



! 5491 14

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Responsabilità
per danno
erariale -
Giurisdizione
- Società
"IN HOUSE" -
Requisiti

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. LUIGI ANTONIO ROVELLI - Primo Pres.te f.f. - R.G.N. 10970/2013
- Dott. GIUSEPPE MARIA BERRUTI - Presidente Sezione - Cron. 5491
- Dott. RENATO RORDORF - Presidente Sezione - Rep. C.I.
- Dott. ALDO CECCHERINI - Consigliere - Ud. 28/01/2014
- Dott. LUIGI MACIOCE - Consigliere - PU
- Dott. SERGIO DI AMATO - Consigliere -
- Dott. GIOVANNI AMOROSO - Consigliere -
- Dott. VITTORIO NOBILE - Rel. Consigliere -
- Dott. ALBERTO GIUSTI - Consigliere -

V. Nobile

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 10970-2013 proposto da:

CUNDARI FRANCESCO, elettivamente domiciliato in ROMA,
 VIA SICILIA 50, presso lo studio dell'avvocato
 NAPOLITANO LUIGI, rappresentato e difeso dagli
 avvocati MIANI FRANCESCO, MIANI CAMILLO LERIO, per
 delega a margine del ricorso;

2014

45

- **ricorrente** -

contro

PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DEI CONTI,
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA BAIAMONTI 25;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 673/2012 della CORTE DEI CONTI

- Prima sezione giurisdizionale centrale d'appello -

ROMA, depositata il 19/11/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica

udienza del 28/01/2014 dal Consigliere Dott. VITTORIO

NOBILE;

udito l'Avvocato Camillo Lerio MIANI;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott.

UMBERTO APICE, che ha concluso per il rigetto del

ricorso.

V. Nobile

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

V. M. de

Con sentenza n. 1235 del 24-6-2010 la Sezione Giurisdizionale della Corte dei conti per la Campania, riconosciuta la responsabilità di Francesco Cundari, nella qualità di direttore generale del Consorzio A.C.S.A. CE/3 s.p.a. a titolo di colpa grave, lo condannava al pagamento della somma di euro 703.264,03.

Il procedimento era iniziato su segnalazione del Commissario straordinario del 14-11-2006, dalla quale era emerso che il Cundari, nella sua qualità, aveva stipulato nel periodo in cui era rimasto in carica (dal 20-7-2004 al 25-9-2006) una serie di contratti di lavoro a tempo determinato, senza indicare le ragioni per le quali l'ente si era determinato ad utilizzare tale procedura. Ne era seguito un contenzioso con i soggetti assunti i quali avevano visto trasformato il proprio rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato, con conseguenti notevoli spese per l'ente e con un danno complessivo calcolato nella somma indicata.

Il Cundari impugnava la sentenza di primo grado eccependo il difetto di giurisdizione della Corte dei conti e l'omessa motivazione in ordine alle censure e alle richieste istruttorie formulate, e chiedendo la integrazione del contraddittorio nei confronti di altri funzionari presenti all'epoca dei fatti e in servizio presso il Consorzio, nonché l'esibizione dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei libri paga e dei libri matricola dei dipendenti del Consorzio, e comunque l'applicazione del potere riduttivo dell'addebito.

La Procura Generale chiedeva il rigetto dell'appello e la conferma della pronuncia di primo grado.

La Corte dei conti – Sezione prima giurisdizionale centrale d'appello, con sentenza depositata il 19-11-2012, rigettava il capo di appello relativo al difetto di giurisdizione e, in parziale accoglimento del gravame nel quantum della condanna, riduceva la stessa a definitivi euro 150.000,00.

