvocati SCOGNAMIGLIO CLAUDIO, SCOGNAMIGLIO RENATO, che lo

2013

510

rappresentano e difendono, per delega a margine del ricorso;

**- ricorrenti-**

**contro**

PROCURA REGIONALE PRESSO LA SEZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PER IL LAZIO, in persona del Procuratore Regionale pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

**- controricorrente -**

**nonchè contro**

F.G. , T.D. , D.D.

**- intimati -**

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 72172/2012 della CORTE DEI CONTI per il Lazio - Sezione giurisdizionale di ROMA; uditi gli avvocati Domenico PATERNOSTRO, Edoardo BITTERMAN per delega dell'avvocato Renato Scognamiglio; udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 08/10/2013 dal Consigliere Dott. SALVATORE SALVAGO; lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale dott. Pasquale FIMIANI, il quale chiede alla Corte di Cassazione il rigetto dei ricorsi con l'affermazione della giurisdizione del giudice contabile.



### **Svolgimento del processo**

Con citazione notificata l'8 novembre 2012, la Procura regionale presso la sezione giurisdizionale per la regione Lazio della Corte dei Conti ha chiesto la condanna di alcuni manager della s.p.a. A. istituita con delibera 141/2000 ed interamente partecipata dal comune di Roma, tra cui G. D. ed A. M. al risarcimento del danno erariale pari ad € 15.719.710,19 per avere colposamente consentito l'acquisizione di partecipazioni azionarie in società estere costituite per la raccolta e stoccaggio di rifiuti nella regione Dakar in Senegal, malgrado i pareri contrari di esperti; e senza esercitare i poteri di indirizzo e di vigilanza su tali società, con la conseguenza di dover sopportare ingenti oneri finanziari per mettere in bonis la partecipata s.p.a. A. che aveva svolto il servizio dei rifiuti sulla base di un contratto poi rescisso dal governo senegalese dichiarato legittimo dalla Camera arbitrale internazionale con lodo alla stessa devoluto dalla società suddetta.

Nella pendenza del giudizio contabile, il A. M. ed il G. D. hanno proposto regolamento di giurisdizione, chiedendo che fosse dichiarata la giurisdizione ordinaria per la natura comunque privata delle società partecipate, ripetutamente affermata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, a partire dalla nota decisione 26806/2009. Resiste con controricorso la procura regionale della Corte dei Conti, che, nel controricorso 1.3.2013, ha sostenuto la esattezza della scelta di giurisdizione e la necessità per le Sezioni Unite di rivisitare la propria statuizione per il caso, nella specie affatto ricorrente, della società *in house* dell'Ente Pubblico.

Il Procuratore Generale presso questa Corte ha depositato il 3.7.2013 articolata requisitoria nella quale si chiede l'affermazione della giurisdizione del giudice contabile, sull'assunto, per il quale, definitivamente acquisito il riconoscimento normativo della specificità delle società affidatarie *in house*, anche il caso di responsabilità sottoposto, ove A. avrebbe assunto i requisiti propri di dette società, sarebbe attratto nella giurisdizione della Corte dei Conti quantomeno alla luce della normativa sopravvenuta e vigente alla data della introduzione della azione di responsabilità.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Ritiene il Collegio di dover dare seguito all'assai recente pronunciato di queste Sezioni Unite (sentenza 26283 del 2013, che, chiamate a stabilire se sussista, ed eventualmente entro quali limiti, la giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di soggetti che abbiano svolto funzioni amministrative o di controllo in società di capitali costituite e partecipate da enti pubblici, quando a quei soggetti vengano imputati atti contrari ai loro doveri d'ufficio con conseguenti danni per la società, ha statuito, all'esito di una complessa analisi della giurisprudenza inaugurata dalla nota decisione 26806 del 2009, la permanente validità del generale principio formulato da tale decisione ma, al contempo, ha preso atto della specificità di una vicenda giuridica diffusa ed originatasi con la previsione di cui all'art. 113 d.lgs. 267 del 2000 (nel testo modificato dall'art. 14 del D.L. 269 del 2003 convertito con modifiche dalla legge 326 del 2003) e che è approdata a delineare un peculiare quadro. Si tratta di un quadro sistematico di assetti statutari e normativi regolanti l'operare di una società in termini da doverla considerare nulla più che una *longa manus* dell'Ente pubblico che la ha costituita, che la sostiene e che la dirige, sì da far ritenere che "...la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva" (sentenza 26283 del 2013). Ed è proprio tale condizione che, secondo la detta pronunzia, integra la fattispecie per ritenere avverata la *interpositio legislatoris* fondante la giurisdizione della Corte dei Conti sugli atti commessi dai suoi amministratori.

