

26936 13

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

Oggetto

**SEZIONI UNITE CIVILI**

Giurisdizione,  
responsabilità  
amministrativa

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUIGI ANTONIO ROVELLI - Primo Pres.te f.f. - R.G.N. 2955/2013  
Dott. ROBERTO MICHELE TRIOLA - Presidente Sezione - Cron. 26936  
Dott. RENATO RORDORF - Presidente Sezione - Rep. CT  
Dott. MAURIZIO MASSERA - Consigliere - Ud. 08/10/2013  
Dott. ANTONIO SEGRETO - Consigliere - CC  
Dott. SALVATORE SALVAGO - Consigliere -  
Dott. ALFONSO AMATUCCI - Consigliere -  
Dott. SALVATORE DI PALMA - Consigliere -  
Dott. LUIGI MACIOCE - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso 2955-2013 proposto da:

FISCON GIOVANNI, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ANTONIO GRAMSCI 24, presso lo studio dell'avvocato MASINI MARIA STEFANIA, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato MEDUGNO LUIGI, per delega a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

**contro**

PROCURATORE REGIONALE DELLA CORTE DEI CONTI PRESSO LA

2013

516

SEZIONE GIURISDIZIONALE PER IL LAZIO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- **controricorrente** -

**contro**

TUDINI DOMENICO, MORETTI ALVARO, AMA - AZIENDA MUNICIPALE AMBIENTE S.P.A., DI STEFANO DEMETRIO, D'IGNAZIO GIANCARLO;

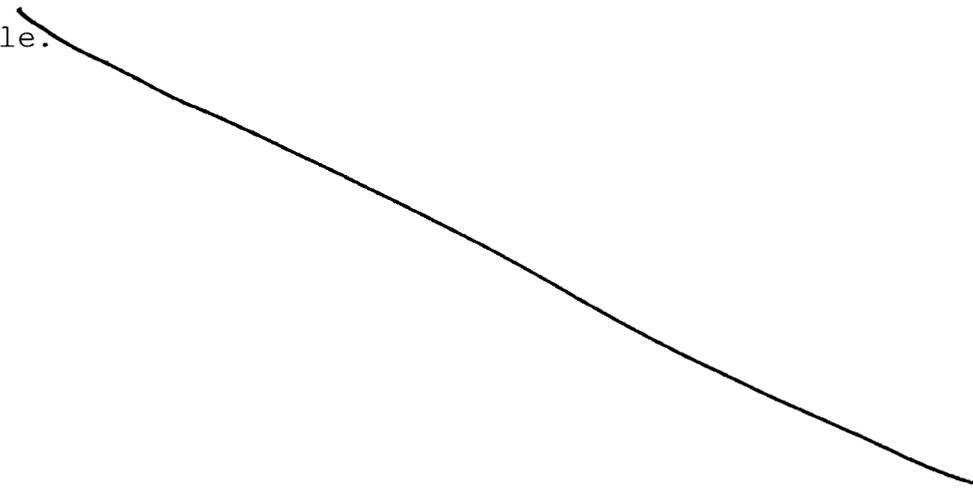
- **intimati** -

per regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 72172/2012 presso la Corte dei Conti - prima sezione giurisdizionale centrale d'appello - Roma;

udito l'avvocato Maria Stefania MASINI;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 08/10/2013 dal Consigliere Dott. LUIGI MACIOCE;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale dott. Pasquale FIMIANI, il quale chiede alla Corte Suprema di Cassazione il rigetto del ricorso con l'affermazione della giurisdizione del giudice contabile.



RG 2955/2013.

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Nel rapporto della Guardia di Finanza del 30.09.2011 sottoposto al Procuratore Generale presso la Corte dei Conti, venne ricostruita la vicenda relativa alla decisione della s.p.a. AMA - società istituita dal Comune di Roma con delibera 141 dell'anno 2000 (in essa essendosi trasformata l'Azienda Speciale AMA) e da tal Ente interamente partecipata - di acquisire, in sostituzione dell'appaltatrice preesistente, ed attraverso la controllata AMA International e, per il suo tramite, attraverso la s.a. AMA Senegal (di cui alla delibera 26/2001 del CdA di s.p.a. AMA) - l'appalto relativo alla raccolta, allo stoccaggio ed allo smaltimento dei rifiuti in Dakar. 14

Emerse altresì che s.p.a. AMA dovette rifinanziare la partecipata senegalese a seguito della rescissione in danno dell'appalto disposta dal Governo di quello stato, con decisione convalidata dalla camera arbitrale internazionale.

Sull'assunto che il patrimonio di AMA s.p.a. avesse, per effetto della iniziativa in discorso, patito un rilevante danno patrimoniale (indicato nella complessiva somma di € 15.719.710, ripartito in distinte voci ed addebitato a vari dirigenti della società), con citazione 6.11.2012 il Procuratore Generale convenne innanzi alla Sezione per la Regione Lazio della Corte dei Conti Giovanni FISCON, uno degli amministratori di s.p.a. AMA e *pro tempore* di AMA Senegal, chiedendone la condanna per responsabilità amministrativa.

Con ricorso ex art. 41 c.p.c. del 29.1.2013 il Fiscon, che in giudizio aveva eccepito la carenza di giurisdizione della Corte dei Conti, ha quindi sollecitato il regolamento da queste Sezioni Unite, affermando che la natura interamente privata della s.p.a. AMA comportasse, alla stregua del costante indirizzo della Corte regolatrice (da SU 26806 del 2009 a SU 1420 del 2012) la conseguenza della carenza di *potestas iudicandi* del giudice contabile a conoscere dei danni arrecati dagli amministratori al patrimonio della società pur interamente controllata dall'Ente pubblico.

Di diverso avviso il Procuratore Generale contabile 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, ampiamente motivato, per il quale, definitivamente acquisito il riconoscimento normativo della specificità delle società affidatarie *in house*, anche il caso di responsabilità sottoposto, ove l'AMA 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 tali 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

114

ritenere avverata la *interpositio legislatoris* fondante la giurisdizione della Corte dei Conti sugli atti commessi dai suoi amministratori.

Ebbene il ridetto 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 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.*

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

llly

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 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, ben può procedersi all'esame dei dati statuari di s.p.a. AMA 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 AMA 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 statutarî 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. AMA, 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'irrelevante contenuto "confessorio" della proposta del 13.01.2005, è che dallo scrutinio dello statuto della s.p.a. AMA 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)

Uly

- 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.

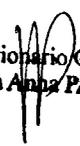
Sulla base delle esposte considerazioni, pertanto, deve essere dichiarato che, in ordine alla cognizione della vicenda sottoposta, non sussiste la potestà giurisdizionale della Corte dei Conti. La natura pubblica del soggetto controricorrente, fa escludere che sia luogo a regolare le spese tra le parti.

P.Q.M.

Dichiara il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti.

Così deciso nella c.d.c. dell'8.10.2013.

Il Presidente 

  
Il Funzionario Giudiziario  
Dott.ssa Anna PANTALEO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi, ... 2 DIC 2013



Il Funzionario Giudiziario  
Anna PANTALEO