V. Mada

In sintesi, in punto di giurisdizione, premesso che nella specie vi era stata la trasformazione del Consorzio di bacino, in data 30-6-2003, in società di capitali, avente ad oggetto sociale il servizio pubblico locale di nettezza urbana, e che la neo-società, con verbale assembleare del 29-6-2004, aveva provveduto ad adeguare lo statuto al nuovo diritto societario, la Corte dei conti, esaminata la giurisprudenza di queste Sezioni Unite e dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con riguardo alla situazione della società "interamente in mano pubblica" e con "unione personale tra socio unico e società", e richiamate le definizioni di pubblica amministrazione ex art. 7 c.p.a. e comunitaria, in conclusione ha affermato che "per soggetto, per contenuto, per finalità, per riferibilità non solo all'ordinamento nazionale ma a (anche) a quello comunitario, il danno assume valenza collettiva laddove determinato da un soggetto, solo formalmente privato, la cui discrezionalità dell'agire si manifesta limitata dalla sua "missione istituzionale", di guisa che sussiste in materia la giurisdizione del giudice contabile.

Per la cassazione di tale sentenza il Cundari ha proposto ricorso con sei motivi.

Il Procuratore Generale presso la Corte dei conti ha resistito con controricorso.

Infine il Cundari ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorrente, con i sei motivi, deduce il difetto di giurisdizione del giudice contabile sotto vari profili.

V. Mile

Con il primo motivo, in merito alla natura soggettiva dell'ACSA CE/3 s.p.a., il ricorrente lamenta l'evidente errore in cui è incorsa la Corte dei conti laddove ha qualificato la società in questione come società unipersonale caratterizzata dalla presenza di un unico socio soggetto pubblico, essendo invece la detta società (proveniente dalla trasformazione del Consorzio ACSA CE/3 in società di capitali, avvenuta con delibera dell'assemblea consortile n. 9 del 2003, in ossequio alla legge n. 448/2001) composta da ventitré soci corrispondenti ad altrettanti comuni della provincia di Caserta componenti il relativo bacino di raccolta.

Peraltro, a prescindere dalla natura individuale o plurale della titolarità del capitale sociale, il ricorrente deduce che comunque occorre fare riferimento alla disciplina civilistica della responsabilità degli amministratori prevista dagli artt. 2393 e 2393 bis c.c..

Con il secondo motivo il ricorrente rileva che erroneamente la sentenza impugnata ha riproposto l'argomento dell'interpretazione a contrario - già disattesa da Cass. S.U. n. 26806/2009 - dell'art. 16 bis della legge 31 del 2008, affermando che la norma "riservando al giudice ordinario le azioni di responsabilità degli amministratori e dipendenti di società quotate in mercati regolamentati con partecipazione pubblica in misura superiore al 50 %, per converso ammette implicitamente di aver stabilito la giurisdizione contabile sulle restanti società".

Con il terzo motivo, in ordine alla natura pubblica collettiva dell'oggetto sociale della ACSA CE/3 s.p.a., il ricorrente deduce che il perseguimento di

finalità pubbliche non può bastare ai fini dell'applicazione del regime pubblicistico (in tal caso della giurisdizione contabile) a meno di non svuotare completamente il senso dell'utilizzo di istituti privatistici (come anche la partecipazione a società per azioni) da parte della Pubblica Amministrazione ed al riguardo richiama Cass. S.U. 3692/2012 con riguardo alla s.p.a. Poste Italiane.

V. Udris

Con il quarto motivo, il ricorrente rileva che al fine che qui interessa non può prendersi a riferimento né la nozione di pubblica amministrazione prevista dal Codice del processo amministrativo (espressamente "ai fini del presente codice" - v. art. 7) né quella prevista dal Testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001), essendo evidente che le diverse nozioni riguardano campi diversi.

Il ricorrente evidenzia poi il "paradosso giuridico" del ritenere applicabile alla società ACSA CE/3 la normativa privatistica di cui al d.lgs. n. 368/2001 con la conseguente trasformazione dei rapporti di lavoro a termine illegittimi in rapporti a tempo indeterminato, e nel contempo la disciplina pubblicistica della responsabilità contabile per il conseguente danno erariale.