Ebbene detto recente arresto di queste Sezioni Unite ha posto il principio di diritto per il quale *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 esplichino 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.*

E' stato in particolare da tal decisione delineato il quadro dei requisiti che devono sussistere perché sia ipotizzabile, ai fini della rammentata *interpositio legislatoris*, la esistenza di una società *in house*, *idest* la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici

In ordine al primo requisito si è rammentato "... come già la giurisprudenza europea abbia ammesso la possibilità che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purché si tratti sempre di enti pubblici (si vedano le sentenze della Corte di giustizia 10 settembre 2009, n. 573/07, *Sea*, e 13 novembre 2008, n. 324/07, *Coditel Brabant*), e come nel medesimo senso si sia espresso, del tutto persuasivamente, anche il Consiglio di Stato (si vedano, tre le altre, le pronunce n. 7092/10 ed 8970/09). E' quasi superfluo aggiungere che occorrerà pur sempre, comunque, che lo statuto inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari".

Quanto al requisito della prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società, si è osservato che esso "..... pur presentando innegabilmente un qualche margine di elasticità, postula in ogni caso che l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi. Ma, come puntualizzato da Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439 (anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria: si veda, in particolare, la sentenza della Corte di Giustizia 11 maggio 2006, n. 340/04, *Carbotermo*), non si tratta di una valutazione solamente di tipo quantitativo, da operare con riguardo esclusivo al fatturato ed alle risorse economiche impiegate, dovendosi invece tener conto anche di profili qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si ponga".

Quanto infine al requisito del cosiddetto controllo analogo, la ridetta sentenza ha affermato che ".....quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono pertanto a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione

gerarchica. L'espressione "controllo" non allude perciò, in questo caso, all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali; si tratta, invece, di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, e sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonoma rilevante autonomia gestionale (si vedano, in tal senso, le chiare indicazioni di Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, e della conforme giurisprudenza amministrativa che ne è seguita)".

Su tali premesse, può procedersi all'esame dei dati statutari di s.p.a. A. quali disponibili in atti alla indagine di questa Corte regolatrice e con particolare riguardo alle caratteristiche societarie che essi esprimevano all'epoca nella quale (tra il 2001 ed il 2002) l'odierno ricorrente e gli altri amministratori ebbero a porre in essere la condotta dalla quale, a criterio del P.G. contabile, sarebbero scaturiti effetti rovinosi sul patrimonio stesso della società amministrata.

Si tratta, in sostanza, di scrutinare – come avvertito dal P.G. presso questa Corte – il quadro statutario vigente al fine di rinvenire in esso i succitati requisiti per ipotizzare che A. s.p.a. dovesse qualificarsi come società *in house*. Sol che, a differenza di quanto opinato dal predetto requirente (che ha richiamato S.U. 2786 del 2010), lo statuto di riferimento è quello applicabile all'epoca della condotta (l'unica alla quale occorre far capo per valutare la sussistenza della *interpositio*) e non certo quello dell'epoca della domanda (2012) del P.G. contabile. Non si verte infatti in tema di successioni di norme nel tempo, attributive della giurisdizione ad un rapporto delineato e permanente ma, soltanto, e nel quadro della previsione già ferma dell'art. 113 del d.lgs. 267 del 2000, in una ipotesi di configurazione degli assetti statutari della stessa società rispetto al socio pubblico che può, o meno, essere ritenuta fonte della responsabilità azionata nella misura in cui – all'epoca dei fatti contestati – raggiunga la soglia per ritenere delineata una struttura "in house".