Con il quinto motivo il ricorrente, parimenti, evidenzia la irrilevanza, al fine che qui interessa, della nozione di organismo di diritto pubblico di matrice comunitaria, operante anch'essa su un piano diverso, giacché la natura di tale organismo non è di ostacolo alla giurisdizione del giudice ordinario per danni inferti direttamente al patrimonio della società per azioni, come chiarito da Cass. SU n. 3692/2012.

Infine, con riferimento alla circostanza che la società ACSA CE/3, successivamente, in base al d.l. 90/2008 conv. con l. 123/2008, è stata

incorporata nel Consorzio Unico di Bacino delle Province di Napoli e Caserta, il ricorrente, con il sesto motivo, ne evidenzia la irrilevanza, giacché il momento determinante della giurisdizione contabile è quello della determinazione del danno erariale e non quello del conseguente giudizio di responsabilità.

V. White

Tutti i detti motivi, che in quanto connessi possono essere trattati congiuntamente, vanno accolti come di seguito.

Sul tema della giurisdizione contabile in materia di responsabilità di gestori ed organi di controllo delle società partecipate da enti pubblici queste Sezioni Unite hanno ripetutamente affermato il principio secondo cui “spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti. Sussiste invece la giurisdizione di quest'ultima quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento 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, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo

patrimonio” (v. Cass. S.U. 19-12-2009 n. 26806, nonché Cass. S.U. 519/2010, 4309/2010, 14655/2011, 20940/2011, 20941/2011, 7374/2013, 10299/2013, 20075/2013).

V. Mile

Tale orientamento, fondato sul ruolo centrale della distinzione tra società di capitali (soggetto di diritto privato) ed i propri soci (ancorché eventualmente pubblici) - distinzione che non viene meno neppure nell'eventualità in cui la società sia unipersonale -, è stato tenuto fermo da queste Sezioni Unite, anche alla luce della normativa sopravvenuta in materia di società a partecipazione pubblica, la quale, per il suo carattere spesso frammentario e contingente, non assume le caratteristiche di un sistema conchiuso ed sé stante, ma appare come un insieme di deroghe alla disciplina generale.

Proprio partendo da tale quadro, queste Sezioni Unite hanno da ultimo evidenziato la necessità di una ulteriore riflessione con riferimento all'ipotesi in cui ci si trovi in presenza di quel particolare fenomeno giuridico che va sotto il nome di “in house providing”, e, sulla base della direttiva 2006/123/CE e delle indicazioni della Corte di Giustizia Europea recepite in ambito nazionale (v., fra l'altro, Corte Cost. n. 46/2013, Cass. S.U. n. 8352/2013 e n. 10299/2013), hanno affermato il principio in base al quale “la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso la Corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio di una società “in house”, così dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente i medesimi enti possano essere soci, che statutariamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per

statuto assoggetta a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici” (v. Cass. S.U. 25-11-2013 n. 26283).

V. White

Tali requisiti, come è stato precisato, devono sussistere tutti contemporaneamente e devono tutti trovare il loro fondamento in precise e non derogabili disposizioni dello statuto sociale.

In particolare, sul primo requisito è stato chiarito che è possibile che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purché si tratti sempre di enti pubblici, e che occorre 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.

Sul secondo requisito è stato precisato, poi, che la prevalente destinazione dell’attività in favore dell’ente o degli enti partecipanti alla società, 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. In tal senso, dovendo aversi riguardo non soltanto ai profili quantitativi, ma anche a quelli qualitativi e della prospettiva di sviluppo in cui l’attività accessoria eventualmente si ponga, “quel che soprattutto importa è che l’eventuale attività accessoria, oltre ad essere marginale, rivesta una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio d’interesse economico generale svolto dalla società in via principale.”

Infine, con riguardo al “controllo analogo” è stato chiarito che lo stesso consiste in 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 in base alle regole dettate dal codice

civile, e sino a punto che agli organi della società non resta affidata nessuna autonomia rilevante autonomia gestionale”.

V. White

Nella ricorrenza, quindi, di tutti e tre i detti requisiti, non risultando possibile configurare un “rapporto di alterità tra l’ente pubblico partecipante e la società *in house* che ad esso fa capo, è giocoforza concludere che anche la distinzione tra il patrimonio dell’ente e quello della società si può porre in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità”, con la conseguente configurabilità di un danno erariale che giustifica l’attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione sulla relativa azione di responsabilità (v. Cass. S.U. n. 26283/2013 in motivazione).

In tale quadro, come sopra delineato, occorre, quindi, verificare nella fattispecie in esame, la sussistenza o meno dei detti requisiti alla luce dello statuto sociale in atti (allegato al verbale di assemblea del 29-6-2004).

Nel detto quadro non assume, infatti, rilevanza decisiva al riguardo il carattere non unipersonale della società (peraltro l’ACSA CE/3, effettivamente, in quanto derivante dalla trasformazione in s.p.a., ai sensi della legge n. 448 del 2001, del relativo Consorzio di Bacino CE/3, ha il proprio capitale sociale ripartito tra i ventitré comuni del detto Bacino) e nel medesimo quadro generale deve essere letta anche la disposizione dell’art. 16 bis della legge n. 31 del 2008, “la quale ha introdotto per le società quotate un’eccezione alla giurisdizione contabile, da riferire, appunto, alla sola area in cui detta giurisdizione risulterebbe altrimenti applicabile” (così Cass. S.U. 26283/2013 cit.).

In tali sensi risultano, quindi, fondati il primo e il secondo motivo, così come del pari fondato risulta il terzo motivo, atteso che, nello stesso quadro, il

perseguimento di finalità pubbliche da parte della società per azioni non è da solo sufficiente a configurare la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti.

V. Miele

Parimenti, sempre nel medesimo quadro, non possono assumere rilevanza decisiva, al fine che qui interessa, le nozioni di pubblica amministrazione (dettate ad altri fini) contenute nel Codice del processo amministrativo e nel Testo unico sul pubblico impiego e neppure quella di “organismo di diritto pubblico”, rilevando questa “solo sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica” (v. fra le altre Cass. S.U. 9-3-2012 n. 3692).

In tali sensi vanno quindi accolti anche il quarto e il quinto motivo, mentre parimenti fondato risulta il sesto motivo, essendo evidente che nella controversia in esame (caratterizzata dall’asserito danno erariale causato dal Cundari nel periodo di svolgimento dell’incarico di Direttore Generale dal 20-7-2004 al 25-9-2006) la circostanza che la società ACSA CE/3, successivamente, in base al d.l. 90/2008 conv. con l. 123/2008, è stata incorporata nel Consorzio Unico di Bacino delle Province di Napoli e Caserta, non può assumere rilevanza ai fini della giurisdizione.

Come è stato più volte affermato da queste Sezioni Unite, infatti, per accertare la sussistenza o meno della giurisdizione della Corte dei conti occorre verificare la sussistenza del relativo presupposto con riferimento al momento della causazione del danno erariale, a nulla rilevando che, per successivi mutamenti normativi, l’ente danneggiato abbia mutato natura (v. Cass. S.U. 16-11-2000 n. 1180, Cass. S.U. 22-12-2003 n. 19662, Cass. S.U. 7-7-2011 n. 14957).

Orbene, con riferimento alla situazione all'epoca e allo Statuto approvato, allegato al verbale di assemblea del 29-6-2004, nella fattispecie certamente ricorre il requisito della attività statutaria prevalente in favore degli enti partecipanti (v. art. 3 "Oggetto": "La società ha per oggetto, in generale, le gestioni ambientali, l'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici di igiene urbana etc..."), mentre lo stesso non può dirsi per quanto riguarda gli altri due requisiti.