E' dunque assai significativo che, a modifica radicale dello statuto sociale originariamente regolante il funzionamento della s.p.a. A.

appena costituita per trasformazione dalla Azienda Speciale disposta dal Consiglio Comunale con delibera 141 del 2000, il Consiglio Comunale di Roma approvò la proposta di modifica statutaria il 13.1.2005 diretta all'adeguamento dello statuto stesso alle previsioni di cui al d.lgs. 6 del 2003 e nella dichiarata intenzione di portare a formale emersione la sussistenza dei tre requisiti per l'inquadramento nella forma dell'organismo *in house*. Il percorso modificativo è infine approdato al testo vigente (approvato dalla a.s. del 21.5.2012)

Ma quel che rileva in modo assorbente, al di là dell'irrilevante contenuto "confessorio" della proposta del 13.01.2005, è che dallo scrutinio dello statuto della s.p.a. A. applicabile alla società negli anni ai quali si riferisce la vicenda in disamina emerge la chiara, evidente, insussistenza dei tre requisiti ai quali va collegata la giurisdizione della Corte dei Conti, quello della necessaria appartenenza pubblica del capitale sociale, quello della inesistenza di margini di libera agibilità sul mercato e quello della sottoposizione a "controllo analogo".

Valga infatti richiamare:

- per il primo profilo (il primo requisito) il disposto dell'art. 5 comma 7 là dove si statuisce la (sola) prevalenza del capitale pubblico locale, ovvero, là dove non si fa affatto divieto di acquisire, previa cessione, una partecipazione privata pur minoritaria ma comunque pari al 49% ( e ciò a fronte della previsione dello Statuto del 2005 per la quale il capitale sociale è "intermente pubblico": cfr. art. 6 c. 1)
- per il secondo requisito, la previsione dell'art. 3 commi 10 ed 11 delineante una ampia latitudine di facoltà di assunzione di partecipazioni in soggetti con l'osservanza della sola clausola generica della "affinità" di scopi.
- per il terzo requisito, il comma 7 dell'art. 15 nel quale la ingerenza del socio Comune di Roma nel consiglio di amministrazione è quella, e solo quella, dell'art. 2449 c.c. (a fronte di quanto regolato agli artt. 13, 14, 15 e 16 dello Statuto del 2005), al quale fa speculare riscontro la totale mancanza di previsioni di alcuna forma di controllo penetrante e continuo del socio pubblico nella gestione della attività sociale .

Ed a fronte di tali significativi dati, appare palese la non conducenza del richiamo, fatto dal P.G. presso questa Corte nella requisitoria scritta,

delle peculiari previsioni degli artt. 4.1, 16, 17, 18.3, 20.1 e 20.2 lett. H) ed I), 21.1 dello statuto del 2012, ovviamente inapplicabili alla vicenda di responsabilità amministrativa prospettata dall'azione del P.G. contabile nel procedimento per il quale è stato proposto regolamento.

Sulla base delle esposte considerazioni, pertanto, deve essere dichiarato che a conoscere della vicenda sottoposta non sussiste la potestà giurisdizionale della Corte dei Conti. La natura pubblica del soggetto controricorrente, fa escludere che sia luogo a regolare le spese tra le parti.

**P.Q.M.**

La Corte a sezioni unite accoglie il ricorso e dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti.

Così deciso in Roma l'8.10.2013.

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario  
Dott.ssa Anna PANTALEO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi

16 DIC. 2013



Il Funzionario Giudiziario  
Anna PANTALEO