V. Mile

In particolare il "funzionamento della società" è regolato (vedi delibera citata) "compiutamente dalla nuova normativa" introdotta dal d.lgs. n. 6 del 2003 e "per quanto essa è derogabile" dalle norme dello statuto.

Quest'ultimo all'art. 1 ("Denominazione") stabilisce che "ai sensi dell'art. 35, comma 8, della legge n. 448/01, il Consorzio "A.C.S.A. CE/3 – Azienda Consortile Servizi Ambientali Bacino di Utenza Caserta 3" istituito ai sensi dell'art. 6 della Legge Regionale n. 10/93 e dell'art. 25 della Legge n. 142/90, è trasformato nella Società per Azioni, a totale capitale pubblico, denominata: "Consorzio Obbligatorio Intercomunale CE/3 – A.C.S.A. s.p.a. Azienda Consortile Servizi Ambientali".

Il comma 8 dell'art. 35 della legge n. 448/2001, dispone la trasformazione delle aziende speciali e dei consorzi di cui all'articolo 31, comma 8, del testo unico di cui al decreto legislativo n. 267/2000, che gestiscono i servizi di cui al comma 1 dell'articolo 113 del medesimo testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, in società di capitali, ai sensi dell'articolo 115 del citato testo unico (le cui disposizioni dei commi da 1 a 7 sono applicabili anche alla trasformazione dei consorzi, v. comma 7 bis introdotto dal comma 12 dell'art. 35 della l. n. 448/2001 cit.).

In particolare lo Statuto, stabilisce le regole di funzionamento della società e degli organi societari e, tra l'altro:

V. White

all'art. 6 ("Capitale e azioni") prevede che "Le azioni sono nominative, non possono emettersi per una somma inferiore al valore nominale, sono indivisibili e non possono essere cedute, nell'immanenza della Legge Regionale n. 10/93";

all'art. 8 ("Obbligazioni") stabilisce che "La società può emettere prestiti obbligazionari convertibili e non convertibili, demandando all'assemblea la fissazione di collocamento, estinzione e conversione";

all'art. 11 ("Recesso") prevede che "Gli amministratori offrono in opzione le azioni del socio recedente agli altri soci in proporzione al numero delle azioni possedute. Se vi sono obbligazioni convertibili, il diritto di opzione spetta anche ai possessori di queste in concorso con i soci, sulla base del rapporto di cambio.....Coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell'acquisto delle azioni che siano rimaste inoptate. Le azioni inoptate possono essere collocate dall'organo amministrativo anche presso terzi".

E' evidente, quindi, che, essendo prevista sia la possibilità di opzione da parte dei titolari di obbligazioni convertibili e sia la collocabilità presso "terzi" di azioni inoptate, nella fattispecie non può affermarsi che ricorra il requisito della esclusività assoluta della partecipazione societaria da parte di soli enti pubblici.

Nel contempo neppure ricorre nel caso in esame il requisito del "controllo analogo", non essendo previsto nello statuto alcun controllo ulteriore (e tanto meno alcun comando diretto sulla gestione della società) da parte degli enti

pubblici, al di fuori dei normali diritti e poteri spettanti ai soci in base alle regole del codice civile.

Non può quindi parlarsi nella fattispecie di società *in house* e neppure può configurarsi la giurisdizione della Corte dei conti.

Il ricorso va pertanto accolto e l'impugnata sentenza va cassata dichiarandosi il difetto di giurisdizione del giudice contabile.

Infine non si provvede sulle spese considerata la natura di parte soltanto in senso formale del Procuratore Generale rappresentante il Pubblico Ministero presso la Corte dei conti.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e dichiara il difetto di giurisdizione del giudice contabile.

Roma 28 gennaio 2014

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

Vittorio Udrile

IL PRESIDENTE

[Signature]

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 10 MAR 2014
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI